

BSV / /
OFAS / /
UFAS / /

*Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas*

*Kranken- und
Unfallversicherung*

Rechtsprechung und Verwaltungspraxis

*Assurance-maladie
et accidents*

Jurisprudence et pratique administrative

*Assicurazione malattia
e infortuni*

Giurisprudenza e prassi amministrativa

RKUV/RAMA/RAMI 1/1999

Réduction des primes dans l'assurance-maladie KV 56 Arrêt du TFA du 14 octobre 1998	1
Beschwerdelegitimation bei Bewilligung einer «Versandapotheke» KV 57 Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, vom 18. November 1998 in Sachen MediService AG	4
Tariffa applicabile per le prestazioni delle dietiste e dei dietisti KV 58 Decisione del Consiglio federale del 19 novembre 1998 nella causa Associazione svizzera dietiste/i diplomate/i contro il Consiglio di Stato del Cantone Ticino	11
Changement d'assureur dans le cadre d'une assurance avec franchise à option KV 59 Arrêt du TFA du 23 novembre 1998	26
Abgrenzung der Spitalbedürftigkeit von der Pflegebedürftigkeit im Hinblick auf die Vergütung bei Spitalaufenthalt KV 60 Urteil des EVG vom 26. November 1998	31
Beschwerdelegitimation und Parteistellung von Krankenkassen KV 61 Urteil des EVG vom 2. Dezember 1998 in Sachen CSS Versicherung, SWICA Gesundheitsorganisation und Helsana Versicherungen AG gegen Bundesamt für Sozialversicherung	35
Zur Frage der Zulässigkeit der vertraglichen Beschränkung des Wahlrechts auf Generika KV 62 Entscheidung des Bundesrates vom 7. Dezember 1998 in Sachen SWICA Gesundheitsorganisation gegen Eidgenössisches Departement des Innern und Bundesamt für Sozialversicherung	43
Tarif à la prestation: Prolongation de l'ancienne convention cantonale nonobstant l'approbation d'une structure tarifaire sur le plan suisse KV 63 Décision du Conseil fédéral du 14 décembre 1998 dans la cause opposant la Fédération fribourgeoise des assureurs-maladie au gouvernement du canton de Fribourg et à la Fédération suisse des physiothérapeutes, section de Fribourg	56

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

M ä r z - M a r s - M a r z o 1 9 9 9

Herausgeber/Editeur/Editore
 Bundesamt für Sozialversicherung
 Office fédéral des assurances sociales
 Ufficio federale delle assicurazioni sociali
 Effingerstrasse 31, 3003 Bern
 Telefon 031 322 91 12
 Telefax 031 322 90 20

Redaktion/Rédaction/Redazione
 Thomas Schmutz, Marc Léderrey,
 Nadia Dubuis + Bernard Schuler,
 Helen Kaufmann

Abonnementspreis Fr. 27.- + 2% MWST
 Prix d'abonnement fr. 27.- + 2% TVA
 Prezzo d'abbonamento fr. 27.- + 2% IVA

Administration/Amministrazione
 Eidg. Drucksachen- und Materialzentrale, 3000 Bern
 Office central fédéral des imprimés et du matériel, 3000 Berne
 Ufficio centrale federale degli stampati e del materiale, Berna

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

Wirtschaftlichkeit eines Spitexeinsatzes KV 64 Urteil des EVG vom 18. Dezember 1998	64
Contestation par des tiers d'une convention tarifaire approuvée par le gouvernement cantonal KV 65 Décision du Conseil fédéral du 3 février 1999 dans la cause opposant l'Association des médecins du canton de Genève et l'Association des Cliniques privées de Genève contre le gouvernement genevois, les Hôpitaux universitaires de Genève et la Fédération genevoise des assureurs-maladie	72
Mitteilungen – Communications – Comunicazioni Mutationen bei den Krankenversicherern / Mutations dans l'état des assureurs-maladie / Mutazioni concernenti gli assicuratori-malattie	82
Unfallversicherung Assurance-accidents / Assicurazione infortuni	
Koordination der Hilfslosenentschädigungen der obligatorischen Unfallversicherung und der IV U 321 Urteil des EVG vom 12. Mai 1998 i. Sa. E. S. (betreffend IV)	84
Versicherter Verdienst und Invaliditätsgrad U 322 Urteil des EVG vom 21. Juli 1998 i. Sa. R. W.	91
Streitgegenstand im Einspracheverfahren U 323 Urteil des EVG vom 24. Juli 1998 i. Sa. G. M.	98
Motivation de l'opposition U 324 Arrêt du TFA du 29 juillet 1998 dans la cause R. D.	100
Surindemnisation U 325 Arrêt du TFA du 5 août 1998 dans la cause G. C.	102
Maladie professionnelle selon la clause générale U 326 Arrêt du TFA du 14 août 1998 dans la cause C. F.	106
Massgebender Lohn bei Rentenbeginn mehr als fünf Jahre nach dem Unfall; mutmassliche Lohnerhöhung U 327 Urteil des EVG vom 2. September 1998 i. Sa. P. M.	110
Rechtliches Gehör; Valideneinkommen; Invalideneinkommen U 328 Urteil des EVG vom 7. September 1998 i. Sa. A. O.	113
Sonderfälle der Bestimmung des Invaliditätsgrades U 329 Urteil des EVG vom 14. September 1998 i. Sa. P. R.	119
Adäquater Kausalzusammenhang bei psychischen Unfallfolgen U 330 Urteil des EVG vom 15. September 1998 i. Sa. I. I.	122
Bindung des kantonalen Gerichts an den letztinstanzlichen Rückweisungsentscheid U 331 Urteil des EVG vom 19. Oktober 1998 i. Sa. Ch. H.	126

Réduction des primes dans l'assurance-maladie

KV 56 Arrêt du TFA du 14 octobre 1998

K
V
/
A
M

Les règles cantonales (in casu: Genève) régissant la réduction de primes dans l'assurance-maladie conformément à l'article 65 LAMal constituent du droit cantonal autonome. Aussi, un prononcé cantonal de dernière instance ne peut-il pas, en principe, être déféré au Tribunal fédéral des assurances par la voie du recours de droit administratif (traduction et résumé des principes exposés à l'arrêt ATF 124 V 19¹).

Kantonales Recht (in casu: Genf), welches in Ausführung von Artikel 65 KVG die Prämienverbilligung in der Krankenversicherung regelt, ist autonomes kantonales Recht. Gegen letztinstanzliche kantonale Gerichtsentscheide ist daher grundsätzlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidgenössische Versicherungsgericht nicht zulässig (Übersetzung und Zusammenfassung der im Entscheid BGE 124 V 19² erörterten Grundsätze).

Il diritto cantonale (in casu: Ginevra) che regola la riduzione dei premi nell'assicurazione malattie in applicazione dell'articolo 65 LAMal è un diritto cantonale autonomo. Contro le sentenze cantonali di ultima istanza rese in materia non è quindi di massima ammissibile il ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale delle assicurazioni (Traduzione e sunto dei principi esposti in DTF 124 V 19³).

I.

A. – Le 18 février 1997, C. a saisi le Service de l'assurance-maladie du canton de Genève d'une demande tendant à l'obtention, pour l'année 1997, d'une réduction des primes de l'assurance-maladie en faveur des assurés de condition économique modeste.

Cette demande a été rejetée par décision du 27 mars 1997.

B. – Par jugement du 7 octobre 1997, le Tribunal administratif du canton de Genève a admis le recours formé contre cette décision par C.

C. – Le Service de l'assurance-maladie interjette recours de droit administratif contre ce jugement dont il demande l'annulation.

II.

Par les considérants suivants, le Tribunal fédéral des assurances n'est pas entré en matière sur le recours de droit administratif et l'a transmis au Tribunal fédéral:

¹ voir no° KV 25 (1998) de ce recueil

² siehe Nr. KV 25 (1998) dieser Sammlung

³ vedi n. KV 25 (1998) di questa raccolta

1. – Selon l'art. 128 OJ, le Tribunal fédéral des assurances connaît en dernière instance des recours de droit administratif contre des décisions au sens des art. 97, 98 let. b à h et 98a OJ, en matière d'assurances sociales. Quant à la notion de décision pouvant faire l'objet d'un recours de droit administratif, l'art. 97 OJ renvoie à l'art. 5 PA. Selon le premier alinéa de cette disposition, sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées (ou qui auraient dû l'être: ATF 124 V 20 consid. 1¹, 116 Ia 266 consid. 2a et les références) sur le droit public fédéral et qui ont pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations, ou de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations, ou encore de rejeter ou de déclarer irrecevable des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (ATF 124 V 20 consid. 1¹, 122 V 193 consid. 1, 120 V 349 consid. 2b², et les références).

2. – En l'espèce, la décision administrative de refus d'une réduction des primes de l'assurance-maladie reposait implicitement sur l'art. 19 al. 1 let. a du règlement transitoire d'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie, édicté par le Conseil d'Etat du canton de Genève le 22 novembre 1995 (RALAMal). Par le jugement entrepris, la juridiction cantonale a considéré que la disposition précitée viole le droit fédéral, dans la mesure où elle dénie le droit à une réduction des primes aux assurés de condition économique modeste n'ayant pas d'enfants, mineurs ou majeurs, à charge.

L'art. 19 RALAMal est une disposition d'application de l'art. 65 LAMal. Aux termes de cette disposition légale, les cantons accordent des réductions de primes aux assurés de condition économique modeste (al. 1); les réductions sont fixées de telle manière que les subsides annuels de la Confédération et des cantons au sens de l'art. 66 (LAMal) soient en principe versés intégralement (al. 2).

3. – Dans un arrêt récent (ATF 124 V 19¹), rendu à l'issue d'un échange de vues avec le Tribunal fédéral, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que les cantons jouissent d'une grande liberté dans l'aménagement de la réduction des primes, dans la mesure où ils peuvent définir de manière autonome ce qu'il faut entendre par «condition économique modeste». En effet, les conditions auxquelles sont soumises les réductions des primes ne sont pas réglées par le droit fédéral, du moment que le législateur a renoncé à préciser la notion d'«assurés de condition économique modeste». Aussi, le Tribunal fédéral des assurances a-t-il jugé que les règles édictées par les can-

¹ voir no° KV 25 (1998) de ce recueil

² voir no° K 954 (1995) de ce recueil

tons en matière de réduction des primes dans l'assurance-maladie constituent du droit cantonal autonome. C'est pourquoi un prononcé cantonal de dernière instance qui violerait ces règles ne peut pas, en principe, être déféré au Tribunal fédéral des assurances par la voie du recours de droit administratif (art. 97 ss, en relation avec l'art. 128 OJ). En revanche, un tel prononcé peut être attaqué par la voie du recours de droit public (art. 84 al. 2, art. 86 al. 1 et art. 87 OJ).

4. – Cela étant, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur le recours de droit administratif. L'écriture du Service de l'assurance-maladie du canton de Genève du 14 novembre 1997 doit cependant être transmise au Tribunal fédéral (art. 96 al. 1 OJ) en tant que recours de droit public.

Beschwerdelegitimation bei Bewilligung einer «Versandapotheke»

KV 57 Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts,
II. öffentlich-rechtliche Abteilung,
vom 18. November 1998 in Sachen MediService AG

Kantonale Bewilligung zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke, welche zum Teil als Versandapotheke geführt wird und per Post ärztlich verschriebene Medikamente an die Patient/innen verschickt. Zur Frage der Beschwerdeberechtigung gegen die Erteilung der Bewilligung.

Autorisation cantonale pour l'exploitation d'une pharmacie publique, qui est en partie gérée comme une pharmacie par correspondance et qui envoie par poste aux patients des médicaments prescrits par un médecin. Question de la qualité pour recourir contre l'octroi de l'autorisation.

Permesso cantonale concesso ad una farmacia pubblica con gestione parziale per corrispondenza e che fornisce ai pazienti, tramite la posta, medicinali prescritti dal medico. Della legittimità d'impugnare il rilascio di detto permesso.

I.

Das Departement des Innern des Kantons Solothurn erteilte am 26. März 1997 der MediService AG als Betriebsinhaberin und M. als verantwortlichem Apotheker die Bewilligung zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke in Zuchwil, welche teils als sogenannte Versandapotheke (Postversand von ärztlich verschriebenen Medikamenten an die Patienten) geführt wird. S., H., S., S. und S. erhoben am 7. April 1997 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn mit dem Antrag, die Bewilligung zu verweigern.

Mit Urteil vom 19. Januar 1998 trat das Verwaltungsgericht auf die Beschwerde mangels Legitimation der Beschwerdeführer nicht ein.

S., H., S., S. und S. erheben gemeinsam staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht mit dem Antrag, das Urteil des Verwaltungsgerichts aufzuheben.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

II.

Aus den Erwägungen:

3. – a) Zur Diskussion steht einzig, ob das Verwaltungsgericht zulässigerweise die Legitimation der Beschwerdeführer verneint hat, was sich nach kantonalem Verfahrensrecht richtet. Die unrichtige Anwendung kantonalen Verfahrensrechts kann dabei nur insoweit beanstandet werden, als sie zugleich eine Verfassungsverletzung darstellt, namentlich wenn sie gegen Art. 4 BV verstösst. Das Bundesgericht kann im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde die Anwendung kantonalen Verfahrensrechts nicht frei prüfen, selbst wenn es inhaltlich gleich lautet wie entsprechendes Bundesrecht und die kantonalen Behörden erklärtermassen sich bei der Anwendung des kantonalen Rechts an das Bundesrecht anlehnen. Zu prüfen ist somit einzig, ob das Verwaltungsgericht § 12 Abs. 1 VRG/SO willkürlich ausgelegt oder angewendet hat.

b) § 12 Abs. 1 VRG/SO lautet wie folgt:

«Zur Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist legitimiert, wer durch eine Verfügung oder einen Entscheid berührt wird und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.»

Nach unbestrittener und zutreffender Auffassung des Verwaltungsgerichts lehnt sich diese Formulierung an diejenige von Art. 103 lit. a OG an. Danach genügt zur Beschwerdelegitimation ein schutzwürdiges faktisches Interesse. Die Legitimation der Beschwerdeführer kann daher nicht schon damit verneint werden, das Bundesgericht sei in seinem zwischen den gleichen Parteien ergangenen Urteil vom 18. September 1997 (BGE 123 I 279) auf die damalige Eingabe der Beschwerdeführer nicht eingetreten; denn dort ging es um die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde, wozu nach Art. 88 OG eine Verletzung in geschützten Rechten erforderlich ist. Die Legitimation nach Art. 103 lit. a OG bzw. § 12 VRG/SO ist demgegenüber weiter gefasst.

c) Wenn – wie vorliegend – nicht der Verfügungsadressat, sondern ein Dritter die Verfügung anfecht, ist zur Abgrenzung gegenüber der unzulässigen Popularbeschwerde gefordert, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen ist und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht. Der Beschwerdeführer muss persönlich und unmittelbar einen rechtlichen oder faktischen Nachteil erleiden. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines, öffentliches Interesse berechtigt – ohne die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache selber – nicht zur Beschwerde (BGE 123 II 376 E. 2 S. 378 f., mit Hinweisen).

d) Konkurrenten eines Bewilligungsempfängers sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht schon auf Grund der blossen Befürchtung,

einer verstärkten Konkurrenz ausgesetzt zu sein, zur Beschwerde legitimiert. Diese Art des Berührtseins liegt vielmehr im Prinzip des freien Wettbewerbs und schafft keine schutzwürdige besondere Beziehungsnähe (BGE 109 Ib 198 E. 4d/e S. 202 f.). Erforderlich ist vielmehr eine spezifische Beziehungsnähe, die von der einschlägigen gesetzlichen Ordnung erfasst wird (BGE 123 II 376 E. 5b/aa S. 382; 109 Ib 198 E. 4c/d S. 201; *Lucrezia Glanzmann-Tarnutzer*, Die Legitimation des Konkurrenten zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, Diss. St. Gallen 1997, S. 107, 122; *Alfred Kölz/Isabelle Häner*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl. Zürich 1998, S. 199 Rz. 554; *Rhinow/Schmid/Biaggini*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel/Frankfurt 1998, S. 351 Rz. 29). Oft wird zudem verlangt, dass der Konkurrent eine spürbare Verschlechterung der wirtschaftlichen Position geltend macht (*Glanzmann-Tarnutzer*, a. a. O., S. 149 ff, 176 f.; *Merkli/Aeschlimann/Herzog*, Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, Bern 1997, S. 438 Rz. 12 zu Art. 65; *André Moser*, in: Moser/Übersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel/Frankfurt 1998, S. 42; *Rhinow/Koller/Kiss*, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt 1996, S. 244 Rz. 1275; ebenso ein Entscheid der Rekurskommission EVD vom 25. August 1995, VPB 60/1996 Nr. 46).

e) In BGE 97 I 591 E. 2 S. 593 und 98 Ib 226 E. 2 S. 229 bejahte das Bundesgericht die Legitimation von Berner Apothekern zur Beschwerde gegen die Eröffnung einer Apotheke im Bahnhof Bern besonders deshalb, weil vorgesehen war, dass die neue Apotheke auch zu Zeiten offen halten konnte, da die anderen Apotheken in der Regel geschlossen sein mussten. BGE 99 Ib 104 E. 1b S. 107 f. anerkannte die Legitimation einer zur Bankenrevision ermächtigten Treuhandgesellschaft gegen eine Verfügung, die einer anderen Gesellschaft dieselbe Tätigkeit gestattete, da sie in einer derart nahen Beziehung zur Streitsache stand, dass ihr die Befugnis zuerkannt werden musste. Ein schutzwürdiges Interesse wurde ferner angenommen für Konkurrenten in Wirtschaftszweigen, die durch wirtschaftspolitische Regelungen (z.B. Kontingentierung) geordnet werden, da hier durch die entsprechende Regelung für alle Konkurrenten eine besondere Beziehungsnähe geschaffen wurde (BGE 101 Ib 87 E. 2a S. 90; 100 Ib 421 E. 1b S. 424; 97 I 293 E. 1c S. 297). Ebenso waren Kinooigentümer als lokale Konkurrenten zur Beschwerde gegen die Eröffnung eines neuen Kinos legitimiert, weil die filmrechtliche Regelung die erforderliche spezifische Beziehungsnähe schaffte (BGE 113 Ib 97 E. 1b S. 100). In einem nicht veröffentlichten Urteil vom 19. September 1996 i. S. W., E. 2c/bb, beschränkte das

Bundesgericht die Legitimation auf Kinobetriebe in der gleichen Ortschaft, soweit die Bewilligung örtlich fester Kinos in Frage steht. Bezweckt ein Gesetz ausdrücklich den Schutz vor Konkurrenz, dann wird dadurch eine Rechtsposition der bisherigen Bewilligungsinhaber geschaffen, welche diese sogar zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen die Zulassung neuer Konkurrenten legitimieren kann (BGE 119 Ia 433 E. 2c S. 437).

Ein Konkurrent ist sodann legitimiert, soweit er geltend macht, andere Konkurrenten würden rechtsungleich bzw. privilegiert behandelt (BGE 101 Ib 178 E. 4b S. 186 [wobei hier allerdings der Verfügungsadressat, dem die bisher gewährte Vergünstigung im Unterschied zu andern entzogen worden war, Beschwerde erhoben hatte]; *Merkli/Aeschlimann/Herzog*, a. a. O., S. 438 Rz. 12 zu Art. 65; *Rhinow/Schmid/Biaggini*, a. a. O., S. 353 Rz. 40; vgl. auch – im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde – BGE 123 I 279 E. 3d S. 281 f.; 121 I 279 E. 4 S. 284 f.).

f) Nicht als schutzwürdig gilt demgegenüber das Interesse des Konkurrenten an der Anfechtung der Baubewilligung, da der Konkurrent dadurch bloss in seiner allgemeinen wirtschaftlichen Stellung als Gewerbetreibender berührt ist (BGE 109 Ib 198 E. 4e S. 202 f.). Ebensovienig als schutzwürdig anerkannt wird das Interesse von Produzenten an einer Verhinderung der lebensmittelpolizeilichen Zulassung eines Produkts, das den Absatz ihrer eigenen Produkte zu konkurrenzieren geeignet ist (BGE 123 II 376 E. 5b/cc S. 383 f.; 113 Ib 363 E. 3c S. 367; 100 Ib 331 E. 2c S. 338). Die mit dieser Zulassung verbundenen Nachteile für die bisherigen Produzenten sind bloss mögliche Folgen der Marktentwicklung und verschaffen noch keine spezifische schützenswerte Beziehungsnähe (BGE 123 II 376 E. 5b/cc S. 383). Auch das blosses Interesse an der Wahrung des Qualitätsstandards einer Berufsbranche vermag die Beschwerdelegitimation nicht zu begründen (*Moser*, a. a. O., S. 42).

g) Im Lichte dieser Lehre und Rechtsprechung ist der angefochtene Entscheid jedenfalls nicht willkürlich.

aa) Soweit die Beschwerdeführer ihre Legitimation damit begründen, die von den Beschwerdegegnern betriebene Versandapotheke stelle eine Gefährdung der Volksgesundheit dar, machen sie ausschliesslich öffentliche Interessen geltend, was nach dem Gesagten keine Legitimation begründen kann. Dass sie als Apotheker gesetzlich verpflichtet sind, Umstände, durch welche ein Nachteil oder eine Gefahr für Gesundheit und Leben entstehen kann, amtlich anzuzeigen (§ 13 des Gesetzes vom 30. Mai 1857 über die Organisation des Sanitätswesens), ändert daran nichts. Das Recht oder auch die Pflicht zur Anzeige begründet für sich allein nicht generell eine

Beschwerdelegitimation. Nach der von den Beschwerdeführern vertretenen weiten Auslegung wäre jeder Apotheker legitimiert zur Beschwerde gegen jegliches Vorhaben, das irgendwann zu einer Gefährdung der Gesundheit führen könnte. Eine derart weite quasi amtliche Aufsichtsfunktion bedürfte einer besonderen gesetzlichen Regelung (vgl. Art. 103 lit. b und c OG) und kann nicht in der allgemeinen Beschwerdebefugnis enthalten sein.

bb) Die bloße Eigenschaft als Konkurrenten der Beschwerdegegner kann ebenfalls keine Legitimation der Beschwerdeführer begründen. Eine solche ergibt sich auch nicht bereits daraus, dass beide der gleichen gesetzlichen Regelung, nämlich dem Sanitätsgesetz und der Heilmittelverordnung, unterstellt sind. Diese Gesetzgebung ist gesundheits- bzw. wirtschaftspolizeilich ausgerichtet (BGE 123 I 279 E. 3c/ff S. 281). Würde das Bestehen einer solchen Regelung bereits ausreichen, um die Konkurrentenbeschwerde zuzulassen, würde die Regel, wonach die bloße Konkurrenteneigenschaft zur Legitimation nicht ausreicht, praktisch in ihr Gegenteil verkehrt, da die meisten Gewerbe irgendwie gesetzlich geregelt sind. Die anwendbaren gesetzlichen Grundlagen schaffen nicht eine spezifische wirtschaftsrechtliche Ordnung, welche die Apotheker im Sinne der oben E. 3d/e zitierten Lehre und Praxis in eine besondere Beziehung zueinander setzen würde. Wohl könnte sich eine unrichtige Anwendung der auf Apotheken anwendbaren Vorschriften unter Umständen zu Lasten der Beschwerdeführer auf die Konkurrenzverhältnisse auswirken. Dabei verhält es sich aber nicht anders als bei bau- oder lebensmittelpolizeirechtlichen Vorschriften, deren möglicherweise unrichtige Anwendung nach dem Gesagten die Konkurrenten noch nicht zur Beschwerde legitimiert.

Selbst wenn die massgebenden Vorschriften – wie die Beschwerdeführer vorbringen – den Schutz des Apothekerberufs zum Ziel hätten, würde sich am Ergebnis nichts ändern; denn geschützt würden nur die Apotheken gesamthaft vor der Konkurrenz durch apothekenfremde Verkaufsstellen (vgl. BGE 119 Ia 433 E. 2c S. 437 f.), nicht aber die einen Apotheken vor der Konkurrenz durch andere. Die Beschwerdegegner betreiben indessen nicht eine apothekenfremde Verkaufsstelle, sondern gleich wie die Beschwerdeführer eine öffentliche Apotheke.

cc) Eine Legitimation der Beschwerdeführer wäre unter diesen Umständen höchstens dann zu bejahen, wenn sie eine zu ihrem Nachteil rechtswidrige Anwendung der massgebenden Vorschriften geltend machten (BGE 123 I 279 E. 3d S. 281 f.). Sie bringen indessen nicht vor, ihnen sei ein gleiches Verkaufskonzept wie dasjenige der Beschwerdegegner nicht bewilligt worden.

dd) Die Beschwerdeführer lehnen vielmehr dieses Verkaufskonzept ab, weil sie davon eine Schädigung des Ansehens ihres Berufsstandes befürchten. Wohl mag unter Umständen eine unrichtige Anwendung der einschlägigen Vorschriften geeignet sein, das Ansehen der Apotheker zu mindern. Dies als Grund für eine Anerkennung der Beschwerdelegitimation anzuerkennen, würde jedoch im Ergebnis bedeuten, dass jeder Gewerbetreibende legitimiert wäre, jede Bewilligung für einen Konkurrenten anzufechten, da eine unrichtige Anwendung der einschlägigen Vorschriften immer denkbar ist. Dieses Ergebnis würde den dargestellten Grundsätzen widersprechen. Zudem erscheint es auch wenig plausibel, dass allfällige durch den Versandhandel verursachte Probleme den Apothekern generell angelastet würden, zumal die Beschwerdeführer auch in ihrer Öffentlichkeitsarbeit einen erheblichen konzeptionellen Unterschied zwischen der herkömmlichen Offizinapotheke und einer Versandapotheke geltend machen.

h) Das Verwaltungsgericht hat daher keine verfassungsmässigen Rechte der Beschwerdeführer verletzt, wenn es deren Beschwerdelegitimation verneint hat.

4. – Die Beschwerdeführer rügen eine Verletzung von Art. 6 EMRK, da das Verwaltungsgericht entgegen seinem ausdrücklichen Antrag keine öffentliche Verhandlung durchgeführt habe.

a) Streitigkeiten über die Bewilligung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit gelten als zivilrechtlich im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (BGE 123 I 87 E. 2a S. 88; 122 II 464 E. 3b S. 466 f.; *Ruth Herzog*, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Diss. Bern 1995, S. 195; je mit Hinweisen). Das trifft zu, wenn jemand durch staatliche Anordnungen in einer Tätigkeit, die er selber ausüben möchte, eingeschränkt wird; dadurch wird die «zivile» (bürgerliche) Rechtsposition des Betroffenen beeinträchtigt. Daraus folgt aber nicht ohne weiteres, dass auch Dritte, die sich gegen die Bewilligung einer entsprechenden Tätigkeit wenden, durch den Entscheid in ihren eigenen zivilen Rechten betroffen sind. Art. 6 Ziff. 1 EMRK begründet nicht selber materielle Befugnisse, sondern sichert den verfahrensrechtlichen Schutz von zivilen Rechten, die nach nationalem Recht bestehen. Der Dritte, der gegen die Zulassung einer bestimmten Tätigkeit opponiert, kann sich nur auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK berufen, soweit die Erteilung der Bewilligung unmittelbare und direkte Auswirkungen auf ein ihm nach nationalem Recht zustehendes materielle ziviles Recht hat (BGE 123 II 376 E. 6 S. 384; Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 26. August 1997 i. S. Balmer-Schafroth, Ziff. 32 und 40; je mit Hinweisen).

b) Durch die Erteilung der Bewilligung an die Beschwerdegegner werden keinerlei zivilrechtliche Befugnisse der Beschwerdeführer beeinträchtigt. Namentlich wird die Ausübung ihrer eigenen privatwirtschaftlichen Tätigkeit weder verboten noch eingeschränkt. Die Beschwerdeführer haben auf Grund der anwendbaren Vorschriften kein Recht auf Schutz vor Konkurrenz. Die staatliche Bewilligung an einen Konkurrenten, seinerseits die gleichen Produkte zu verkaufen wie die Beschwerdeführer, hat deshalb keine unmittelbaren Auswirkungen auf die zivilen Rechte der Beschwerdeführer (vgl. BGE 123 II 376 E. 6 S. 384). Eine öffentliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht war auf Grund von Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht erforderlich.

Tariffa applicabile per le prestazioni delle dietiste e dei dietisti

KV 58 Decisione del Consiglio federale del 19 novembre 1998 nella causa Associazione svizzera dietiste/i diplomate/i contro il Consiglio di Stato del Cantone Ticino

L'articolo 43 capoverso 5 LAMal prevede che le tariffe per singole prestazioni devono basarsi su una struttura tariffale uniforme, stabilita per convenzione a livello nazionale. La legge non precisa invece se il valore del punto va fissato a livello cantonale o se può esserlo per convenzione a livello nazionale. Orbene, un'interpretazione corretta della legge va nel senso di un'implicita apertura verso la possibilità di negoziare a livello svizzero il valore del punto (cons. II. 11 e 12.2).

Nell'ambito della LAMal, la fissazione autonoma delle tariffe da parte dei partner tariffali mediante convenzioni costituisce la regola generale mentre l'intervento dei governi cantonali rappresenta l'eccezione (cons. II. 8 e 14).

Un membro di una federazione che, in virtù dell'articolo 46 capoverso 2 LAMal, non aderisce a una convenzione tariffale conclusa dalla sua federazione e desidera adire l'autorità cantonale per stabilire una tariffa ai sensi dell'articolo 47 LAMal, deve, d'un lato, intraprendere dei negoziati con i medesimi partner tariffali e, d'altro lato, in caso di fallimento dei negoziati, proporre all'autorità adita soluzioni costruttive per l'elaborazione di una tariffa che contribuisca al contenimento dei costi.

Se queste condizioni non sono soddisfatte, i membri non aderenti alla convenzione devono sopportare le conseguenze ed applicare la convenzione conclusa dalla loro federazione in virtù del primato della libertà contrattuale (cons. II. 14).

Queste condizioni vanno valutate con una certa severità, proprio per evitare che l'articolo 46 capoverso 2 LAMal diventi uno strumento utilizzato unicamente per bloccare senza motivo l'entrata in vigore di una tariffa frutto di negoziati tra le parti (cons. II. 15).

Il fatto sia l'articolo 46 LAMal silente circa l'eventualità di adesione parziale a una convenzione tariffale (in casu: adesione alla struttura tariffale e non al valore del punto) non significa l'esclusione di questa stessa eventualità (cons. II. 15).

L'article 43, 5^e alinéa LAMal prévoit que les tarifs à la prestation doivent se fonder sur une structure tarifaire uniforme fixée par conven-

tion sur le plan suisse. Par contre, la loi ne précise pas si la valeur du point doit être fixée à l'échelon cantonal ou si elle peut faire l'objet d'une convention au niveau suisse. Toutefois une interprétation correcte du texte de loi va dans le sens d'une ouverture implicite vers la possibilité de négocier une valeur de point au niveau suisse (cons. II. 11 et 12.2).

Dans le système de la LAMal, la fixation des tarifs par convention entre les partenaires tarifaires constitue la règle générale, l'intervention de l'autorité cantonale l'exception (cons. II. 8 et 14).

Un membre d'une fédération qui, en vertu de l'article 46, 2^e alinéa LAMal, n'adhère pas à une convention tarifaire conclue par sa fédération et qui désire saisir l'autorité cantonale pour fixation d'un tarif au sens de l'article 47 LAMal, doit d'une part entreprendre des négociations avec ses partenaires tarifaires et d'autre part, après l'échec de ces négociations, proposer à l'autorité saisie une solution constructive permettant l'élaboration d'un tarif qui contribue à la maîtrise des coûts.

Si ces conditions ne sont pas remplies, la partie non-adhérante doit en supporter les conséquences et appliquer la convention conclue par sa fédération en vertu du principe de la liberté contractuelle (cons. II. 14).

Ces conditions doivent être évaluées avec une certaine sévérité si l'on veut éviter que l'article 46, 2^e alinéa LAMal ne devienne un instrument utilisé uniquement pour bloquer sans motif l'entrée en vigueur d'un tarif négocié (cons. II. 15).

Le fait que l'article 46 LAMal ne mentionne pas la possibilité d'une adhésion partielle à une convention tarifaire (in casu: adhésion à la structure tarifaire et non à la valeur du point) ne signifie pas que cette possibilité soit exclue (cons. II. 15).

Nach Artikel 43 Absatz 5 KVG müssen Einzelleistungstarife auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen. Das Gesetz konkretisiert aber nicht, ob der Taxpunktwert auf kantonaler Stufe festzusetzen ist oder ob er Gegenstand eines Vertrages auf Landesebene sein kann. Die genaue Auslegung des Gesetztextes geht aber in Richtung einer stillschweigend eingeräumten Möglichkeit, einen Taxpunktwert auf nationalem Niveau auszuhandeln (Erw. II. 11 und 12.2).

Im System des KVG bildet die Tarifvereinbarung durch Vertrag zwischen den Tarifpartnern die Regel, das Eingreifen der Kantonsregierung die Ausnahme (Erw. II. 8 und 14).

Ein Verbandsmitglied, welches nicht nach Artikel 46 Absatz 2 KVG einem durch seinen Verband abgeschlossenen Vertrag beitrifft und das verlangt, dass die Kantonsregierung eingreift und nach Arti-

kel 47 KVG einen Tarif festsetzt, muss zunächst Verhandlungen mit den Tarifpartnern führen und nach deren Scheitern der Behörde eine konstruktive Lösung aufzeigen, die es dieser ermöglicht, einen Tarif festzulegen, der zur Eindämmung der Kostenentwicklung beiträgt.

Sind diese Bedingungen nicht erfüllt, so hat die dem Vertrag nicht beigetretene Partei die Folgen zu tragen und aufgrund des Vorrangs des Prinzips der Vertragsfreiheit die durch ihren Verband abgeschlossene Vereinbarung ebenfalls einzuhalten (Erw. II. 14).

Diese Bedingungen sind mit einer gewissen Strenge zu beachten, wenn man vereiteln will, dass Artikel 46 Absatz 2 KVG nur noch dazu dient, ohne Grund das Wirksamwerden eines ausgehandelten Tarifs zu verhindern (Erw. II. 15).

Dass in Artikel 46 KVG die Möglichkeit eines beschränkten Beitritts zu einem Tarifvertrag nicht erwähnt ist, bedeutet nicht, dass diese Möglichkeit ausgeschlossen ist (in casu: nur Beitritt zur Vereinbarung über die Tarifstruktur, nicht aber zur Vereinbarung über den Taxpunktwert) (Erw. II. 15).

I.

Riassunto – *Condensé* – Übersicht

L'Associazione svizzera dietiste/i diplomate/i (ASDD) e la Federazione ticinese degli assicuratori malattia (FTAM) non sono riuscite a trovare un accordo sulla tariffa applicabile alle prestazioni dei dietisti nel Cantone Ticino. Il Consiglio di Stato del Cantone Ticino (CdS), con decreto esecutivo del 5 maggio 1998, è pertanto intervenuto e ha dichiarato applicabile la struttura tariffale prevista dalla non ancora approvata convenzione quadro nazionale sottoscritta dall'ASDD e dal Concordato degli assicuratori malattia svizzeri (CAMS). Inoltre, il CdS ha fissato a 0.95 franchi il valore del punto. Il decreto ha effetto retroattivo al 1° luglio 1997. Nel ricorso amministrativo al Consiglio federale, l'ASDD contesta la competenza del CdS di fissare il valore del punto e chiede l'applicazione del valore di 1 franco previsto dalla menzionata convenzione nazionale. Il 1° luglio 1998 il Consiglio federale ha approvato la convenzione quadro nazionale ASDD/CAMS, con un valore del punto uniforme a livello nazionale di 1 franco. La convenzione è entrata in vigore con effetto retroattivo al 1° luglio 1997. La FTAM ha dichiarato di voler aderire a tale convenzione solo per quanto concerne la struttura tariffale, ma non per il valore del punto, che dovrebbe essere confermato a 0.95 franchi, come fissato dal CdS.

L'Association suisse des diététiciens/iennes diplômé(e)s (ASDD) et la Fédération tessinoise des assureurs-maladie (FTAM) n'ayant pas trouvé un accord

sur le tarif applicable aux diététiciens, le 5 mai 1998 le Conseil d'Etat tessinois (CdS) a édicté un tarif concernant ces fournisseurs de prestations. Il a déclaré applicable la structure tarifaire prévue par la convention nationale, signée par l'ASDD et le Concordat des assureurs-maladie suisses (CAMS), mais pas encore approuvée par le Conseil fédéral. Il a fixé la valeur du point à 0.95 francs, avec effet rétroactif au 1^{er} juillet 1997. Dans son mémoire de recours au Conseil fédéral, l'ASDD conteste la compétence du Conseil d'Etat de fixer la valeur du point et demande l'application de la valeur de 1 franc prévue dans la convention nationale précitée. Le 1^{er} juillet 1998 le Conseil fédéral a approuvé la convention nationale ASDD/CAMS, qui prévoit une valeur du point de 1 franc valable pour toute la Suisse. La convention est entrée en vigueur avec effet rétroactif au 1^{er} juillet 1997. La FTAM a déclaré vouloir adhérer à la structure tarifaire de cette convention, mais pas à la valeur du point. Ainsi elle requiert la confirmation de l'arrêté du Conseil d'Etat.

Der Schweizerische Verband diplomierter ErnährungsberaterInnen (SVERB/ASDD) und der Verband Tessiner Krankenversicherer (FTAM) konnten sich über einen Tarif für die Leistungen der Ernährungsberater/innen im Kanton Tessin nicht einigen. Der Regierungsrat des Kantons Tessin (CdS) hat deshalb mit Beschluss vom 5. Mai 1998 den Tarif festgelegt. Er hat die im gesamtschweizerischen Vertrag zwischen SVERB/ASDD und Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer (KSK/CAMS), der vom Bundesrat noch nicht genehmigt worden war, vorgesehene Tarifstruktur übernommen und den Taxpunktwert rückwirkend ab 1. Juli 1997 auf 0.95 Franken festgesetzt. In seiner Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat bestreitet der SVERB/ASDD die Zuständigkeit des Regierungsrates, den Taxpunktwert festzulegen. Zudem verlangt er, der Taxpunktwert sei gemäss gesamtschweizerischem Vertrag auf 1 Franken festzusetzen. Am 1. Juli 1998 hat der Bundesrat den gesamtschweizerischen Vertrag SVERB/KSK mit einem für die ganze Schweiz gültigen Taxpunktwert von 1 Franken genehmigt. Der Vertrag ist rückwirkend auf den 1. Juli 1997 in Kraft getreten. Der FTAM hat erklärt, er trete dem Vertrag bezüglich der Tarifstruktur bei, akzeptiere aber den Taxpunktwert nicht und wende den im angefochtenen Beschluss vom Regierungsrat festgesetzten (0.95 Franken) an.

II.

Il Consiglio federale ha accolto il ricorso per i motivi seguenti:

1. Secondo l'articolo 53 capoverso 1 LAMal, in relazione con l'articolo 129 lettere a e b della legge federale del 16 dicembre 1943 sull'organizzazione giudiziaria (in seguito: OG; RS 173.110) e con l'articolo 73 capoverso

1 lettera c PA, contro le decisioni dei governi cantonali ai sensi degli articoli 39, 45, 46 capoverso 4, 47, 48 capoversi 1-3, 49 capoversi 7, 51, 54 e 55 può essere interposto ricorso al Consiglio federale. Secondo la giurisprudenza, il ricorso di diritto amministrativo è infatti irricevibile contro decisioni concernenti l'edizione o l'approvazione di una tariffa oppure se vengono direttamente impugnate singole disposizioni tariffali in quanto tali. Il ricorso di diritto amministrativo è invece possibile contro decisioni che sono prese in applicazione di una tariffa in un caso concreto (DTF 116 V 133 e 112 V 292¹). Nella fattispecie, l'Associazione svizzera dietiste/i diplomate/i (in seguito: ASDD) contesta il valore del punto fissato dal Consiglio di Stato del Cantone Ticino (in seguito: CdS), valore che rappresenta inequivocabilmente una disposizione tariffale. Inoltre, rilevando che il CdS ha superato le competenze conferitegli dalla LAMal, la ricorrente fa valere una violazione del diritto federale. Il Consiglio federale è pertanto competente per statuire sul presente ricorso.

2. La risoluzione impugnata rappresenta diritto cantonale, tuttavia questo ultimo non ha rilevanza autonoma, dacché si limita ad eseguire il diritto federale (*Fritz Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, Berna 1983, 2a ed., pag. 91; *Peter Saladin*, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basilea 1979, pag. 77 segg.; GAAC 48.45; ZBJV 1992, 640 segg.; DTF 118 Ib 130, 112 V 108 segg.², 112 Ib 44 e 166, 105 Ib 107 cons. 1; RAMI 6/1996 221 segg.³).

3. Per quanto concerne la legittimazione ricorsuale dell'ASDD occorre fare alcune precisazioni. La costante giurisprudenza vuole che un'associazione sia legittimata a ricorrere se ha personalità giuridica (art. 60 segg. del Codice civile svizzero del 10.12.1907; RS 210), se i suoi membri sono legittimati a ricorrere, se la maggioranza od un numero importante dei suoi membri è toccato dalla decisione impugnata e se l'associazione ha il mandato statutario di impegnarsi per la difesa dei loro interessi (v. ad es. GAAC 59.74, 59.18, 58.49, 56.10 e 55.32, 48.46, 48.45, 45.64, 44.22, 43.36, 42.96, 41.28; F. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2^a ed., Berna 1983, pag. 159 segg.; *Ulrich Häfelin/Georg Müller*, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 2^a ed., Zurigo 1993, n. 1383). Quando, come nella fattispecie, vengono emanate tariffe valide per un determinato cantone, possono sorgere dubbi sulla legittimazione ricorsuale di un'associazione nazionale, in particolare poiché la menzionata condizione concernente il numero di soci toccati potrebbe non essere adempiuta, a differenza di quanto avviene quando è un'associazione canto-

¹ vedi n. K 725 (1987) di questa raccolta

² vedi n. K 689 (1986) di questa raccolta

³ vedi n. KV 1 (1996) di questa raccolta

nale ad intervenire per i suoi membri. Nel presente caso occorre tuttavia rilevare che le dietiste ed i dietisti ticinesi sono riuniti in un gruppo (GRTDD) che non ha personalità giuridica e che, nei contatti con gli assicuratori ed il CdS, è intervenuto solo marginalmente, lasciando di fatto all'ASDD la rappresentanza dei membri ticinesi. L'ASDD ha in pratica assunto il ruolo di partner tariffale nei confronti della Federazione ticinese degli assicuratori malattia (in seguito: FTAM), prendendo posizione per i suoi membri ticinesi e formulando tutte le proposte rilevanti ai fini della fissazione della tariffa da parte del CdS. L'autorità cantonale non ha del resto mosso alcuna critica al fatto che l'ASDD intervenisse a rappresentare le dietiste ed i dietisti ticinesi e non ha formulato obiezioni di principio riguardo alla relativa legittimazione ricorsuale nella presente procedura. Tenuto conto di questi aspetti, si può ritenere che l'ASDD abbia agito alla stregua di una sezione cantonale, di cui praticamente tutti i membri sono toccati dalla decisione impugnata. Essi hanno pertanto anche un interesse attuale e degno di protezione all'annullamento o alla modifica del decreto del CdS (art. 48 lett. a PA). Non è peraltro contestato che l'ASDD abbia personalità giuridica e che agisca sulla base dei suoi statuti a difesa dei suoi membri. L'ASDD è quindi legittimata a ricorrere per salvaguardare i diritti dei suoi membri ticinesi.

4. Le disposizioni degli articoli 50 e 52 PA concernenti il termine di ricorso, la forma ed il contenuto dello scritto ricorsuale sono rispettate.

5.1 Secondo l'articolo 25 capoverso 1 LAMal, l'assicurazione obbligatoria delle cure-medico-sanitarie assume i costi delle prestazioni atte a diagnosticare o curare una malattia ed i relativi postumi. Queste prestazioni comprendono fra l'altro gli esami, le terapie e le cure dispensate ambulatorialmente, al domicilio del paziente, in ospedale, parzialmente in ospedale o in una casa di cura dal medico, dal chiropratico e da persone che effettuano prestazioni previa prescrizione o indicazione medica (art. 25 cpv. 2 lett. a LAMal). L'articolo 35 LAMal fissa il principio secondo cui sono autorizzati ad esercitare a carico dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie i fornitori di prestazioni che adempiono le condizioni giuste gli articoli 36-40 (cpv. 1). Fra i fornitori di prestazioni figurano le persone dipensanti cure previa prescrizione o indicazione medica e le organizzazioni che le occupano (cpv. 2 lett. e). L'articolo 38 LAMal prevede che sia il Consiglio federale a disciplinare l'autorizzazione per questi fornitori di prestazioni, sentendo dapprima i Cantoni e le organizzazioni interessate.

5.2 Nell'ordinanza del 27 giugno 1995 sull'assicurazione malattia (in seguito: OAMal, RS 832.102) viene quindi statuito che sono autorizzate a dispensare cure previa prescrizione medica le persone che esercitano in

nome e per conto proprio le professioni di fisioterapista, ergoterapista, infermiere, logopedista e dietista (art. 46 cpv. 1 lett. a-e OAMal). Quest'ultima categoria è stata introdotta dal numero I dell'Ordinanza del DFI del 25 novembre 1996, in vigore dal 1° gennaio 1996 (RU 1996 3139). Il capoverso 2 dell'articolo 46 OAMal aggiunge inoltre che queste persone devono essere autorizzate in virtù del diritto cantonale ad adempiere le altre condizioni d'autorizzazione stabilite nella presente ordinanza, in concreto nell'articolo 50a OAMal.

L'ordinanza del 29 settembre 1995 sulle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie (in seguito: OPre, RS 832.112.31) prevede la consulenza nutrizionale, introdotta dal numero I dell'Ordinanza del DFI del 13 dicembre 1996, in vigore dal 1° luglio 1997 (RU 1997 564). L'articolo 9b descrive quali sono le patologie che possono essere curate dalle dietiste e dai dietisti. Dal 1° luglio 1997 essi sono pertanto considerati a tutti gli effetti quali fornitori di prestazioni.

6. Sulla base dell'articolo 43 capoverso 4 LAMal, le tariffe e i prezzi sono stabiliti per convenzione tra gli assicuratori e i fornitori di prestazioni (convenzione tariffale) oppure dalle autorità competenti nei casi previsti dalla legge. Occorre vegliare affinché le convenzioni tariffali siano stabilite secondo le regole dell'economia e adeguatamente strutturate. Le tariffe per singola prestazione devono basarsi su una struttura tariffale uniforme, stabilita per convenzione a livello nazionale (art. 43 cpv. 5 LAMal). Le parti alla convenzione e le autorità competenti devono vigilare affinché si consegnano cure appropriate e di alto livello qualitativo, a costi il più possibile convenienti (art. 43 cpv. 6 LAMal).

7. Se i fornitori di prestazioni e gli assicuratori non riescono a stipulare una convenzione tariffale, oppure se la convenzione viene disdetta, il governo cantonale, sentite le parti interessate, stabilisce la tariffa (art. 47 cpv. 1 LAMal). Il governo cantonale può prorogare di un anno la convenzione tariffale nel caso in cui le parti non si accordino sul rinnovo (art. 47 cpv. 3 LAMal). La disposizione secondo cui il governo cantonale, nei casi di approvazioni di convenzioni tariffali, deve analizzarne la conformità alla legge e ai principi di equità e di economicità (art. 46 cpv. 4 LAMal) vale anche per la fissazione di tariffe in regime aconvenzionale ai sensi dell'articolo 47 LAMal.

8. Visto quanto precede, si può affermare che il regime convenzionale rappresenta la situazione normale nell'ambito dell'assicurazione malattie e la fissazione di tariffe e prezzi da parte delle autorità competenti avviene solo in casi eccezionali, dovuti a lacune nel sistema convenzionale (cfr. Mes-

saggio del 6 novembre 1991 del Consiglio federale sulla revisione dell'assicurazione malattia, FF 1992 I 65, pag. 143; in seguito: Messaggio). Del resto, come già sottolineato, l'articolo 47 LAMal statuisce chiaramente che la competenza del governo cantonale di fissare una tariffa è sussidiaria, nel senso che è data unicamente laddove i fornitori di prestazioni e gli assicuratori non riescono a stipulare una convenzione tariffale oppure se disdicono una convenzione senza sostituirla.

9. Nella fattispecie l'ASDD contesta la competenza del CdS di fissare un valore del punto, ritenendo che ciò non sia possibile in assenza dell'approvazione della convenzione nazionale. Dagli atti dell'incarto risulta chiaramente che tra la fine del 1997 e l'inizio del 1998 la FTAM da una parte e il GRTDD, rispettivamente l'ASDD, dall'altra hanno negoziato sulle questioni tariffali concernenti le dietiste ed i dietisti. Pur raggiungendo un accordo totale sull'applicazione nel Cantone Ticino della struttura tariffale uniforme stabilita sul piano nazionale da ASDD e dal Concordato degli assicuratori malattia svizzeri (in seguito: CAMS), le parti non sono riuscite a trovare un punto d'intesa sul valore economico del punto. Ciò ha impedito la conclusione di un accordo tariffale che regolasse la tariffa applicabile alle prestazioni delle dietiste e dei dietisti. Per questo motivo, le parti si sono rimesse al CdS, il cui rappresentante, l'Istituto cantonale delle assicurazioni sociali, in data 11 febbraio 1998 ha correttamente constatato che vi era un regime aconvenzionale giustificante l'apertura di una procedura conforme all'articolo 47 LAMal per la determinazione del valore del punto in assenza di accordo convenzionale. Non è quindi assolutamente condivisibile e difficilmente comprensibile la tesi dell'ASDD, secondo cui il CdS non avrebbe potuto fissare un valore del punto essendo ancora in sospenso l'approvazione della convenzione nazionale. Anche in seguito all'assenza di una simile approvazione e di un qualsiasi altro punto di riferimento applicabile, al momento dell'edizione della decisione impugnata, il 5 maggio 1998, vi era chiaramente una situazione di regime aconvenzionale che il CdS, su invito delle parti e quindi anche dell'ASDD, ha correttamente tentato di colmare. La competenza secondo l'articolo 47 LAMal era quindi data.

10. Ammessa la competenza del CdS, occorrerebbe di per sé valutare se la fissazione di un valore del punto di 0.95 franchi può essere considerata corretta e rispondente ai requisiti legali. D'altra parte non è però possibile ignorare che il 1° luglio 1998 è stata approvata la convenzione nazionale sottoscritta da ASDD e CAMS, che prevede anche un valore del punto unitario per tutta la Svizzera. Il Consiglio federale non può pertanto esimersi dall'esaminare la rilevanza dell'entrata in vigore dell'accordo nazionale per il caso oggetto del presente gravame.

11. Le parti ricorsuali e l'autorità inferiore sono sostanzialmente d'accordo sul fatto che venga applicata la struttura tariffale prevista dalla convenzione nazionale. L'articolo 43 capoverso 5 LAMal esige del resto che le tariffe per singole prestazioni devono basarsi su una struttura tariffale uniforme, stabilita per convenzione a livello nazionale. Questo è avvenuto con l'adozione della convenzione nazionale del 1° luglio 1997, approvata dal Consiglio federale il 1° luglio 1998 ai sensi dell'articolo 46 capoverso 4 LAMal. La convenzione è pertanto stata ritenuta conforme alla legge e ai principi di equità e di economicità e le parti non contestano la struttura tariffale né il fatto che nel decreto impugnato il CdS l'abbia utilizzata quale base di riferimento e l'abbia adottata ancora prima dell'approvazione da parte del Consiglio federale.

12.1 Le opinioni delle parti divergono invece sulla possibilità di fissare a livello nazionale anche il valore del punto.

Un'eventualità del genere non si era finora mai presentata, essendo di norma il valore del punto indicato nelle convenzioni nazionali unicamente quale valore di riferimento adattabile secondo le realtà locali. Nel presente caso invece la volontà delle parti di fissare in modo uniforme il valore del punto da esse negoziato appare chiara, tenendo conto soprattutto di quanto rilevato in sede di approvazione della convenzione nazionale e della lapidaria formulazione dell'articolo 1 dell'accordo sul valore del punto, basato sull'articolo 7.3 della convenzione del 1° luglio 1997: «Der Taxpunktwert ab 1. Juli 1997 beträgt Fr. 1.–» (cpv. 1). Il Consiglio federale ritiene quindi che, nonostante nella convenzione vi sia una riserva sulle tariffe e sui valori del punto vigenti nel luogo in cui viene fornita la prestazione (art. 2), le parti abbiano effettivamente voluto ottenere un valore del punto unico per tutta la Svizzera.

12.2 Diversamente da quanto avviene per la struttura tariffale, la LAMal non fornisce indicazioni particolari su un'eventuale fissazione a livello nazionale del valore del punto. L'articolo 43 capoverso 2 lettera b prevede che la tariffa è una base di calcolo della remunerazione e che può in particolare attribuire punti per prestazione e fissare il valore del punto (tariffa per singola prestazione). Attenendosi strettamente alla formulazione della disposizione legale, che si riferisce alle tariffe in genere, non vi è alcun elemento per ritenere che vi sia una chiara scelta a favore di un valore del punto cantonale e contro la possibilità di fissare detto valore in modo uniforme a livello nazionale.

È vero che nel Messaggio il Consiglio federale (v. pag. 143 segg.) ha asserito che uno degli scopi della LAMal è di permettere di superare la non

molto sensata prassi, prevista dal diritto previgente, di fissare la struttura delle tariffe in modo decentralizzato, mantenendo però la possibilità di regolare il valore del punto attraverso accordi tariffali decentrati, al fine di meglio tenere conto delle differenze di costo (salario e prezzo) esistenti fra una regione e l'altra (pag. 144). Anche la giurisprudenza si è finora sostanzialmente mossa in tal senso (v. ad es. RAMI 2/3/1998, pag. 205¹), confermando la legittimità di accordi sul valore del punto presi a livello cantonale. Il Consiglio federale ritiene però che la variante di un valore del punto uniforme a livello nazionale non possa essere esclusa a priori, in particolare per l'assenza di evidenti limiti legali atti ad impedire alle organizzazioni nazionali degli assicuratori e dei fornitori di prestazioni di ottenere un simile accordo. Questo aspetto ed il fatto che la LAMal intende favorire la libertà contrattuale dei partner tariffali inducono a ritenere corretta un'interpretazione della legge nel senso di un'implicita apertura verso la possibilità di negoziare a livello svizzero il valore del punto.

13.1 Per determinare l'effettiva applicabilità a livello svizzero del valore del punto unitario occorre comunque valutare in che misura simili accordi firmati dai partner nazionali siano vincolanti per le rispettive federazioni cantonali, soprattutto nei casi (come il presente) in cui queste ultime ritengono che vi siano sostanziali differenze fra il valore del punto nazionale e la realtà economica locale. In altre parole, è necessario determinare se le organizzazioni cantonali dispongono di un certo margine di manovra per scegliere soluzioni diverse da quelle previste a livello nazionale.

13.2 La LAMal stabilisce che le parti a una convenzione tariffale sono, da un lato, uno o più fornitori di prestazioni o federazioni di fornitori di prestazioni e, d'altro lato, uno o più assicuratori o federazioni d'assicuratori (art. 46 cpv. 1). Se una delle parti alla convenzione è una federazione, la convenzione vincola i membri della federazione solo se hanno aderito alla convenzione. I non membri esercenti nel territorio previsto dalla convenzione possono parimenti aderire a quest'ultima. La convenzione può prevedere un loro equo contributo alle spese per la sua stipulazione e per la sua esecuzione. La convenzione disciplina le modalità in materia d'adesione e di desistenza e relative pubblicazioni (art. 46 cpv. 2).

A proposito dell'articolo 46 capoverso 1, il Messaggio sottolinea l'importanza della convenzione tariffale quale strumento essenziale per la fissazione di tariffe nell'assicurazione malattia obbligatoria, in particolare la prevalenza del principio della libertà contrattuale. Nonostante questo, le conven-

¹ vedi n. KV 30 (1998) di questa raccolta

zioni concluse dalle federazioni non regolano in maniera obbligatoria e automatica i rapporti tariffali tra i membri della federazione, ma questi ultimi sono legati solo nel caso in cui dichiarino di voler aderire alla convenzione in questione. Simili accordi sono particolarmente auspicati se servono a contenere i costi. La libertà contrattuale deve dare la possibilità alle parti, ove indicato ed efficace, di contribuire al contenimento dei costi grazie all'armonizzazione e al coordinamento e, laddove la differenziazione e la concorrenza si rivelano più appropriate, di scegliere questa strada, rispettivamente di combinare in modo ottimale queste due facoltà (Messaggio, pag. 149 segg.). È quindi possibile, sulla base dell'articolo 46 capoverso 2 LAMal, essere membro di una federazione ma concludere una convenzione tariffale diversa da quella che lega la federazione. I dibattiti parlamentari non hanno contraddetto il Messaggio su questo punto, essendosi concentrati essenzialmente sul divieto di clausole d'esclusività e di trattamenti di favore che è stato inserito nel capoverso 3 dell'articolo 46 LAMal (BU N 1993 1860 seg.).

13.3 L'elaborazione di questo articolo della LAMal ha quindi posto l'accento soprattutto su una maggiore libertà contrattuale e sulla concorrenza che potrebbe risulterne in altre parole sulla capacità e disponibilità dei partner tariffali di contribuire al controllo dei costi nell'assicurazione malattia attraverso un atteggiamento responsabile e libero da ogni vincolo in occasione della fissazione delle tariffe. Per questo motivo, il Messaggio si riferisce principalmente all'ipotesi in cui gli accordi sono o possono essere conclusi, ma non si riferisce affatto o comunque solo marginalmente ai casi in cui i membri che non aderiscono alla convenzione conclusa dalle rispettive federazioni non sono riusciti a concluderne una separata con gli altri partner tariffali. Questa situazione può rivelarsi problematica poiché, in un caso del genere, i membri ed i loro assicurati si ritrovano senza convenzione applicabile e quindi in un regime senza convenzione che va colmato. È pertanto indispensabile accertare se i membri non aderenti possono rinunciare ad una convenzione sapendo di creare un vuoto giuridico e, se sì, in quale misura.

14. Già si è detto che nella LAMal la fissazione autonoma di tariffe da parte dei partner tariffali attraverso convenzioni costituisce la regola generale per stabilire la tariffa delle prestazioni e l'intervento dei governi cantonali rappresenta l'eccezione.

Il Consiglio federale ritiene che quando le parti ricorrono all'articolo 46 capoverso 2 LAMal i membri che non aderiscono ad una convenzione devono essere in grado di rispettare i fondamenti della legge basata sulla libertà con-

trattuale e devono impegnarsi a fondo per concludere un accordo tariffale prima di ammettere il fallimento dei negoziati e di indirizzarsi al governo cantonale. Solo così si potrà rendere compatibile la situazione particolare creata dall'articolo 46 capoverso 2 LAMal con il sistema introdotto dalla nuova legge sull'assicurazione malattia. Il Consiglio federale è cosciente del fatto che tale compito può essere difficile per i membri non aderenti, visto che in certi casi essi dovranno negoziare con i medesimi partner sociali come la loro federazione ma ottenere una tariffa differente da quella conclusa. È quindi necessario e conforme alla legge che in caso di fallimento dei negoziati, i partner possano indirizzarsi al governo cantonale perché fissi una tariffa conformemente all'articolo 47 capoverso 1 LAMal. È però chiaro che in questo caso i membri non aderenti devono non solo motivare la loro domanda presentando gli elementi che li spingono a non aderire alla convenzione firmata dalla loro federazione, ma devono pure proporre soluzioni costruttive per l'elaborazione di una nuova tariffa. Ciò permette l'applicazione dell'articolo 46 capoverso 2 LAMal, evitandone però un uso abusivo. Se fosse infatti possibile opporsi ad una convenzione conclusa nel rispetto delle esigenze della legge senza tuttavia fornire le ragioni che portano al rifiuto e soprattutto senza partecipare con proposte concrete alla fissazione di una tariffa che contribuisce al contenimento dei costi, vi sarebbe una chiara violazione del sistema della legge basato sul principio della libertà contrattuale.

Pertanto, se i membri non aderenti non rispettano le citate condizioni, essi devono sopportarne le conseguenze ed applicare, visto il primato del principio della libertà contrattuale, la convenzione conclusa dalla loro federazione.

15. Di per sé è quindi possibile non aderire ad una convenzione nazionale. La particolarità del presente caso è però costituita dal fatto che la FTAM ha manifestato l'intenzione di voler aderire limitatamente alla parte concernente la struttura tariffale e non a quella sul valore del punto. Un'interpretazione restrittiva dell'articolo 46 LAMal sembrerebbe non lasciare spazio per una simile ipotesi di adesione parziale, essendo esplicitamente citate solo le possibilità di adesione o non-adesione. Il Consiglio federale ritiene tuttavia legittimo valutare se non sia possibile scindere la parte concernente la struttura tariffale da quella del valore del punto. In effetti, pur essendo questi due elementi strettamente legati ed in una certa misura interagenti, essi poggiano su presupposti parzialmente distinguibili, non solo per quanto riguarda gli aspetti che devono regolare, ma anche perché l'uniformità della struttura tariffale viene imposta dalla legge, mentre quella del valore del punto è maggiormente affidata alla discrezionalità dei partner tariffali.

Il fatto che la LAMal sia tutto sommato silente su una simile eventualità di adesione parziale non significa che quest'ultima sia esclusa. Senza forzatamente dover ammettere l'esistenza di una lacuna della base legale da colmare in via giurisprudenziale, il Consiglio federale ritiene che il senso della legge permetta alle parti di aderire ad una struttura tariffale nazionale, rifiutando però il relativo valore del punto per fissarne uno più confacente alla realtà locale. Negare tale facoltà significherebbe infatti imporre un'adesione o una non-adesione totale che limiterebbe in maniera eccessiva l'autonomia e la libertà contrattuale delle parti ed avrebbe effetti negativi sulla possibilità di ottenere effettivamente accordi flessibili che permettono una sana concorrenza e comportamenti innovatori (cfr. Messaggio pag. 144). Una prassi così restrittiva sarebbe in netto contrasto con gli scopi della LAMal e rischierebbe di andare a colpire anche e soprattutto gli assicurati.

Il Consiglio federale è del resto dell'opinione che il rischio di abusi sia tutto sommato abbastanza limitato. Già si è detto che l'utilizzo dell'articolo 46 capoverso 2 è legato a condizioni che vanno valutate con una certa severità, proprio per evitare che il menzionato articolo diventi uno strumento utilizzato unicamente per bloccare senza motivo l'entrata in vigore di una tariffa frutto di negoziati fra le parti. Inoltre, non va dimenticato che nella fattispecie il Consiglio federale, durante la procedura d'approvazione della convenzione nazionale, ha valutato anche le varie questioni legate al valore del punto, fra cui l'economicità del valore medio di 1 franco per tutta la Svizzera, e ha considerato tale valore corretto e conforme alle disposizioni legali. Ciò significa che, nel caso concreto ed in altri simili, la parte o le parti che non intendono aderire alla convenzione nazionale limitatamente al valore del punto devono poter fondare la loro posizione su dati precisi e dimostrabili. Ciò costituisce un'ulteriore garanzia contro la possibilità di un'opposizione di principio (senza dati attendibili) e quindi di un abuso dell'articolo 46 capoverso 2 LAMal.

16.1 Nella fattispecie, sulla base degli atti versati all'incarto, si può constatare che il CdS, chiamato dalle parti a fissare il valore del punto, si è trovato confrontato ad una richiesta di 0.90 franchi della FTAM e di 1 franco dell'ASDD. Le parti non hanno però fornito elementi particolarmente precisi a sostegno delle loro richieste, richiamandosi piuttosto ad indicazioni generiche come il minore costo della vita in Ticino (FTAM) o riferimenti all'accordo nazionale (ASDD) non ancora in vigore. Il CdS ha quindi ritenuto di operare utilizzando una via di mezzo fra le due richieste, fissando un valore del punto a 0.95 franchi, derivato in modo particolare dall'indice dei salari delle professioni sanitarie nel Cantone Ticino, inferiore alla media nazionale (96% ai sensi delle ultime statistiche note). Il Consiglio

federale ritiene che il CdS abbia operato in maniera corretta, vista l'assenza di dati precisi ed attendibili e la legittima preoccupazione di contenere i costi generati dalle malattie.

Tuttavia, proprio l'assenza di indicazioni precise che potrebbero indurre a ritenere esagerato il valore di 1 franco e tenuto conto che, durante la presente procedura ricorsuale, la FTAM ha sostanzialmente invocato gli stessi argomenti generici senza fornire dati più precisi ed indicativi, il Consiglio federale è dell'opinione che vada applicata la convenzione nazionale nella sua integralità, ovvero che sia la struttura tariffale che il valore del punto di 1 franco debbano valere anche nel Cantone Ticino a partire dal 1° luglio 1997, sostituendo quindi il decreto esecutivo contestato.

16.2 Il Consiglio federale ritiene che questa soluzione non violi la competenza del CdS di fissare una tariffa sulla base dell'articolo 47 LAMal, visto che l'autorità federale non si sostituisce a quella cantonale fissando motu proprio ed unilateralmente il valore del punto, bensì si trova a svolgere la sua funzione di controllo della conformità al diritto federale del decreto contestato dopo che il CdS ha esercitato le competenze conferitegli dal summenzionato articolo di legge. L'accertamento dell'esistenza di un regime giuridico che viene a sostituirsi, per volontà delle parti contrattuali a livello nazionale, a quanto previsto dal CdS in un altro periodo in cui vigeva una situazione aconvenzionale non può essere considerato come un'ingerenza eccessiva da parte del Consiglio federale. Del resto, un rinvio dell'incarto per una nuova decisione al CdS creerebbe una contraddizione di fondo con l'approvazione della convenzione nazionale ed anche il CdS si troverebbe a dover rifare tutta la procedura già svolta, senza però disporre di ulteriori elementi di giudizio, ciò che potrebbe andare a scapito della sicurezza del diritto e, in ultima analisi, degli interessi degli assicurati.

16.3 Inoltre, la presente decisione non entra in contraddizione con la posizione assunta dalla Sorveglianza dei prezzi. È vero che essa, consultata dal CdS l'11 febbraio 1998, ha asserito che, sulla base della documentazione fornita dall'autorità cantonale, la soluzione di un valore del punto di 0.95 franchi sembrava sostenibile, tenendo conto della media dei salari cantonali per le professioni sanitarie. Il Consiglio federale ritiene però che questa presa di posizione, mirata esclusivamente a determinare la sostenibilità della variante scelta dal CdS, non escludesse a priori l'ammissibilità di un valore più alto. Ciò viene confermato dal fatto che, in occasione della procedura di approvazione della convenzione nazionale fra ASDD e CAMS, la Sorveglianza dei prezzi, pur essendosi in linea di principio espressa contro l'idea della fissazione di un valore del punto a livello nazionale, ha accettato tale

variante per il caso specifico delle dietiste e dei dietisti. Essa ha infatti considerato da un lato che le spese causate agli assicuratori da questi fornitori di prestazioni saranno verosimilmente di scarsa importanza e che d'altra parte l'elaborazione di convenzioni tariffali cantonali può provocare considerevoli spese supplementari. Pur essendo la Sorveglianza dei prezzi dell'opinione che il valore del punto di 1 franco dovrebbe costituire il limite massimo da non superare, non sono quindi state espresse particolari riserve sulla sostenibilità economica di detto valore, ciò che ha indubbiamente favorito la decisione di approvazione della convenzione nazionale da parte del Consiglio federale.

17. Visto quanto precede, il ricorso dell'ASDD è accolto ed il decreto esecutivo del 5 maggio 1998 del CdS è annullato.

Changement d'assureur dans le cadre d'une assurance avec franchise à option

KV 59 Arrêt du TFA du 23 novembre 1998

Une diminution de la réduction des primes dans l'assurance avec franchise à option, sans modification du montant des primes perçues jusqu'alors, ne constitue pas une augmentation de la prime au sens de l'article 7 alinéa 2 LAMal.

Falls die Prämienreduktion in der Versicherung mit wählbaren Franchisen herabgesetzt wird, ohne dass die bisherigen Prämienansätze geändert werden, handelt es sich nicht um eine Prämienhöhung im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 KVG.

Una diminuzione della riduzione dei premi nell'assicurazione con franchigia opzionale, senza modifica degli importi dei premi fino allora riscossi, non costituisce un aumento del premio ai sensi dell'articolo 7 capoverso 2 LAMal.

I.

A. – Depuis le 1^{er} janvier 1995, A. est affiliée à l'A., assurance maladie et accidents (caisse). Elle bénéficie de l'assurance obligatoire (appelée système Basis) des soins médicaux, pharmaceutiques et hospitaliers, avec une franchise annuelle de 600 fr., ainsi que d'assurances complémentaires. La prime mensuelle pour l'assurance obligatoire s'élevait à 132 fr. en 1997. Avisée qu'elle serait de 140 fr. par mois dès le 1^{er} janvier 1998, A. a signifié à la caisse, par lettre du 5 novembre 1997, la résiliation de son assurance (obligatoire) pour le 31 décembre 1997.

La caisse-maladie a accepté la démission pour le 31 décembre 1998, ce qu'elle a confirmé tant par décision du 4 décembre 1997, que par décision sur opposition du 30 janvier 1998.

B. – Par jugement du 15 avril 1998, le Tribunal cantonal des assurances a admis le recours de A., annulé la décision litigieuse et donné acte à la recourante que la résiliation de la couverture d'assurance Basis prenait effet au 31 décembre 1997.

C. – La caisse interjette recours de droit administratif contre ce jugement dont elle demande l'annulation. L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a préavisé pour le rejet du recours.

II.

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

1. – a) Aux termes de l'art. 64 LAMal, les assurés adultes participent aux coûts des prestations dont ils bénéficient par un montant fixe par année (franchise), ainsi qu'un pourcentage des coûts qui dépassent la franchise (quote-part). Le Conseil fédéral a reçu compétence pour fixer tant le montant de la franchise que le montant maximal annuel de la quote-part. En application de l'art. 96 LAMal, il a fixé la franchise à 150 fr. par année, montant porté à la suite d'une révision de l'ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal) à 230 fr. (art. 103 al. 1 OAMal; modifié par l'ordonnance du 25 juin 1997, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998 [RO 1997 2435]).

b) Forme particulière d'assurance prévue par l'art. 62 al. 2 LAMal, l'assurance avec franchise à option permet aux assureurs de pratiquer, en plus de l'assurance de soins ordinaire, une assurance dans laquelle les assurés peuvent choisir une franchise plus élevée que le montant fixé à l'art. 103 al. 1 OAMal (soit 150 fr., respectivement 230 fr.). La volonté du législateur d'autoriser cette forme d'assurance reposait sur l'attente d'un effet réducteur sur les coûts. Toutefois, pour éviter que cette forme d'assurance ne soit choisie que par des personnes présentant un faible risque de maladie et que par conséquent les coûts ne soient en définitive pas moins élevés, le Conseil fédéral avait reçu mandat de prévoir des limites maximales pour les réductions de primes. Le but de cette prescription était également de maintenir la solidarité entre les bien-portants et les malades assurés par le même assureur (FF 1992 I 176). En réalité, tant le montant de la franchise à option que celui des réductions maximales ont été fixés par le Conseil fédéral (art. 93 et 95 OAMal).

Jusqu'au 31 décembre 1997 (soit selon les dispositions topiques de l'OAMal en vigueur jusqu'à cette date), les franchises à option s'élevaient à 300, 600, 1200 et 1500 fr. pour les adultes. Par rapport aux primes de l'assurance ordinaire, les assureurs pouvaient réduire les primes des assurances avec franchise à option pour ces derniers, mais au maximum selon le barème suivant:

- 10 pour cent lorsque la franchise s'élève à 300 fr.;
- 20 pour cent lorsque la franchise s'élève à 600 fr.;
- 35 pour cent lorsque la franchise s'élève à 1200 fr.;
- 40 pour cent lorsque la franchise s'élève à 1500 fr.

Dans le cas particulier, la caisse qui pratique l'assurance avec franchise à option avait fait bénéficier ses assurés de la réduction maximum. Ainsi, alors que la prime mensuelle pour l'assurance obligatoire est, pour les assurés domiciliés dans le canton du Valais, de 164 fr. (avec la franchise obligatoire), celle-ci était, en 1997, de 132 fr., ce qui correspond à une réduction de 20% pour les assurés ayant opté pour une assurance avec franchise de 600 fr.

c) Dans son ordonnance du 17 septembre 1997, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998 (RO 1997 2272), le Conseil fédéral a modifié le choix des montants de la franchise à option, l'assuré pouvant désormais opter pour une franchise de 400, 600, 1200 ou 1500 fr. Il a également modifié le pour cent de la réduction maximale admissible, le réduisant comme suit:

- 8 pour cent lorsque la franchise s'élève à 400 fr.;
- 15 pour cent lorsque la franchise s'élève à 600 fr.;
- 30 pour cent lorsque la franchise s'élève à 1200 fr.;
- 40 pour cent lorsque la franchise s'élève à 1500 fr.

La modification de l'OAMal visait à atténuer un défaut du système d'assurance avec franchise à option. En effet, à partir d'un certain niveau de primes, le montant en francs de la réduction accordée était supérieur à celui de la participation supplémentaire aux coûts qu'acceptaient les personnes assurées selon ce système. En bénéficiant de cette économie, elles apparaissaient par trop favorisées par rapport à celles qui avaient choisi la franchise ordinaire. D'une part, cette situation allait à l'encontre du principe de solidarité et, d'autre part, elle ne correspondait pas à l'idée fondamentale des franchises à option, soit la réduction des coûts de la santé. La diminution de la réduction maximale permettait ainsi d'y remédier partiellement (cf. *R. Kocher*, Nouvelle détermination des franchises à option, in *Sécurité sociale* 1997/5 p. 277 ss).

Il en est résulté que, pour l'année 1998, la prime mensuelle fixée par la caisse s'est élevée à 140 fr. pour les mêmes assurés ayant opté pour une franchise de 600 fr. Ce montant correspond bien à celui de la prime pour l'assurance obligatoire de 164 fr. (inchangée), sous déduction de 15% (au lieu de 20%). Ainsi la différence de 8 fr. sur la cotisation mensuelle résulte uniquement mais directement de la modification de l'art. 95 OAMal.

Ces points ne sont pas contestés par les parties. Le litige porte en revanche sur la question de savoir si l'assuré peut changer d'assureur, aux conditions de l'art. 7 al. 2 LAMal lorsque l'augmentation, en termes réels, de la prime à payer découle d'une modification réglementaire imposée à l'assureur.

2. – a) L'art. 7 LAMal règle les conditions de changement d'assureur. La résiliation ordinaire par l'assuré peut intervenir pour la fin d'un semestre de l'année civile, moyennant un préavis de trois mois (al. 1). Selon l'art. 94 al. 2 OAMal – dont le Tribunal fédéral des assurances a reconnu la légalité (RAMA 1998 KV 39 p. 375) – le changement d'assureur ne peut avoir lieu qu'à la fin d'une année civile en cas de franchise à option.

Toutefois, en cas d'augmentation de primes, le délai de préavis est d'un mois pour la fin d'un mois dès communication de l'augmentation (art. 7 al. 2 LAMal). Ces dispositions ont pour but de concrétiser tant le principe du libre choix de l'assureur que celui du libre passage. Elles visent aussi à favoriser une saine concurrence entre assureurs et à permettre à l'assuré, dans une certaine mesure, de choisir l'offre la plus avantageuse ou la plus intéressante (cf. dans ce sens le Message du Conseil fédéral concernant l'assurance-maladie in FF 1992 I 126).

b) Les juges cantonaux ont considéré que par prime, notion qu'il n'était à leurs yeux pas nécessaire d'interpréter, il fallait entendre le montant que l'assuré devait payer à sa caisse-maladie et qu'ainsi toute augmentation de ce montant – quelle qu'en soit la cause – permettait la résiliation extraordinaire au sens de l'art. 7 al. 2 LAMal.

Le législateur ne définit pas directement la notion de prime que traite le chapitre 5 de la LAMal. Selon l'art. 60 LAMal, le financement de l'assurance obligatoire des soins est réalisé d'après le système de la répartition des dépenses. Les primes des assurés demeurent la principale source de financement de l'assurance des soins (art. 61 LAMal et 89 à 92 OAMal), aux côtés de la participation des assurés (art. 64 LAMal et 103 à 105 OAMal) et des subsides des pouvoirs publics pour la réduction des primes (art. 65 et 66 LAMal et 106 OAMal). L'assureur dispose à cet égard du pouvoir de fixer le montant des primes à payer par ses assurés, dans les limites de la loi. Il doit cependant établir un tarif des primes qui doit recevoir l'approbation du Conseil fédéral (art. 61 al. 1 et 4 LAMal). Les primes de l'assurance à option, soumises également à l'approbation de l'autorité exécutive, se fondent sur celles de l'assurance ordinaire (art. 95 al. 1 OAMal).

De ces différents éléments, il y a lieu de comprendre que par prime, il faut entendre la contribution par assuré au financement des dépenses de la caisse-maladie pour l'assurance obligatoire des soins, soit le montant, avant toutes espèces de réductions légales ou conventionnelles, fixé par l'assureur dans le tarif qu'il soumet à l'approbation de l'OFAS. Par conséquent, par augmentation de primes, il faut entendre une augmentation en francs par rapport aux primes jusqu'alors en vigueur. Dans ce sens, la prime de la recourante, fixée selon son tarif approuvé à 164 fr. par mois, n'a pas subi d'augmentation entre 1997 et 1998. Une résiliation extraordinaire par l'intimée ne peut ainsi, en principe, se fonder sur la disposition de l'art. 7 al. 2 LAMal.

Il n'y a, au demeurant, pas place pour une interprétation plus large de la notion d'augmentation de prime au sens de la disposition précitée. Dans le

système de l'assurance avec franchise à option facultative, il s'agit en fait d'un effort supplémentaire de participation aux coûts auquel s'engage l'assuré. A cet engagement de l'assuré de supporter une franchise dont il choisit le montant, correspond une réduction de la prime que lui accorde la caisse-maladie. La diminution de la réduction qui découle d'une modification réglementaire (art. 95 al. 2 OAMal) contraint l'assurance à s'y conformer, si bien que la faculté dont elle dispose de proposer une réduction s'en trouve diminuée. Cela a toutefois pour seule conséquence que la participation de l'assuré aux frais augmente et non, à proprement parler, la prime pour l'assurance obligatoire qui demeure inchangée.

Dans ce sens, une diminution de la réduction de primes en cas de franchise à option avec maintien du montant des primes valables jusqu'alors ne constitue pas une augmentation de prime au sens de l'art. 7 al. 2 LAMal; peu importe à cet égard que cette diminution repose sur une réduction des rabais maximums prévus à l'art. 95 al. 2 OAMal ou sur la nécessité de revenus supplémentaires.

c) Cette diminution de la réduction représente toutefois une augmentation du risque potentiel de participation aux frais et devrait précisément, comme l'augmentation de primes, justifier en droit désirable une résiliation extraordinaire. Cela n'est toutefois pas prévu par la LAMal et l'OAMal. L'existence d'une pure lacune dans l'ordonnance, qui devrait être comblée par analogie avec l'art. 7 al. 2 LAMal, doit être niée, dès lors que la réglementation n'aboutit pas véritablement à un résultat contraire à la systématique de la loi. En effet, dans ce système de la franchise à option, le législateur a permis de limiter la possibilité de changement d'assurance à court délai pour tenir compte de la nécessité de calculs de primes correspondant à des années civiles complètes (RAMA 1998 KV 39 p. 378 consid. 3c).

Abgrenzung der Spitalbedürftigkeit von der Pflegebedürftigkeit im Hinblick auf die Vergütung bei Spitalaufenthalt

KV 60 Urteil des EVG vom 26. November 1998

Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit verlangt auch nach neuem Recht, dass ein Aufenthalt im Akutspital zum Spitaltarif nur so lange möglich ist, als vom Behandlungszweck her ein Aufenthalt im Akutspital notwendig ist (Erw. 1b).

Die unter der Herrschaft des KUVG ergangene Rechtsprechung, wonach für den Übertritt vom Akutspital in ein Pflegeheim oder eine Pflegeabteilung eine angemessene Anpassungszeit einzuräumen ist, hat seine Gültigkeit ebenfalls bewahrt (Erw. 2c).

Le critère du caractère économique exige également selon le nouveau droit qu'un séjour dans un hôpital pour soins aigus ne soit possible au tarif hospitalier qu'aussi longtemps que ce séjour est nécessité par le but du traitement (cons. 1b).

La jurisprudence rendue sous l'empire de la LAMA selon laquelle une période d'adaptation adéquate doit être accordée pour le passage d'un hôpital pour soins aigus à un établissement médico-social ou à un établissement pour soins chroniques demeure valable (cons. 2c).

Secondo il criterio dell'economicità, riferibile anche al nuovo diritto, è possibile applicare la tariffa ospedaliera in caso di degenza in ospedale per malattie acute solo finché lo scopo della cura esige una siffatta degenza (cons. 1b).

Va riconfermata la giurisprudenza sviluppatasi sotto l'egida della LAMI giusta la quale dev'essere accordato un congruo periodo di adattamento in caso di trasferimento da un ospedale per malattie acute in una casa di cura o in una divisione per malati cronici (cons. 2c).

Auszug aus den Erwägungen:

1. – a) Gemäss Art. 49 Abs. 3 KVG richtet sich bei Spitalaufenthalten die Vergütung nach dem (für den Aufenthalt in Akutspitalern im Sinne von Art. 39 Abs. 1 KVG geltenden) Spitaltarif gemäss Art. 49 Abs. 1 und 2 KVG, solange der Patient oder die Patientin nach medizinischer Indikation der Behandlung und Pflege oder der medizinischen Rehabilitation im Spital bedarf. Ist diese Voraussetzung nicht mehr erfüllt, so kommt für den Spitalaufenthalt der Tarif nach Art. 50 KVG zur Anwendung. Gemäss dieser Bestimmung vergütet der Versicherer bei Aufenthalt in einem Pflegeheim (Art. 39 Abs. 3 KVG) die gleichen Leistungen wie bei ambulanter Kran-

kenpflege und bei Krankenpflege zu Hause; er kann mit dem Pflegeheim pauschale Vergütungen vereinbaren.

b) Der Grundsatz von Art. 49 Abs. 3 KVG entspricht der Rechtsprechung, wie sie im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsgebotes von Art. 23 KUVG entwickelt wurde (Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, BBl 1992 I 186, Separatausgabe S. 94). Danach hat der an sich spitalbedürftige Versicherte diejenige Heilanstalt oder Spitalabteilung zu wählen, in die er vom medizinischen Standpunkt aus gehört. So hat die Kasse aus der Grundversicherung nicht für Mehrkosten aufzukommen, die sich daraus ergeben, dass der Versicherte sich in eine für intensive Pflege und Behandlung spezialisierte und damit teure Klinik begibt, obwohl er einer solchen Behandlung nicht bedarf und ebensogut in einer einfacher eingerichteten und daher weniger kostspieligen Heilanstalt sachgerecht hätte behandelt werden können. Ebenso hat der spitalbedürftige Versicherte nicht mehr als die gesetzlichen bzw. statutarischen Leistungen zugute, wenn er gezwungenermassen in einer teuren Klinik hospitalisiert werden muss, weil in der Heilanstalt oder in der Spitalabteilung, die vom medizinischen Standpunkt aus genügen würde und billiger wäre, kein Bett frei ist. Ferner hat die Kasse nicht dafür aufzukommen, wenn ein Versicherter trotz nicht mehr bestehender Spitalbedürftigkeit weiterhin in einer Heilanstalt untergebracht ist, weil z.B. kein Platz in einem geeigneten und für den Versicherten genügenden Pflegeheim (ohne Spitalcharakter) vorhanden ist und mithin der Spitalaufenthalt nur noch auf sozialen Überlegungen beruht (BGE 115 V 48 Erw. 3b/aa¹; vgl. auch BGE 120 V 206 Erw. 6a²).

Das KVG hat die Leistungen teilweise neu umschrieben, am Wirtschaftlichkeitsgebot und dessen Anwendung auf den Leistungsanspruch bei Spitalaufenthalt jedoch nichts geändert, so dass die genannte Rechtsprechung weiterhin Geltung hat (*Maurer*; Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel/Frankfurt a. M. 1996, S. 71 Fn 181; nicht veröffentlichtes Urteil in Sachen Erben der I. vom 4. Mai 1998). Aus Art. 56 in Verbindung mit Art. 49 Abs. 3 KVG folgt u. a., dass ein Aufenthalt im Akutspital zum Spitaltarif nach Art. 49 Abs. 1 und 2 KVG nur so lange durchgeführt werden darf, als vom Behandlungszweck her ein Aufenthalt im Akutspital notwendig ist (*Locher*; Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 2. Aufl., Bern 1997, S. 165 N 28).

2. – a) Die notfallmässige Einweisung der Beschwerdeführerinnen in das Bezirksspital am 21. Juni 1996 erfolgte nach den Angaben des behandelnden

¹ siehe Nr. K 814 (1989) dieser Sammlung

² siehe Nr. K 942 (1994) dieser Sammlung

den Arztes Dr. U. vom 18. Oktober 1996 wegen einer vorab auf eine ungenügende Nahrungs- und Flüssigkeitsaufnahme zurückzuführenden Verschlechterung des Gesundheitszustandes der beiden arteriosklerotisch deutlich veränderten Versicherten. Dass jedenfalls bis zur Behebung des Nahrungs- und Flüssigkeitsdefizits eine Akutspitalbedürftigkeit bestanden hat, ist unbestritten. Nach den Feststellungen des Vertrauensarztes der Beschwerdegegnerin vom 26. Oktober 1996 war der Mangelzustand jedoch verhältnismässig rasch behoben und vermag für sich allein eine über den 27. Juni 1996 hinausgehende Akutspitalbedürftigkeit nicht zu begründen. Etwas anderes wird auch von Dr. U. nicht geltend gemacht. In einer von den Beschwerdeführerinnen im letztinstanzlichen Verfahren nachgereichten Stellungnahme bestätigt dieser vielmehr, dass das für die notfallmässige Hospitalisierung ausschlaggebend gewesene Nahrungs- und Flüssigkeitsdefizit im Spital rasch habe behoben werden können.

b) Im Gesuch um Verlängerung der Kostengutsprache vom 30. Juli 1996 wird die weiterbestehende Akutspitalbedürftigkeit mit einer «intensiven Rehabilitation bei allgemeiner Arteriosklerose» begründet, wobei die erforderlichen therapeutischen Massnahmen mit «Physiotherapie: Selbständigkeits-Übungen, Gehübungen» umschrieben werden.

Aus den von Dr. U. eingereichten Leistungsblättern des Bezirksspitals geht hervor, dass sich die Beschwerdeführerinnen im Juni 1996 an zwei und im Juli 1996 an insgesamt 16 bzw. 18 Tagen einer Gymnastik von jeweils 15 bis 35 Minuten unterzogen haben; für die Zeit ab 27. Juli 1996 enthalten die Leistungsblätter keine Eintragungen über durchgeführte Physiotherapie mehr. Im Begleitschreiben vom 13. September 1996 weist Dr. U. darauf hin, dass vom Pflegepersonal zusätzlich praktisch täglich Gehübungen im Gang, auf der Treppe und auch ausserhalb des Spitals durchgeführt worden seien. Auch unter Berücksichtigung dieser Massnahmen kann nicht von einer den Aufenthalt in einem Akutspital rechtfertigenden Behandlung gesprochen werden. Nach den unbestritten gebliebenen Feststellungen des Vertrauensarztes hätten die nach Behebung des Nahrungs- und Flüssigkeitsdefizits erforderlichen Massnahmen ebenso gut in einer Pflegeabteilung für Chronischkranke durchgeführt werden können. Dr. U. räumt denn auch ein, dass die Dauer der Akutspitalbedürftigkeit im vorliegenden Fall «diskutabel» sei. In einer Stellungnahme zuhanden der Beschwerdegegnerin vertritt er die Auffassung, dass mit der Annahme einer Akutspitalbedürftigkeit von vier Wochen eine vernünftige, den heutigen Usancen entsprechende Abgrenzung erreicht werden könnte. Mit einer allfälligen Usanz lässt sich ein weitergehender Anspruch jedoch nicht begründen. Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht feststellt, macht Art. 49 Abs. 3 KVG die Anwendung des

Spitaltarifs allein von der medizinischen Indikation der Behandlung und Pflege oder der medizinischen Rehabilitation im Spital abhängig; beim Fehlen dieser Indikation kommt zwingend der Tarif für das Pflegeheim nach Art. 50 KVG zur Anwendung.

c) Zu beachten ist indessen, dass sich die Begriffe «akute Krankheit» und «Akutspitalbedürftigkeit» einerseits sowie «chronische Leiden» und «Langzeitpflegebedürftigkeit» andererseits nicht streng voneinander abgrenzen lassen (BBl 1992 I 167; Separatausgabe S. 75). Insbesondere wenn es – wie hier – darum geht, die Akutspitalbedürftigkeit von einer anschliessenden blossen Pflegebedürftigkeit abzugrenzen, ist dem behandelnden Arzt ein gewisser Ermessensspielraum zuzugestehen. Entgegen *Maurer* (a. a. O., S. 89) rechtfertigt es sich, an der bisherigen Praxis (BGE 115 V 52 Erw. 3d¹; RKUV 1991 Nr. K 853 S. 4 Erw. I/2) festzuhalten, wonach für den Übertritt vom Akutspital in ein Pflegeheim oder eine Pflegeabteilung eine angemessene Anpassungszeit einzuräumen ist.

Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass die hochbetagten Beschwerdeführerinnen an ausgeprägten psychoorganischen Syndromen bei allgemeiner Arteriosklerose sowie an Polyarthronose litten, welche bereits vor Eintritt des Notfalls zu erheblichen Beeinträchtigungen des Allgemeinzustandes geführt hatten. Wie in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gestützt auf die ärztlichen Angaben zu Recht geltend gemacht wird, führte der Nahrungs- und Flüssigkeitsmangel zu einer zusätzlichen Schwächung des Gesamtbefindens, welche mit der blossen Beseitigung des Nahrungs- und Flüssigkeitsdefizits nicht behoben war. Aufgrund ihres prekären Allgemeinzustandes bedurften die Beschwerdeführerinnen darüber hinaus gezielter Massnahmen zur Rekonvaleszenz verbunden mit einer aktivitätsfördernden Behandlung. Dabei ging es darum, den Gesundheitszustand so weit zu verbessern, dass die Verlegung in ein Chronischkrankenheim umgangen und die Beschwerdeführerinnen nach Hause entlassen werden konnten, was in der Folge auch erreicht wurde. Dass die erforderliche Rehabilitationsbehandlung noch unter den spezifischen Betreuungs- und Überwachungsbedingungen eines Akutspitals erfolgte, erscheint unter den besonderen (in der Beurteilung des Sachverhalts durch den Vertrauensarzt unberücksichtigt gebliebenen) medizinischen Umständen des vorliegenden Falles für eine begrenzte Übergangszeit als begründet. In Würdigung der konkreten Umstände rechtfertigt es sich, der Auffassung des behandelnden Arztes in der nachträglichen Stellungnahme vom 27. April 1998 zu folgen, wonach die Akutspitalbedürftigkeit drei bis vier Wochen gedauert hat.

¹ siehe Nr. K 814 (1989) dieser Sammlung

Beschwerdelegitimation und Parteistellung von Krankenkassen

KV 61 Urteil des EVG vom 2. Dezember 1998 in Sachen CSS Versicherung, SWICA Gesundheitsorganisation und Helsana Versicherungen AG gegen Bundesamt für Sozialversicherung

Weil nebst den Verfügungsadressaten auch derjenige Partei ist, der ein Rechtsmittel gegen die Verfügung ergreifen kann, sind die Legitimationsvorschriften zur Verwaltungsbeschwerde (Art. 48 VwVG) und zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 103 OG) insofern auch für die Parteistellung massgebend (Erw. 2a).

Organe der mittelbaren Staatsverwaltung sind zur Beschwerde legitimiert, wenn sie vom staatlichen Handeln wie ein Privater betroffen sind (Bestätigung der Rechtsprechung).

Für die Beurteilung der Beschwerdelegitimation im Sinne von Art. 48 lit. a VwVG sowie Art. 103 lit. a OG und damit der Parteistellung von Organen der mittelbaren Staatsverwaltung ist von entscheidender Bedeutung, ob ihnen das Gesetz im fraglichen Regelungsbereich eine Autonomie einräumt oder nicht (Erw. 2b).

Als Durchführungsorgane der sozialen Krankenversicherung verfügen die Krankenkassen in finanzieller Hinsicht nicht über eine ähnliche Autonomie und Gestaltungsfreiheit, wie sie Privaten zusteht. Die Parteistellung der Krankenkassen, welche nicht Adressaten der Verfügung waren, mit welcher das EDI einer Krankenkasse die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung nach Art. 1 Abs. 1 KVG in acht Kantonen entzogen wird demzufolge verneint (Erw. 2c und d).

Puisque, outre les destinataires de la décision, est partie celui qui peut agir par une voie de droit contre la décision, sont également déterminantes dans cette mesure les dispositions sur la qualité pour recourir relatives au recours administratif (art. 48 PA) et au recours de droit administratif (art. 103 OJ) pour la qualité de partie (cons. 2a).

Les organes de l'administration publique autonome ont un droit de recours lorsqu'ils sont atteints comme un particulier par les autorités publiques (confirmation de la jurisprudence).

Pour l'appréciation de la qualité pour recourir au sens des art. 48, let. a, PA et 103, let. a, OJ et par là de la qualité de partie des organes de l'administration publique autonome, il est d'une importance décisive de savoir si la loi leur accorde ou non une marge d'autonomie dans le domaine de réglementation en cause (cons. 2b).

En tant qu'organes d'exécution de l'assurance-maladie sociale, les caisses-maladie ne disposent pas du point de vue financier d'une autonomie et d'une liberté de constitution semblables à celles dont disposent les particuliers. La qualité de partie des caisses-maladie qui ne sont pas les destinataires de la décision par laquelle le DFI a retiré à une caisse-maladie l'autorisation de pratiquer l'assurance-maladie sociale selon l'art. 1, al. 1, LAMal dans huit cantons est par conséquent niée (cons. 2c et d).

Poiché, oltre ai destinatari della decisione, è pure parte colui al quale spetta un rimedio di diritto contro la decisione, le prescrizioni sulla legittimazione a proporre un ricorso amministrativo (art. 48 PA) e di diritto amministrativo (art. 103 OG) sono determinanti anche per la qualità di parte (cons. 2a).

Organi dell'amministrazione statale autonoma sono legittimati a proporre ricorso se sono toccati come un privato dall'azione statale (conferma della giurisprudenza).

Per giudicare la legittimazione ricorsuale ai sensi dell'articolo 48 lettera a PA e dell'articolo 103 lettera a OG e quindi la qualità di parte di organi dell'amministrazione statale autonoma è decisivo sapere se la legge riconosce loro o meno l'autonomia in materia (cons. 2b).

Le casse malati, in quanto organi preposti all'esercizio dell'assicurazione sociale malattie non dispongono, dal profilo finanziario, dell'autonomia e della libertà di organizzarsi come i privati. Va quindi negata la qualità di parte alle casse malati, non destinatarie della decisione del DFI, in esito al ritiro a una cassa malati dell'autorizzazione di esercitare in otto cantoni l'assicurazione sociale malattie conformemente all'articolo 1 capoverso 1 LAMal (cons. 2c e d).

I.

A. – Nach Kontakten mit dem Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) im Frühsommer 1998 fasste der Stiftungsrat der Krankenkasse Visana (nachfolgend: Visana) an seiner Sitzung vom 30. Juli 1998 den Beschluss, sich in den acht Kantonen Appenzel I. Rh., Appenzel A. Rh., Genf, Glarus, Graubünden, Jura, Neuenburg und Thurgau aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zurückzuziehen. Am 26. August 1998 reichte die Visana zusammen mit den Prämientarifen für 1999 dem BSV das schriftliche «Gesuch um Bewilligung der Sistierung der Durchführung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung» in den erwähnten Kantonen ein.

Nachdem der Rückzug der Visana aus den acht Kantonen in der Öffentlichkeit thematisiert worden war, wandten sich die CSS Versicherung, die SWICA Gesundheitsorganisation und die Helsana Versicherungen AG

(nachfolgend: die drei Versicherer) am 9. September 1998 mit einem Gesuch um Gewährung der Akteneinsicht und des rechtlichen Gehörs an das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) und das BSV. Das am 16. September 1998 mit dem Begehren um vorgängige Gewährung dieser Verfahrensrechte verdeutlichte Gesuch beschied das BSV mit Schreiben vom gleichen Tag abschlägig. Mit Verfügung vom 16. September 1998 entzog das EDI der Visana die Bewilligung «für die Durchführung der sozialen Krankenversicherung nach Art. 1 Abs. 1 KVG» in den acht Kantonen «per 31. Dezember 1998». Dieser Verwaltungsakt war mit zahlreichen Auflagen verbunden.

Am 17. September 1998 ersuchten die drei Versicherer formell um Gewährung der Akteneinsicht und des rechtlichen Gehörs sowie, für den Fall der Weigerung, um Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Mit Verfügung vom 24. September 1998, somit acht Tage nach Erlass der Departementsverfügung vom 16. September 1998, schrieb das BSV auf Weisung des EDI das Gesuch der drei Versicherer um vorrangige Gewährung der Akteneinsicht sowie des rechtlichen Gehörs als gegenstandslos geworden ab und wies im Übrigen die Begehren um Gewährung der Akteneinsicht und des rechtlichen Gehörs mitsamt dem Ersuchen um Zustellung der Departementsverfügung ab. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 16. Oktober 1998 focht die Visana die Verfügung des EDI vom 16. September 1998 beim Eidgenössischen Versicherungsgericht an.

B. – Die drei Versicherer lassen Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit den «materiellen Anträgen» auf Aufhebung oder Änderung der Departementsverfügung vom 16. September 1998 durch Anordnung verschärfter kumulativ zu erfüllender Auflagen, auf Aufhebung der bundesamtlichen Verfügung, verbunden mit der Anweisung an BSV oder EDI auf Zustellung der Departementsverfügung, andererseits mit den «prozessualen Anträgen» auf Vereinigung der Beschwerdeverfahren betreffend Departements- und Bundesamtsverfügung, allenfalls mit dem seitens der Visana eingeleiteten Beschwerdeverfahren gegen die Departementsverfügung, eventualiter auf Beiladung der drei anderen Krankenversicherer in das Beschwerdeverfahren der Visana; ferner sei ihnen nach erfolgter Akteneinsicht eine Frist anzusetzen, um weitere prozessualen Anträge zu stellen und die materiellen Anträge sowie die Begründung zu ergänzen, zu ändern oder zurückzuziehen.

C. – Mit Verfügung vom 22. Oktober 1998 forderte der Präsident des Eidgenössischen Versicherungsgerichts BSV und Visana auf, sich zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde der drei Krankenversicherer vernehmen zu lassen, soweit sich diese auf die bundesamtliche Verfügung und die prozes-

sualen Anträge und Vorbringen bezieht. Dem kamen die Visana und das BSV je mit Eingaben vom 6. November 1998 nach, wobei die Anträge auf Abweisung, im Falle des BSV, soweit darauf einzutreten sei, lauten.

D. – Auf die bundesamtliche Verfügung, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde und die Vernehmlassungen wird, soweit für die Beurteilung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde in Bezug auf die bundesamtliche Verfügung und die gestellten prozessualen Anträge erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

II.

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

1. – Die Verfügung des BSV vom 24. September 1998 unterliegt der Beschwerde (Art. 44 VwVG). Beschwerdeinstanz ist, sofern nicht der Bundesrat nach den Art. 72 ff. VwVG zuständig ist oder das Bundesrecht eine andere Instanz als Beschwerdeinstanz bezeichnet (Art. 47 Abs. 1 lit. a und b VwVG), die Aufsichtsbehörde (Art. 47 Abs. 1 lit. c VwVG). Aufsichtsbehörde über das BSV ist das EDI (Art. 42 Abs. 1 und 44 in Verbindung mit Art. 46 Abs. 1 und 47 Abs. 1 lit. f des Bundesgesetzes über die Organisation und die Geschäftsführung des Bundesrates und der Bundesverwaltung [Verwaltungsorganisationsgesetz, VwOG]).

Hat eine nicht endgültig entscheidende Beschwerdeinstanz im Einzelfall eine Weisung erteilt, dass oder wie eine Vorinstanz verfügen soll, so ist die Verfügung unmittelbar an die nächsthöhere Beschwerdeinstanz weiterzuziehen; in der Rechtsmittelbelehrung ist darauf aufmerksam zu machen (Art. 47 Abs. 2 VwVG). Als nächsthöhere Beschwerdeinstanzen im Sinne dieses Absatzes 2 gelten auch das Bundesgericht und das Eidgenössische Versicherungsgericht; sie überprüfen die Rüge der Unangemessenheit, wenn die übersprungene Vorinstanz sie hätte überprüfen können (Art. 47 Abs. 3 VwVG). Auf dem Gebiet der Sozialversicherung ist das EDI eine Vorinstanz, deren Verfügungen (insbesondere Beschwerdeentscheide) nach Massgabe des Art. 128 in Verbindung mit Art. 97 ff. und Art. 129 ff. OG mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidgenössische Versicherungsgericht weitergezogen werden können (Art. 98 lit. b OG; RKUV 1997 Nr. K 981 S. 84 Erw. 1).

Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine in Art. 47 Abs. 2 und 3 VwVG geregelte Situation des Sprungrekurses. Das BSV hat auf Weisung des EDI verfügt. Ein Weiterzug an das Departement mittels der ordentli-

cherweise gegebenen Verwaltungsbeschwerde wäre sinn- und zwecklos, weil zum Voraus feststeht, wie die Aufsichtsbehörde entscheiden würde. Demzufolge ist direkt die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die bundesamtliche Verfügung gegeben.

2. – a) Zu prüfen ist, ob den drei Versicherern im Verfahren, in welchem das EDI der Visana die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung nach Art. 1 Abs. 1 KVG in acht Kantonen am 16. September 1998 verfügungsweise entzogen und verschiedene Auflagen angeordnet hat, Parteistellung zukommt und ihnen aus diesem Grund die geltend gemachten Gehörs- und Verfahrensrechte zustehen. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die drei Versicherer den Entzug der Bewilligung der Visana zur Durchführung der obligatorischen Krankenversicherung in den acht Kantonen (ebenfalls) nicht beschwerdeweise angefochten haben; die Frage, ob ihnen Parteistellung zukommt, ist daher für die Beurteilung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Visana betreffend die Verfügung des EDI nur insoweit von Belang, als CSS, SWICA und Helsana in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde bezüglich der vom EDI verfügten Auflagen Anträge stellen, welche zum Nachteil der Visana über deren Rechtsbegehren hinausgehen.

Als Parteien gelten laut Art. 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Parteieigenschaft besitzen somit vorab die Verfügungsadressaten. Partei ist aber auch, wer ein Rechtsmittel gegen die Verfügung ergreifen kann. Insofern sind die Legitimationsvorschriften zur Verwaltungsbeschwerde (Art. 48 VwVG) und zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 103 OG) auch für die Parteistellung massgebend (*Saladin*, Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, S. 85 ff.; *Rhinow/Koller/Kiss*, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, S. 215 N 1113). Art. 48 lit. a VwVG und Art. 103 lit. a OG umschreiben die Befugnis zur Einreichung des jeweiligen Rechtsmittels identisch und sind rechtsprechungsgemäss gleich auszulegen (BGE 123 II 378 Erw. 2 mit Hinweisen).

b) Nach Art. 103 lit. a in Verbindung mit Art. 132 OG ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidgenössische Versicherungsgericht berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Rechtsprechung betrachtet als schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 103 lit. a OG jedes praktische oder rechtliche Interesse, welches eine von einer Verfügung betroffene Person an deren Änderung oder Aufhebung geltend

machen kann. Das schutzwürdige Interesse besteht somit im praktischen Nutzen, den die Gutheissung der Beschwerde dem Verfügungsadressaten verschaffen würde, oder – anders ausgedrückt – im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welchen die angefochtene Verfügung mit sich bringen würde. Das rechtliche oder auch bloss tatsächliche Interesse braucht somit mit dem Interesse, das durch die vom Beschwerdeführer als verletzt bezeichnete Norm geschützt wird, nicht übereinzustimmen. Immerhin wird verlangt, dass der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung stärker als jedermann betroffen sei und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehe (BGE 123 V 115 Erw. 5a, 315 Erw. 3a¹, je mit Hinweisen).

Art. 48 lit. a VwVG (und Art. 103 lit. a OG) umschreiben den Regelfall der Beschwerdeberechtigung privater, natürlicher oder juristischer Personen, die von einem staatlichen Hoheitsakt betroffen sind und eine Verfügung anfechten wollen (Individualbeschwerde). Aus der allgemeinen Staatsverwaltung ausgegliederte Körperschaften oder Anstalten (Organe der mittelbaren Staatsverwaltung), wozu als Durchführungsorgane auch Krankenversicherer zählen, welche die obligatorische Krankenpflegeversicherung betreiben (Art. 11 KVG), können die Individualbeschwerde gemäss Art. 103 lit. a OG nach Rechtsprechung und Lehre (BGE 124 II 304 Erw. 3b, 123 V 115 Erw. 5a; *Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., 1983, S. 167 ff.; *Rhinow/Koller/Kiss*, a. a. O., Rz 1267 ff. und 1508) insbesondere dort in Anspruch nehmen, wo sie von staatlichem Handeln wie ein Privater betroffen sind. Positiv formuliert liegt das Rechtsschutzinteresse im Sinne von Art. 48 lit. a VwVG und Art. 103 lit. a OG darin, dass eine erfolgreiche Beschwerde geeignet wäre, vom Durchführungsorgan wesentliche Nachteile abzuwenden oder ihm konkrete Vorteile zu verschaffen. Dabei fallen namentlich finanzielle Interessen in Betracht (vgl. BGE 114 V 95 Erw. 2; *Gygi*, a. a. O., S. 172). Für die Beurteilung der Beschwerdelegitimation und damit der Parteistellung von entscheidender Bedeutung ist, ob das Gesetz den Durchführungsorganen im fraglichen Regelungsbereich eine Autonomie einräumt oder nicht.

c) Im Einklang mit den Beschwerdeführerinnen kann angenommen werden, dass ihre Geschäftstätigkeit, d. h. die Art und Weise, wie sie organisatorisch, finanziell, personell usw. die obligatorische Krankenversicherung betreiben, kraft der gesetzlichen Aufnahmepflicht (Art. 4 Abs. 2 KVG) von aus der Visana aus- und bei ihnen eintretenden Versicherten beeinflusst

¹ siehe Nr. KV 21 (1998) dieser Sammlung

wird. Dass diese Betroffenheit aktuell, besonders und unmittelbar sei, kann nicht in Abrede gestellt werden, selbst wenn nicht zu verkennen ist, dass der durch den Teilrückzug der Visana erzwungene Wechsel von rund 100 000 Versicherten im Vergleich zur normalen Fluktuation, die sich laut Angaben des BSV auf jährlich bis zu 700 000 Zügerinnen und Züger beläuft, nicht von besonders schwerwiegender Bedeutung ist. Indessen ist die Frage, ob die Betroffenheit der drei Versicherer als individualrechtliches Berührtsein zu verstehen und daraus auf deren Parteistellung zu schliessen ist, im Lichte der vorstehenden Darlegungen (Erw. 2b hievor) zu verneinen. Die anerkannten Krankenkassen stehen als gesetzliche Durchführungsorgane der obligatorischen Krankenversicherung (Art. 11 KVG; RKUV 1997 Nr. KV 7 S. 218 Erw. 2a) einander in Rechten und Pflichten gleich. Sie sind einer Reihe von Vorschriften unterworfen, welche ihre Tätigkeit als Durchführungsorgane der sozialen Krankenversicherung als staatliche Aufgabe normieren. Gemäss Art. 12 Abs. 1 KVG verfolgen die Krankenkassen keinen Erwerbzweck und betreiben hauptsächlich die soziale Krankenversicherung. Die Versicherer, welche mit einer departementalen Bewilligung die soziale Krankenversicherung betreiben, müssen diese nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit durchführen und die Gleichbehandlung der Versicherten gewährleisten; ferner dürfen sie die Mittel der sozialen Krankenversicherung nur zu deren Zwecken (Gewinnausschüttungsverbot) verwenden (Art. 13 Abs. 1 und 2 lit. a KVG; vgl. *Maurer*, Das neue Krankenversicherungsrecht, S. 15 ff.). Angesichts dieser einschränkenden gesetzlichen Ordnung verfügen die Krankenkassen in finanzieller Hinsicht nicht über eine ähnliche Autonomie und Gestaltungsfreiheit, wie sie Privaten zusteht. Dementsprechend sind sie von der Verfügung des EDI zwar faktisch hinsichtlich ihrer Geschäftstätigkeit, nicht aber – wie ein Privater – in einem autonomer Regelung zugänglichen Bereich betroffen. Es kann deshalb nicht gesagt werden, dass sie unmittelbar eigene pekuniäre Interessen verfolgen. Anders als bei der Frage, ob sich die Visana in ihrem Autonomiebereich des Teilrückzuges von der Durchführung der obligatorischen Krankenversicherung die vom EDI angeordneten Einschränkungen und Auflagen gefallen lassen muss, ist bezüglich der drei Versicherer nach dem Gesagten in keiner Weise ersichtlich, inwiefern ihr Autonomiebereich durch die vom EDI erlassene Verfügung beeinträchtigt wäre.

d) Art. 6 VwVG stellt der individualrechtlichen die behördliche Parteistellung nur dort gleich, wo eine entsprechende gesetzliche Grundlage besteht. Eine solche ist im gesamten Krankenversicherungsrecht nicht vorhanden. Im Verfahrensrecht des Bundes, sei es im VwVG, sei es im OG, findet sich ebenfalls keine Grundlage, gestützt auf die den vom Teilrückzug

der Visana faktisch betroffenen anderen Durchführungsstellen der sozialen Krankenversicherung das Beschwerderecht und die daraus abgeleitete Parteistellung zuzuerkennen wären.

e) Nach dem Gesagten hat das BSV die Parteistellung der drei Versicherer zu Recht verneint. Die in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gestellten «prozessualen» Anträge auf Gewährung von Akteneinsicht, rechtliches Gehör, Eröffnung der Verfügung des EDI vom 16. September 1998 und Verfahrensvereinigung sind daher mangels Parteistellung der Beschwerdeführerinnen abzuweisen. Die materiellen Anträge (Aufhebung oder Änderung der Verfügung des EDI, Aufhebung der Verfügung des BSV) werden demzufolge gegenstandslos. Soweit die drei Versicherer eventualiter die Beiladung zu dem von der Visana gegen die Departementsverfügung vom 16. September 1998 eingeleiteten verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren beantragen, wird das Gericht in jenem Hauptprozess von Amtes wegen prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Einbezug von CSS, SWICA und Helsana als Mitbeteiligte in den Schriftwechsel gemäss Art. 110 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 132 OG erfüllt sind.

Zur Frage der Zulässigkeit der vertraglichen Beschränkung des Wahlrechts auf Generika

KV 62 Entscheid des Bundesrates vom 7. Dezember 1998 in Sachen SWICA Gesundheitsorganisation gegen Eidgenössisches Departement des Innern und Bundesamt für Sozialversicherung

Die Rechtsfrage, ob die Versicherten ihr Wahlrecht vertraglich auf sogenannte Generika (Nachahmerprodukte, die mit den Originalpräparaten in therapeutischer Hinsicht austauschbar sind) beschränken dürfen, um in den Genuss einer Prämienermässigung zu kommen, ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Explizit ist im KVG einzig die Möglichkeit der Versicherten geregelt, ihr Wahlrecht auf Leistungserbringer zu beschränken, die der Versicherer im Hinblick auf eine kostengünstigere Versorgung auswählt (Artikel 41 Absatz 4 KVG) (Erw. II. 5 und 5.2).

Die systematische Auslegung dieser Bestimmung führt allerdings zum Ergebnis, dass den Versicherten eine solche Möglichkeit offen steht. Das KVG misst nämlich der Umsetzung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit eine primäre Bedeutung zu. Die freiwillige Beschränkung der Wahlfreiheit auf (kostengünstigere) Generika entspricht offensichtlich dem Anliegen nach Behandlungsökonomie, und diese Lösung ist durchaus im Sinne des Gesetzgebers, der sich von den besonderen Versicherungsformen einen kostendämmenden Einfluss erhofft. Eine solche Lösung fördert zudem den Wettbewerb unter den Versicherern, welcher sich positiv auf die Prämien auswirken kann (Erw. II. 5.5).

Es ist grundsätzlich unzulässig, durch private Vereinbarungen auf Pflichtleistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu verzichten. Einzig eine freiwillige Beschränkung des Wahlrechts der Versicherten auf Generika im Sinne des KVG kann als zulässig erachtet werden. Insofern kann folglich auch die grundsätzliche Pflicht der Versicherer zur Bezahlung sämtlicher in der Spezialitätenliste enthaltenen Arzneimittel im Einvernehmen mit den Versicherten eingeschränkt werden (Erw. II. 6).

Die nicht genehmigte Versicherungsbestimmung verstösst insoweit nicht gegen das KVG, als sich der partielle Verzicht der Versicherten auf ihr Wahlrecht darin erschöpft, sich zu verpflichten, sich mit dem wirtschaftlicheren Medikament zu begnügen, wenn neben einem Originalpräparat auch ein kostengünstigeres Generikum zur Verfügung steht (Erw. II. 8).

Der Wortlaut der strittigen Bestimmung lässt aber (auch) eine Beschränkung der Kostenübernahme auf die wirtschaftlicheren unter

den Originalpräparaten zu. Die Anwendung dieser sehr weitreichend und vage formulierten Regelung könnte sich in der Praxis zum Nachteil der Versicherten auswirken, beispielsweise indem sich die Versicherten verpflichten, auch dann zwischen zwei (in ihrer Wirkung nicht unbedingt identischen) Originalpräparaten immer das kostengünstigere zu wählen, wenn das teurere wirksamer wäre oder damit der Behandlungserfolg schneller eintreten würde. Insofern verstösst die strittige Bestimmung gegen Artikel 41 Absatz 4 KVG, weil bei einer solchen Beschränkung der Leistungen für die Versicherten Nachteile in medizinischer Hinsicht nicht ausgeschlossen sind (Erw. II. 7.3).

La question de savoir si les assurés peuvent conventionnellement limiter leur choix aux génériques (préparations interchangeables avec les préparations originales) afin de bénéficier d'une réduction de primes, n'est pas réglée expressément par la loi. Celle-ci ne prévoit explicitement que la faculté pour les assurés de limiter leur choix aux fournisseurs de prestations que l'assureur désigne en fonction de leurs prestations plus avantageuses (art. 41, 4^e al. LAMal) (cons. II. 5 et 5.2).

L'interprétation systématique de cette disposition conduit toutefois à admettre qu'elle permet une telle possibilité. Le principe d'économie constitue en effet l'un des piliers centraux de la LAMal. La limitation volontaire de la liberté de choix aux génériques (meilleur marché) répond sans aucun doute à l'exigence d'un traitement économique et concorde aussi avec l'intention du législateur qui attend des différentes formes d'assurance qu'elles influent sur la maîtrise des coûts. Cette solution favorise en outre la concurrence entre assureurs et, partant, peut avoir un effet positif sur les primes (cons. II. 5.5).

Il n'est en principe pas admissible de renoncer à des prestations de l'assurance obligatoire des soins par des conventions privées. Seule une limitation volontaire des assurés de leur liberté de choix aux génériques peut être considérée comme admissible au sens de la LAMal. Dans cette mesure, l'obligation de principe de l'assureur de prendre en charge tous les médicaments contenus dans la liste des spécialités peut en conséquence également être limitée en accord avec les assurés (cons. II. 6).

La disposition non approuvée ne viole par conséquent pas la LAMal dans la mesure où le renoncement partiel des assurés à leur liberté de choix les oblige à se contenter du médicament le plus économique lorsqu'un générique meilleur marché peut être prescrit en lieu et place d'une préparation originale (cons. II. 8).

Le texte de la disposition contestée permettrait toutefois également aux assureurs de limiter leur obligation de remboursement aux

préparations originales les plus économiques. L'application de cette disposition, formulée de manière trop large et trop vague, risque en pratique de désavantager les assurés qui, entre deux préparations originales (pas forcément identiques dans leurs effets), pourraient se voir contraints de choisir la meilleure marché, alors même que la préparation la plus chère s'avérerait plus efficace ou permettrait un traitement plus rapide. En tant qu'elle n'exclut pas d'être ainsi appliquée au détriment des assurés du point de vue médical, cette disposition contrevient à l'article 41, 4^e alinéa LAMal (cons. 7.3).

La legge non regola espressamente la questione di sapere se gli assicurati possano contrattualmente limitare la loro scelta ai generici (preparati intercambiabili dal profilo terapeutico con preparati originali) al fine di beneficiare di una riduzione del premio. La LAMal prevede esplicitamente soltanto la possibilità per gli assicurati di limitare la loro scelta ai fornitori di prestazioni che l'assicuratore designa in funzione di prestazioni più vantaggiose (art. 41 al. 4 LAMal) (cons. II. 5 e 5.2)

L'interpretazione sistematica di questa disposizione porta tuttavia ad ammettere che una tale possibilità sia data agli assicurati. La LAMal conferisce in effetti primaria importanza al principio dell'economicità. La limitazione volontaria della libertà di scelta riguardo i generici (meno cari) risponde affatto all'esigenza di economicità ed è inoltre conforme alla volontà del legislatore in esito all'influsso delle forme particolari d'assicurazione sul contenimento dei costi. Questa soluzione favorisce peraltro la concorrenza tra gli assicuratori, la quale può avere un riscontro positivo sui premi (cons. II. 5.5).

Di massima non è lecito rinunciare mediante accordi privati a prestazioni dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie. Solo può essere considerata lecita una limitazione volontaria del diritto di scelta dell'assicurato riguardo i generici ai sensi della LAMal. Conseguentemente anche l'obbligo fondamentale dell'assicuratore di rimborsare tutti i medicinali figuranti nell'elenco delle specialità può essere limitato d'intesa con l'assicurato (cons. II. 6).

La disposizione non approvata non disattende la LAMal per quanto la rinuncia parziale degli assicurati alla loro libertà di scelta li obblighi ad accontentarsi del medicamento più economico allorché oltre ad un preparato originale è disponibile anche un generico meno caro (cons. II. 8).

Nondimeno, il testo letterale della disposizione contestata permetterebbe (anche) di limitare il rimborso ai preparati originali più economici. L'applicazione di questa regola, assai lata e vaga, potrebbe nella prassi svantaggiare gli assicurati i quali, tra due preparati originali (non forzatamente identici quanto all'efficacia) potrebbero

vedersi costretti a scegliere il meno caro mentre quello più caro sarebbe più efficace oppure permetterebbe un esito favorevole più rapido. Ne discende che la disposizione contestata contravviene all'articolo 41 capoverso 4 LAMal in quanto una tale restrizione delle prestazioni non esclude per gli assicurati degli svantaggi dal profilo medico (cons. II. 7.3).

I.

Übersicht – *Condensé*

Am 30. September 1997 genehmigte das BSV den Prämientarif der SWICA für das Jahr 1998. Die Genehmigung enthielt einen Vorbehalt bezüglich des neuen Versicherungsmodells Nova Light, und zwar in dem Sinne, dass das BSV die Anwendung einer Bestimmung untersagte, die – als Korrelat zur gewährten Prämienermässigung für die Nova Light-Versicherten – vorsieht, dass die Kasse (nur) dasjenige Medikament (vollständig) entschädigt, das zur Behandlung des Leidens am wirtschaftlichsten ist, und nur 50% der Kosten bezahlt, wenn der Versicherte ein teureres Präparat bezieht. Gegen diese Verfügung reichte die Kasse beim EDI Beschwerde ein, welches diese abwies.

Le 30 septembre 1997, l'OFAS a approuvé le tarif des primes soumis par la SWICA pour 1998 avec une réserve toutefois concernant le nouveau modèle d'assurance Nova Light. L'OFAS a refusé que soit appliquée la disposition prévoyant, en contrepartie d'une réduction des primes pour les assurés Nova Light, que la caisse ne rembourse que le médicament le plus économique pour le traitement de la maladie en cause, ce remboursement étant réduit de moitié lorsque l'assuré opte pour une préparation plus coûteuse. La caisse a déferé cette décision au DFI, lequel a rejeté le recours.

II.

Der Bundesrat hat aus folgenden Erwägungen die Beschwerde teilweise gutgeheissen:

Eintretensfragen

1.1 Aus der strittigen Anordnung des BSV vom 30. September 1997 ergibt sich, dass dieses die Prämientarife 1998 der obligatorischen Krankenpflegeversicherung grundsätzlich genehmigt hat. Bezüglich des neuen Versicherungsmodells Nova Light hat das Amt einen Vorbehalt angebracht und in diesem Sinne der Beschwerdeführerin die Anwendung von Artikel 3 Absatz 8 der Zusatzbedingungen für die Krankenpflegeversicherung Nova

Light (Ausgabe 1998 [im Folgenden: Zusatzbedingungen]) untersagt, wonach die SWICA nur das Medikament vollständig entschädigt, das zur Behandlung des Leidens am wirtschaftlichsten ist. Bei diesem Verbot handelt es sich um eine Weisung des BSV an eine Kasse, weshalb der Streit darüber der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) entzogen ist (Art. 129 Abs. 1 Bst. d OG).

Der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das EVG entzogen ist die Sache auch dann, wenn man sie als Tarifstreitigkeit betrachtet (Art. 129 Abs. 1 Bst. b OG). Der Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gilt allerdings nur insoweit, als der Erlass oder die Genehmigung eines Tarifs als Ganzes strittig ist oder unmittelbar einzelne Tarifbestimmungen als solche angefochten werden (BGE 116 V 133); dagegen ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig gegen Verfügungen, welche die Anwendung eines Tarifs im Einzelfall betreffen. Vorliegend ergibt sich ohne weiteres, dass ein Teil eines Tarifs angefochten ist und nicht dessen Anwendung im Einzelfall und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde mithin auch aus dieser Sicht ausgeschlossen ist.

1.2 Der Entscheid über die Anträge der Beschwerdeführerin setzt voraus, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar ist. Dies trifft zu, falls das Anfechtungsobjekt der vorliegenden Beschwerde – das heisst die strittige Anordnung des BSV – eine Verfügung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 VwVG ist (Art. 44 VwVG).

1.3 Im vorliegenden Fall hat das BSV der Beschwerdeführerin in der strittigen Anordnung vom 30. September 1997 die Anwendung von Artikel 3 Absatz 8 der Zusatzbedingungen untersagt, wonach die SWICA nur das Medikament vollständig entschädigt, das zur Behandlung des Leidens am wirtschaftlichsten ist. Die Festsetzung der Prämien der Versicherten bedarf der Genehmigung durch das BSV (Art. 61 Abs. 4 KVG sowie Art. 92 Abs. 1 der Verordnung vom 27.6.1995 über die Krankenversicherung, KVV, SR 832.102). Indem das BSV das Verbot, Artikel 3 Absatz 8 der Zusatzbedingungen anzuwenden, als Vorbehalt zur Genehmigung des Prämientarifs 1998 formulierte, brachte es zum Ausdruck, dass insoweit der Prämientarif 1998 nicht genehmigt werden könne. In der Sache dreht sich der Streit daher um die Genehmigung eines Teils eines Tarifs.

Nach Ansicht des Bundesrats (RKUV 6/1997 399¹) verfügen die Krankenkassen bei der Finanzierung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Gestaltung der Prämien der Versicherten; Art. 61 KVG) über eine

¹ siehe Nr. KV 18 (1997) dieser Sammlung

gewisse Autonomie. Die Anordnungen des BSV zur Genehmigung der Prämiertarife der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Art. 92 Abs. 1 KVV und Art. 61 Abs. 4 KVG) können diese Autonomie tangieren. Sie sind daher als Verfügungen im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 VwVG zu betrachten und unterliegen der Beschwerde (Art. 44 VwVG).

1.4 ...

Materielle Erwägungen

2. In der Sache strittig ist, ob das KVG dem Versicherer gestattet, im Sinne von Artikel 3 Absatz 8 der Zusatzbedingungen nur die Kosten desjenigen Medikaments vollständig zu übernehmen, das für die Behandlung eines Versicherten am wirtschaftlichsten ist.

2.1 Die strittige Bestimmung von Artikel 3 Absatz 8 der Zusatzbedingungen befindet sich in den Versicherungsbedingungen, die das Versicherungsmodell Nova Light regeln. Nova Light ist eine besondere Versicherungsform der obligatorischen Krankenpflegeversicherung mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer (Artikel 41 Absatz 4 KVG; Art. 1 Absatz 1 der Zusatzbedingungen), die zusätzlich eine eingeschränkte Wahl der Leistungen vorsieht.

2.2 Nach Ansicht des EDI gehören zu den gesetzlichen Pflichtleistungen, die gemäss Artikel 41 Absatz 4 KVG auch bei eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer grundsätzlich versichert sind, sämtliche Arzneimittel, die in der Spezialitätenliste aufgeführt sind. Ein Krankenversicherer könne nur dann die Vergütung für Medikamente verweigern, wenn die Leistungserbringer bei der Verschreibung von Medikamenten das im Interesse der Versicherten und für den Behandlungszweck erforderliche Mass übersteigen würden. In keinem Fall zulässig sei allerdings, dass ein Krankenversicherer aus den von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu übernehmenden Arzneimitteln eine Auswahl treffe und nach eigenen Kriterien eine Liste derjenigen Medikamente erstelle, die vollständig bezahlt würden.

3. Der Bundesrat kann dem EDI beipflichten, dass eine durch den Versicherer einseitig vorgenommene Beschränkung der Pflicht, die Kosten für Medikamente zu übernehmen, mit dem KVG nicht vereinbar ist und insofern auch nicht genehmigt werden kann.

Dagegen stellt sich die Frage, ob eine Beschränkung der Kostenübernahme für Medikamente durch die Versicherer gemäss KVG (in gewissen Fällen) zulässig ist, wenn ihr die Betroffenen (Leistungserbringer und Versicherte) zustimmen.

Das EDI hat diese Frage nicht geprüft; sie ist daher hier zu erörtern.

4. Aufgrund des in Artikel 24 KVG festgehaltenen Grundsatzes übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten für die Leistungen gemäss den Artikeln 25–31 KVG nach Massgabe der in den Artikeln 32–34 KVG festgelegten Voraussetzungen. Innerhalb dieses Leistungskataloges stellt die vom BSV gemäss Artikel 52 Absatz 1 Buchstabe b KVG zu erstellende Spezialitätenliste eine Ausnahme dar. Sie ist nämlich eine abschliessende Liste aller von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu vergütenden Arzneimittel, worunter sowohl die Originalpräparate wie auch die mit den Originalpräparaten austauschbaren preisgünstigeren Generika fallen.

Ein Generikum ist ein Nachahmerprodukt, das mit dem Originalpräparat in therapeutischer Hinsicht austauschbar ist, weil es bezüglich Herstellung, Sicherheit und Wirksamkeit denselben Anforderungen genügt wie das Original.

4.1 Aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung ergibt sich, dass das Verhältnis von Originalpräparaten und preisgünstigeren Generika in der parlamentarischen Beratung zu einer Auseinandersetzung führte. Während in der bundesrätlichen Gesetzesbotschaft auf die Generika nicht eingegangen wird (BBl 1992 I 272, Art. 44 E KVG), beantragte die nationalrätliche Kommission, die Spezialitätenliste mit den Originalpräparaten durch eine weitere Liste mit den preisgünstigeren Generika zu ergänzen (Amtl. Bull. N 1993 1862). Diese Bestimmung wurde im Nationalrat diskussionslos angenommen (Amtl. Bull. N 1993 1863). Die ständerätliche Kommission diskutierte in der Folge die Frage des Verhältnisses zwischen Originalpräparaten und Generika intensiv. Es wurde beschlossen, für die Originalpräparate und Generika nicht zwei getrennte Listen zu führen. Der Berichterstatter der ständerätlichen Kommission brachte sodann vor, dass es in der Therapiefreiheit des Arztes liege, unter Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit das Medikament zu verschreiben, welches von den Krankenkassen zu übernehmen sei (Amtl. Bull. S 1993 1076). Der Ständerat lehnte eine auf Gesetzebene festgelegte Verpflichtung ab, dass die Leistungserbringer für den vermehrten Einbezug von Generika zu sorgen hätten (Amtl. Bull. S 1993 1076). Der Nationalrat hielt jedoch an der von ihm zuvor beschlossenen Fassung fest (Amtl. Bull. N 1994 21). In der Folge hatte sich der Ständerat erneut mit dieser Differenz auseinanderzusetzen. In der Diskussion wurde betont, dass das Verschreiben von preisgünstigeren Generika wohl schwierig zu kontrollieren sei, dass aber die Voraussetzung dafür geschaffen werden sollte, dass der Arzt gezwungen sei, abzuwägen, welches Medikament er verschrei-

be (Amtl. Bull. S 1994 93 f.). Der Nationalrat schloss sich schliesslich der ständerätlichen Fassung an (Amtl. Bull N 1994 361).

4.2 Zusammenfassend ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte, dass der Gesetzgeber einen Substitutionszwang, das heisst die Pflicht, ausschliesslich Generika zu verschreiben, nicht gesetzlich verankern wollte, um einerseits die Therapiefreiheit des Arztes nicht zu beschränken und andererseits, weil der Aufwand unverhältnismässig gross erschien, die konsequente Verschreibung von Generika zu kontrollieren.

Daraus kann allerdings nicht geschlossen werden, der Gesetzgeber habe eine konsequente Verschreibung von Generika auch dann ausschliessen wollen, wenn sie auf einer vertraglichen Vereinbarung (zwischen Versicherer und Leistungserbringer) beruht. Es ginge offensichtlich zu weit, die Rücksicht des Gesetzgebers auf die Therapiefreiheit des Arztes in dem Sinne zu verstehen, dass er auch deren freiwillige Beschränkung habe verbieten wollen. Des Weiteren wäre die Kontrolle der Verschreibung von Generika in diesem Fall keine öffentliche, sondern eine rein privatrechtliche Aufgabe, die vom Versicherer zu übernehmen wäre, weshalb insoweit die Aufsichtsbehörde nicht mit zusätzlichen Kontrollaufgaben belastet würde.

5. Damit ist aber die Frage, ob die beabsichtigte Beschränkung der Kostenübernahme auf Generika im Einvernehmen mit den Versicherten möglich ist, noch nicht beantwortet. Im Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherten stellt sich aus deren Perspektive die Frage, ob sie ihr Wahlrecht vertraglich auf gewisse Medikamente beschränken dürfen, um in den Genuss einer Prämienermässigung zu kommen.

Auf diese Frage gibt das Gesetz keine ausdrückliche Antwort.

5.1 Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang zunächst, dass während der parlamentarischen Beratung zum Artikel 52 KVG von niemandem ins Feld geführt worden ist, gegen eine Verankerung der Pflicht, Generika zu verschreiben, spreche der Schutz der Wahlfreiheit der Versicherten.

Dies kann bedeuten, dass das Parlament hier bereit gewesen wäre, diese Freiheit zu beschränken, wenn nicht der Respekt vor der Therapiefreiheit des Arztes und der befürchtete Kontrollaufwand einer entsprechenden Lösung entgegengestanden hätte. Das Schweigen kann aber auch so verstanden werden, dass dieser Aspekt in der Debatte übersehen wurde.

5.2 Explizit ist im KVG einzig die erwähnte Möglichkeit der Versicherten geregelt, ihr Wahlrecht auf Leistungserbringer zu beschränken, die der

Versicherer im Hinblick auf eine kostengünstigere Versorgung auswählt (Artikel 41 Absatz 4 KVG). Es ist daher zu prüfen, ob das Gesetz die Beschränkung des Wahlrechts auf Generika unausgesprochen, aber gewollt ausgeschlossen hat.

Der Berichterstatter der ständerätlichen Kommission brachte in diesem Zusammenhang vor, bei Artikel 41 Absatz 4 KVG gehe es im Wesentlichen um die HMO (*Health Maintenance Organization*) und um die PPO (*Preferred Provider Organization*). Bei der Ergänzung, die die Kommission als letzten Satz von Absatz 4 angebracht habe, gehe es darum, dass die HMO die gesetzlichen Pflichtleistungen in jedem Fall versichere. Mit anderen Worten: Die HMO sei eine Beschränkung bei den Leistungserbringern; sie sei aber nicht eine Beschränkung bei den Leistungen (Amtl. Bull S 1992 1308).

Falls die ständerätliche Kommission hier den Begriff der Pflichtleistungen formell auffasste, so hiesse dies, dass sie sämtliche Leistungen als Pflichtleistungen qualifiziert hat, die in der Spezialitätenliste aufgeführt sind. So verstanden, verbietet Artikel 41 Absatz 4 KVG (auch) jegliche freiwillige Beschränkung der Wahlfreiheit der Versicherten bezogen auf die für die jeweiligen Behandlungen zur Verfügung stehenden Medikamente.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob eine rein formelle Betrachtung den wirklichen Intentionen des Gesetzgebers im Zusammenhang mit der Spezialitätenliste entspricht und dem Sinn und Zweck des Gesetzes gerecht wird. Die Spezialitätenliste ist nämlich die einzige abschliessende Liste von Leistungen im KVG, in welcher der Gesetzgeber mögliche Alternativen für eine Leistung vorsieht. Es ist deshalb durchaus denkbar, dass der Anspruch auf die Pflichtleistungen grundsätzlich erfüllt ist, wenn der Versicherte für die Behandlung seines Leidens zwar nicht das Originalpräparat, aber ein gemäss der Spezialitätenliste mit dem Originalpräparat austauschbares Generikum vergütet bekommt. Damit wäre das Recht eines Versicherten auf die Pflichtleistungen für die Behandlung seines Leidens garantiert, zumal der Gesetzgeber in der Spezialitätenliste selber preisgünstigere Generika vorgesehen hat, welche ebenfalls die Voraussetzungen von Artikel 24 KVG erfüllen.

So verstanden, ist eine freiwillige Beschränkung der Wahlfreiheit der Versicherten auf Generika und damit eine konsequente Substitution der Originalpräparate durch Generika möglich.

Diese Erwägungen lassen es als zweifelhaft erscheinen, ob das Votum des Berichterstatters der ständerätlichen Kommission so verstanden werden kann, dass diese tatsächlich die freiwillige Beschränkung der Wahlfrei-

heit der Versicherten auch dann verbieten wollte, wenn neben dem Originalpräparat ein (gleichwertiges) Generikum zur Verfügung steht. Dem Versicherten entsteht ja in diesem Fall durch die Beschränkung des Leistungsangebots kein medizinischer Nachteil. Zudem fördert diese freiwillige Beschränkung der Wahlfreiheit der Versicherten auf Generika die Abgabe der preisgünstigeren Generika. Aufgrund der Kostenunterschiede, die sich durch diese freiwillige Beschränkung der Versicherten auf preisgünstigere Generika und deren eingeschränkte Wahl der Leistungserbringer ergeben, kann dementsprechend auch eine Prämienermässigung in der besonderen Versicherungsform Nova Light gewährt werden.

Der Bundesrat zieht daher den Schluss, dass der Gesetzgeber die freiwillige Beschränkung der Wahlfreiheit auf Generika nicht ausgeschlossen hätte, wenn er bei der Beratung von Artikel 41 Absatz 4 KVG an diese spezielle Möglichkeit, die Wahlfreiheit der Versicherten einzuschränken, gedacht hätte.

5.3 Es muss daher davon ausgegangen werden, dass eine Lücke vorliegt, mit anderen Worten, dass diese Rechtsfrage der Beschränkung des Wahlrechts auf Generika gesetzlich nicht geregelt, das Gesetz also unvollständig ist und daher nach Ergänzung verlangt.

5.4 Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, wenn das KVG schon zulasse, dass Leistungserbringer einschränkend festgelegt werden könnten, müsse auch die Verpflichtung festgelegt werden können, im Rahmen der Spezialitätenliste das jeweils kostengünstigste Medikament zu wählen. Denn es bedeute eine weit gewichtigere Einschränkung, wenn eine versicherte Person sich nur durch bestimmte Leistungserbringer behandeln lassen könne, als wenn die versicherte Person sich verpflichte, innerhalb des Spektrums von zur Verfügung stehenden Leistungen diejenige auszuwählen, welche am kostengünstigsten sei.

5.5 Diese rechtslogische Ableitung für sich allein genügt zwar nicht, um den Rechtssinn des Rechtssatzes zu ergründen, sondern muss in seinem Sinn- und Bedeutungszusammenhang mit dem ganzen Erlass gewürdigt und gedeutet werden (*Fritz Gygi*, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 139 ff.). Wie die Beschwerdeführerin allerdings zu Recht bemerkt, misst das KVG der Umsetzung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit eine primäre Bedeutung zu. Die freiwillige Beschränkung der Wahlfreiheit auf (kostengünstigere) Generika entspricht offensichtlich dem Anliegen nach Behandlungsökonomie (Artikel 32 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 25 Absatz 2 Buchstabe b, wonach die Medikation nicht nur wirksam und zweckmässig, sondern auch wirtschaftlich sein muss), und diese Lösung ist durchaus im Sinne des

Gesetzgebers, der sich von den besonderen Versicherungsformen einen kostendämmenden Einfluss erhofft (BBl 1992 I 194, Art. 54 E KVG; Amtl. Bull S 1992 1326). Eine solche Lösung fördert zudem den Wettbewerb unter den Versicherern, welcher sich positiv auf die Prämien auswirken kann.

6. Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass der Gesetzgeber in Artikel 41 Absatz 4 KVG vorgesehen hat, dass die Versicherten ihr Wahlrecht im Einvernehmen mit dem Versicherer auf Leistungserbringer beschränken können, die der Versicherer im Hinblick auf eine kostengünstigere Versorgung auswählt (Art. 62 Abs. 1 und 3 KVG). In diesen besonderen Versicherungsformen muss dann der Versicherer nur die Kosten für Leistungen übernehmen, die von diesen Leistungserbringern ausgeführt oder veranlasst werden, wobei die gesetzlichen Pflichtleistungen grundsätzlich in jedem Fall versichert sind. Dementsprechend ist es grundsätzlich unzulässig, durch private Vereinbarungen auf Pflichtleistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu verzichten. Einzig eine freiwillige Beschränkung des Wahlrechts der Versicherten auf Generika im Sinne des KVG kann als zulässig erachtet werden.

Insofern kann folglich auch die grundsätzliche Pflicht der Versicherer zur Bezahlung sämtlicher in der Spezialitätenliste enthaltenen Arzneimittel im Einvernehmen mit den Versicherten eingeschränkt werden.

7. Es bleibt im Weiteren zu prüfen, ob Artikel 3 Absatz 8 der Zusatzbestimmung diese Möglichkeit rechtskonform ausgestaltet hat und ob sie daher zu Unrecht nicht genehmigt worden ist.

7.1 Gemäss Artikel 3 Absatz 8 der Zusatzbestimmungen entschädigt die SWICA das Medikament, das zur Behandlung des Leidens am wirtschaftlichsten ist. Die SWICA erlässt eine diesbezügliche Liste von Generika und wirtschaftlichen Originalpräparaten. Bezieht der Versicherte trotzdem ein teureres Präparat, bezahlt die SWICA 50% dieser Kosten.

7.2 Aufgrund des Wortlauts ist unklar, ob die SWICA nur dann 50% der Kosten eines Medikaments bezahlt, wenn der Nova Light-Versicherte auf der Verschreibung eines Originalpräparats besteht, obschon ein Generikum zur Verfügung steht, oder ob der Versicherte auch 50% der Kosten zu übernehmen hat, wenn er bei der Behandlung zwar einen Leistungserbringer aus der SWICA-Liste wählt (im Sinne von Art. 3 Abs. 3 der Zusatzbedingungen), dieser aber ein Originalpräparat verschreibt, obschon ein Generikum zur Verfügung gestanden hätte. Normalerweise wird dies dem Versicherten wohl – trotz Liste mit den Generika – gar nicht auffallen. Es ist sehr fraglich, ob das KVG einen derart weitgehenden Verzicht des Versicherten auf vollständige Kostenübernahme zulassen würde. Diese Frage muss aber hier

nicht geprüft werden, geht aus der Erklärung der Beschwerdeführerin vom 18. Juni 1998 doch klar hervor, dass sich in diesem Versicherungsmodell die auf der Liste aufgeführten Leistungserbringer vertraglich zu verpflichten haben, sich an die Generika-Liste zu halten. Den Schaden aus Vertragsverletzungen durch die Ärzte und Ärztinnen haben selbstverständlich nicht die Versicherten zu tragen.

7.3 Aufgrund des Wortlauts der strittigen Bestimmung ist überdies festzustellen, dass nicht bloss eine Beschränkung der (vollständigen) Kostenübernahme auf Generika vorgesehen ist, sondern auch eine auf die wirtschaftlicheren unter den Originalpräparaten.

Der Wortlaut der Bestimmung geht allerdings über die Absicht der Beschwerdeführerin hinaus, die offenbar nur die Möglichkeit im Auge hat, das Wahlrecht auf Generika zu beschränken.

Gemäss Schreiben und Dokumentationsunterlagen nämlich, welche von der SWICA hinsichtlich des Versicherungsmodells Nova Light einerseits den Ärzten und andererseits den (potentiellen) Versicherten zugestellt wurden, stehen nur Generika zur Diskussion: «Für einen Prämienrabatt von bis zu 10 Prozent verpflichten sich Nova Light-Versicherte dazu, (...) sich die entsprechenden Generika der BSV-Medikamentenliste verschreiben zu lassen» (Begleitschreiben zur Nova Light-Ärztliste vom 29. Januar 1998). «Nova Light-Versicherte sind angehalten, sich von der Ärztin oder vom Arzt anstelle von bestimmten Originalpräparaten Generika verschreiben zu lassen. Dazu erhalten die Versicherten und die Ärztinnen eine Medikamentenliste, welche auf der Generika-Liste des BSV basiert» (Die Light-Versicherung im Überblick).

In der Beschwerde wird denn auch präzisiert, «was die weitere Festlegung betrifft, dass eine diesbezügliche Liste von Generika und wirtschaftlichen Originalpräparaten erlassen wird, bedeutet dies lediglich, dass in bestimmten Bereichen anstelle der teuren Originalmittel das Generikum zu wählen ist. Dabei enthält die Medikamentenliste ausschliesslich Originalmittel bzw. Generika, welche auf der Spezialitätenliste ebenfalls aufgeführt sind.»

Der Wortlaut der strittigen Bestimmung lässt aber theoretisch dennoch (auch) eine Beschränkung der Kostenübernahme auf die wirtschaftlicheren unter den Originalpräparaten zu, und die Anwendung dieser sehr weitreichend und vage formulierten Regelung könnte sich in der Praxis zum Nachteil der Versicherten auswirken, beispielsweise indem sich die Versicherten verpflichten, auch dann zwischen zwei (in ihrer Wirkung nicht unbedingt identischen) Originalpräparaten immer das kostengünstigere zu wählen,

wenn das teurere wirksamer wäre oder damit der Behandlungserfolg schneller eintreten würde. Artikel 3 Absatz 8 verstösst daher diesbezüglich gegen Artikel 41 Absatz 4 KVG, weil bei einer solchen Beschränkung der Leistungen für die Versicherten Nachteile in medizinischer Hinsicht nicht ausgeschlossen sind.

Entsprechend ist der Entscheid des EDI, die Nichtgenehmigung von Artikel 3 Absatz 8 der Zusatzbedingungen durch das BSV zu bestätigen, hinsichtlich der Beschränkung der Kostenübernahme auf die wirtschaftlicheren unter den Originalpräparaten richtig. Insoweit ist die Beschwerde abzuweisen.

Ergebnis

8. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die strittige Bestimmung von Artikel 3 Absatz 8 der Zusatzbestimmungen insoweit nicht gegen das KVG verstösst, als sich der partielle Verzicht der Versicherten auf ihr Wahlrecht darin erschöpft, sich zu verpflichten, sich dann (und nur dann) mit dem wirtschaftlicheren Medikament zu begnügen, wenn neben einem Originalpräparat auch ein kostengünstigeres Generikum zur Verfügung steht, und eine Beschränkung der Kostenübernahme für Medikamente durch den Versicherer nur dann in Frage kommt, wenn der Versicherte auf der Verschreibung eines Originalpräparats ausdrücklich besteht, obschon auch ein kostengünstigeres Generikum zur Verfügung steht.

Entsprechend hätte diese Bestimmung daher im Rahmen des Genehmigungsverfahrens betreffend Prämientarife der obligatorischen Krankenpflegeversicherung 1998 vom BSV (ebenfalls) genehmigt werden müssen.

Die Beschwerde ist daher im Sinne der Erwägungen teilweise gutzuheissen und der Entscheid des EDI vom 23. März 1998 somit insoweit aufzuheben, als die Genehmigung der vertraglichen Beschränkung der Kostenübernahme für Arzneimittel durch den Versicherer (gegebenenfalls) auf Generika verweigert worden ist. Hinsichtlich der vertraglichen Beschränkung dieser Pflicht auf die wirtschaftlicheren unter den Originalpräparaten ist die Beschwerde abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

9. Aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen ist Artikel 3 Absatz 8 der Zusatzbedingungen gemäss Artikel 61 Absatz 4 KVG und Artikel 92 Absatz 1 KVG hinsichtlich vertraglicher Beschränkung der Kostenübernahme für Arzneimittel durch den Versicherer auf Generika vom Bundesrat direkt zu genehmigen (Art. 54 VwVG).

Tarif à la prestation: Prolongation de l'ancienne convention cantonale nonobstant l'approbation d'une structure tarifaire sur le plan suisse

KV 63 Décision du Conseil fédéral du 14 décembre 1998 dans la cause opposant la Fédération fribourgeoise des assureurs-maladie au gouvernement du canton de Fribourg et à la Fédération suisse des physiothérapeutes, section de Fribourg

Le délai fixé par l'article 8, 1^{er} alinéa de l'ordonnance du 12 avril 1995 concernant l'entrée en vigueur et l'introduction de la LAMal, qui fixe au 31 décembre 1997 la date limite pour l'adaptation au nouveau droit des conventions tarifaires passées sous l'ancien droit, est un délai d'ordre (cons. II. 3).

Une convention tarifaire conclue et approuvée au niveau suisse, qui ne prévoit que la structure tarifaire uniforme au plan suisse, ne peut déployer ses effets tant que la valeur du point tarif n'a pas été fixée au plan cantonal (cons. II. 4).

Le Conseil fédéral doit prendre des mesures pour éviter, autant que possible, les complications administratives et financières que pourraient engendrer ses décisions. Dans le cas présent, une fixation provisoire de la valeur du point au plan cantonal provoquerait des difficultés d'ordre pratique tant pour les assureurs et les physiothérapeutes que pour les assurés et représenterait vraisemblablement la solution la moins respectueuse du principe de la sécurité du droit (cons. II. 5 et 6).

Bei der in Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung vom 12. April 1995 über die Inkraftsetzung und Einführung des KVG vorgesehenen Frist zur Anpassung von nach bisherigem Recht abgeschlossenen Tarifverträgen an das neue Recht bis zum 31. Dezember 1997 handelt es sich um eine Ordnungsfrist (Erw. II. 3).

Ein gesamtschweizerisch abgeschlossener und genehmigter Tarifvertrag, welcher allein eine gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur vorsieht, kann erst wirksam werden, nachdem auf kantonaler Ebene ein Taxpunktwert festgelegt worden ist (Erw. II. 4).

Der Bundesrat hat Vorkehren zu treffen, mit denen aufgrund seines Entscheides mögliche administrative und finanzielle Komplikationen weitestgehend vermieden werden können. Eine provisorische Festsetzung des Taxpunktwertes auf kantonaler Ebene würde im vorliegenden Fall sowohl für die Versicherer und die Physiotherapeuten wie auch für die Versicherten Umsetzungsschwierigkeiten bringen

und wäre wahrscheinlich unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit die am wenigsten angezeigte Lösung (Erw. II. 5 und 6).

Il termine di cui all'articolo 8 capoverso 1 dell'ordinanza concernente l'entrata in vigore e l'introduzione della LAMal che fissa al 31 dicembre 1997 la data limite per l'adeguamento al nuovo diritto delle convenzioni tariffali stipulate secondo il diritto previgente, è un termine d'ordine (cons. II. 3).

Una convenzione tariffale stipulata ed approvata a livello svizzero che prevede solo la struttura tariffale uniforme sul piano nazionale, non può produrre i suoi effetti finché il valore del punto non sia stato fissato a livello cantonale (cons. II. 4).

Il Consiglio federale deve provvedere affinché, per quanto possibile, siano evitate le complicazioni amministrative e finanziarie che le sue decisioni potrebbero ingenerare. Nel caso di specie, la determinazione provvisoria del valore del punto a livello cantonale provocherebbe difficoltà d'ordine pratico sia per gli assicuratori e i fisioterapisti sia per gli assicurati e rappresenterebbe verosimilmente la soluzione la meno osservante del principio della sicurezza del diritto (cons. II. 5 e 6).

I.

Condensé – Übersicht

En date du 1^{er} septembre 1997, la Fédération suisse des physiothérapeutes, le Concordat des assureurs-maladie suisse, la Commission des tarifs médicaux LAA, l'Assurance invalidité et l'Office fédéral de l'assurance militaire ont conclu une convention tarifaire au niveau suisse dotée d'une structure tarifaire uniforme et prévoyant la fixation au plan cantonal d'une valeur de point tarif relative aux prestations de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal), avec une entrée en vigueur fixée au 1^{er} janvier 1998. Soumise le 3 octobre 1997 pour approbation au Conseil fédéral, conformément à l'article 46, 4^e alinéa LAMal, cette convention a été approuvée le 1^{er} juillet 1998.

Par arrêté du 7 avril 1998, le Conseil d'Etat du Canton de Fribourg a prolongé d'une année l'ancienne convention cantonale du 30 juin 1989 fixant le tarif des physiothérapeutes dans le canton de Fribourg. Le 30 avril 1998, la Fédération fribourgeoise des assureurs-maladie (FFAM) a interjeté recours auprès du Conseil fédéral en vue de l'application de la structure tarifaire nationale, avec fixation de la valeur du point à 0,85 francs.

Le 17 juillet 1998, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a rendu une décision incidente par laquelle il retirait l'effet suspensif du recours

et déclarait la décision du Conseil d'Etat du 7 avril 1998 applicable à partir du 1^{er} janvier 1998 et provisoirement jusqu'à décision du Conseil fédéral.

Am 1. September 1997 haben der Verband schweizerischer Physiotherapeuten, das Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer, die Medizinaltarifkommission UV, die Invalidenversicherung und das Bundesamt für Militärversicherung einen ab 1. Januar 1998 gültigen, gesamtschweizerischen Tarifvertrag mit einheitlicher Tarifstruktur abgeschlossen, der vorsieht, dass der Taxpunktwert zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung auf kantonaler Ebene geregelt wird. Dieser Vertrag ist gemäss Artikel 46 Absatz 4 des Krankenversicherungsgesetzes dem Bundesrat am 3. Oktober 1997 zur Genehmigung vorgelegt worden. Die Zustimmung des Bundesrates zum Vertrag erfolgte am 1. Juli 1998.

Mit Beschluss vom 7. April 1998 hat der Staatsrat des Kantons Freiburg den Kantonalvertrag vom 30. Juni 1989, in dem die Physiotherapeutentarife festgelegt sind, um ein Jahre verlängert. Gegen den Staatsratsbeschluss erhob der Kantonalverband Freiburger Krankenversicherer (FFAM) am 30. April 1998 Beschwerde beim Bundesrat und beantragte, der Taxpunktwert sei in Anwendung der gesamtschweizerischen Tarifstruktur auf –85 Franken festzusetzen.

Mit Zwischenverfügung vom 17. Juli 1998 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen und den Beschluss des Staatsrates vom 7. April 1998 ab dem 1. Januar 1998 und bis zum Bundesratsentscheid provisorisch für anwendbar erklärt.

II.

Par les considérants suivants, le Conseil fédéral a rejeté le recours:

1.1 Selon l'article 128 de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ, RS 173.110), le Tribunal fédéral des assurances connaît en dernière instance des recours de droit administratif contre des décisions au sens des articles 7, 98, lettres b à h et 98a OJ en matière d'assurances sociales, sous réserve des exceptions prévues à l'article 129 OJ (clause générale avec énumération exhaustive des exceptions).

Aux termes de l'article 53, 1^{er} alinéa LAMal, en liaison avec les articles 129, 1^{er} alinéa, lettres a et b OJ et 73, 1^{er} alinéa, lettre c PA, les décisions des gouvernements cantonaux et les actes législatifs cantonaux qui ont été pris en application des articles 39, 45, 46, 4^e alinéa, 47, 48, 1^{er} et 3^e alinéas, 49, 7^e alinéa, 51, 54 et 55 LAMal peuvent faire l'objet d'un recours au Conseil fédéral. Tel est le cas des décisions prises en matière tarifaire pour autant qu'elles concernent la fixation ou l'approbation d'un tarif dans son ensem-

ble ou lorsque le recours est dirigé contre certaines clauses tarifaires en tant que telles (ATF 116 V 133). Les décisions rendues en application d'un tarif dans un cas concret sont par contre susceptibles de faire l'objet d'un recours de droit administratif. En l'occurrence, le litige porte bien sur un tarif dans son ensemble et non pas sur l'application de celui-ci au cas particulier. Le recours au Conseil fédéral est donc ouvert sous cet angle.

1.2 La compétence du Conseil fédéral dépend également de l'absence de convention tarifaire entre les fournisseurs de prestations et les assureurs, soit un régime sans convention pour lequel le gouvernement cantonal était en droit d'édicter le tarif contesté. En l'espèce, il n'est pas contesté que la convention tarifaire – cantonale – a été dénoncée pour le 31 décembre 1997. En tant que la recourante se réclame de la convention conclue le 1^{er} septembre 1997 sur le plan suisse, on peut néanmoins se demander si le litige ne porte pas sur la question de l'existence ou non d'un régime conventionnel et susceptible dès lors de ressortir à la compétence du tribunal arbitral cantonal. Il y a toutefois lieu de constater que dite convention ne porte que sur la structure tarifaire des prestations en cause et qu'elle renvoie la fixation de la valeur du point au niveau cantonal. Dans ce contexte, ce n'est pas tant la compétence du gouvernement cantonal que la recourante met en cause mais l'étendue de dite compétence dont elle estime qu'il a fait un usage contraire à la loi. Ainsi que présumé par le DFJP, il y a dès lors lieu d'admettre la compétence de l'autorité de céans, à tout le moins dans la mesure où la recourante fait valoir la violation du droit fédéral et demande l'annulation de l'acte attaqué.

2. La nouvelle loi sur l'assurance-maladie a laissé le soin au Conseil fédéral, à son article 104, 1^{er} alinéa LAMal, de fixer une période transitoire pour l'adaptation au nouveau droit des conventions tarifaires passées sous l'ancien droit. Une date limite a ainsi été fixée au 31 décembre 1997 (article 8, 1^{er} alinéa de l'ordonnance d'entrée en vigueur).

La convention tarifaire conclue au niveau suisse n'ayant pas encore été approuvée par le Conseil fédéral au 1^{er} janvier 1998, le Conseil d'Etat se voyait placé devant l'alternative suivante: soit il prolongeait la convention cantonale encore applicable en 1997, soit il appliquait d'ores et déjà – et avant son approbation par le Conseil fédéral – la nouvelle structure tarifaire. Dans ce dernier cas de figure et faute d'entente entre les partenaires tarifaires, il se serait vu contraint de fixer une valeur provisoire du point, avec le risque que la convention tarifaire nationale subisse quelques modifications avant son approbation.

On ne saurait reprocher à l'autorité cantonale d'avoir opté à ce moment-là pour la première des solutions susmentionnées. Bien au contraire, dans

cette situation d'incertitude quant au sort de la convention tarifaire, et face à la nécessité de fixer une valeur provisoire s'il décidait d'appliquer ladite convention, le Conseil d'Etat a choisi la solution la plus simple et la plus claire en permettant aux physiothérapeutes de continuer à facturer leurs prestations selon l'ancienne convention. Cette solution a du reste été entérinée à juste titre par le DFJP dans sa décision incidente du 17 juillet 1998.

3. Ce n'est que le 1^{er} juillet 1998 que la convention tarifaire conclue au niveau suisse le 1^{er} septembre 1997 a été approuvée par le Conseil fédéral, la valeur du point devant toutefois être déterminée au plan cantonal.

L'article 10 de ladite convention avait fixé une entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1998. Il y a dès lors lieu de se demander, dans un premier temps, si la convention tarifaire doit impérativement déployer ses effets à cette date, ou si, la valeur du point tarif n'ayant pas encore été fixée au plan cantonal, la convention cantonale peut, conformément à la décision de prolongation du Conseil d'Etat, être applicable au-delà du 31 décembre 1997 et, dans l'affirmative, jusqu'à quelle date.

Un premier élément de réponse à la question de savoir si la convention tarifaire doit impérativement déployer ses effets au 1^{er} juillet 1998 peut être déduit de la nature du délai fixé par l'article 8, 1^{er} alinéa de l'ordonnance d'entrée en vigueur, qui fixe au 31 décembre 1997 la date limite pour l'adaptation au nouveau droit des conventions tarifaires passées sous l'ancien droit. Si ce délai devait être considéré comme un délai impératif, l'autorité de céans ne saurait confirmer, respectivement ordonner l'utilisation d'un instrument adopté sous l'ancien droit, vu l'existence d'une structure tarifaire conforme à la LAMal; elle devrait alors fixer provisoirement une valeur du point tarif jusqu'à ce que les parties se soient entendues ou que le Conseil d'Etat ait fixé la valeur du point. En revanche, si le délai précité n'est pas un délai contraignant, rien ne s'oppose au principe de la prolongation de l'ancienne convention (si cela devait servir l'intérêt des parties et des assurés).

De l'avis de l'autorité de céans, cette disposition doit être interprétée de manière à permettre la coordination la plus optimale possible entre les compétences fédérale et cantonale et à éviter les vides juridiques susceptibles de porter atteinte non seulement aux partenaires tarifaires concernés mais surtout à la protection des assurés. Or, il semble manifeste, au regard du cas d'espèce, que l'application stricte de cet article dès le 1^{er} janvier 1998 était de nature à créer de tels vides juridiques. Dès lors, il y a lieu de considérer que le délai fixé à l'article 8, 1^{er} alinéa de l'ordonnance d'entrée en vigueur est un délai d'ordre. C'est pour des raisons analogues que l'autorité de céans a, en matière de liste hospitalière, reconnu comme tel le délai fixé

à l'article 101, 2^e alinéa LAMal (cf. également art. 2, 2^e al. de l'ordonnance susmentionnée).

Sous l'angle de l'article 8, 1^{er} alinéa de l'ordonnance, rien ne s'opposait donc à ce que l'ancienne convention cantonale soit prolongée.

4. Cela étant, il y a lieu d'examiner à partir de quelle date la nouvelle structure devra déployer ses effets, le cas échéant avec une valeur du point fixée provisoirement. La convention tarifaire ayant été approuvée le 1^{er} juillet 1998, se pose la question de savoir si elle pouvait déployer ses effets à cette date.

Bien que la structure tarifaire uniforme ait été approuvée par le Conseil fédéral, la convention tarifaire ne peut déployer ses effets tant que la valeur du point tarif n'a pas été fixée au plan régional. Selon la systématique de la loi et au regard du message du Conseil fédéral du 6 novembre 1991 concernant la révision de l'assurance-maladie (FF 1992 I 77, en particulier 154 ss), cette valeur doit en effet être fixée au niveau cantonal soit par accord entre les parties soit, à défaut d'accord, par arrêté du Conseil d'Etat (art. 43, 4^e alinéa et 47, 1^{er} alinéa LAMal); la valeur du point devra continuer à être fixée par des accords tarifaires décentralisés pour mieux tenir compte des différences de coût (salaires et prix) existant d'une région à l'autre (FF 1992 I 155). De plus, en l'occurrence, la convention tarifaire nationale prévoit expressément une fixation au niveau cantonal.

Au 1^{er} juillet 1998, on rappellera que les négociations entre parties étaient encore en cours. Quoiqu'il en soit, même en cas d'échec des négociations, il apparaît peu probable que le Conseil d'Etat eût été en mesure de fixer la valeur du point. La fixation de la valeur du point doit en effet être précédée de l'avis du Surveillant des prix (cf. art. 14, 1^{er} al. de la loi fédérale du 20.12.1985 concernant la surveillance des prix; RS 942.20); cet organe doit avoir été abordé à fin septembre. Le Conseil d'Etat ne disposait donc pas des éléments lui permettant de fixer une valeur du point au 1^{er} juillet 1998.

Le seul fait de l'approbation de la convention tarifaire au 1^{er} juillet 1998 par le Conseil fédéral n'impliquait donc pas qu'elle puisse déployer ses effets à ce moment-là.

Cela étant, il y a lieu de déterminer à partir de quelle date la convention tarifaire devra déployer ses effets, le cas échéant avec une valeur du point fixée provisoirement.

5. S'agissant de l'hypothèse de l'applicabilité de la convention tarifaire au 1^{er} janvier 1998, on peut se demander si elle n'impliquerait pas une rétro-

activité de la convention tarifaire et de la valeur du point que l'autorité de céans se verrait contrainte de fixer à titre provisoire. Certes, la nouvelle structure tarifaire est en principe applicable rétroactivement, mais une telle application ne semble possible que si les bases nécessaires à la fixation existent déjà; tel n'est pas le cas en l'espèce. Dans ces conditions, on voit mal quel intérêt public supérieur (cf. ATF 102 Ia 74) pourrait justifier une application rétroactive, compte tenu notamment du nombre de prestations qui auront non seulement été fournies mais également facturées – et payées. Il y a en effet lieu d'admettre que, suite à la prolongation de la convention cantonale et à la décision incidente du DFJP, la plupart des physiothérapeutes auront à tout le moins facturé les prestations effectuées jusqu'au mois de juillet, voire au-delà. Pour ces raisons pratiques, il convient dès lors d'exclure une fixation du point au 1^{er} janvier 1998.

Dans le cas d'une application de la nouvelle structure tarifaire au 1^{er} juillet 1998, la fixation d'une valeur du point provisoire ne porterait que sur une période de six mois au plus, puisque la convention cantonale n'a été prolongée que jusqu'au 31 décembre 1998 et que le Conseil d'Etat doit donc fixer une valeur du point pour le 1^{er} janvier 1999 au plus tard. Comme on l'a vu, les bases nécessaires, soit la fixation de la valeur du point au plan cantonal, manquent pour que la nouvelle structure puisse déployer ses effets à cette date. Par ailleurs, la brièveté de la période considérée, les difficultés pratiques qui seraient liées à un changement de la structure tarifaire à ce moment-là ainsi que le risque d'un nouveau changement durant cette période, s'opposent à une applicabilité au 1^{er} juillet 1998.

On pourrait d'ailleurs se demander si un intérêt public à la sécurité du droit ne commanderait pas plutôt de faire débiter l'applicabilité de la structure tarifaire nationale dès la fixation de la valeur du point par le Conseil d'Etat fribourgeois, soit au plus tard le 1^{er} janvier 1999, puisque la convention cantonale n'a été prolongée que jusqu'au 31 décembre 1998 au plus tard.

6. En effet, quelque soit la date choisie, on ne saurait négliger les difficultés d'ordre pratique que provoquerait une fixation provisoire, tant pour les assureurs et les physiothérapeutes, que pour les assurés eux-mêmes. Les correctifs seraient certes essentiellement effectués par les physiothérapeutes et les caisses-maladie en vertu du principe du tiers-payant prévu par la nouvelle convention; cela ne signifie pas pour autant que les assurés ne se verraient pas concernés par une refacturation des prestations. On ne saurait en effet faire complètement abstraction du cas des assurés avec franchise, lesquels pourraient, si la valeur définitive du point devait s'avérer plus éle-

vée que la valeur provisoire, se voir réclamer, longtemps après la facturation initiale, des montants non encore perçus.

Il convient également de relever que la fixation d'une valeur provisoire du point à la date de la décision au fond rendue par l'autorité de céans constituerait vraisemblablement la solution la moins respectueuse du principe de la sécurité; dans ce cas, il n'est pas exclu que l'année 1998 voie se succéder trois valeurs du point différentes: la valeur prévue par la convention cantonale, une valeur provisoire fixée par l'autorité de céans et qui ne s'appliquerait que pour une durée extrêmement limitée et, éventuellement, une valeur définitive fixée par les parties ou le Conseil d'Etat fribourgeois.

Au vu de ce qui précède et étant donné que le Conseil fédéral doit prendre des mesures pour éviter, autant que faire se peut, les complications administratives et financières que pourrait engendrer sa décision, il y a lieu d'admettre que les motifs militant en faveur du maintien de la convention cantonale jusqu'à la fixation de la valeur du point sur le plan cantonal, mais au plus tard jusqu'au 31 décembre 1998, peuvent être considérés comme étant supérieurs à ceux parlant en faveur d'une applicabilité rétroactive de la convention tarifaire nationale par la fixation provisoire de la valeur du point. On rappellera néanmoins que, du moment que cette convention a été prolongée par le Conseil d'Etat jusqu'à la fin de l'année 1998, l'objet du litige est limité à l'année 1998.

7. Pour toutes les raisons énumérées ci-dessus et compte tenu de la faculté de l'autorité de céans d'examiner la décision en cause sous l'angle de l'opportunité, il convient dès lors de rejeter le recours dans le sens des considérants; partant, l'autorité de céans confirme la prorogation, jusqu'à la fixation par le gouvernement fribourgeois de la valeur du point mais au plus tard jusqu'au 31 décembre 1998, de la convention cantonale. Dès lors, et à moins que les parties en cause n'en conviennent différemment, il y a lieu de prévoir l'applicabilité de la convention tarifaire nationale à partir de la fixation de la valeur du point sur le plan cantonal, à savoir en principe à partir du 1^{er} janvier 1999. En effet, les partenaires tarifaires ont la possibilité de convenir d'un arrangement rétroactif qu'il leur appartient de soumettre à l'approbation du canton.

Wirtschaftlichkeit eines Spitexeinsatzes

KV 64 Urteil des EVG vom 18. Dezember 1998

Nach der bis Ende 1997 gültig gewesenen Fassung von Artikel 9 Absatz 3 KLV können Tarifverträge für zu Hause (Spitex), ambulant oder im Pflegeheim zu erbringende Leistungen im Sinne von Artikel 7 KLV ein Zeitbudget vorsehen, welches in der Regel nicht überschritten werden darf; dies hält sich im Rahmen der Subdelegation an das Eidgenössische Departement des Innern und verstösst nicht gegen Bundesrecht (Erw. 2a).

Anwendungsfall von RKUV 1992 Nr. K 898 (= 118 V 115) und 1998 Nr. K 988 (vgl. auch BGE 124 V 200 Erw. 3):

In casu ist für eine an Chorea Huntington leidende Versicherte unter medizinischen Gesichtspunkten sowohl ein über das tarifvertragliche Zeitbudget von einer Stunde pro Tag erweiterter Spitexeinsatz von täglich fünf Stunden als auch der Aufenthalt in einem Pflegeheim als zweckmässig und wirksam zu betrachten. Unter dem Blickwinkel der Wirtschaftlichkeit besteht jedoch kein Anspruch auf die erstgenannte Massnahme, übersteigen doch die Kosten des auf unbestimmte Zeit notwendigen Spitexeinsatzes diejenigen eines Pflegeheimaufenthaltes um das Fünfeinhalbfache (Erw. 3 und 4).

Selon la version de l'article 9, alinéa 3, OPAS valable jusqu'à fin 1997, les conventions tarifaires applicables aux soins à domicile (Spitex), ambulatoires ou dispensés dans un établissement médico-social au sens de l'article 7 OPAS peuvent prévoir un temps budgété qui ne sera en règle générale pas dépassé; cela entre dans le cadre de la subdélégation au Département fédéral de l'intérieur et ne contrevient pas au droit fédéral (cons. 2a).

Cas d'application des arrêts RAMA 1992 n° K 898 (= 118 V 115) et 1998 n° K 988 (voir également ATF 124 V 200 cons. 3):

In casu, pour une assurée souffrant d'une chorée de Huntington, doivent être considérés du point de vue médical comme appropriés et efficaces non seulement des soins à domicile qui, par rapport au temps budgété selon la convention tarifaire à une heure par jour, ont été étendus à cinq heures par jour, mais encore un séjour dans un établissement médico-social. Sous l'angle du caractère économique, il n'existe pourtant aucun droit à la première mesure nommée, car les coûts des soins à domicile nécessaires pour une période indéterminée sont tout de même cinq fois et demie supérieurs à ceux d'un séjour dans un établissement médico-social (cons. 3 et 4).

Secondo la versione dell'articolo 9 capoverso 3 OPre, valevole sino a fine 1997, le convenzioni tariffali per le prestazioni dispensate a domi-

cilio (spitex), ambulatoriamente o in una casa di cura ai sensi dell'articolo 7 OPre possono considerare un tempo preventivato che di regola non può essere superato; ciò rientra nell'ambito della subdelega al Dipartimento federale dell'interno e non disattende il diritto federale (cons. 2a).

Caso d'applicazione di RAMI 1992 n. K 898 (= 118 V 115) e 1998 n. K 988 (cfr. anche DTF 124 V 200 cons. 3):

In casu, dal profilo medico, va considerato appropriato ed efficace sia un provvedimento spitex di cinque ore giornaliere, superiore quindi al tempo preventivato stabilito per convenzione tariffale di un'ora il giorno, sia il soggiorno in una casa di cura. Sotto l'aspetto dell'economicità non sussiste tuttavia alcun diritto alla prima prestazione in quanto i costi del necessario provvedimento spitex per un tempo indeterminato sono cinque volte e mezzo superiori a quelli del soggiorno in una casa di cura (cons. 3 e 4).

I.

A. – K. D., geboren 1947, leidet an der Chorea-Huntington-Krankheit und ist deshalb auf Pflege angewiesen. Die Krankenkasse H. (im folgenden Kasse) vergütete Spitex-Leistungen im Umfang von 90 Pflegestunden pro Quartal. Am 13. Februar 1997 reichte der Spitex-Verein Y. unter Beilage einer ärztlichen Anordnung ein Gesuch um Kostengutsprache für einen erweiterten Pflegeeinsatz von 360 zusätzlichen Pflegestunden pro Quartal für einen Dauereinsatz rückwirkend ab 1. Januar 1997 ein.

Mit Verfügung vom 9. April 1997 lehnte die Kasse das Gesuch ab mit der Begründung, dass gemäss dem seit 1. Januar 1997 in Kraft stehenden Spitex-Vertrag für den Kanton Graubünden 90 Pflegestunden pro Quartal in der Regel nicht überschritten werden dürften und der beantragte erweiterte Pflegeeinsatz aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und der Gleichbehandlung mit Pflegeheimpatienten nicht vergütet werden könne. Die hiegegen erhobene Einsprache wurde von der Kasse mit Entscheid vom 14. August 1997 abgewiesen.

B. – Mit Entscheid vom 4. Dezember 1997 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden die gegen den Einspracheentscheid erhobene Beschwerde ab.

C. – Vertreten durch den Schweizerischen Invaliden-Verband lässt K. D. Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben, sinngemäss mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des kantonalen Entscheids und des Einspracheentscheids vom 14. August 1997 sei die Kasse zur Kostenübernahme für den

erweiterten Pflegeeinsatz zu Hause (Spitex) von zusätzlich 360 Pflegestunden pro Quartal rückwirkend ab 1. Januar 1997 zu verpflichten.

Die Kasse beantragt Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) lässt sich mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids und Rückweisung der Sache an die Kasse zur Neu Beurteilung der Frage nach der Wirtschaftlichkeit des streitigen Spitex-Pflegeeinsatzes vernehmen.

II.

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

1. – a) Nach Art. 24 KVG übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten für die Leistungen gemäss den Art. 25–31 nach Massgabe der in den Art. 32–34 festgelegten Voraussetzungen. Die Leistungen umfassen u. a. Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die ambulant, bei Hausbesuchen, stationär, teilstationär oder in einem Pflegeheim durch Personen durchgeführt werden, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen (Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 3 KVG). Der Leistungsbereich wird in Art. 7 KLV näher umschrieben.

b) Bei Aufenthalt in einem Pflegeheim (Art. 39 Abs. 3 KVG) vergütet der Versicherer gemäss Art. 50 KVG die gleichen Leistungen wie bei ambulanter Krankenpflege und bei Krankenpflege zu Hause; er kann mit dem Pflegeheim pauschale Vergütungen vereinbaren. Für Spitex-Leistungen können die Tarifverträge nach Art. 9 Abs. 3 KLV in der bis Ende 1997 gültig gewesenen und auf den vorliegenden Fall anwendbaren Fassung vorsehen, dass ein bestimmter Zeitbedarf pro Tag oder Woche in der Regel nicht überschritten werden darf (Zeitbudget). Die seit 1. Januar 1998 in Kraft stehende Fassung der Bestimmung (AS 1997 2039) erwähnt keine zeitliche Einschränkung mehr; die Tarife werden nach Art und Schwierigkeit der notwendigen Leistungen abgestuft.

c) Im Kanton Graubünden hat der Spitex-Verband Graubünden (SVGR) mit den dem Kantonalverband Bündnerischer Krankenversicherer (KBK) angeschlossenen Krankenversicherern auf den 1. Januar 1997 einen neuen Spitex-Vertrag im Sinne einer Übergangslösung bis 31. Dezember 1997 abgeschlossen. Laut Anhang 7 zu diesem Vertrag werden für jede versicherte Person, die Spitex-Leistungen beansprucht, pro Quartal höchstens 90 Stunden (bzw. eine Stunde pro Tag) zu einem Stundenan-

satz von Fr. 22.– vergütet. Auf Anordnung des behandelnden Arztes und nach Überprüfung durch den Vertrauensarzt der Krankenversicherer kann das Zeitbudget nach Massgabe der medizinischen und pflegerischen Wirksamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmässigkeit überschritten werden (Art. 8 Abs. 2 des Vertrages).

2. – a) Die Beschwerdeführerin bestreitet die Gesetzmässigkeit von Art. 9 Abs. 3 KLV in der bis Ende 1997 gültig gewesenen Fassung der Bestimmung zu Recht nicht. Gemäss Art. 33 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 25 Abs. 2 KVG war der Bundesrat befugt, die Leistungen, die von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu übernehmen sind, näher zu bezeichnen, welche Aufgabe er gestützt auf Art. 33 Abs. 5 KVG dem Eidgenössischen Departement des Innern übertragen hat. Die delegierte Regelungskompetenz umfasst auch die Zuständigkeit zur Umschreibung der nicht von Ärzten und Ärztinnen oder Chiropraktoren und Chiropraktorinnen erbrachten Leistungen gemäss Art. 33 Abs. 2 KVG (Art. 33 lit. b KW). Sie schliesst die Befugnis ein, die Leistungen für Pflege zu Hause nach Art und Umfang der Massnahmen näher zu umschreiben, was mit Art. 7 ff. KLV geschehen ist. Wenn Art. 9 Abs. 3 KLV in der bis Ende 1997 gültig gewesenen Fassung für die Spitex-Leistungen ein Zeitbudget vorsah, welches in der Regel nicht überschritten werden durfte, so hält sich dies im Rahmen der Subdelegation und verstösst nicht gegen Bundesrecht.

b) Zu Recht unbestritten ist auch die Rechtmässigkeit der anwendbaren tarifvertraglichen Regelung des Kantons Graubünden. Sie hält sich im Rahmen der bundesrechtlichen Vorschriften, insbesondere was die zeitliche Beschränkung der Leistungen betrifft. Etwas anderes wird auch von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht. Sie beruft sich indessen darauf, dass die gesetzlichen und vertraglichen Voraussetzungen für zusätzliche Leistungen im Sinne von Art. 8 Abs. 2 des Vertrages gegeben seien. Die Beschwerdegegnerin bestreitet dies insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit der Massnahme.

3. – Nach Art. 32 KVG müssen die Leistungen nach den Art. 25–31 KVG wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein. Die Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit und Zweckmässigkeit kann über die Festsetzung von Tarifen erfolgen (vgl. Art. 59a KVV, in Kraft seit 1. Januar 1998; AS 1997 2272).

a) Zweckmässigkeit und Wirksamkeit (als Teilgehalt der Zweckmässigkeit; vgl. *Maurer*, Das neue Krankenversicherungsrecht, S. 51 f.) setzen voraus, dass die Massnahme geeignet ist, das angestrebte Ziel (Untersuchung, Behandlung, Pflege) zu erreichen. Welche von mehreren in Betracht fallenden Massnahmen als geeigneter erscheint, ist im Rahmen dieser Vorausset-

zungen nicht entscheidend. Nach der gesetzlichen Regelung genügt es, dass die vom Arzt angeordnete Massnahme zweckmässig ist. Sind gleichzeitig mehrere Massnahmen als zweckmässig zu qualifizieren, beurteilt sich die Leistungspflicht des Krankenversicherers unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit (Art. 56 KVG). Nach dieser Vorschrift haben die Krankenversicherer die Leistungen auf das Mass zu beschränken, das im Interesse des Versicherten liegt und für den Behandlungszweck erforderlich ist. Indem das Gesetz auf das Interesse des Versicherten Bezug nimmt, wird zum Ausdruck gebracht, dass der Begriff der Wirtschaftlichkeit der Behandlung nicht eng auszulegen ist (vgl. *François-X. Deschenaux, Le précepte de l'économie du traitement dans l'assurance-maladie sociale . . .*, in: Festschrift 75 Jahre EVG, Bern 1992, S. 536 f.).

b) Nach der zum altrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot von Art. 23 KUVG entwickelten Rechtsprechung haben die Krankenversicherer das Recht, die Übernahme von unnötigen therapeutischen Massnahmen oder von solchen Massnahmen, die durch weniger kostspielige ersetzt werden können, abzulehnen. Dem Verhältnis zwischen Kosten und Nutzen einer Massnahme kommt dabei nur Bedeutung zu mit Bezug auf verschiedene in Betracht fallende Behandlungsmethoden, nicht dagegen im Hinblick darauf, ob sich der Aufwand einer an sich geeigneten und wissenschaftlich anerkannten Methode gemessen an dem zu erwartenden Behandlungserfolg noch rechtfertigen lässt. Letzteres kann lediglich unter dem allgemeinen Gesichtspunkt des Verhältnismässigkeitsprinzips von Bedeutung sein. Dabei vermag nur ein grobes Missverhältnis zwischen der Höhe der Heilungskosten und dem zu erwartenden Heilungserfolg eine Leistungsverweigerung zu begründen. Die Krankenversicherer haben somit auch für kostspielige Massnahmen aufzukommen, wenn entweder überhaupt keine andere oder jedenfalls keine kostengünstigere Methode zur Verfügung steht und die Massnahme sich unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit noch rechtfertigen lässt (BGE 118 V 115¹ mit Hinweis).

Diese Rechtsprechung behält ihre Gültigkeit auch im Rahmen des neuen Krankenversicherungsrechts, welches am Wirtschaftlichkeitsgebot nichts Grundsätzliches geändert hat (RKUV 1998 Nr. K 988 S. 4 mit Hinweis auf die Literatur).

4. – a) Was die Wirksamkeit und Zweckmässigkeit der streitigen Spitex-Leistungen betrifft, beruft sich die Beschwerdeführerin auf einen Bericht des behandelnden Arztes Dr. med. U. vom 13. September 1997, wonach die

¹ siehe Nr. K 898 (1992) dieser Sammlung

Pflege unter Mitwirkung des Ehemannes zu Hause nicht nur wirksamer und zweckmässiger als eine Einweisung in ein Pflegeheim, sondern auch unbedingt notwendig sei, um die Lebensqualität der schwerkranken Versicherten nicht weiter zu beeinträchtigen. Das Gesuch um Kostengutsprache für den erweiterten Pflegeeinsatz vom 11. Februar 1997 begründete Dr. U. damit, dass die Patientin wegen Sturzgefahr bei Unruhe ständig überwacht werden müsse; bei Hilflosigkeit bzw. Kommunikationsunfähigkeit sei sie stets pflegebedürftig; bei Schluckstörungen und herabgesetztem Hustenreflex bestehe Erstickungsgefahr; die gute Pflege zu Hause solle dafür sorgen, dass Spitaleinweisungen selten seien.

Nach Auffassung der Vorinstanz lassen die vom Hausarzt angeführten Gründe den erweiterten Spitaxeinsatz nicht als zweckmässiger und geeigneter erscheinen als einen Aufenthalt im Pflegeheim. So könne die offenbar erforderliche ständige Überwachung im Pflegeheim besser gewährleistet werden als bei Hauspflege; auch könnten Spitaleinweisungen eher vermieden werden als bei Hauspflege. Objektiv betrachtet könne nicht gesagt werden, der Aufenthalt in einem Pflegeheim sei weniger geeignet und zweckmässig als eine erweiterte Hauspflege, so dass beide Alternativen mindestens als gleichwertig zu bezeichnen seien. Das BSV weist auf die Vorteile einer Langzeitpflege zu Hause hin und hält dafür, dass die Weiterbehandlung zu Hause für die Beschwerdeführerin ebenso zweckmässig sei wie ein Pflegeaufenthalt.

b) Aufgrund der Akten ist davon auszugehen, dass unter medizinischen Gesichtspunkten sowohl ein erweiterter Spitaxeinsatz als auch ein Aufenthalt in einem Pflegeheim als zweckmässig und wirksam zu betrachten sind. Dass die Hauspflege unter persönlichen, familiären und sozialen Gesichtspunkten Vorteile aufweist, ändert nichts daran, dass unter den gegebenen Umständen auch der Aufenthalt in einem Pflegeheim als zweckmässig zu erachten ist, zumal die Versicherte zeitweise einer ständigen Überwachung bedarf. Ob Anspruch auf den beantragten erweiterten Spitaxeinsatz besteht, ist daher unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit der Massnahme zu beurteilen (BGE 124 V 200 Erw. 3¹; RKUV 1998 Nr. K 988 S. 4 Erw. 3c).

Die Beschwerdeführerin beantragt die Entschädigung eines Pflegeeinsatzes von 360 Stunden im Quartal, zusätzlich zu den im Rahmen des Spitax-Vertrages bewilligten 90 Stunden pro Quartal. Daraus resultieren Kosten von Fr. 110.- im Tag, anstelle der bei Aufenthalt in einem Pflegeheim in der

¹ siehe Nr. KV 33 (1998) dieser Sammlung

gleichen Zeit zu leistenden Tagespauschale von Fr. 20.–. Die Kosten des Spitexeinsatzes übersteigen die bei Aufenthalt in einem Pflegeheim anfallenden Kosten damit um ein Vielfaches, was bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit um so stärker ins Gewicht fällt, als es sich im vorliegenden Fall nicht um eine vorübergehende, sondern um eine auf unbestimmte Zeit notwendige Massnahme handelt. Wenn das BSV unter Hinweis auf einen Entscheid des Bundesrates vom 16. Juni 1997 (RKUV 1997 Nr. KV 9 S. 247 ff.) in diesem Zusammenhang ausführt, der «Härtefallklausel» (Ermöglichung der Überschreitung des Zeitbudgets bei medizinisch indizierten Fällen, die einen grösseren Pflegeaufwand bedingen) komme nicht die Bedeutung einer Ausnahmebestimmung zu, die restriktiv zu handhaben wäre, so betrifft dies das (bis Ende 1997 gültig gewesene) Zeitbudget, nicht aber die Wirtschaftlichkeit einer Massnahme im Hinblick auf deren Kosten. Unter dem Gesichtspunkt der Kosten kann der Spitexeinsatz aber nicht als wirtschaftlich im Sinne von Art. 56 KVG qualifiziert werden. Zwar ist dem BSV darin beizupflichten, dass die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit nicht anhand einer strikten Gegenüberstellung der dem Krankenversicherer entstehenden Kosten eines Spitexeinsatzes einerseits und eines Pflegeheimaufenthaltes andererseits erfolgen darf. Wenn aber, wie im vorliegenden Fall bei Kosten, die mehr als das Fünffache betragen, ein grobes Missverhältnis zwischen den Kosten des Spitexeinsatzes und denjenigen des Aufenthaltes in einem Pflegeheim besteht, kann der Spitexeinsatz nicht mehr als wirtschaftlich qualifiziert werden. Auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Versicherten können die im vorliegenden Fall streitigen Leistungen daher nicht als wirtschaftlich gelten.

c) Hieran vermag entgegen den Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nichts zu ändern, dass die Pflegepauschale von Fr. 20.– im Tag die effektiven Kosten nicht deckt und der Bundesrat auf eine Beschwerde gegen die vom Regierungsrat festgesetzte Tagespauschale für 1996 hin festgestellt hatte, dass eine einheitliche Pauschale gegen Sinn und Zweck des KVG verstosse und die Pflegeheimtarife dem tatsächlichen Pflegeaufwand Rechnung zu tragen hätten. Im Anschluss an diesen Entscheid wurde mit den Pflegeheimen des Kantons Graubünden ein neuer Tarifvertrag vereinbart, welcher nach der Pflegebedürftigkeit abgestufte Tagespauschalen von Fr. 5.– bis Fr. 45.– vorsieht. Gleichzeitig mit diesem auf den 1. Januar 1998 in Kraft getretenen Vertrag wurde auch der Spitex-Vertrag geändert, indem der Stundenansatz auf Fr. 42.– erhöht wurde. Es wurde damit dem Grundsatz Rechnung getragen, dass zwischen den Spitex-Leistungen und den Tagespauschalen bei Aufenthalt in einem Pflegeheim ein Gleichgewicht zu bestehen hat (vgl. Art. 50 KVG). Diesem Grundsatz entsprachen

aber schon die vor dem 1. Januar 1998 gültig gewesenen Ansätze. Massgebend für die Wirtschaftlichkeitsprüfung sind im Übrigen die dem Krankenversicherer entstehenden Kosten und nicht die Gesamtkosten einer bestimmten Massnahme. Auch weist die Beschwerdegegnerin zutreffend darauf hin, dass mit dem KVG keine umfassende Pflegeversicherung eingeführt wurde.

5. – Nach dem Gesagten ist die Ablehnung der streitigen zusätzlichen Spitex-Leistungen zu Recht erfolgt. Wie es sich hinsichtlich des Leistungsanspruchs für die Zeit ab 1. Januar 1998 verhält, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen. Es wird Sache der Kasse sein, hierüber zu befinden, soweit dies nicht bereits geschehen ist.

Contestation par des tiers d'une convention tarifaire approuvée par le gouvernement cantonal

KV 65 Décision du Conseil fédéral du 3 février 1999

dans la cause opposant l'Association des médecins du canton de Genève et l'Association des Cliniques privées de Genève contre le gouvernement genevois, les Hôpitaux universitaires de Genève et la Fédération genevoise des assureurs-maladie

Une hausse de tarif ne peut être refusée au seul motif que les instruments prévus par la loi, à savoir une comptabilité analytique et une statistique des prestations (art. 49, 6^e alinéa LAMal), n'ont pas encore été mis en place (rappel de jurisprudence). De même, l'absence de ces instruments ne saurait non plus empêcher une réduction de tarif (cons. II. 2.2).

Les conventions tarifaires établies sur la base du Catalogue des prestations hospitalières (CPH) devront être abrogées dès l'entrée en vigueur de la structure tarifaire uniforme au plan suisse (cons. II. 3.1).

Il est trompeur de comparer les tarifs du secteur privé et du secteur public. D'une part, les prestations fournies par un établissement public ne sont pas les mêmes que celles d'une clinique privée ou d'un médecin privé. D'autre part, la structure des coûts entre ces deux secteurs diffère totalement (cons. II. 3.3).

Une convention qui prévoit un élément temporel dans une structure tarifaire (en l'espèce 10 points par quart d'heure) est un système qui, sans être expressément prévu par l'article 43 LAMal, est conforme à la loi (cons. II. 3.6).

A défaut de norme légale contraire, les cantons sont libres de subventionner ou non le secteur ambulatoire des hôpitaux publics (cons. II. 4).

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie s'applique de manière restreinte dans le domaine des conventions tarifaires, dans la mesure où ces dernières doivent être qualifiées de mesure de politique sociale puisqu'elles contribuent à la fourniture de soins appropriés, d'un haut niveau de qualité, tout en étant le plus avantageux possible (art. 43, 6^e al. LAMal) (cons. II. 5).

Eine Tariferhöhung kann nicht alleine aus dem Grund verweigert werden, dass die vom Gesetz vorgesehenen Instrumente, nämlich Kostenstellenrechnung und Leistungsstatistik im Sinne von Artikel 49

Absatz 6 KVG, noch fehlen (Bestätigung der Rechtsprechung). Ebenso kann das Fehlen dieser Instrumente einer Tarifsenkung nicht hinderlich sein (Erw. II. 2.2).

Die auf der Grundlage des Spitalleistungskataloges (SLK) beruhenden Tarife werden ab dem Inkrafttreten der gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur aufzuheben sein (Erw. II. 3.1).

Es ist trügerisch, die Tarife des öffentlichen und des privaten Sektors miteinander zu vergleichen. Einerseits sind die durch ein öffentliches Spital erbrachten Leistungen nicht dieselben wie die durch eine Privatklinik oder einen privaten Arzt erbrachten. Andererseits weicht die Kostenstruktur der beiden Sektoren völlig voneinander ab (Erw. II. 3.3).

Ein Vereinbarung, die in der Tarifstruktur ein zeitliches Element berücksichtigt (vorliegend 10 Taxpunkte pro Viertelstunde), ist gesetzeskonform, ohne dass dies ausdrücklich in Artikel 43 KVG vorgesehen ist (Erw. II. 3.6).

Mangels entgegenstehender gesetzlicher Regelung sind die Kantone frei, die ambulanten Leistungen der öffentlichen Spitäler zu subventionieren oder es zu unterlassen (Erw. II. 4).

Die Handels- und Gewerbefreiheit findet im Bereich der Tarifverträge nur beschränkt Anwendung, da jene ein sozialpolitisches Ziel verfolgen und dazu beitragen, eine zweckmässige gesundheitliche Versorgung von hoher Qualität zu möglichst günstigen Kosten zu erreichen (Art. 43 Abs. 6 KVG) (Erw. II. 5).

Un aumento di tariffa non può essere rifiutato per il solo motivo che gli strumenti previsti dalla legge, a sapere la contabilità analitica e la statistica delle prestazioni (art. 49 cpv. 6 LAMal), non sono ancora state approntate (richiamo della giurisprudenza). Parimenti, il difetto di questi strumenti non potrebbe impedire una riduzione di tariffa (cons. II. 2.2).

Le convenzioni tariffali stabilite sulla base del Catalogo delle prestazioni ospedaliere dovranno essere abrogate a partire dall'entrata in vigore della struttura tariffale uniforme a livello svizzero (cons. II. 3.1).

È forviante comparare le tariffe del settore privato e del settore pubblico. D'un lato, le prestazioni fornite da uno stabilimento pubblico non sono le stesse di quelle fornite da una clinica privata o da un medico privato. D'altro lato, la struttura dei costi tra questi due settori differisce totalmente (cons. II. 3.3).

La convenzione che prevede un elemento temporale in una struttura tariffale (nella fattispecie 10 punti per quarto d'ora) è un sistema

che, pur senza essere previsto nell'articolo 43 LAMal, è conforme alla legge (cons. II. 3.6).

In difetto di norma legale contraria, i Cantoni sono liberi di sussidiare o meno il settore ambulatorio degli ospedali pubblici (cons. II. 4).

Il principio della libertà di commercio e d'industria si applica in modo restrittivo nell'ambito delle convenzioni tariffali, nella misura in cui quest'ultime devono essere qualificate provvedimento di politica sociale poiché contribuiscono alla fornitura di cure appropriate e di alto livello qualitativo, a costi il più possibile convenienti (art. 43 cpv. 6 LAMal) (cons. II. 5).

I.

Condensé – Übersicht

Par arrêté du 18 février 1998, le Conseil d'Etat du canton de Genève a approuvé la convention conclue entre les Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG) et la Fédération genevoise des assureurs-maladie (FGAM) concernant les traitements ambulatoires, les examens ambulatoires ainsi que les interventions de chirurgie ambulatoire.

Par mémoire du 25 mars 1993, l'Association des médecins du canton de Genève (AMG) et l'Association des Cliniques privées de Genève (ACPG) ont recouru contre cet arrêté. Elles estiment que la valeur du point, fixée à 4 fr., est anormalement basse. Selon elles, le tarif genevois, qui ne repose sur aucune comptabilité analytique, correspondrait à un subventionnement public contraire à la LAMal. Il violerait la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que la loi sur les cartels.

Mit Beschluss vom 18. Februar 1998 hat der Regierungsrat des Kantons Genf den Tarifvertrag zwischen den Genfer Universitätsspitalern (HUG) und dem Verband der Genfer Krankenversicherer (FGAM) über die Vergütung der ambulanten Untersuchung, Behandlung und Chirurgie genehmigt.

Die Ärztereinigung des Kantons Genf (AMG) und die Vereinigung der Genfer Privatkliniken (ACPG) führen mit Eingabe vom 25. März 1998 gegen diesen Beschluss Beschwerde. Sie rügen, der genehmigte Taxpunktwert von Fr. 4.– sei unbegründet tief. Dieser Tarifansatz, der sich auf keinerlei Kostenstellenrechnung gründen könne, komme einer Subvention gleich und verletze daher das KVG, das Kartellgesetz und die Handels- und Gewerbe-freiheit.

II.

Par les considérants suivants, le Conseil fédéral a rejeté le recours:

Sur la recevabilité

1.1 Selon l'article 53, 1^{er} alinéa, LAMal, en relation avec l'article 73, 1^{er} alinéa, lettre c, PA, le recours administratif au Conseil fédéral est ouvert contre les décisions des gouvernements cantonaux qui approuvent, en application de l'article 46, 4^e alinéa, LAMal, une convention tarifaire conclue entre un ou des fournisseurs de prestations, d'une part, et un ou plusieurs assureurs ou fédérations d'assurance, d'autre part.

1.2 Selon l'article 73, 1^{er} alinéa, lettre c, PA, le recours au Conseil fédéral est recevable contre les décisions prises en dernière instance cantonale et contre les actes législatifs cantonaux pour violation d'autres dispositions du droit fédéral n'appartenant ni au droit privé ni au droit pénal.

Le Conseil fédéral examine ainsi toute violation de droit administratif fédéral, à l'exception des violations du droit privé et du droit pénal. Par attraction de compétence, il juge également du grief d'anticonstitutionnalité à la condition que la disposition constitutionnelle soit en relation avec l'application du droit administratif fédéral dont la violation est invoquée ou, plus précisément, que les violations de la constitution et de la législation fédérale se déterminent réciproquement (cf. *Pierre Moor*; Droit administratif, volume II: Les actes administratifs et leur contrôle, Berne 1991, p. 394; JAAC 50 (1986), n° 14, p. 98).

Il appartiendra donc au Conseil fédéral d'examiner le recours sous l'angle de la LAMal et sous celui de la liberté du commerce et de l'industrie consacrée à l'article 31 de la Constitution fédérale.

1.3 Selon l'article 48 PA, applicable en vertu de l'article 53, 2^e alinéa, LAMal, 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. Selon la jurisprudence constante, cet intérêt doit être personnel, direct et actuel. Le recourant doit être touché dans une mesure et avec une intensité plus grande que la généralité des administrés, et l'intérêt invoqué – qui n'est pas nécessairement un intérêt juridiquement protégé, mais qui peut être un intérêt de fait – doit se trouver, avec l'objet de la contestation, dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération; il faut donc que l'admission du recours procure au recourant un avantage, de nature économique, matérielle ou idéale. Ainsi, le Conseil fédéral a généralement admis la qualité pour recourir des concurrents lorsque la décision attaquée diminuait leur perspective de gain ou favorisait un concurrent de manière illicite; leur préjudice consiste alors dans la vraisemblable diminution de leur chiffre d'affaires (voir notamment *Pierre Moor*, op. cit., p. 414 ss; *Peter Schmid*, Die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat, Berne, Stuttgart, Vienne 1997, p. 142 ss).

Dans son message du 6 novembre 1991 concernant la révision de l'assurance-maladie, le Conseil fédéral a manifesté son intention de ne pas modifier la pratique actuelle de la qualité pour recourir, précisant qu'afin de combattre certains effets négatifs d'un comportement cartellaire, celle-ci devait être reconnue non seulement aux partenaires tarifaires concernés, mais aussi aux divers fournisseurs de prestations et aux assurés touchés par la réglementation tarifaire litigieuse (FF 1992 I 170).

Au vu de ce qui précède, il convient de reconnaître aux cliniques et médecins privés la qualité pour recourir. Il n'est en effet pas contesté que l'arrêté attaqué qui approuve la Convention tarifaire conclue entre la Fédération genevoise des assureurs-maladie (FGAM) et les Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG) pourrait les toucher, dès lors qu'ils fournissent également des prestations ambulatoires.

1.4 Selon la jurisprudence constante, une association peut être admise à agir par la voie du recours administratif, sans être elle-même touchée par la décision entreprise, pour autant qu'elle ait pour but statutaire la défense des intérêts dignes de protection de ses membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et, enfin, que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel (cf. *Pierre Moor*, op. cit., p. 421).

Il ressort en l'espèce des statuts de l'AMG (art. 2, lettre b) et de ceux de l'ACPG (art. 2) que ces associations ont notamment pour tâche de défendre l'intérêt de leurs membres, en particulier dans le domaine de l'économie. Il convient en conséquence de leur reconnaître la qualité pour recourir.

1.5 Les exigences quant au délai et à la forme du mémoire de recours (art. 50 et 52 PA) ont été respectées.

Il convient donc d'entrer en matière sur le recours.

Sur l'obligation de tenir une comptabilité analytique

2.1 Selon l'article 49, 6^e alinéa, LAMal, les hôpitaux doivent calculer leurs coûts et classer leurs prestations selon une méthode uniforme; ils doivent tenir à cet effet une comptabilité analytique ainsi qu'une statistique de leurs prestations.

Le Conseil fédéral a octroyé aux hôpitaux un délai au 31 décembre 1996 pour lui soumettre une proposition commune sur la comptabilité analytique et la statistique de leurs prestations (art. 9 de l'ordonnance du 12 avril 1995 concernant l'entrée en vigueur et l'introduction de la LAMal [ordonnance

sur l'entrée en vigueur]; RS 832.101). Conformément à cette disposition, l'Association suisse des hôpitaux H+ a soumis à fin 1996 à l'OFAS sa proposition commune pour les hôpitaux et les établissements médico-sociaux au sujet de la comptabilité analytique et de la statistique. Cette proposition est actuellement à l'étude et les dispositions d'exécution ne sont pas encore arrêtées par le Conseil fédéral.

2.2 Dans une jurisprudence constante, le Conseil fédéral a jugé que l'on ne pouvait refuser pendant cette période transitoire une augmentation de tarifs pour le seul motif que les instruments prévus par la loi ne sont pas encore mis en place. Un tel refus aboutirait en effet de facto à un blocage des prix et irait à l'encontre des efforts déjà entrepris par certains cantons pour améliorer la transparence (voir notamment RAMA 6/1997, p. 343 ss¹ et p. 375 ss²).

L'absence de comptabilité analytique et de statistique des prestations ne saurait non plus empêcher une réduction de tarif. Une telle conséquence irait à l'encontre du but principal de la LAMal, qui tend à maîtriser les coûts de la santé et, autant que possible, à les diminuer (cf. notamment FF 1992 I 109). En conformité avec l'article 43, 6^e alinéa, LAMal, les parties à la convention et les autorités compétentes doivent veiller à ce que les soins soient le plus avantageux possible, tout en étant appropriés et de haut niveau.

Le fait que les HUG ne possèdent pas de comptabilité analytique ne saurait donc suffire pour justifier l'annulation de la Convention conclue entre les HUG et la FGAM ni conduire à un régime sans convention.

Sur l'examen du tarif des HUG

3.1 La Convention entre les HUG et la FGAM recourt au système de la tarification à la prestation, généralement utilisé pour les traitements ambulatoires. Selon ce système, qui est consacré à l'article 43, 2^e alinéa, LAMal, une valeur abstraite (nombre de points) est attribuée à chaque prestation tarifée (par exemple la pose d'un pansement, une radiographie, une injection, le contrôle de la pression artérielle, l'excision d'un abcès) (structure des tarifs). La multiplication de la valeur du point tarif (exprimée en francs et centimes) par le nombre de points attribué à une prestation donne la valeur concrète de celle-ci, soit son prix (cf. sur ce système, FF 1992 I 155).

Alors que la valeur du point est arrêtée par des accords tarifaires décentralisés pour mieux tenir compte des différences des coûts (salaires et prix) existant d'une région à l'autre, l'article 43, 5^e alinéa, LAMal impose aux partenaires tarifaires de se fonder sur une structure tarifaire uniforme sur le

¹ voir no° KV 16 (1997) de ce recueil

² voir no° KV 17 (1997) de ce recueil

plan suisse. Actuellement, la structure tarifaire GRAT (Gesamtrevision Arzttarif sowie Spitalleistungskatalog / RETM) pour les prestations médicales des médecins n'est cependant pas encore venue à chef. Jusqu'à son adoption, il est loisible aux partenaires tarifaires de recourir au Catalogue des prestations hospitalières. Comme le prévoit expressément l'article 9 de la Convention entre les HUG et la FGAM, les conventions établies sur cette base ne sont toutefois que transitoires et devront être abrogées dès l'entrée en vigueur de la structure uniforme sur le plan suisse.

3.2 Pour déterminer si le tarif genevois est conforme à l'équité au sens de l'article 46, 4^e alinéa, LAMal, il convient, en l'absence de données chiffrées permettant d'identifier les coûts et les recettes du secteur ambulatoire, de le comparer avec les tarifs en vigueur dans les autres cantons qui appliquent également comme structure tarifaire le Catalogue des prestations hospitalières.

Cette comparaison montre qu'avec une valeur du point à 4 fr., le tarif genevois se situe dans la moyenne suisse. En effet, cinq cantons ont fixé le point à une valeur inférieure à 3 fr. 90, quinze l'ont fixé à une valeur comprise entre 3 fr. 90 et 4 fr. 10 et quatre l'ont fixé à une valeur supérieure à 4 fr. 10. Parmi les quinze cantons qui ont adopté une valeur du point entre 3 fr. 90 et 4 fr. 10, on trouve Berne (3 fr. 95) et Zurich (3 fr. 96), qui sont, comme Genève, des cantons universitaires.

Les recourantes n'expliquent pas en quoi les conditions économiques sont différentes dans le canton de Genève et les raisons qui justifieraient un tarif plus élevé dans ce canton.

3.3 Il est trompeur de comparer, comme le font les recourantes, les tarifs du secteur public et du secteur privé pour en déduire que le tarif de la Convention conclue entre les HUG et la FGAM est trop bas.

En effet, premièrement, les prestations fournies par les HUG sont différentes de celles des cliniques et des médecins privés. Preuve en est que le tarif des médecins privés que les HUG appliquaient originellement à leurs prestations s'est révélé inadéquat au fil du temps, car de nombreuses prestations fournies par les HUG n'y étaient pas mentionnées. Deuxièmement, la structure des coûts entre ces deux secteurs diffère totalement. Ainsi, le temps consacré à une opération sera plus important dans un hôpital public destiné à la formation; mais, en contrepartie, les salaires des médecins seront plus bas. Les équipements seront plus sophistiqués dans un établissement public, ce qui rend les charges fixes beaucoup plus importantes que dans un cabinet privé; mais le taux d'utilisation des équipements est en général plus élevé.

Enfin, le régime des retraites des médecins d'un hôpital public n'est pas comparable à l'épargne privée individuelle des médecins privés.

3.4 Les recourantes affirment que les prestations ambulatoires facturées sur la base de la Convention conclue entre la FGAM et les HUG seraient largement inférieures à celles qui sont facturées sur la base du règlement J 3 05.12, utilisé jusqu'à alors par les HUG, ce qui prouverait que le secteur ambulatoire des HUG ne pourrait être rentable et qu'il serait donc indûment subventionné par les pouvoirs publics. A l'appui de cette déclaration, elles fournissent quatre exemples, tirés d'un sondage qu'elles ont effectué elles-mêmes.

Comme le relève l'OFAS dans sa prise de position, la grande différence des structures tarifaires rend toutefois la comparaison des tarifs fort délicate, voire impossible. Il apparaît en outre trompeur de ne citer que quatre opérations. Pour déterminer si les recettes du secteur ambulatoire sont suffisantes pour couvrir les coûts, il conviendrait de comparer toutes les opérations, en tenant compte en outre de leur fréquence. Il se peut très bien que certaines opérations soient moins chères alors que d'autres, plus courantes, soient plus chères.

Il faut également relever que, même si les valeurs résultant de la nouvelle Convention sont inférieures à celles qui sont issues du règlement J 3 05.12, cela ne signifie pas pour autant que le nouveau tarif soit excessivement bas. A cet égard, il convient de rappeler que les tarifs pratiqués à Genève sont les plus chers de Suisse.

3.6 Pour les opérations de chirurgie ambulatoire, la Convention entre les HUG et la FGAM introduit un élément temporel. Le prix du quart d'heure s'élève à dix points et la valeur du point à 4 fr.

En tant que tarif à la prestation, ce système est conforme à la loi. Le reproche des recourantes, selon lequel les médecins expérimentés, qui travaillent plus rapidement, sont désavantagés, est inhérent à toute rémunération fondée sur le temps et ne saurait être retenu.

Sur le subventionnement du secteur hospitalier ambulatoire

La nouvelle LAMal oblige les cantons, à son article 49, 1^{er} alinéa, à subventionner le traitement hospitalier «stationnaire». Selon cette disposition, «pour rémunérer le traitement hospitalier, y compris le séjour à l'hôpital, les parties à une convention conviennent de forfaits. Pour les habitants du canton, ces forfaits couvrent au maximum, par patient ou par groupe d'assurés, 50 pour cent des coûts imputables dans la division commune d'hôpitaux

publics ou subventionnés par les pouvoirs publics.» L'autre moitié est couverte par l'Etat, notamment par le biais des subventions.

Pour le traitement hospitalier ambulatoire, l'article 49, 5^e alinéa, LAMal prévoit simplement que les partenaires tarifaires conviennent de la rémunération du traitement ambulatoire et du séjour semi-hospitalier à l'hôpital. A défaut de norme légale obligeant ou interdisant l'octroi de subventions en matière de traitements ambulatoires, il faut admettre que les cantons sont libres de subventionner ou non le secteur ambulatoire des hôpitaux publics (cf. décision non publiée du 30 septembre 1996).

Sur la liberté du commerce et de l'industrie

5.1 Selon l'article 31, 1^{er} alinéa, de la Constitution fédérale, la liberté du commerce et de l'industrie est garantie sous réserve des dispositions restrictives de la constitution et de la législation qui en découle; selon le 2^e alinéa de cet article, les prescriptions cantonales sur l'exercice du commerce et de l'industrie sont réservées.

Dans les domaines des soins médicaux et de l'assurance-maladie, la liberté du commerce et de l'industrie s'applique de manière restreinte, dès lors que le législateur a réglementé le système de tarification des prestations médicales de manière précise et a institué des conditions cadres. Les fournisseurs de prestations et les assureurs doivent conclure des conventions tarifaires (art. 49, 5^e al., LAMal), lesquelles doivent être approuvées par le gouvernement cantonal (art. 46, 4^e al., LAMal) (voir RAMA 4/1997, p. 268 s.¹; *Paul Richli*, Hoheitliche Leistungspflichten und Leitungsbeschränkungen im Gesundheitswesen als Grundrechtsproblem, in RDS 1998, p. 243 ss).

D'après la jurisprudence constante et la doctrine dominante, les cantons sont autorisés à prendre des mesures de politique sociale, à savoir des mesures qui tendent à «procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens, ou à accroître ce bien-être par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs» (ATF 97 Ia 499). Ces mesures doivent naturellement respecter les principes constitutionnels auxquels doivent obéir toutes les restrictions des libertés individuelles, c'est-à-dire la légalité, l'intérêt public, la proportionnalité et l'égalité de traitement (*Etienne Grisel*, Liberté du commerce et de l'industrie, Libéralisme et droit économique en Suisse, vol. II, Berne 1995, p. 111 ss).

5.2 Les conventions tarifaires doivent être qualifiées de mesure de politique sociale au sens de la jurisprudence précitée. Par l'approbation du gou-

¹ voir no° KV 10 (1997) de ce recueil

vernement cantonal, elles doivent en effet permettre de veiller à ce que les soins soient appropriés et leur qualité de haut niveau, tout en étant le plus avantageux possible (art. 43, 6^e al., LAMal). Elles visent ainsi à améliorer les conditions de la santé et à satisfaire un besoin essentiel de l'homme, qui est une composante de son bien-être. La formule jurisprudentielle se réfère du reste expressément à l'amélioration des conditions de la santé (voir dans le même sens JAAC 48 (1984), n° 79, p. 501). En l'espèce, le tarif genevois, qui fixe la valeur du point à 4 fr., respecte le principe de la proportionnalité. Il se situe dans la moyenne suisse et n'entraîne pas de distorsion concurrentielle. On ne voit en effet pas pourquoi les cliniques et les médecins privés genevois se trouveraient dans une situation économique plus inconfortable face aux hôpitaux publics que les médecins de Berne ou de Zurich, où la valeur du point est inférieure à 4 fr.

Sur la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart)

Dans son rapport final du 30 novembre 1998, le Secrétariat de la Commission de la concurrence a décidé de clore la procédure d'enquête préalable sans suite. Il s'est déclaré incompétent pour déterminer si la fixation de la valeur du point à 4 fr. constituait ou non une restriction illicite de la concurrence en vertu des articles 5 et 7 LCart au motif que la législation genevoise prévoyait un subventionnement général d'exploitation et d'investissement des soins hospitaliers «stationnaires» et ambulatoires et excluait donc ce secteur de la concurrence en application de l'article 3, 1^{er} alinéa, lettre a, LCart.

Dans ces conditions, le Conseil fédéral estime que peut rester indécise la question de savoir si la LCart serait déjà inapplicable du fait même de la LAMal en raison des règles strictes qu'elle pose sur la conclusion des conventions tarifaires (art. 43, 6^e al., 46, 3^e et 4^e al., LAMal; cf. *Paul Richli*, op. cit., p. 243 ss).

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

**Abgänge – Ne figurent plus sur la liste –
Non figurano più nell'elenco:**

183	Worb	KUKO Krankenkasse (Zusammenschluss zur Innova Krankenversicherung AG, Worb, K 1563)	1.1.99
314	Arbon	Bodensee-Krankenkasse (Zusammenschluss zur Innova Krankenversicherung AG, Worb, K 1563)	1.1.99
1198	Märstetten	MKK «Die moderne Krankenkasse» (Zusammenschluss zur Innova Krankenversicherung AG, Worb, K 1563)	1.1.99
1310	Furna	Öffentliche Krankenkasse der Gemeinde Furna (Zusammenschluss mit der ÖKK Graubünden, K 455)	1.1.99
1413	Pragg-Jenaz	ÖKK Jenaz (Zusammenschluss mit der ÖKK Graubünden, K 455)	1.1.99
1463	Laax	Öffentliche Krankenkasse Laax (Zusammenschluss mit der ÖKK Graubünden, K 455)	1.1.99

**Entzug der Bewilligung – Retrait de l'autorisation –
Ritiro dell'autorizzazione**

1250	Bern	Krankenkasse BLS (Entzug der Bewilligung zur Durchführung der obligatorischen Krankenpflege- versicherung; Portefeuilleübertragung auf die KPT, Bern, K 376)	1.1.99
------	------	--	--------

Neue Versicherer – Nouveaux assureurs – Nuovi assicuratori:

1563	Worb	Innova Krankenversicherung AG (Zusammenschluss von K 183 KUKO Krankenkasse, K 314 Bodensee-Krankenkasse, K 1198 MKK «Die moderne Krankenkasse»	1.1.99
------	------	--	--------

Koordination der Hilflosenentschädigungen der obligatorischen Unfallversicherung und der IV U 321 Urteil des EVG vom 12. Mai 1998 i. Sa. E. S. (betreffend IV)

Koordination der Hilflosenentschädigungen der obligatorischen Unfallversicherung und der IV (Art. 42 Abs. 1, 2 und 4 IVG; Art. 35 Abs. 1 und Art. 39^{bis} Abs. 1 und 2 IVV; Art. 26 Abs. 1 und 2 UVG; Art. 37 UVV; Art. 43^{bis} Abs. 4^{bis} AHVG; Art. 66^{quater} AHVV):

Bis zum Beginn des Anspruchs auf eine Hilflosenentschädigung der Unfallversicherung kann die IV (und die AHV) selbst dann leistungspflichtig werden, wenn die Hilflosigkeit ausschliesslich auf einen nach dem Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) versicherten Unfall zurückzuführen ist. Eine gleichzeitige Auszahlung beider Leistungen, welche nicht zulässig wäre, droht in dieser Periode nicht.

Coordination des allocations pour impotent de l'assurance-accidents obligatoire et de l'AI (art. 42 al. 1, 2 et 4 LAI; art. 35, al. 1 et art. 39^{bis} al. 1 et 2, RAI; art. 26, al. 1 et 2 LAA; art. 37 OLAA; art. 43^{bis} al. 4^{bis} LAVS; art. 66^{quater} RAVS):

L'AI (et l'AVS) peu être tenue de verser des prestations jusqu'au moment où le droit à une allocation pour impotent de l'assurance-accidents prend naissance, et cela même si l'impotence est exclusivement imputable à un accident assuré selon la loi sur l'assurance-accidents (LAA). Il n'y a pas de risque que, durant cette période, les deux prestations soient allouées simultanément – ce qui ne serait d'ailleurs pas admissible.

Coordinazione dei assegni per grandi invalidi dell'assicurazione contro gli infortuni e dell'AI (art. 42 cpv. 1, 2 e 4 LAI; art. 35 cpv. 1 e art. 39^{bis} cpv. 1 e 2 OAI; art. 26 cpv. 1 e 2 LAINF; art. 37 OAINF; art. 43^{bis} cpv. 4^{bis} LAVS; art. 66^{quater} OAVS):

Fino all'inizio del diritto ad un assegno per grandi invalidi dell'assicurazione contro gli infortuni, l'AI (e l'AVS) può essere tenuta a fornire prestazioni anche se la grande invalidità è imputabile esclusivamente ad un infortunio coperto dalla Legge federale sull'assicurazione contro gli infortuni (LAINF). Non vi è un versamento contemporaneo delle due prestazioni – che non sarebbe ammesso – in questo periodo.

I.

A. – Der 1936 geborene E. S. erlitt am 11. April 1992 einen Unfall und ist seither in schwerem Grade hilflos. Mit Verfügung vom 19. Juli 1993 sprach

ihm die Ausgleichskasse ab 1. April 1993 eine Hilflosenentschädigung (HE) der IV bei einer Hilflosigkeit schweren Grades zu. Nachdem die Kasse erfahren hatte, dass die Hilflosigkeit vollumfänglich auf ein bei der Versicherungs-Gesellschaft X. UVG-versichertes Ereignis zurückzuführen ist, stellte sie die erwähnte Leistung mit Verfügung vom 6. Juni 1994 auf Ende Juli 1994 ein.

B. – Auf Beschwerde von E.S. hin hob die erstinstanzliche Rekursbehörde diese Verfügung mit Entscheid vom 15. Juli 1996 auf.

C. – Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV), der Entscheid der erstinstanzlichen Rekursbehörde sei aufzuheben.

E. S. verzichtet auf eine Stellungnahme, während die IV-Stelle auf Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliesst.

II.

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

1. – a) Es ist unbestritten, dass E.S. in schwerem Grade hilflos ist und dass dieser Zustand einzig durch den Unfall vom 11. April 1992 verursacht wurde. Streitig ist dagegen das Verhältnis zwischen der HE der IV und derjenigen der sozialen Unfallversicherung (UV). Insbesondere fragt sich, ob die IV dann nicht leistungspflichtig wird, wenn die Hilflosigkeit vollständig auf ein UVG-versichertes Ereignis zurückzuführen ist.

b) Den Akten lässt sich entnehmen, dass die als UVG-Versicherer zuständige Versicherungs-Gesellschaft X. bis zum Erlass der IV-Verfügung vom 6. Juni 1994, welches Datum nach konstanter Praxis die zeitliche Grenze der richterlichen Überprüfungsbefugnis darstellt (BGE 121 V 366 Erw. 1b), die Heilbehandlung noch nicht abgeschlossen hat. Es ist somit bislang nicht zur Zusprechung einer Invalidenrente der UV gekommen. Gemäss einem Schreiben der Versicherungsgesellschaft X. vom 17. Mai 1994 ist E. S. von der UV auch noch keine HE zuerkannt worden.

2. – a) Nach Art. 42 Abs. 1 Satz 1 IVG (in der vorliegend anwendbaren, bis Ende 1996 gültig gewesenen Fassung) haben in der Schweiz wohnhafte Versicherte, die hilflos sind, Anspruch auf eine HE, sofern ihnen keine solche nach dem UVG oder nach dem Bundesgesetz über die Militärversicherung (MVG) zusteht. Als hilflos gilt, wer wegen der Invalidität für die alltäglichen Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf (Art. 42 Abs. 2 IVG). Art. 42 Abs. 4 Satz 1 IVG

räumt dem Bundesrat die Befugnis zum Erlass ergänzender Vorschriften über nicht abschliessend aufgeführte Einzelheiten ein. Gestützt darauf hat er bestimmt, dass der Anspruch auf eine HE der IV am ersten Tag des Monats entsteht, in dem sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 35 Abs. 1 IVV). Ferner kann der Bundesrat aufgrund von Art. 42 Abs. 4 Satz 2 IVG eine anteilmässige Leistung (der IV) an die HE der UV vorsehen, falls die Hilflosigkeit nur zum Teil auf einen Unfall zurückzuführen ist. In diesem Sinne hat der Bundesrat in Art. 39^{bis} IVV festgelegt:

Abs. 1: Hat der Versicherte Anspruch auf eine HE der IV und entsteht später Anspruch auf eine HE der UV, so überweist die Ausgleichskasse die HE der IV dem leistungspflichtigen Unfallversicherer.

Abs. 2: Hat der Versicherte Anspruch auf eine HE der UV und wird diese aus unfallfremden Gründen später erhöht, so überweist die Ausgleichskasse dem leistungspflichtigen Unfallversicherer den Betrag der HE, den die IV dem Versicherten ausrichten würde, wenn er keinen Unfall erlitten hätte.

In der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) finden sich parallele Bestimmungen. Nach Art. 43^{bis} Abs. 1 Satz 1 AHVG haben Anspruch auf eine HE Altersrentenbezüger, die in schwerem oder mittlerem Grad hilflos sind und keinen Anspruch auf eine HE nach dem UVG oder nach dem MVG besitzen. Aufgrund des mit Art. 42 Abs. 4 Satz 2 IVG übereinstimmenden Art. 43^{bis} Abs. 4^{bis} AHVG hat der Bundesrat in Art. 66^{quater} AHVV eine das Verhältnis der HE der AHV zu derjenigen der UV betreffende Regelung erlassen, die sich inhaltlich mit Art. 39^{bis} Abs. 1 und 2 IVV deckt.

b) Das UVG seinerseits bestimmt in Art. 26 Abs. 1, dass der Versicherte Anspruch auf eine HE hat, wenn er wegen der Invalidität für die alltäglichen Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf. Der Anspruch entsteht am ersten Tag des Monats, in dem die Voraussetzungen erfüllt sind, jedoch frühestens beim Beginn eines allfälligen Rentenanspruchs (Art. 37 Satz 1 UVV). Er besteht jedoch nicht, solange sich der Versicherte in einer Heilanstalt aufhält und hiefür Leistungen der Sozialversicherung beanspruchen kann (Art. 26 Abs. 2 UVG).

3. – a) Die Vorinstanz hat erwogen, aus dem Wortlaut von Art. 42 Abs. 1 IVG («sofern») sei zu schliessen, dass die HE der IV durch diejenige der UV verdrängt werde. Demzufolge erscheine die Entschädigung der IV als subsidiäre Leistung. Dies folge auch aus der Entstehungsgeschichte. In der Botschaft zum UVG sei ursprünglich eine Kumulation der HE der IV und

der UV vorgesehen gewesen. Erst in den Räten sei Art. 42 Abs. 1 IVG im Sinne der geltenden Regelung geändert worden. Zum gleichen Ergebnis führe die teleologische Auslegung. Art. 42 Abs. 1 IVG sei eine Koordinationsnorm, welche eine Leistung der IV in dem Umfange ausschliesse, als sie von einem anderen Versicherer erbracht werde. Dahinter stehe der Gedanke, drohende Doppelversicherungen aufzulösen oder eine drohende Überentschädigung zu verhindern. Im vorliegenden Fall gelte es einerseits zu vermeiden, dass eine HE zweimal ausbezahlt werde, und andererseits zu regeln, wer leistungspflichtig sei. Hingegen bezwecke die Koordinationsregel nicht, die Zuständigkeit eines Versicherungsträgers grundsätzlich und von vornherein auszuschliessen. Es komme somit darauf an, ob tatsächlich eine unerwünschte Überversicherung eintrete. Dies treffe vorliegend nicht zu, da ausschliesslich der Anspruch auf eine HE der IV bis zum Beginn derselben Leistung der UV streitig sei.

b) Demgegenüber macht das BSV geltend, Art. 42 Abs. 1 IVG beruhe auf dem Prinzip der Ausschliesslichkeit. Bei rein unfallbedingter Hilflosigkeit sei allein die UV zuständig und leistungspflichtig. Das BSV beruft sich dabei auf Rz 8035 der Wegleitung über Invalidität und Hilflosigkeit (WIH). Ein Anspruch auf eine HE der IV könne dann nicht entstehen und die IV könne auch nicht vorübergehend eine solche auszahlen, solange die Anspruchsvoraussetzungen für eine HE der UV noch nicht erfüllt seien.

4. – a) Art. 42 Abs. 1 Satz 1 IVG besagt, dass Versicherte Anspruch auf eine HE haben, «sofern ihnen keine HE nach dem Bundesgesetz über die Unfallversicherung ... zusteht» («Les assurés ... ont droit ... pour autant qu'ils n'aient pas droit à une allocation pour impotent en vertu de la loi fédérale sur l'assurance-accidents ...»; «Gli assicurati ... se sono grandi invalidi e non spetta loro l'assegno relativo secondo la legge federale sull'assicurazione contro gli infortuni ... , hanno diritto ad ... »).

Zum Vergleich sei auf Art. 43^{bis} Abs. 1 Satz 1 AHVG hingewiesen, der wie folgt lautet: «Anspruch auf eine HE haben Bezüger ..., die ... keinen Anspruch auf eine HE nach dem Bundesgesetz über die Unfallversicherung ... besitzen» («Ont droit à l'allocation ... qui ... ne peuvent pas prétendre à l'allocation pour impotent prévue par la loi fédérale sur l'assurance-accidents ... »; «Hanno diritto ... che ... non hanno diritto a un assegno per grandi invalidi, giusta la legge federale sull'assicurazione contro gli infortuni ... »).

b) Der Wortlaut dieser Bestimmungen ist insofern klar, als ein gleichzeitiger Bezug einer HE sowohl der IV als auch der UV ausgeschlossen sein soll (Prinzip der Subsidiarität oder Exklusivität: *Maurer*, Unfallversicherungsrecht, S. 533). Sind also in einem bestimmten Zeitraum sowohl die

materiellen (Hilflosigkeit) als auch die formellen (Anspruchsbeginn) Voraussetzungen beider Versicherungen erfüllt, tritt die HE der UV an die Stelle derjenigen der IV (oder der AHV).

Hingegen ist aus dem Wortlaut nicht ersichtlich, wie es sich verhält, wenn in einem bestimmten Zeitraum nur die Anspruchsvoraussetzungen der einen Versicherung erfüllt sind. Dies kann insbesondere für die IV zutreffen, wo der Anspruch auf eine HE in der Regel bereits nach einer Wartezeit von einem Jahr entsteht (BGE 111 V 227, ZAK 1986 S. 414, in Verbindung mit Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG in der seit 1988 geltenden Fassung). Demgegenüber kommt bei der UV eine solche Leistung oft erst später in Betracht, nämlich frühestens nach Abschluss der Heilbehandlung und bei Beginn eines allfälligen Rentenanspruchs (Art. 37 UVV in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 UVG). Es stellt sich daher die Frage, ob in einem solchen Falle Art. 42 Abs. 1 IVG dahingehend zu verstehen ist, dass eine HE der IV solange in Betracht kommt, als der Anspruch auf die entsprechende Leistung der UV noch nicht entstanden ist, oder ob der Vorbehalt in Art. 42 Abs. 1 IVG so zu deuten ist, dass bei einer durch einen UVG-versicherten Unfall verursachten Hilflosigkeit eine HE der IV von vornherein ausser Betracht fällt, wie das BSV unter Berufung auf *Schlauri* (Beiträge zum Koordinationsrecht der Sozialversicherungen, S. 37 f.) ausführt. Der Wortlaut legt weder die eine noch die andere Lösung nahe.

c) Unter diesen Umständen ist nach Sinn und Zweck der Norm zu fragen.

Wie die Vorinstanz richtig festhält, war vor Inkrafttreten des UVG eine HE der IV ohne weiteres mit derjenigen der UV (die damals in der Form eines Zuschlags zur Erwerbsunfähigkeitsrente ausgerichtet worden war: Art. 77 Abs. 1 Satz 2 KUVG) kumulierbar. An dieser Ordnung sollte im neuen UVG – trotz Einwendungen im Vernehmlassungsverfahren – festgehalten werden (Botschaft zum UVG vom 18. August 1976, BBl 1976 III 169). In der nationalrätlichen Kommission erwuchs bei der Behandlung von Art. 26 des Entwurfs (= Art. 26 UVG) Widerstand mit der Begründung, es sollten nicht zwei HE ausbezahlt werden, sondern diese Leistung sollte nur von einem Versicherungsträger auszurichten sein (Voten Nationalrat Y.), wobei Nationalrat Z. eine Entrichtung dieser Leistung allein durch die IV als wünschenswert erachtete (Sitzung vom 2./3. November 1977, Protokoll S. 43 f.). Nachdem die Frage zunächst zurückgestellt und ein Bericht der Verwaltung eingeholt worden war (erwähntes Protokoll S. 45), wurde eine Änderung von Art. 42 Abs. 1 IVG (und Art. 43^{bis} Abs. 1 AHVG) vorgenommen (Sitzung vom 16./17. Oktober 1978, Protokoll S. 16 f. und 54 f.),

welcher Nationalrat und Ständerat im Plenum diskussionslos zustimmten (Amtl. Bull. 1979 N 289 f., 1980 S. 503).

Geht man vom dergestalt dokumentierten Willen des Gesetzgebers aus, die bislang möglich gewesene Kumulation von HE von der AHV/IV und UV zu verhindern und nur eine solche ausrichten zu lassen, lässt sich Art. 42 Abs. 1 IVG (und die Parallelnorm im AHVG) durchaus so verstehen, dass die HE der IV (und der AHV) nur dann entfällt, wenn gleichzeitig der Anspruch auf eine solche Leistung der UV besteht, nicht aber in dem Fall, da (zunächst) nur die Leistungsvoraussetzungen der IV (oder der AHV) erfüllt sind. Daraus lässt sich folgern, eine HE der IV (oder der AHV) komme jedenfalls dann (und solange) in Betracht, als sich die Frage einer Doppelpurigkeit und demnach einer Koordination der Leistungen zweier Versicherungsträger (noch) gar nicht stelle. Dies spricht für die Lösung der Vorinstanz und gegen die kausale, allein auf die Ursache der Hilflosigkeit abstellende Betrachtungsweise des BSV. Gegen Letztere ist zudem einzuwenden, dass es dem Grundprinzip der IV als finaler Versicherung widerspricht, eine Leistung von einer bestimmten Causa (negativ) abhängig zu machen und bei einer durch UVG-versicherten Unfall verursachten Hilflosigkeit überhaupt nichts zu leisten.

5. – a) Zu prüfen bleibt in systematischer Hinsicht, ob Art. 42 Abs. 1 (und Art. 43^{bis} Abs. 1 AHVG), im Kontext betrachtet, eine andere Bedeutung beizumessen sei.

Im Rahmen der Koordinationsdiskussion war aufgrund des Berichts der Verwaltung die Auffassung vertreten worden, im Falle einer unfallbedingten Hilflosigkeit die HE ausschliesslich von der UV ausrichten zu lassen (Sitzung vom 16./17. Oktober 1978, Protokoll S. 17 f., welcher die nationalrätliche Kommission zustimmte (erwähntes Protokoll S. 19). Dementsprechend wurde Art. 42 IVG mit dem heutigen Abs. 4 letzter Satz (und Art. 43^{bis} AHVG mit Abs. 4^{bis}) ergänzt (erwähntes Protokoll S. 54 f.).

Im Plenum wies Nationalrat X. als deutschsprachiger Berichterstatter darauf hin, die Kommission habe sich im Zusammenhang mit der Verhinderung einer Kumulation dafür ausgesprochen, «dass nur ein Träger, und zwar die Unfallversicherung, bei einer unfallbedingten Invalidität HE ausrichtet» (Amtl. Bull. 1979 N 183 linke Spalte). Nationalrat A., der Berichterstatter französischer Sprache, hielt fest:

«La commission propose qu'à l'avenir un seul assureur verse l'allocation, lorsque l'impotence est due à un accident, et qu'il incombe uniquement à l'assurance-accidents de verser l'allocation lorsque l'impotence est due à un acci-... (hier fehlt im Bulletin ein Textteil) ... l'assurance-invalidité seront

ainsi déchargées ... Mais comme l'assurance-accidents est seule à verser l'allocation lorsque l'impotence est due à un accident, on a proposé une solution pour les cas, plutôt rares, où l'impotence n'est pas seulement imputable à un accident mais également à une maladie et où l'AVS ou l'AI seraient ainsi tenues à prestations, solution selon laquelle l'assurance-accidents aurait la possibilité de réclamer à l'AVS ou à l'AI la part de l'allocation correspondante à l'impotence qui n'est pas due à un accident. Le Conseil fédéral réglera des détails» (Amtl. Bull. 1979 N 183 rechte Spalte).

In der Folge stimmten beide Räte diskussionslos der Ergänzung von Art. 42 mit dem heutigen Abs. 4 Satz 2 und von Art. 43^{bis} AHVG mit Abs. 4^{bis} zu (Amtl. Bull. 1979 N 289 f., 1980 S. 503).

b) Damit stellt sich die Frage, ob die Auslegung von Art. 42 Abs. 1 IVG – in seinem Kontext betrachtet und damit unter Berücksichtigung von Abs. 4 Satz 2 sowie von Art. 39^{bis} Abs. 1 und 2 IVV – zu einem andern Ergebnis führt als vorher in Erwägung 4 dargelegt (was auch für die entsprechenden Bestimmungen der AHV gälte).

Dies ist zu verneinen. Art. 42 Abs. 4 Satz 2 IVG schafft die Voraussetzung für eine Aufteilung der Leistungen nach den Prinzip der Kausalität (*Maurer*, a. a. O., S. 423). Indessen setzt auch diese Aufteilung voraus, dass gleichzeitig die Voraussetzungen für Leistungen beider Versicherungsträger erfüllt sind und neben UVG-unfallbedingter Hilflosigkeit auch eine solche mit unfallfremder Ursache vorliegt (vgl. Art. 39^{bis} Abs. 2 IVV [genau genommen müsste hier – wie auch in Art. 42 Abs. 4 Satz 2 IVG – von UVG-unfallfremder Ursache gesprochen werden, weil sich die Frage der Ausscheidung dann nicht stellen kann, wenn jemand durch einen nicht UVG-versicherten Unfall hilflos wird]). Dies ergibt sich deutlich aus den bundesrätlichen Ausführungsvorschriften (Art. 39^{bis} Abs. 1 und 2 IVV; ferner Art. 66^{quater} AHVV). Hingegen lässt sich aus dem Grundsatz der kausalen Aufteilung nichts für jenen Zeitraum folgern, in welchem – wie im vorliegenden Fall – schon der Anspruch auf eine HE der IV besteht, (noch) nicht aber derjenige auf eine solche der UV. Jedenfalls hat die Absicht des Gesetzgebers (wie sie im Votum von Nationalrat A. zum Ausdruck kam), im Falle einer durch einen UVG-versicherten Unfall verursachten Hilflosigkeit einzig und ausschliesslich eine Leistung der UV erbringen zu lassen, im Gesetz keinen Niederschlag gefunden.

Die Auffassung des BSV lässt sich daher mit dem Gesetz nicht vereinbaren, weshalb sich seine Verwaltungsgerichtsbeschwerde als unbegründet erweist.

Versicherter Verdienst und Invaliditätsgrad

U 322 Urteil des EVG vom 21. Juli 1998 i. Sa. R.W.

Versicherter Verdienst (Art. 15 Abs. 3 UVG; Art. 24 Abs. 1, 3, 4 und 5 UVV):

Versicherter Verdienst eines Versicherten, der sich im Zeitpunkt des Unfalls in einer Umschulungsmassnahme der IV befindet (Erw. 2 c/cc).

Invaliditätsgrad (Art. 18 Abs. 2 und 36 Abs. 2 UVG; Art. 28 Abs. 3 UVV):

Bestimmung des Invaliditätsgrades eines Versicherten, der im Zeitpunkt des Unfalls in einer beruflichen Eingliederungsmassnahme der IV steht (Erw. 3b).

Gain assuré (art. 15 al. 3 LAA; art. 24 al. 1, 3, 4 et 5 OLAA):

Gain assuré d'une personne assurée bénéficiant d'une mesure de reclassement de l'AI au moment de l'accident (cons. 2 c/cc).

Degré d'invalidité (art. 18 al. 2 et 36 al. 2 LAA; art. 28 al. 3 OLAA):

Evaluation du degré d'invalidité d'une personne assurée bénéficiant d'une mesure de réadaptation professionnelle de l'AI au moment de l'accident (cons. 3b).

Guadagno assicurato (art. 15 cpv. 3 LAINF; art. 24 cpv. 1, 3, 4 e 5 OAINF):

Guadagno assicurato di un affiliato beneficiario di un provvedimento di riformaione dell'AI al momento dell'infortunio (cons. 2 c/cc).

Grado d'invalidità (art. 18 cpv. 2 e 36 cpv. 2 LAINF; art. 28 cpv. 3 OAINF):

Determinazione del grado d'invalidità di un assicurato al beneficio di un provvedimento d'integrazione professionale dell'AI al momento dell'infortunio (cons. 3b).

I.

A. – R.W. arbeitete seit März 1987 bei der Firma M. als Lastwagenchauffeur und war in dieser Eigenschaft bei der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) gegen die Folgen von Berufs- und Nichtberufsunfällen versichert. Wegen zunehmender Rückenprobleme meldete er sich 1988 bei der Invalidenversicherung zur Umschulung zum technischen Kaufmann an, was diese bewilligte (Beginn der Eingliederungsmassnahme: 8. August 1988; vorgesehener Abschluss: Februar 1990).

Am 4. Mai 1989 erlitt R.W. mit seinem Motorrad einen Unfall. Die SUVA erbrachte die gesetzlichen Leistungen. Am 26. Mai 1993 teilte sie

dem Versicherten mit, dass sie ab diesem Datum die Heilkosten- und ab 31. Juli 1993 auch die Taggeldleistungen einstelle; über eine allfällige Invalidenrente der Unfallversicherung werde nach Abschluss der Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung entschieden. Mit Verfügung vom 27. Juli 1993 sprach sie ihm mit Wirkung ab 1. August 1993 eine monatliche Invalidenrente von Fr. 686.–, zuzüglich Teuerungszulage von Fr. 110.–, zu. Dieser Betrag beruhte auf einem versicherten Verdienst von Fr. 41 160.– und einer unfallbedingten Erwerbsunfähigkeit von 25%. Sodann gewährte sie eine Integritätsentschädigung von 30%. Mit Einspracheentscheid vom 27. September 1993 hielt sie an der Verfügung fest.

B. – Mit Beschwerde gegen diesen Einspracheentscheid liess R. W. beim Versicherungsgericht des Kantons X. beantragen, die SUVA sei zur Leistung von Taggeldern über den 31. Juli 1993 hinaus, eventuell mit Wirkung ab 1. August 1993 zur Bezahlung einer Invalidenrente von 35% auf der Basis eines neu zu berechnenden versicherten Verdienstes und einer Integritätsentschädigung von 40% zu verpflichten. Die SUVA beantragte Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

Der kantonale Richter ordnete eine medizinische Begutachtung an. Die Parteien erhielten Gelegenheit, sich zum Gutachten vom 22. August 1995 zu äussern. Dabei beantragte die SUVA, die Integritätsentschädigung auf 40% zu erhöhen; im Weiteren hielt sie an ihren Rechtsbehörden fest.

Mit Entscheid vom 10. Juli 1996 hiess das Versicherungsgericht des Kantons X. die Beschwerde teilweise gut und sprach dem Versicherten mit Wirkung ab 1. August 1993 eine Invalidenrente von 25% auf der Basis eines versicherten Verdienstes von Fr. 52 000.– zu und behaftete die SUVA beim Zugeständnis, eine Integritätsentschädigung von 40% zu bezahlen.

C. – Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt die SUVA, den kantonalen Entscheid insoweit aufzuheben, als der versicherte Jahresverdienst auf Fr. 52 000.– angehoben werde.

R. W. lässt auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, eventuell auf Erhöhung der Invalidenrente auf 50%, schliessen.

D. – Die SUVA wurde auf die Möglichkeit einer reformatio in peius hingewiesen.

II.

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

1. – Im Beschwerdeverfahren um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen ist die Überprüfungsbefugnis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts nicht auf die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens beschränkt, sondern sie erstreckt sich auch auf die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung; das Gericht ist dabei nicht an die vorinstanzliche Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gebunden und kann über die Begehren der Parteien zu deren Gunsten oder Ungunsten hinausgehen (Art. 132 OG).

2. – Streitig ist zunächst die Höhe des versicherten Verdienstes. Nach Art. 15 Abs. 2 UVG und Art. 22 Abs. 4 UVV gilt als Grundlage für die Bemessung der Renten der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bei einem oder mehreren Arbeitgebern bezogene Lohn, einschliesslich noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht.

a) Gestützt auf Art. 15 Abs. 3 UVG hat der Bundesrat in Art. 24 UVV Vorschriften über den massgebenden Lohn für Renten in Sonderfällen erlassen. Die beim vorliegenden Sachverhalt allenfalls in Betracht fallenden Absätze 1 (in der bis zum 30. September 1996 gültigen Fassung), 3 und 4–5 (in der bis zum 31. Dezember 1997 gültigen Fassung) lauten wie folgt:

«1 Hat der Versicherte im Jahr vor dem Unfall wegen Militär- oder Zivildienst, Unfall, Krankheit, Mutterschaft, Arbeitslosigkeit oder Kurzarbeit einen verminderten Lohn bezogen, so wird der versicherte Verdienst nach dem Lohn festgesetzt, den der Versicherte ohne Militär- oder Zivildienst, Unfall, Krankheit, Mutterschaft, Arbeitslosigkeit oder Kurzarbeit erzielt hätte.

2 (...)

3 Bezog der Versicherte wegen beruflicher Ausbildung am Tage des Unfalles nicht den Lohn eines Versicherten mit voller Leistungsfähigkeit derselben Berufsart, so wird der versicherte Verdienst von dem Zeitpunkt an, da er die Ausbildung abgeschlossen hätte, nach dem Lohn festgesetzt, den er im Jahr vor dem Unfall als voll Leistungsfähiger erzielt hätte.

4 Erleidet der Bezüger einer Invalidenrente einen weiteren versicherten Unfall, der zu einer höheren Invalidität führt, so ist für die neue Rente der Lohn massgebend, den der Versicherte im Jahr vor dem letzten Unfall bezogen hätte, wenn früher kein versicherter Unfall eingetreten wäre. Ist dieser Lohn kleiner als der vor dem ersten versicherten Unfall bezogene Lohn, so ist der höhere Lohn massgebend.

5 Weicht der versicherte Verdienst eines Invaliden erheblich vom Lohn eines gesunden Versicherten ab, so wird er auf das Einkommen nach

Artikel 26 Absatz 1 der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung erhöht.»

b) Die SUVA legte ihrer Berechnung einen Jahresverdienst von Fr. 41 160.- zugrunde.

Die Vorinstanz hielt dieser Auffassung entgegen, dass die unfallfremde Rückenschädigung sich vor dem Unfall auszuwirken begonnen habe. Dieser Umstand sei zu berücksichtigen, indem entweder der massgebende Jahresverdienst erhöht und davon die Invalidenrente berechnet werde oder der effektive Verdienst beibehalten und ein höherer Grad der Erwerbsunfähigkeit angenommen werde. Der Versicherte habe vor Beginn seiner Rückenprobleme als Lastwagenfahrer und -mechaniker gearbeitet. In dieser Funktion hätte er vor dem Unfall ohne weiteres einen Monatslohn von Fr. 4000.- oder einen Jahresverdienst von Fr. 52 000.- erzielen können. Dieser Betrag müsse als massgeblicher versicherter Verdienst betrachtet werden.

Die Beschwerdeführerin rügt, dass diese Betrachtungsweise in Widerspruch zu Art. 36 Abs. 2 UVG und der dazu ergangenen Rechtsprechung stehe. Vorbestandene und unfallfremde Leiden, welche nicht die vom Unfall geschädigten Körperteile betreffen, dürften bei der Bemessung der Invalidität nicht berücksichtigt werden. Es sei durchaus zuzugestehen, dass ein Jahresverdienst von Fr. 41 160.- für einen Lastwagenchauffeur unterdurchschnittlich sei. Nachdem dieser Umstand jedoch klarerweise nicht auf ein krankheitsbedingtes Leistungsdefizit zurückzuführen sei, bestehe weder Anlass noch die gesetzliche Möglichkeit für eine Korrektur.

c) Im März 1987 trat R.W. bei der Firma M. eine Stelle als Chauffeur/Mechaniker an. Zufolge gesundheitlicher Probleme bezog er aber seit dem 1. Januar 1988 keinen Lohn mehr für geleistete Arbeit, sondern Taggelder, somit Ersatzeinkünfte. Bei dieser Sachlage kann der versicherte Verdienst nicht nach der allgemeinen Regel von Art. 15 Abs. 2 UVG bestimmt werden.

aa) War der Versicherte schon vor dem Unfall wegen Krankheit oder eines Unfalls in der Erwerbsfähigkeit eingeschränkt und bezieht er deswegen eine Rente, so bestimmt sich der versicherte Verdienst nach Art. 24 Abs. 4 oder 5. Art. 24 Abs. 4 UVV betrifft Bezüger von Renten der Unfallversicherung und regelt den Sonderfall, dass der Versicherte einen weiteren Unfall erleidet, welcher zu einer höheren Invalidität führt; Absatz 5 der Bestimmung betrifft dagegen Invalide, die zwar keine Rente der Unfallversicherung, wohl aber eine solche der Invalidenversicherung beziehen (RKUV 1991 U Nr. 123 S. 151 Erw. 3).

Der Beschwerdegegner bezieht seit 1. Februar 1992 eine halbe Invalidenrente der Invalidenversicherung (vgl. Beschluss der Kantonalen Re-

kurskommission für die Ausgleichskassen des Kantons Basel-Stadt vom 3. Mai 1993). Da er im Zeitpunkt des Unfalls vom 4. Mai 1989 Anspruch weder auf eine Rente der Unfallversicherung noch der Invalidenversicherung hatte, finden Art. 24 Abs. 4 und Abs. 5 UVV keine Anwendung.

bb) Die Invalidenversicherung sprach dem Beschwerdegegner, seit 1982 unter Rückenschmerzen leidend, Leistungen für die Umschulung vom Mechaniker zum technischen Kaufmann zu. Der ganztägige Schulunterricht begann am 8. August 1988 und dauerte im Zeitpunkt des Unfalls am 4. Mai 1989 an, weshalb zu prüfen ist, ob in einem solchen Fall Art. 24 Abs. 3 UVV Anwendung findet.

Diese Norm stimmt inhaltlich und redaktionell weitgehend mit Art. 78 Abs. 4 KUVG überein, so dass die dazu entwickelte Rechtsprechung grundsätzlich auch unter der Herrschaft des UVG Gültigkeit behält (RKUV 1992 U Nr. 148 S. 122 Erw. 5). Art. 78 Abs. 4 KUVG bezweckte als Ausnahmebestimmung einzig, den Versicherten von dem Moment an, da er sein volles Leistungsvermögen erreicht hätte, in gleicher Weise zu behandeln, wie wenn die berufliche Ausbildung im Zeitpunkt des Unfalles beendet gewesen wäre. Nach dem insoweit klaren Wortlaut von Art. 24 Abs. 3 UVV muss die Entlöhnung der die Versicherung bedingenden Tätigkeit «wegen der Ausbildung» niedriger sein als der Lohn des «voll Leistungsfähigen derselben Berufsart». Die berufliche Ausbildung selbst muss also ursächlich kausal sein für den unüblich tiefen Lohn. Auszugehen ist dabei vom Arbeitsverhältnis, das die Versicherungspflicht begründet. Der Arbeitsvertrag mit der Firma M. ist kein Lehrvertrag. Er enthält aber auch keine Abmachungen, dass der Arbeitnehmer sich zunächst in einer bestimmten Richtung noch auszubilden hätte und bis zum Abschluss der Ausbildung einen geringeren Lohn erhalte. Bei dieser Aktenlage findet auch Art. 24 Abs. 3 UVV keine Anwendung.

cc) Für die Anwendung von Art. 24 Abs. 1 UVV entscheidendes Kriterium ist, dass der tatsächliche Verdienst eines Versicherten im Jahre vor dem Unfall aus einem der darin erwähnten Gründe nicht normal ist (BGE 122 V 101 Erw. 5b).

Zu beurteilen sind vorliegend die Erwerbsverhältnisse im Zeitraum Mai 1988 bis April 1989. Gemäss den Angaben der Firma M. in der Unfallmeldung UVG war der Beschwerdegegner ab 1. Januar 1988 wegen Krankheit arbeitsunfähig und bezog deshalb nicht nur einen geringeren, sondern überhaupt keinen Lohn. Er erhielt vielmehr Krankentaggelder der Krankenkasse. Ursache dieser Arbeitsunfähigkeit waren zunehmende Rückenbeschwerden (kongenitale Spinalstenose auf der Höhe LWK 4 und 5, Diskus-

hernie mit Kompression des Duralsacks, jedoch ohne Kompression einer Nervenwurzel [Computertomogramm der Lendenwirbelsäule vom 21. September 1982]; grosse mediane Diskushernie L4/5 [Computertomogramm vom 28. Januar 1988] und irritatives radikuläres Syndrom L5 rechts; Discectomie mit Foraminotomie L5 rechts [17. März 1988]). Es bestehen keine Hinweise dafür, dass dieser medizinische Zustand im Zuge der Anstellung Anlass gegeben hätte, einen tieferen Lohn zu vereinbaren.

Ab 8. August 1988 unterzog sich der Beschwerdegegner dann jedoch einer im Hinblick auf den beeinträchtigten Gesundheitszustand und das eingeschränkte körperliche Leistungsvermögen notwendigen Umschulung (Art. 17 Abs. 1 IVG in Verbindung mit Art. 8 Abs. 1 IVG), welche in Form eines ganztägigen Schulunterrichts durchgeführt wurde. Der während des Vollzugs der Umschulung eingetretene Einkommensverlust ist bei den gegebenen Verhältnissen ebenfalls als mittelbare Krankheitsfolge zu qualifizieren; daran ändert nichts, dass die Krankheit später zu einem rentenbegründenden Invaliditätsgrad führte (vgl. BGE 122 V 101 f. Erw. 5b).

Nach dem Gesagten bezog der Beschwerdegegner damit im Jahr vor dem Unfall wegen seiner Krankheit einen geringeren Lohn, als wenn er nicht krank geworden wäre. Der versicherte Jahresverdienst ist daher nach der Regel des Art. 24 Abs. 1 UVV festzusetzen. Er beträgt, wie die Beschwerdeführerin zutreffend dargelegt hat, Fr. 41 160.–, d. h. denjenigen Lohn, welcher dem erwerblichen Leistungsvermögen des Beschwerdegegners vor Eintritt der krankheitsbedingten Beeinträchtigungen und ihren Auswirkungen auf die Entlohnung entspricht.

3. – Streitig ist sodann der Invaliditätsgrad.

a) Wird der Versicherte infolge eines Unfalles invalid, so hat er Anspruch auf eine Invalidenrente (Art. 18 Abs. 1 UVG). Als invalid gilt, wer voraussichtlich bleibend oder für längere Zeit in seiner Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt ist (Art. 18 Abs. 2 Satz 1 UVG). Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades wird das Erwerbseinkommen, das der Versicherte nach Eintritt der unfallbedingten Invalidität und nach Durchführung allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihm zumutbare Tätigkeit bei ausgleichender Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das er erzielen könnte, wenn er nicht invalid geworden wäre (Art. 18 Abs. 2 Satz 2 UVG).

b) Nach Abschluss der invalidenversicherungsrechtlichen Umschulung – der ursprünglich auf Februar 1990 vorgesehene Abschluss verschob sich wegen des Unfalls auf den 1. Februar 1992 – trat der Beschwerdegegner am

6. April 1992 eine Stelle als kaufmännischer Angestellter bei der Garage K. an. Als jährlicher Bruttolohn wurde im Arbeitsvertrag bei 42^{1/2} Wochenarbeitsstunden Fr. 52 000.– abgemacht. Im Jahre 1993 hat sich dieser auf Fr. 52 780.– erhöht. Da der Versicherte in dieser, den *krankheitsbedingten* Beschränkungen angepassten Tätigkeit nach medizinischer Beurteilung zu 75% arbeitsfähig ist, ist von einem Valideneinkommen von Fr. 39 585.– auszugehen (vgl. Art. 28 Abs. 3 UVV, welche Bestimmung *Omlin*, Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung, Freiburg 1995, S. 131, als deckungsgleich mit Art. 18 Abs. 2 UVG erachtet).

Nach den medizinischen Unterlagen betrug die Arbeitsfähigkeit in dieser auch nach dem Unfall immer noch angepassten Tätigkeit insgesamt 50%. Demgemäss erhielt der Beschwerdegegner eine seiner Leistung entsprechende monatliche Entlöhnung von Fr. 2030.–, was ein jährliches Invalideneinkommen von Fr. 26 390.– ergibt.

Die unfallbedingte Erwerbseinbusse beläuft sich nach dem Gesagten auf Fr. 13 195.–, was einem Invaliditätsgrad von 33,33% entspricht. Unter dem Gesichtswinkel von Art. 36 Abs. 2 UVG bleibt kein Raum für eine Korrektur, da einerseits die erwerblichen Auswirkungen des vorbestandenen Gesundheitsschadens (reduzierte Leistungsfähigkeit) bei der Festlegung des hypothetischen Valideneinkommens bereits voll berücksichtigt sind (*Maurer*, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, S. 477; *Omlin*, a. a. O., S. 130) und andererseits die Unfallfolgen nicht die gleichen Körperteile betreffen.

Da vorliegend versicherter Verdienst und Validenlohn betraglich nahe beieinander liegen, kann die Frage offen bleiben, ob angesichts der nicht optimalen Abstimmung der Sonderfälle gemäss Art. 24 und 28 UVV untereinander und im Verhältnis zu Art. 36 Abs. 2 UVG eine Korrektur angezeigt wäre (vgl. *Omlin*, a. a. O., S. 130 ff.)

c) Nach Art. 20 Abs. 1 UVG beträgt die Invalidenrente bei Vollinvalidität 80% des versicherten Verdienstes von Fr. 41 160.–, somit Fr. 32 928.–. Bei einem Invaliditätsgrad von 33,33% hat der Beschwerdegegner Anspruch auf eine Invalidenrente der Unfallversicherung von Fr. 10 976.–/Jahr oder Fr. 915.–/Monat.

Streitgegenstand im Einspracheverfahren

U 323 Urteil des EVG vom 24. Juli 1998 i. Sa. G. M.

Streitgegenstand im Einspracheverfahren (Art. 105 Abs. 1 UVG):

Auch wenn sich das Rechtsbegehren im Einspracheverfahren nicht ausdrücklich auf die Integritätsentschädigung bezieht, wird die ursprüngliche Verfügung diesbezüglich nicht rechtskräftig, wenn sich im Hauptstreitpunkt (Rentenanspruch) Kausalitätsfragen stellen (Erw. 1b).

Objet du litige dans la procédure d'opposition (art. 105 al. 1 LAA):

Même si la requête formulée dans la procédure d'opposition ne se réfère pas expressément à l'indemnité pour atteinte à l'intégrité, la décision initiale ne passe pas en force sur ce point lorsque l'objet principal du litige (le droit à la rente) soulève des questions de causalité (cons. 1b).

Oggetto del contendere nella procedura di opposizione (art. 105 cpv. 1 LAINF):

Anche se l'istanza della procedura di opposizione non è espressamente riferita all'indennità per menomazione dell'integrità, la relativa decisione di prima istanza non può passare in giudicato, ove si ponga la questione del nesso causale a proposito dell'oggetto principale del contendere (diritto alla rendita) (cons. 1b).

Auszug aus den Erwägungen:

...

1. – b) Nach der Rechtsprechung gilt auch im Einspracheverfahren nach Art. 105 Abs. 1 UVG grundsätzlich das Rügeprinzip, weshalb die Verfügung in Teilrechtskraft tritt, soweit sie unangefochten bleibt und nicht von Amtes wegen überprüft wird (BGE 119 V 347). Dementsprechend ist eine Verfügung, mit der gleichzeitig über den Anspruch auf Invalidenrente und auf Integritätsentschädigung entschieden wird, bezüglich der Integritätsentschädigung beschwerdeweise nicht mehr anfechtbar, wenn sich die Einsprache lediglich auf den Rentenanspruch bezog und hinsichtlich der Integritätsentschädigung keine Rechtsbegehren gestellt wurden (vgl. BGE 119 V 351 Erw. 1c; ferner Rechtsprechungsbericht der SUVA, 1991, Nr. 2, S. 3). Dies gilt indessen nicht, wenn mit der Einsprache nicht nur Elemente des Rentenanspruchs wie Invaliditätsgrad, versicherter Jahresverdienst oder Rentenbeginn, sondern – wie im vorliegenden Fall – Kausalitätsfragen streitig sind, welche ihrer Natur nach sowohl für den Rentenanspruch als auch für den

Anspruch auf Integritätsentschädigung von Bedeutung sind. Unter Berücksichtigung dessen, dass das Einspracheverfahren weitgehend formlos ist (Art. 130 Abs. 1 UVV) und die Einsprache häufig ohne Rechtsvertretung erfolgt, käme es einem überspitzten Formalismus gleich (vgl. hierzu BGE 120 V 417 Erw. 4b mit Hinweisen), wenn in solchen Fällen verlangt würde, dass sich das Rechtsbegehren ausdrücklich auch auf den Anspruch auf Integritätsentschädigung zu beziehen hat, soll die Verfügung diesbezüglich nicht in Teilrechtskraft erwachsen. Es ist daher richtig, dass die Vorinstanz auf die Beschwerde auch insoweit eingetreten ist, als sie den Anspruch auf Integritätsentschädigung zum Gegenstand hatte.

...

Motivation de l'opposition

U 324 Arrêt du TFA du 29 juillet 1998 dans la cause R. D.

Motivation de l'opposition (art. 130 OLAA):

De même que dans l'assurance-maladie (ATF 123 V 128), l'assureur-accidents qui estime qu'une opposition n'est pas motivée de manière suffisante doit impartir à l'assuré un délai convenable pour combler les lacunes, en appliquant par analogie l'art. 108, al. 1, let. b, LAA (cons. 3 et 4).

Begründung von Einsprachen (Art. 130 UVV):

Wie in der Krankenversicherung (BGE 123 V 128) hat der Unfallversicherer, der eine Einsprachebegründung als ungenügend erachtet, dem Versicherten eine angemessene Frist zur Verbesserung zu setzen; analoge Anwendung des Art. 108 Abs. 1 Bst. b UVG (Erw. 3 und 4).

Motivazione dell'opposizione (art. 130 OAINF):

Come all'assicurazione malattie (DTF 123 V 128), l'assicuratore infornuti che ritenesse un'opposizione motivata in maniera insufficiente è tenuto ad accordare all'assicurato un termine che permetta di colmare le lacune applicando per analogia l'art. 108 cpv. 1 lett. b LAINF (cons. 3 e 4).

Extrait des considérants:

...

3. – a) Aux termes de l'art. 130 al. 1 OLAA, l'opposition prévue à l'art. 105 al. 1 LAA peut être formée par écrit ou lors d'un entretien personnel; elle doit être motivée. L'assureur consigne les oppositions présentées oralement dans un procès-verbal que l'opposant doit signer.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, l'opposition constitue une sorte de procédure de reconsidération qui confère à l'autorité ayant statué la possibilité de réexaminer sa décision avant que le juge ne soit éventuellement saisi. Il s'agit d'un véritable «moyen juridictionnel» ou «moyen de droit» (ATF 118 V 185 consid. 1a et les références). A ce titre, l'opposition doit être motivée, faute de quoi elle manque son but, lequel est d'obliger l'assureur à revoir sa décision de plus près (ATF 118 V 186 consid. 2b). En d'autres termes, il doit être possible de déduire des moyens de l'opposant une argumentation dirigée contre le dispositif de la décision et susceptible de mener à sa réforme ou à son annulation (ATF 102 Ib 372 consid. 6; RCC 1988 p. 486 sv. consid. 3a; *Ghélew/Ramelet/Ritter*, Commentaire de la loi sur l'assurance-accidents, p. 285). Il appartient à l'assuré de

déterminer l'objet et les limites de sa contestation, l'assureur devant alors examiner l'opposition dans la mesure où sa décision est entreprise (ATF 123 V 130 consid. 3a).

b) En ce qui concerne les exigences de forme relatives à l'opposition, le Tribunal fédéral des assurances a jugé, s'agissant de la procédure d'opposition en matière d'assurance-maladie, qu'elles ne sauraient être plus sévères que celles qui ont trait à la recevabilité du recours devant l'autorité cantonale de recours (ATF 123 V 131 consid. 3b). Il en va exactement de même dans l'assurance-accidents où l'on se référera à l'art. 108 al. 1 let. b LAA qui prévoit que, si l'acte de recours ne contient pas notamment un exposé succinct des motifs, le tribunal impartit un délai convenable à son auteur pour combler les lacunes. Aussi bien, par analogie avec la disposition légale précitée, l'assureur-accidents doit-il impartir à l'assuré un délai convenable pour que celui-ci remédie au défaut de motivation de son opposition. Ainsi, il incombe dans tous les cas à l'assureur d'interpeller l'assuré dont l'opposition ne serait pas suffisamment motivée ou claire avant d'en tirer des conséquences définitives (*Ghélew/Ramelet/Ritter*, op. cit. p. 285). Le comportement contraire de l'assureur relèverait en effet du formalisme excessif, proche du déni de justice, dès lors que la stricte application d'une règle de procédure – au demeurant non écrite – ne se justifie par aucun intérêt digne de protection (comp. RAMA 1988 n° U 60 p. 442 sv. consid. 2a, 2b et 2c).

4. – En l'espèce, l'intimée a, en quelque sorte, inventé une procédure inconnue de la LAA, en s'inspirant apparemment de l'art. 73^{bis} al. 1 RAI, dans sa communication du 18 juin 1996 intitulée «droit d'être entendu».

Or, sous peine de formalisme excessif, elle devait considérer la lettre de l'avocat du recourant du 13 septembre 1996 qui se référait à ce «droit d'être entendu» – document repris intégralement dans la décision du 5 août 1996 – sinon comme une opposition motivée à satisfaction, du moins comme une opposition imparfaite. En conséquence, pour se conformer au principe dégagé par la jurisprudence susmentionnée, selon lequel l'assureur a l'obligation d'interpeller l'assuré dont l'opposition ne serait pas suffisamment motivée ou claire, l'intimée devait donner au recourant la possibilité de compléter son opposition et non pas considérer que la lettre du 13 septembre 1996 n'avait pas la portée d'une opposition au sens de l'art. 130 al. 1 OLAA.

Dans cette mesure, le recours est bien fondé. Le jugement attaqué, ainsi que la décision sur opposition litigieuse doivent en conséquence être annulés et la cause renvoyée à l'intimée pour décision sur le fond.

...

Surindemnisation

U 325 Arrêt du TFA du 5 août 1998 dans la cause G. C.

Surindemnisation (art. 40 LAA; art. 51 al. 3 OLAA):

Le calcul de la surindemnisation, au sens des art. 40 LAA et 51, al. 3, OLAA, doit s'effectuer sur la base d'un gain correspondant à une capacité de travail entière, également lorsque les prestations d'assurances sociales en concours ne découlent pas du même événement (cons. 3 et 4).

Überentschädigung (Art. 40 UVG; Art. 51 Abs. 3 UVV):

Die Höhe der Überentschädigung im Sinne der Art. 40 UVG und 51 Abs. 3 UVV hat sich nach einem Verdienst zu errechnen, der einer vollen Arbeitsfähigkeit entspricht, und zwar auch dann, wenn die fraglichen Sozialversicherungsleistungen nicht das gleiche Versicherungsereignis betreffen (Erw. 3 und 4).

Sovrindennizzo (art. 40 LAINF; art. 51 cpv. 3 OAINF):

Il calcolo del sovrindennizzo ai sensi degli art. 40 LAINF e 51 cpv. 3 OAINF dev'essere effettuato sulla base di un guadagno corrispondente ad una capacità di lavoro intera anche quando le prestazioni delle assicurazioni sociali concorrenti non derivano dallo stesso avvenimento (cons. 3 e 4).

Extrait des considérants:

...

3. – a) Selon l'art. 40 LAA, si les prestations en espèces de l'assurance-accidents, à l'exception des allocations pour impotent, concourent avec les prestations d'autres assurances sociales sans qu'une des règles de coordination de la présente loi soit applicable, elles sont réduites dans la mesure où, ajoutées aux prestations des autres assurances sociales, elles excèdent le gain dont on peut présumer que l'assuré se trouve privé. L'art. 34, 2^e al. LPP est réservé. D'après l'art. 51 al. 3 OLAA, le gain dont on peut présumer que l'assuré se trouve privé correspond à celui qu'il pourrait réaliser s'il n'avait pas subi le dommage. Conformément à la jurisprudence, l'art. 40 LAA règle la question de la surindemnisation, lorsque des indemnités journalières de l'assurance-accidents entrent en concours avec une rente de l'assurance-invalidité (ATF 117 V 395 consid. 2b, 115 V 279 consid. 1c).

b) Les premiers juges ont considéré, en bref, que manquaient les données économiques nécessaires pour chiffrer correctement le gain présumable du recourant sans les deux accidents de 1994 qui ont amené la caisse à lui verser des indemnités journalières. Ils ont relevé qu'il n'y avait pas lieu

de retenir un revenu de machiniste, dès lors que l'incapacité d'exercer ce premier métier avait sa source dans des événements étrangers aux accidents de 1994.

Le recourant interprète l'art. 51 al. 3 OLAA en ce sens que le gain présumable doit être fixé en fonction de la profession de machiniste qu'il a dû abandonner antérieurement aux accidents de 1994. Il convient, selon lui, de tenir compte de l'activité qu'il exerçait avant son premier accident, lequel a provoqué une invalidité qui s'est amplifiée et aggravée en raison des nouveaux accidents annoncés à la caisse.

L'OFAS est également d'avis qu'il convient, en l'espèce, de retenir le gain que l'assuré pourrait réaliser en travaillant à plein temps dans son secteur professionnel habituel ou – si cela est plus avantageux pour lui – dans son domaine d'activité actuel.

4. – a) Selon la jurisprudence, les principes régissant l'art. 40 LAA interdisent qu'un assuré qui perçoit des prestations de plusieurs assureurs sociaux en raison du même événement bénéficie d'une situation financière plus favorable que si cet événement n'était pas survenu. Il s'ensuit que pour fixer le gain dont on peut présumer que l'assuré se trouve privé au sens de l'art. 51 al. 3 OLAA, il faut se fonder sur sa capacité de gain entière et le revenu correspondant (ou sur la perte de revenu afférente à une incapacité de travail ou de gain entière). Il faut en déduire les revenus retirés effectivement par l'intéressé grâce à la mise en valeur de sa capacité résiduelle de travail (ATF 117 V 394 consid. 4b; cf. ATF 123 V 95 consid. 4b). La jurisprudence ne tranche toutefois pas le point de savoir si le calcul de la surindemnisation doit s'effectuer sur la base d'un gain correspondant à une capacité de travail entière également lorsque les prestations d'assurances sociales résultent de différents événements dommageables.

L'ancien art. 74 al. 3 LAMA sur l'interdiction de la surassurance, en vigueur jusqu'au 31 décembre 1983, limitait la prise en considération des prestations d'autres assureurs à celles résultant du même événement assuré. L'art. 40 LAA, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1984, ne contient plus de semblable limitation. A cet égard, le message du 18 août 1976 à l'appui d'un projet de loi fédérale sur l'assurance-accidents souligne qu'en matière d'interdiction de la surassurance pour calculer le gain déterminant, il faut partir de la capacité de gain entière. Si un rentier de l'AI, dont le salaire est diminué dans la mesure de sa capacité de gain fortement restreinte, est victime d'un accident, les indemnités journalières de l'assurance-accidents ne sont pas réduites du fait qu'une rente AI est allouée; la victime de l'accident reçoit déjà, vu sa capacité de gain partielle, une indemnité journalière plus faible

qui, jointe à la rente AI, n'atteint pas le salaire d'une personne occupée à plein temps (FF 1976 vol. III p. 201 ch. 403.34). Ce point est demeuré incontesté en commission et devant les chambres (Procès-verbal de la séance des 2 et 3 novembre 1977 de la commission du Conseil national p. 96).

Dans ces conditions, le calcul du gain dont on peut présumer que l'assuré se trouve privé doit être fondé sur sa capacité entière de travail, également lorsque les prestations d'assurances sociales en concours ne découlent pas du même événement.

b) En l'espèce, G.C. a touché par mois, de l'AI et de la caisse, 3227 fr. à partir du 1^{er} juin 1997 et 3267 fr. dès le 1^{er} janvier 1995. Il reste ainsi à déterminer si le gain dont on peut présumer que l'assuré se trouve privé, au sens de l'art. 40 LAA, dépasse ou non ce montant.

Le recourant, nonobstant son horaire de 40 heures au restaurant X ne mettait pas à profit sa pleine capacité de gain. Son revenu, en relation avec son âge, en est déjà un indice. Mais surtout, il était alors au bénéfice d'une demi-rente AI, dont rien n'indique qu'elle était injustement versée. Le montant de 2500 fr. représentait donc un revenu tiré d'une capacité de travail déjà diminuée avant les accidents de 1994. Ce montant, qui sert de base au calcul de l'indemnité journalière (art. 15 al. 2 LAA) n'est pas déterminant pour celui de la surindemnisation, ainsi que le proposent l'OFAS et le recourant. Il s'agit, au contraire, de déterminer le revenu que l'intéressé pourrait réaliser, s'il jouissait d'une pleine capacité de gain.

c) En 1994, la convention collective de travail relative au bâtiment et au génie civil prévoyait un salaire mensuel de 4282 fr. pour un ouvrier qualifié de la construction ou un machiniste. Par ailleurs, selon le contrat-type de travail pour le personnel des entreprises de transport automobile du canton du Valais du 28 avril 1982, dans son édition 1995, le salaire d'un conducteur de trax sur pneus et chenilles, après trois ans de pratique, s'élevait à 4128 fr. par mois. Il en découle que la perte de gain du recourant semble supérieure aux prestations perçues. En effet, il ne ressort pas des pièces du dossier que G.C. a, postérieurement à l'octroi de sa rente entière, le 1^{er} juin 1994, effectivement tiré un revenu de sa capacité résiduelle de travail, dont il faudrait tenir compte pour le calcul de la surindemnisation.

Toutefois le revenu annuel moyen déterminant pris en compte dans la décision de rente AI du 13 février 1995 s'élevait à 36 084 fr. annuellement, soit 3000 fr. par mois. Dès lors que le dossier AI n'a pas été joint, il n'est pas possible de trancher avec clarté la question de la perte de gain subie par le recourant.

Dans ces conditions, le recours doit être admis. La cause est renvoyée à la caisse qui constatera s'il y a surindemnisation après une nouvelle évaluation, au sens de ce qui précède, du gain dont on peut présumer que l'assuré se trouve privé.

...

Maladie professionnelle selon la clause générale

U 326 Arrêt du TFA du 14 août 1998 dans la cause C. F.

Maladie professionnelle selon la clause générale (art. 9 al. 2 LAA):

L'existence d'une maladie professionnelle est niée dans le cas d'une altiste atteinte d'épicondylite, vu l'absence de causalité qualifiée entre cette affection et l'activité exercée selon les bases épidémiologiques actuelles.

Berufskrankheit gemäss Generalklausel (Art. 9 Abs. 2 UVG):

Berufskrankheit bei einer an Epikondylitis erkrankten Bratschistin verneint, weil nach heutigem epidemiologischem Wissen keine qualifizierte Kausalität zwischen dieser Erkrankung und der ausgeübten Tätigkeit nachgewiesen ist.

Malattia professionale secondo la clausola generale (art. 9 cpv. 2 LAINF):

L'esistenza di una malattia professionale è negata nel caso di un suonatore di viola affetto da epicondilitis data l'assenza di un nesso di causalità certo tra questa affezione e l'attività esercitata secondo le basi epidemiologiche attuali.

I.

A. – Née en 1946, C. F. est depuis de nombreuses années musicienne professionnelle. Le 1^{er} octobre 1978, elle a été engagée comme altiste par l'Orchestre de la Suisse romande (OSR). A ce titre, elle était assurée contre les accidents professionnels et non professionnels auprès de la société suisse d'assurances X (ci-après: la compagnie X).

Dès le mois de septembre 1992, elle a ressenti des douleurs dans le coude droit qui l'ont contrainte, en décembre 1992, à interrompre son travail. Après un traitement, elle a repris son travail au mois d'avril 1993 avant de l'interrompre à nouveau, en septembre 1993, en raison d'épicondylalgie à droite. Par suite de l'échec des traitements conservateurs, elle a subi, en janvier 1994, une cure chirurgicale de l'épicondylite droite, puis en mai 1994, une intervention chirurgicale identique à gauche. Les suites de l'opération ont été favorables à gauche; en revanche, l'épicondylalgie a persisté à droite au point que l'intéressée a dû interrompre définitivement son activité professionnelle comme musicienne et qu'elle a été mise au bénéfice d'une rente AI.

Spécialiste de la chirurgie de la main, le docteur D., qui a pratiqué les interventions chirurgicales, a posé le diagnostic d'épicondylite rebelle bilatérale, avec prédominance à droite. Dans ses certificats, il a mentionné que les épicondylites de sa patiente étaient des lésions de surcharge qui peuvent

être considérées comme maladie professionnelle. Mis en œuvre par la compagnie X comme expert, le docteur J., spécialiste de la chirurgie de la main, a conclu dans son rapport que l'affection au coude droit dont souffrait C. F., n'était pas due de façon exclusive ou prépondérante à la pratique de l'alto. L'épicondylite ne pouvait dès lors être considérée comme une maladie professionnelle. L'expert a, par ailleurs, signalé que, pendant les dix dernières années, aucun musicien de l'OSR, dans lequel jouent 112 musiciens dont 66 d'un instrument à cordes, n'avait eu à souffrir d'une épicondylite.

Par décision du 25 avril 1995, la compagnie X a refusé la prise en charge de l'épicondylite dans le cadre de l'assurance-accidents obligatoire. C. F. a fait opposition à la décision.

A la demande du conseil de l'assurée, le docteur Ja., interniste et rhumatologue à G., a attesté que celle-ci souffrait d'une épicondylite secondaire à son activité professionnelle. Pour sa part, la compagnie X a sollicité l'avis du docteur M., chirurgien de la main et médecin chef de l'Association Y. Pour ce spécialiste, l'étiologie de l'épicondylite est multifactorielle, un faisceau de causes étant dans la plupart des cas à l'origine du syndrome d'irritation douloureuse. Dans l'éventail des causes, c'est l'ensemble des processus dégénératifs en rapport avec l'âge et la constitution qui joue le rôle primordial alors que les sollicitations répétées du membre supérieur ne jouent qu'un rôle favorisant ou déclenchant. La littérature ne permet pas de mettre en évidence statistiquement la spécificité d'une profession particulière à causer des épicondylites. Ce sont en fait les activités les plus diverses, impliquant des mouvements répétés de préhension de la main, qui sont ressenties comme douloureuses une fois l'épicondylalgie installée. Dans le cas de l'assurée, d'une part, il n'y a pas eu activité inhabituelle qui aurait causé les troubles apparus en 1992 et, d'autre part, la pratique de son instrument ne peut être qualifiée comme exigeant une énergie supérieure à la moyenne, conditions nécessaires selon ce médecin pour pouvoir exceptionnellement retenir l'existence d'une maladie professionnelle. En définitive, au regard des autres symptômes douloureux dont souffre ou a eu à souffrir l'intéressée, l'activité professionnelle ne peut dans ce cas être considérée de manière prépondérante comme causale, soit à plus de 75%.

A la suite de cette instruction complémentaire, la compagnie X a rejeté l'opposition, par décision du 4 juillet 1996.

B. – C. F. a recouru devant le Tribunal administratif du canton de Genève en concluant, en substance, à l'annulation de la décision et à la prise en charge par la compagnie X des conséquences de la maladie professionnelle en qualité d'assureur-accidents. La compagnie X a conclu au rejet du recours.

Par décision du 4 février 1997, le tribunal a ordonné une expertise médicale qu'il a confiée au docteur B., médecin-adjoint à l'Institut Z. Le 19 juillet 1997, le docteur B. a déposé son rapport, fondé sur un examen médical de la recourante, l'examen des dossiers, un examen complémentaire par un spécialiste en rhumatologie et les renseignements écrits des médecins traitants. Selon l'expert, l'affection dont souffre la recourante est due pour 75% à une maladie professionnelle.

Par jugement du 10 février 1998, le Tribunal administratif du canton de Genève a admis le recours et condamné la compagnie X à prendre en charge les suites de la maladie professionnelle. Il lui a renvoyé le dossier pour instruction complémentaire, calcul et versement des prestations dues, le tout sous suite de frais et dépens.

C. – La compagnie interjette un recours de droit administratif contre ce jugement dont elle demande l'annulation. C. F. a conclu au rejet du recours, alors que l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a renoncé à intervenir dans la procédure.

II.

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

1. – Le litige porte sur le caractère de maladie professionnelle de l'épicondylite contractée par l'intimée.

2. – Selon l'art. 9 al. 1 LAA, sont réputées maladies professionnelles les maladies dues exclusivement ou de manière prépondérante, dans l'exercice de l'activité professionnelle, à des substances nocives ou à certains travaux. Le Conseil fédéral établit la liste de ces substances ainsi que celle de ces travaux et des affections qu'ils provoquent. Se fondant sur cette délégation de compétence, ainsi que sur l'art. 14 OLAA, le Conseil fédéral a dressé à l'annexe 1 de l'OLAA la liste des substances nocives, d'une part, et la liste de certaines affections, ainsi que des travaux qui les provoquent, d'autre part. Selon la jurisprudence, la définition du risque assuré est des plus restrictives et la liste figurant en annexe 1 à l'OLAA est exhaustive (RAMA 1988 n° U 61 p. 449 consid. 1a).

Aux termes de l'art. 9 al. 2 LAA, sont aussi réputées maladies professionnelles (selon la clause dite générale) les autres maladies dont il est prouvé qu'elles ont été causées exclusivement ou de manière nettement prépondérante par l'exercice de l'activité professionnelle. Cette clause générale répond au besoin de combler d'éventuelles lacunes qui subsisteraient dans la liste que le Conseil fédéral est chargé d'établir en vertu de l'art. 9 al. 1

LAA (ATF 116 V 141 consid. 5a et les références). Selon la jurisprudence, l'exigence d'une relation exclusive ou nettement prépondérante est réalisée lorsque la maladie professionnelle résulte à 75% au moins de l'activité professionnelle (ATF 119 V 201 consid. 2b). En d'autres termes, il faut que les cas d'atteintes pour un groupe professionnel déterminé soient quatre fois plus nombreux que ceux enregistrés dans la population en général (cf. ATF 116 V 143 consid. 5c; RAMA 1997 n° U 273 p. 178 consid. 3).

3. – Pour répondre aux questions qui lui étaient posées par la Cour cantonale, l'expert judiciaire a effectué une revue de la littérature médicale spécialisée. Il en a déduit que les atteintes musculo-squelettiques chez les musiciens professionnels sont une réalité et que, si les résultats statistiques ne sont pas tous concordants en raison du nombre trop restreint de sujets examinés, il existe néanmoins des bases épidémiologiques suffisantes pour permettre de retenir, le cas échéant, l'existence d'une maladie professionnelle chez un musicien atteint d'une épicondylite.

Comme le soutient la recourante et sans qu'il soit nécessaire pour cela de se référer aux publications scientifiques qu'elle a produites, il ne résulte pas des études citées par l'expert que la pratique professionnelle d'un instrument à cordes soit à l'origine d'épicondylites de manière significative par rapport à l'ensemble de la population. Au regard des critères posés par la jurisprudence, à savoir que les cas d'atteintes pour un groupe professionnel déterminé soient quatre fois plus nombreux que ceux enregistrés dans la population en général, les bases épidémiologiques doivent dès lors être considérées comme insuffisantes pour permettre de retenir une maladie professionnelle dans ces cas. En d'autres termes, l'épicondylite est une affection répandue dans la population qui n'apparaît pas, dans les études menées à ce jour, comme une maladie caractéristique de la profession de musicien sur instruments à cordes.

L'expert judiciaire a procédé ensuite à un examen clinique et à une analyse du genre de travail effectué. Les conclusions données au terme de son rapport quant à la relation causale nettement prépondérante (75%) ne peuvent toutefois être suivies dès lors qu'elles se fondent en partie sur des bases épidémiologiques dont on a retenu qu'elles étaient insuffisantes. Au demeurant, au vu de l'ensemble des certificats médicaux déposés en cause qui s'accordent sur le diagnostic mais divergent tant sur le faisceau des origines de l'affection que sur la part provenant de ces différents éléments, on peut tout au plus admettre comme possible voire vraisemblable le fait que l'intimée a souffert d'une épicondylite due à son activité professionnelle. En revanche, l'exigence d'une relation causale qualifiée ne peut dans ces conditions être tenue pour réalisée.

Massgebender Lohn bei Rentenbeginn mehr als fünf Jahre nach dem Unfall; mutmassliche Lohnerhöhung

U 327 Urteil des EVG vom 2. September 1998 i. Sa. P. M.

Massgebender Lohn bei Rentenbeginn mehr als fünf Jahre nach dem Unfall; mutmassliche Lohnerhöhung (Art. 15 Abs. 2 UVG; Art. 22 Abs. 2 und 4 UVV; Art. 24 Abs. 2 UVV):

Art. 24 Abs. 2 UVV ermöglicht es nicht, eine vom Versicherten angestrebte berufliche Weiterentwicklung und damit eine ohne Unfall mutmasslich realisierte Lohnerhöhung bei der Bestimmung des versicherten Verdienstes mit zu berücksichtigen (Erw. 3c).

Salaire déterminant lorsque le droit à la rente naît plus de cinq ans après l'accident; augmentation présumée du salaire (art. 15 al. 2 LAA; art. 22 al. 2 et 4 OLAA; art. 24 al. 2 OLAA):

L'art. 24, al. 2, OLAA, ne permet pas de prendre en considération, quand il s'agit de déterminer le gain assuré, un perfectionnement professionnel envisagé par la personne assurée, et partant une augmentation de salaire que la personne aurait probablement réalisée si l'accident n'était pas survenu (cons. 3c).

Salario determinante se il diritto alla rendita nasce oltre cinque anni dopo l'infortunio; presunto aumento del salario (art. 15 cpv. 2 LAINF; art. 22 cpv. 2 e 4 OAINF; art. 24 cpv. 2 OAINF):

Per determinare il guadagno assicurato, l'art. 24 cpv. 2 OAINF non autorizza a prendere in considerazione un perfezionamento professionale previsto dall'assicurato e quindi un aumento salariale realizzato presumibilmente se l'infortunio non fosse sopraggiunto (cons. 3c).

Auszug aus den Erwägungen:

...

3. – a) Streitig ist zunächst die Bemessung des versicherten Verdienstes. Die Vorinstanz hat die im vorliegenden Fall hiefür massgebenden Bestimmungen von Art. 15 Abs. 2 UVG sowie Art. 22 Abs. 2 und 4 UVV und Art. 24 Abs. 2 UVV zutreffend dargelegt. Darauf kann verwiesen werden.

b) Mit Bezug auf die Tragweite und den Anwendungsbereich der Bestimmung von Art. 24 Abs. 2 UVV vertritt die Vorinstanz die Auffassung, das Eidgenössische Versicherungsgericht habe diese Sonderregel auch im Falle eines Versicherten angewendet, der infolge eines Rückfalles mehr als fünf Jahre nach einem Unfall berentet wurde (RKUV 1988 Nr. U 46 S. 217 ff.). Diese Rechtsprechung sei im vorliegenden Fall analog anwendbar. Der

versicherte Verdienst bemesse sich daher nach dem Einkommen, das der Beschwerdeführer im Jahr vor dem Rentenbeginn bei der Firma M. hätte erzielen können. Dieses belaufe sich auf Fr. 52 162.50, doch bleibe aufgrund der Akten unklar, ob entsprechend der allgemein verbindlich erklärten Bestimmung von Art. 17 des Landesmantelvertrages für das Schweizerische Bauhauptgewerbe zusätzlich Anspruch auf einen 13. Monatslohn bestanden habe. Diese Frage sei von der SUVA ergänzend abzuklären.

Die SUVA steht demgegenüber auf dem Standpunkt, massgebend sei der Verdienst, den der Versicherte im Jahre vor der Berentung als Speditiionsmitarbeiter bei der Firma G. erzielt hätte, wobei jede berufliche Weiterentwicklung, insbesondere auch der Aufstieg zum Servicemonteur im Frühjahr 1989, ausser Betracht bleiben müsse. Der in dieser beruflichen Stellung erzielbare Lohn hätte in der Zeit vom 1. November 1993 bis 31. Oktober 1994 Fr. 49 962.– betragen und entspreche dem massgebenden versicherten Verdienst.

c) Die Grundregel von Art. 15 Abs. 2 UVG für die Bemessung des versicherten Verdienstes will sicherstellen, dass bei den finanziell wichtigsten Versicherungsleistungen, nämlich bei den Renten, von den gleichen Faktoren ausgegangen wird, die auch Basis für die Prämienberechnung bilden (sog. Äquivalenzprinzip). Der Rentenberechnung soll das gleiche Einkommen zugrunde liegen, von dem auch die Prämien geschuldet sind (BGE 118 V 302 Erw. 2b; *Maurer*; Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985, S. 326 Ziff. 5). Diese Ordnung lässt in der Regel unberücksichtigt, wieviel der Versicherte künftig ohne Unfall verdient hätte, weshalb mögliche Lohnerhöhungen nach dem Unfall unbeachtet bleiben (*Maurer*; a. a. O., S. 326 Ziff. 5).

Die Sonderregeln von Art. 24 UVV bezwecken durchwegs, jene unbilligen Nachteile für die Versicherten auszugleichen, welche sich in Anwendung der Grundregel bei speziellen Sachverhalten ergeben würden. Mit der Sonderregel von Art. 24 Abs. 2 UVV soll vermieden werden, dass ein Versicherter mit langdauernder Heilbehandlung, dessen Rentenanspruch erst mehr als fünf Jahre nach dem Unfall entsteht, auf dem vor dem Unfall erzielten Lohn sitzen bleibt, was vor allem dann zu stossenden Ergebnissen führen würde, wenn die Löhne während dieser Zeit zufolge überdurchschnittlicher Lohnerhöhung stark ansteigen. Angestrebt wird also die Anpassung an die normale Lohnentwicklung im angestammten Tätigkeitsbereich (BGE 123 V 51 Erw. 3c, 118 V 303 Erw. 3b; *Maurer*; a. a. O., S. 331 Ziff. 2). Hingegen ermöglicht auch die Sonderregel von Art. 24 Abs. 2 UVV nicht, eine vom Versicherten angestrebte berufliche Weiterentwicklung und

damit eine ohne Unfall mutmasslich realisierte Lohnerhöhung mit zu berücksichtigen (nicht publiziertes Urteil E. vom 7. Februar 1996). Denn der versicherte Verdienst und das Erwerbseinkommen, das der Versicherte erzielen könnte, wenn er nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen), bemessen sich nicht nach den gleichen Kriterien. Vielmehr entspricht es dem Willen des Gesetzgebers, dass Veränderungen des vom Versicherten ohne den Versicherungsfall mutmasslich erzielbaren Jahresverdienstes keinen Einfluss auf die Rente der Unfallversicherung haben sollen (BGE 119 V 492 Erw. 4b).

d) Die Vorinstanz hat daher zu Unrecht den Lohn (inkl. nicht ausbezahlten 13. Monatslohn, falls darauf ein Rechtsanspruch bestand) als massgebend erachtet, den der Beschwerdeführer bei der M. als Fassadenmonteur im Jahr vor dem Rentenbeginn hätte erzielen können. Das von der Vorinstanz hiefür herangezogene Präjudiz (RKUV 1988 Nr. U 46 S. 217 ff.) betrifft revisions- und intertemporalrechtliche Fragen, denen für die Beurteilung des hier vorliegenden Sachverhalts keine präjudizielle Bedeutung zukommen kann. Auszugehen ist daher von jenem Verdienst, den der Versicherte im Jahr vor dem Unfall als Speditionsmitarbeiter in der Firma G. erzielt hatte, und dieser ist nach der Sonderregel von Art. 24 Abs. 2 UVV auf jene Höhe anzuheben, die er im Jahr vor dem Rentenbeginn erreicht hätte, wenn der Versicherte in jenem Betrieb und im damaligen Tätigkeitsbereich verblieben wäre. Ausser Betracht bleiben muss somit auch die lohnmässige Auswirkung des beruflichen Aufstiegs zum Servicemonteur, den der Versicherte im letzten Jahr seiner Tätigkeit bei der Firma G. ab März 1989 vollzogen hatte. Die SUVA hat den in der Firma G. in der Zeit vom 1. November 1993 bis 31. Oktober 1994 als Speditionsmitarbeiter erzielbaren (hypothetischen) Lohn mit Fr. 49'962.– korrekt ermittelt und als versicherten Verdienst der Rentenverfügung vom 3. November 1994 zugrunde gelegt. Die dagegen gerichtete Einsprache hat sie ebenfalls zu Recht abgewiesen.

Demgemäss ist der vorinstanzliche Entscheid in diesem Punkt in Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde der SUVA aufzuheben und der Einspracheentscheid vom 17. Februar 1995 insofern zu bestätigen.

...

Rechtliches Gehör; Valideneinkommen; Invalideneinkommen

U 328 Urteil des EVG vom 7. September 1998 i. Sa. A. O.

Rechtliches Gehör; Valideneinkommen (Art. 18 Abs. 2 UVG):

Recht des Versicherten, sich zu Auskünften des früheren Arbeitgebers im Einspracheverfahren zu äussern (Erw. 3).

Invalideneinkommen (Art. 18 Abs. 2 UVG):

Invalideneinkommen, wenn nach dem Unfall eine neue Stelle angetreten wurde, die versicherte Person jedoch zur Zeit des Einspracheentscheides zeitweilig arbeitslos war und zur Zeit des EVG-Entscheides ein neues Arbeitsverhältnis besteht (Erw. 4c).

Droit d'être entendu; revenu sans invalidité (art. 18 al. 2 LAA):

L'assuré a le droit de s'exprimer au sujet des renseignements donnés par son ancien employeur au cours de la procédure d'opposition (cons. 3).

Revenu obtenu par un assuré invalide (art. 18 al. 2 LAA):

Revenu d'invalide d'une personne assurée ayant pris un nouvel emploi après l'accident, dès lors qu'au moment de la décision sur recours il était temporairement au chômage et qu'au moment de la décision du TFA un nouveau rapport de travail existe (cons. 4c).

Diritto di essere ascoltato dal giudice; reddito di una persona non invalida (art. 18 cpv. 2 LAINF):

Diritto dell'assicurato di esprimersi in merito alle informazioni fornite dal suo ex datore di lavoro durante una procedura d'opposizione (cons. 3).

Reddito d'invalido (art. 18 cpv. 2 LAINF):

Reddito d'invalido: se dopo l'infortunio l'assicurato ha iniziato a lavorare altrove, ma era temporaneamente disoccupato al momento della procedura d'opposizione e se al momento della decisione del TFA sussiste un nuovo rapporto di lavoro (cons. 4c).

I.

A. – A. O., geboren 1956, war seit April 1984 bei der Firma R. als Hilfsgipser tätig und in dieser Eigenschaft bei der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) obligatorisch gegen Unfall und Berufskrankheit versichert. Am 18. September 1985 zog er sich als Fussgänger beim Überqueren einer Strasse zufolge Kollision mit einem Auto eine schwere Knieverletzung rechts zu, deren operative und rehabilitative Behandlung einen

protrahierten Verlauf nahm. Vorbehältlich einer rechtskräftig verfügten Kürzung der Geldleistungen um 10% kam die SUVA in Form von Krankenpflege und Taggeld für die Folgen des Unfalles vom 18. September 1985 auf, dies bisweilen in der Folge unter dem Titel einer unfallähnlichen Körperschädigung. Am 1. November 1989 trat er eine neue Stelle als Betriebsarbeiter in der Firma H. an. Er verliess diese Firma auf den 31. Januar 1993 und war danach zeitweilig arbeitslos. Als es darum ging, den Fall unter Zuspreehung einer Integritätsentschädigung und einer Invalidenrente abzuschliessen, beschaffte sich die SUVA bei der Firma H. im Hinblick auf die Festlegung des versicherten Verdienstes einen Auszug aus dem Lohnbuch vom 2. November 1994. Weitere Angaben zum mutmasslich 1994 als vollwertiger Betriebsarbeiter in der Firma erzielten Lohn finden sich in einer Attestation der Firma H. vom 21. Oktober 1994. Wegen Unstimmigkeiten führte die SUVA nähere Abklärungen zur Frage des versicherten Verdienstes durch. In der Verfügung vom 20. Februar 1995 ging die Anstalt schliesslich von einem versicherten Jahresverdienst von Fr. 46 050.– aus, ferner – in Bezug auf die Festlegung des Invaliditätsgrades – von einem Invalideneinkommen von Fr. 39 000.– und einem Valideneinkommen von Fr. 44 686.20, woraus ein Minderverdienst von rund 15% resultierte. Die Invalidenversicherung ihrerseits war, mangels zusätzlicher unfallfremder invalidisierender Befunde, zu einem Invaliditätsgrad von 17% gelangt (Invalideneinkommen: Fr. 37 440.–; Valideneinkommen Fr. 45 119.–).

Gegen die Verfügung vom 20. Februar 1995, welche nebst der 15%igen Invalidenrente auch die Integritätsentschädigung von 10% und eine (indirekte) Verrechnung mit bezogenem Arbeitslosentaggeld umfasste, liess A. O. Einsprache erheben. Im Hinblick auf die Frage des beanstandeten versicherten Verdienstes – es wurde ein solcher von Fr. 55 088.– (von 1985 an hochgerechneter Hilfsgipserlohn nach Rahmenvertragsvorgaben) geltend gemacht – nahm die SUVA nochmals Rücksprache mit der früheren Arbeitgeberfirma R. Mit Entscheid vom 1. Dezember 1995 hiess die SUVA die Einsprache teilweise gut, indem sie sich im Punkte des versicherten Verdienstes bereit erklärte, diesen auf Fr. 64 539.– festzulegen; hingegen hielt sie am Invaliditätsgrad von 15% und insbesondere am Valideneinkommen von Fr. 45 119.– fest.

B. – Die hiegegen erhobene Beschwerde wies das Versicherungsgericht des Kantons X. nach Durchführung einer Hauptverhandlung am 12. März 1997 mit Entscheid vom 7. April 1997 ab.

C. – A. O. lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit den Anträgen auf Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides, Anweisung an das kantonale Gericht, den ehemaligen Arbeitgeber F. N. der Firma R. als Zeu-

gen einzuvernehmen und, «gemäss dem Ergebnis dieser Befragung», den Erwerbsunfähigkeitsgrad neu festzusetzen; eventualiter sei ihm direkt eine Invalidenrente, basierend auf einem Erwerbsunfähigkeitsgrad von 55%, zuzusprechen. Ferner ersucht er um die Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung.

Die SUVA schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

II.

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

1. – In Bezug auf die Integritätsentschädigung und die indirekte Verrechnung mit bezogenem Arbeitslosentaggeld ist die Verfügung vom 20. Februar 1995 unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Der versicherte Verdienst nach Art. 15 Abs. 2 UVG beträgt gemäss den Darlegungen der Beschwerdegegnerin im Einspracheentscheid Fr. 64 539.– und wird vom Beschwerdeführer ebenfalls nicht beanstandet. Die Beschwerdegegnerin weist in der Vernehmlassung zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu Recht darauf hin, dass das Institut der Anschlussbeschwerde dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren fremd ist (BGE 120 V 127 Erw. 6 mit Hinweisen). Weil ein Leistungsstreit vorliegt, ist es der Beschwerdegegnerin indessen unbenommen, Gründe vorzubringen, die möglicherweise zu einer Abänderung des angefochtenen Entscheides zu ihren Gunsten führen könnten (BGE 106 V 248 Erw. 1; ZAK 1986 S. 298 mit Hinweisen). Allein, die SUVA legt nicht näher dar, aus welchen Gründen der versicherte Verdienst in Verletzung von Bundesrecht bemessen worden wäre oder als unangemessen (Art. 132 lit. a OG) zu bezeichnen wäre. Streitig und zu prüfen ist daher einzig die Höhe der dem Beschwerdeführer zustehenden Invalidenrente im Sinne des UVG.

2. – Wird der Versicherte infolge eines Unfalles invalid, so hat er Anspruch auf eine Invalidenrente (Art. 18 Abs. 1 UVG). Als invalid gilt, wer voraussichtlich bleibend oder für längere Zeit in seiner Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt ist (Art. 18 Abs. 2 Satz 1 UVG). Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades wird das Erwerbseinkommen, das der Versicherte nach Eintritt der unfallbedingten Invalidität und nach Durchführung allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihm zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das er erzielen könnte, wenn er nicht invalid geworden wäre (Art. 18 Abs. 2 Satz 2 UVG).

3. – a) Während die Vorinstanz und die SUVA als Valideneinkommen denjenigen Verdienst als Grundlage nahmen, den der Beschwerdeführer bei

der Firma H. im Jahre 1994 erzielt hätte, verlangt der Versicherte, als Basis sei das bei der Firma R., bei der er zur Zeit des Unfalles als Hilfgipser tätig gewesen sei, zu berücksichtigen. Ihren Standpunkt begründen die Vorinstanz und die SUVA im Wesentlichen damit, da der Austritt bei der Firma R. aus unfallfremden Gründen erfolgt sei, sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer auch ohne Unfall zur Firma H. gewechselt hätte, weshalb zur Bestimmung des Valideneinkommens auf diese Anstellung abzustellen sei. Somit betrage das massgebliche Einkommen ohne Unfall 1994 Fr. 44 686.–.

b) In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird demgegenüber behauptet, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Firma R. sei letztlich doch gesundheitsbedingt gewesen, indem der Arbeitgeber die aus der unfallbedingten Behinderung entstehenden Schwierigkeiten des Beschwerdeführers mit der Ausübung der Arbeit nicht anerkannt habe. In prozessualer Hinsicht macht der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, sei ihm doch das Gesprächsprotokoll vom 12. Oktober 1995 über die bei der Firma R. mündlich eingeholten Einkünfte zu den mutmasslich 1993/94 erzielbaren Löhnen erst zusammen mit dem Einspracheentscheid zugestellt worden. Er habe sich deshalb zu diesen Auskünften im Einspracheverfahren nicht äussern können. Im kantonalen Beschwerdeverfahren habe der Instruktionsrichter nach Abschluss des Schriftenwechsels u. a. verfügt, dass auf die von ihm beantragte Einvernehmung des ehemaligen Arbeitgebers F. N. der Firma R. als Zeugen verzichtet werden könne, da die Höhe des von ihm geltend gemachten Validenlohnes nicht mehr streitig sei und damit die Gründe für den späteren Stellenwechsel irrelevant seien. Daher habe der Beschwerdeführer in der Hauptverhandlung vom 12. März 1997 ausdrücklich auf die beantragte Zeugeneinvernahme und die Prüfung der erhobenen Gehörsverletzungsrüge verzichtet. Im angefochtenen Entscheid sei die Vorinstanz nun aber von einem weiterhin bestrittenen Valideneinkommen ausgegangen, das sie auf Fr. 44 686.– festgelegt habe.

c) Die Rüge der Gehörsverletzung ist durchaus begründet: Der Frage, ob man aufgrund und in Anbetracht der vom Beschwerdeführer zur Zeit des Unfalles vom 18. September 1985 für die Firma R. ausgeübten Hilfgipsertätigkeit annehmen kann, er würde ohne Invalidität ein Einkommen von (rechnerisch unbestritten) Fr. 64 539.– verdienen, kommt fallentscheidende Bedeutung zu. Für die Beantwortung dieser Frage sind die Angaben des früheren Arbeitgebers F. N. von zentraler Bedeutung. Wenn die Vorinstanz im Rahmen der Bestimmung des Valideneinkommens unter den Betrag von Fr. 64 539.– gehen wollte, nachdem der Instruktionsrichter nach Abschluss des Schriftenwechsels am 14. November 1996 u. a. verfügte, auf die Ladung

des F. N. als Zeuge werde verzichtet, da die Höhe des Validenlohnes nicht mehr streitig sei und die Gründe für den späteren Stellenwechsel irrelevant seien, so konnte sie nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, der Beschwerdeführer verzichte auf die beantragte Befragung des früheren Arbeitgebers. Die Sache ist daher an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie F. N. als Zeugen einvernehme und ihn zu den Umständen und Motiven der Auflösung des Anstellungsverhältnisses ebenso befrage wie zu den mutmasslich 1993/94 erzielbaren Einkünften, welche der Beschwerdeführer erreichen könnte, wenn er bei dieser Stelle geblieben wäre. Eine gerichtliche Abklärung dieses Punktes drängt sich vorliegend auch deshalb auf, weil die Angaben von F. N. von zentraler Bedeutung sind, so dass das Prozedere der SUVA (Besprechung des Inspektors mit dem ehemaligen Arbeitgeber im Restaurant A., festgehalten in einer Aktennotiz) den Anforderungen nicht genügt, wie sie die Rechtsprechung für die Beweiserhebung im Administrativverfahren aufgestellt hat (BGE 117 V 285 Erw. 4c, seither immer wieder bestätigt, zuletzt im unveröffentlichten Urteil Erben K. vom 20. Februar 1998 in Sachen IV mit weiteren Hinweisen).

4. – a) Umstritten ist sodann die Höhe des Invalideneinkommens, welches von SUVA und Vorinstanz auf jährlich Fr. 39 000.– (Fr. 3000.– x 13) festgelegt worden ist. In der Vernehmlassung verweist die SUVA darauf, dass selbst nach den Angaben in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde eine Halbtags­tätigkeit im Druckereigewerbe mit einem Jahresgehalt von Fr. 22 200.– und – bei 100%igem Einsatz – mit Fr. 44 400.– entschädigt würde, was praktisch dem Valideneinkommen entspreche, so dass die zugesprochenen 15% Invaliditätsgrad als äusserst grosszügig zu betrachten seien. Die Vorinstanz hat dazu erwogen:

«Dr. F., der das Knie des Beschwerdeführers behandelt hat, hat im Dezember 1994 mitgeteilt, dass der Beschwerdeführer keine schwere Arbeit mehr leisten könne; eine leichte, grösstenteils sitzende Tätigkeit sei dem Beschwerdeführer ohne weiteres zumutbar 'und auch zu mindestens 75% möglich'. Der SUVA-Kreisarzt hat im September 1994 befunden, dem Beschwerdeführer seien 'sämtliche leichten wechselbelastenden Männerarbeiten in Industrie und Gewerbe' zuzumuten; in Frage kämen Kontroll- und Überwachungsfunktionen, Portierdienste, Magazin- und Archivarbeiten, hausinterne Botengänge oder leichte Montagearbeiten am Fließband. Die IV hat bei ihren Abklärungen einen realisierbaren *Invalidenlohn* von Fr. 37 440.– p. a. ermittelt. Die SUVA bemisst das erzielbare Invalideneinkommen auf Fr. 40 180.– p. a. Angesichts der diversen erwerblichen Abklärungen und Arztberichte, namentlich auch des Berichts von Dr. F., erscheint es durchaus vertretbar,

von einem erzielbaren Invalideneinkommen von monatlich rund Fr. 3000.– oder von *Fr. 39 000.– p. a.* auszugehen.»

b) In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird die Erzielung eines Jahreseinkommens von Fr. 39 000.– als unrealistisch bezeichnet. Einen Arbeitsmarkt, welcher einfache, wenig anforderungsreiche, abwechselnd stehend und sitzend ausgeführte Tätigkeiten mit Fr. 39 000.– entschädige, gebe es aus strukturellen Gründen nicht mehr (Wegfall entsprechender Stellen durch Automatisierung und Verlagerung in Billiglohnländer). Massgebend sei nach ständiger Rechtsprechung vielmehr das durchschnittliche Lohnniveau in einer bestimmten Branche und in der konkreten beruflichen Situation unter Berücksichtigung der jeweils gegebenen Einschränkungen. Ausgehend von der Erhebung des Bundesamtes für Statistik über monatliche Bruttolöhne im privaten Sektor (Basis 1994) für Männer in den hier möglichen Tätigkeitsbereichen (Maschinen einrichten, bedienen, unterhalten, sichern, bewachen; Verkauf von Konsumgütern/Dienstleistungen; Reinigen) sei von einem Durchschnitt im Quartalsbereich von Fr. 3082.– bis Fr. 4720.– auszugehen. Dabei handle es sich jedoch um Löhne für gesunde, voll leistungsfähige Arbeitnehmer. Daher müssten diese Werte um praxisgemäss 25% reduziert werden, was zu einem erzielbaren Invalideneinkommen von durchschnittlich rund Fr. 25 600.– pro Jahr führe.

c) Nachdem die Sache ohnehin an das kantonale Gericht zur ergänzenden Abklärung betreffend das Valideneinkommen zurückzuweisen ist, rechtfertigt es sich, bei dieser Gelegenheit auch Aktenergänzungen zum Invalideneinkommen vorzunehmen. Das erscheint um so angemessener (Art. 132 lit. a OG), als der Beschwerdeführer anscheinend seit 1. Januar 1997 in der Firma T. angestellt ist und aus dieser Tätigkeit einen Jahreslohn von Fr. 22 200.– erzielt. Zwar fällt die Aufnahme dieser Erwerbsarbeit in eine Zeit lange nach dem Einspracheentscheid. Doch lassen sich daraus unter Umständen Rückschlüsse für die Invaliditätsbemessung im massgeblichen Prüfungszeitraum gewinnen, und zwar um so mehr, als seitens des Beschwerdeführers weder eine Verbesserung noch eine Verschlechterung seines Gesundheitszustandes und Leistungsvermögens seit Erlass des Einspracheentscheides behauptet wird. Es wird also in erster Linie zu prüfen sein, ob und inwieweit der Beschwerdeführer durch die Ausübung dieser konkreten Erwerbstätigkeit das ihm ärztlicherseits unstreitig attestierte Leistungsvermögen von 75% in einer angepassten Tätigkeit ausschöpft. Je nachdem sind Bezugnahmen auf (andere) zumutbare Verweisungstätigkeiten oder auf statistische Grundlagen entbehrlich.

...

Sonderfälle der Bestimmung des Invaliditätsgrades

U 329 Urteil des EVG vom 14. September 1998 i. Sa. P. R.

Sonderfälle der Bestimmung des Invaliditätsgrades (Art. 18 Abs. 2 und 3 UVG; Art. 28 Abs. 2 UVV; Art. 28 Abs. 2 IVG):

Zur Gesetzmässigkeit von Art. 28 Abs. 2 zweiter Satz UVV, wonach – im Unterschied zur Invalidenversicherung – bei der Ermittlung des Invaliditätsgrades die Behinderung in nicht nach dem Gesetz versicherten oder nicht entlöhnten Tätigkeiten nicht berücksichtigt wird (Erw. 2).

Evaluation du degré d'invalidité dans des cas spéciaux (art. 18 al. 2 et 3 LAA; art. 28 al. 2 OLAA; art. 28 al. 2 LAI):

A propos de la légalité de l'art. 28, al. 2, 2^e phrase, OLAA: à la différence de l'assurance-invalidité, l'incapacité subie dans les activités non assurées en vertu de la loi ou non rémunérées n'est pas prise en considération pour la détermination du degré d'invalidité (cons. 2).

Determinazione del grado d'invalidità in casi speciali (art. 18 cpv. 2 e 3 LAINF; art. 28 cpv. 2 OAINF; art. 28 cpv. 2 LAI):

Riguardo alla legalità dell'art. 28 cpv. 2 seconda frase OAINF: a differenza dell'assicurazione invalidità, al momento di determinare il grado d'invalidità non si prende in considerazione l'invalidità causata esercitando attività non remunerate o non assicurate secondo la legge (cons. 2).

Auszug aus den Erwägungen:

...

2. – In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird (materiell) einzig die von der Vorinstanz bejahte Gesetzmässigkeit des Art. 28 Abs. 2 UVV bestritten, und zwar insofern, als nach Satz 2 dieser Verordnungsbestimmung bei der Ermittlung des Invaliditätsgrades die Behinderung in nicht nach dem Gesetz versicherten oder nicht entlöhnten Tätigkeiten nicht berücksichtigt werde. Diese Regelung verletze den in Lehre und Rechtsprechung als einheitlich bezeichneten Invaliditätsbegriff des Sozialversicherungsrechts. Wie bei der Ermittlung des Invaliditätsgrades nach Art. 28 Abs. 2 IVG müssten somit auch bei der Invaliditätsbemessung im Rahmen von Art. 18 Abs. 2 UVG die Einschränkungen des Beschwerdeführers in seiner Tätigkeit als selbständig erwerbender Landwirt berücksichtigt werden. Dieser Betrachtungsweise kann nicht beigespflichtet werden.

Zwar trifft zu, dass der Invaliditätsbegriff in der Invalidenversicherung mit demjenigen in der obligatorischen Unfallversicherung (und in der

Militärversicherung) grundsätzlich übereinstimmt, weshalb die Schätzung der Invalidität mit Bezug auf den gleichen Gesundheitsschaden praxisgemäss den gleichen Invaliditätsgrad zu ergeben hat (BGE 119 V 470 Erw. 2b mit Hinweisen; *Locher*, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 2. Aufl., Bern 1997, S. 80 Rz 5 und S. 263 Rz 12). Indessen kann diese Koordinationsregel in dem Sinne nicht absolut verstanden werden, dass die unterschiedliche gesetzliche Regelung oder Rechtspraxis in den einzelnen Versicherungsbereichen ungeachtet des übereinstimmenden Invaliditätsbegriffes zu einer abweichenden Invaliditätsbemessung führen könne (vgl. dazu die in BGE 119 V 470 f. Erw. 2b aufgezählten Beispiele; ferner *Rumo-Jungo*, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 2. Aufl., Zürich 1995, S. 97).

Ein wesentlicher Unterschied zwischen der (obligatorischen) Unfallversicherung und der Invalidenversicherung besteht nun (bereits) in Bezug auf die Umschreibung des persönlichen Geltungsbereiches dieser beiden Sozialversicherungszweige. Sind laut Art. 1 IVG nach Massgabe dieses Gesetzes Personen versichert, die gemäss den Artikeln 1 und 2 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) obligatorisch oder freiwillig versichert sind, erstreckt sich die obligatorische Unfallversicherung – von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen – gemäss Art. 1 Abs. 1 UVG auf alle in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmer, einschliesslich der Heimarbeiter, Lehrlinge, Praktikanten, Volontäre sowie der in Lehr- oder Invalidenwerkstätten tätigen Personen. Selbständig Erwerbende im AHV-rechtlichen Sinne unterstehen somit der Invalidenversicherung, sind aber in der Regel nicht obligatorisch unfallversichert (zur Verbindlichkeit des AHV-Statuts für die Unfallversicherung vgl. BGE 115 V 55 und RKUV 1992 Nr. U 155 S. 251 sowie nun Art. 1 UVV in der ab 1. Januar 1998 gültigen Fassung gemäss Änderung vom 15. Dezember 1997), es sei denn im Rahmen der freiwilligen Versicherung gemäss Art. 4 f. UVG. Der Grundsatz der Einheitlichkeit des Invaliditätsbegriffes kann daher nicht zu einer vom klaren Wortlaut des Art. 28 Abs. 2 zweiter Satz UVV abweichenden Auslegung Anlass geben. Inwiefern die betreffende Verordnungsvorschrift offensichtlich den Rahmen der dem Bundesrat in Art. 18 Abs. 3 UVG übertragenen Befugnis zum Erlass ergänzender Vorschriften über die Bestimmung des Invaliditätsgrades sprengt oder aus andern Gründen Verfassung oder Gesetz widerspricht, ist nicht ersichtlich und wird auch nicht dargetan (vgl. BGE 124 V 15 Erw. 2a, 123 II 44 Erw. 2b, je mit Hinweisen). Das Eidgenössische Versicherungsgericht ist denn auch bisher, soweit ersichtlich, so insbesondere in dem von *Omlin* (Die Invalidität in der obliga-

torischen Unfallversicherung, Diss. Freiburg 1995, S. 179) erwähnten unveröffentlichten Urteil S. vom 13. Januar 1993, ohne weiteres von der Gesetzmässigkeit von Art. 28 Abs. 2 UVV ausgegangen (ebenso unveröffentlichtes Urteil L. vom 16. März 1998.

...

Adäquater Kausalzusammenhang bei psychischen Unfallfolgen

U 330 Urteil des EVG vom 15. September 1998 i. Sa. I. I.

Adäquater Kausalzusammenhang bei psychischen Unfallfolgen (Art. 6 UVG):

Übersicht über die Fälle, die seit BGE 115 V 135 zu den schweren Fällen im mittleren Bereich gerechnet worden sind (Erw. 4b/bb).

Lien de causalité adéquate en cas de troubles psychiques consécutifs à un accident (art. 6 LAA):

Aperçu des cas qui, depuis l'arrêt ATF 115 V 135, ont été classés comme graves dans la catégorie des accidents de gravité moyenne (cons. 4b/bb).

Rapporto di causalità adeguato in caso di postumi psichici di infortuni (art. 6 LAINF):

Panoramica dei casi che dalla DTF 115 V 135 sono stati considerati come i più gravi nella categoria degli infortuni di gravità media (cons. 4b/bb).

Auszug aus den Erwägungen:

...

4. – b) aa) Die Vorinstanz ordnete den Unfall der Kategorie der mittelschweren Unfälle zu. Sie sah keines der in BGE 115 V 140 Erw. 6 c/aa aufgezählten Kriterien in besonders ausgeprägter Weise als erfüllt an, so dass die Gesamtbeurteilung zu einer Verneinung des adäquaten Kausalzusammenhangs führte. Demgegenüber erachtet der Beschwerdeführer den Unfall als schweren Fall oder zumindest schwereren Fall im mittleren Bereich. Er führt aus, er habe die herabstürzende Mauer erst im letzten Moment gesehen; die kurze Zeit des Gewährwerdens der Bedrohung sei vorliegend nach allgemeiner Lebenserfahrung geeignet, die bekannten gesundheitlichen Probleme zu verursachen.

bb) Aufgrund des Geschehensablaufs und der Verletzungen, die sich der Beschwerdeführer zuzog, kann der Unfall vom 8. März 1996 weder als leicht noch als schwer qualifiziert werden. Insbesondere liegt im Sinne der Praxis (dargestellt in RKUV 1995 Nr. U 215 S. 91) kein ausserordentlich schweres, lebensbedrohendes Geschehen vor. Zu prüfen bleibt, wie der Unfall innerhalb des mittleren Bereichs zu qualifizieren ist.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat bisher etwa folgende Fälle als schwerere Fälle im mittleren Bereich bezeichnet: Die versicherte Per-

son geriet beim Kehlen mit der rechten Hand in die Kehlmaschine; dabei wurden die Finger I–III total sowie die Finger IV–V subtotal amputiert (nicht veröffentlichtes Urteil M. vom 13. Juni 1996). Ein Bauhilfsarbeiter stürzte in einen rund acht Meter tiefen Kaminschacht und zog sich dabei eine offene Fraktur des rechten Fusses zu (nicht veröffentlichtes Urteil A. vom 10. Mai 1995). Ein Maler glitt bei Arbeiten auf einer Röhre aus und stürzte mehrere Meter tief auf den Boden; er erlitt dabei eine Basisfraktur Metatarsale IV des rechten Fusses, einen undislozierten LWK I- und II-Vorderkantenabbruch sowie ein Glutealhämatom rechts (nicht veröffentlichtes Urteil G. vom 11. Juli 1995). Eine Radfahrerin wurde von einem nicht vortrittsberechtigten Lastwagen angefahren; diagnostiziert wurde eine obere und untere Schambeinastfraktur links sowie eine Oberschenkelkontusion rechts (nicht veröffentlichtes Urteil M. vom 17. Januar 1995). Auf einem Gleisschotterband kam eine versicherte Person zu Fall und beim Versuch, sich vor einem Sturz vom Band zu retten, geriet sie mit dem rechten Vorderarm in den Fördermechanismus; der Arm wurde regelrecht abgeknickt mit der Folge einer offenen Fraktur, einer Durchspießung der Haut und einer schweren Kontusion der Weichteile (nicht veröffentlichtes Urteil B. vom 29. Dezember 1995). Ein Zweiradfahrer wurde von einem Personenwagen frontal erfasst, auf die Motorhaube gehoben und rund 22 m von der Kollisionsstelle weg auf das Trottoir geschleudert; er zog sich dabei eine Commotio cerebri, eine Humerus-Querfraktur rechts, eine proximale Ulnaschaft-Fraktur links, eine proximale Radiushals-Fraktur links sowie eine laterale Tibiakopf-Impressionsfraktur links zu (nicht veröffentlichtes Urteil C. vom 23. Dezember 1991). Ein Insasse wurde nach einer Kollision mit einem anderen Personenwagen aus einem Fahrzeug hinausgeschleudert; das rechte Bein blieb bis zur Leiste im umgestürzten Auto eingeklemmt; dabei wurde eine Commotio cerebri, eine offene Quetschwunde am Hinterkopf, ein Mittelhandbruch rechts sowie eine Kontusion und ein Hämatom an der linken Leiste diagnostiziert (nicht veröffentlichtes Urteil A. vom 29. Oktober 1991). Eine Mofa-Fahrerin zog sich bei einem Zusammenstoss mit einem Personenwagen eine Tibiakopffraktur zu (nicht veröffentlichtes Urteil P. vom 14. Dezember 1989).

Umgekehrt hat das Eidgenössische Versicherungsgericht folgendes Unfallereignis nicht als schwereren Fall im mittleren Bereich betrachtet: Auf einen Bauhandlanger kippten acht schwere Schalungselemente mit einer Länge von 2,5 m, einer Breite von 2 m und einem Durchmesser von 10 cm; er konnte erst nach rund sechs Minuten unter Zuhilfenahme eines Krans befreit werden; er erlitt eine Kontusion der Lendenwirbel und des Thorax sowie verschiedene Schürfwunden. Bei diesem Ereignis nahm das

Eidgenössische Versicherungsgericht eine gewisse Eindrücklichkeit des Geschehens an, verneinte indessen die Adäquanz mangels Erfüllung weiterer Kriterien (nicht veröffentlichtes Urteil B. vom 13. November 1989).

cc) Im Lichte dieser Rechtsprechung ist der zur Diskussion stehende Unfall aufgrund des Herganges und der Verletzungen nicht als schwererer Fall im mittleren Bereich zu bezeichnen. Zwar ist dem Beschwerdeführer zuzustimmen, dass eine nur kurze Zeit des Gewährwerdens der Bedrohung genügen kann, um von einer besonderen Eindrücklichkeit auszugehen. Einzuräumen ist auch, dass das Herabstürzen einer rund drei Meter hohen Mauer subjektiv für den Betroffenen eindrücklich sein kann; doch erweist sich das vorliegend zu beurteilende Unfallgeschehen bei objektiver Betrachtung nicht als derart gravierend, dass dieses Einzelkriterium rechtfertigte, die aufgetretene psychogene Fehlentwicklung als adäquat zu bezeichnen. Vielmehr müssten weitere objektive Kriterien erfüllt sein, was indessen nicht der Fall ist. Die Art und Schwere der erlittenen Verletzungen, die nach längstens fünf Monaten ohne somatische Folgen abgeheilt waren, sind erfahrungsgemäss wenig geeignet, eine psychische Fehlentwicklung auszulösen. Die Dauer der medizinischen Behandlung, die nach dem gleichen Zeitraum abgeschlossen war, kann nicht als ungewöhnlich lang betrachtet werden. Die weitere Behandlung stand allein im Zusammenhang mit der psychischen Erkrankung. Auch Grad und Dauer der physisch bedingten Arbeitslosigkeit waren nicht von besonderem Ausmass. Insbesondere ist zu beachten, dass der Versicherte bereits einen Tag nach dem Unfall in gutem Allgemeinzustand und weitgehend beschwerdefrei aus dem Spital entlassen wurde und die neurologischen Abklärungen drei Wochen nach dem Unfall keine unfallursächlichen Befunde ergaben. Ärztliche Fehlbehandlungen mit Verschlimmerung der Unfallfolge oder ein schwieriger Heilungsverlauf mit erheblichen Komplikationen liegen ebenfalls keine vor.

Demnach ist keines der von der Rechtsprechung für die Bejahung des adäquaten Kausalzusammenhangs bei mittelschweren Unfällen entwickelten Kriterien derart erfüllt, dass die Adäquanz des Unfalles bejaht werden könnte.

dd) Weder aus der Persönlichkeitsstruktur des Verunfallten noch aus seiner Herkunft oder aus seiner familiären Situation kann nach der Rechtsprechung für die Adäquanz des Kausalzusammenhangs direkt etwas abgeleitet werden. Vielmehr wird diesen Umständen – wie auch dem subjektiven Unfallerleben – dadurch Rechnung getragen, dass bei der Frage, ob ein Unfall nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, eine psychische Gesundheitsschädigung herbeizu-

führen, auf eine weite Bandbreite der Versicherten abgestellt wird. Hiezu gehören auch jene Versicherten, welche einen Unfall aufgrund ihrer psychisch belastenden sozialen oder familiären Situation oder wegen der einfachen Persönlichkeitsstruktur schlechter verkraften als Versicherte ohne zusätzliche Belastungen (BGE 115 V 146 Erw. 11b). Erfahrungsgemäss vermag aber ein Versicherter innerhalb dieser weiten Bandbreite einen Unfall von der vorliegenden Art, welcher von keinerlei auffälligen Begleitumständen und Folgen gekennzeichnet ist, zu verkraften. Löst ein solcher Unfall wie hier dennoch eine psychische Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit aus, so muss diese auf unfallfremde Faktoren zurückgeführt werden.

...

Bindung des kantonalen Gerichts an den letztinstanzlichen Rückweisungsentscheid

U 331 Urteil des EVG vom 19. Oktober 1998 i. Sa. Ch. H.

Bindung des kantonalen Gerichts an den letztinstanzlichen Rückweisungsentscheid (Art. 114 Abs. 2 i. V. m. Art. 132 OG; Art. 156 OG):

Das Eidgenössische Versicherungsgericht wie auch das kantonale Gericht, an welches die Sache zur Vornahme ergänzender Abklärungen zurückgewiesen wird, sind an den letztinstanzlichen Rückweisungsentscheid gebunden (Erw. 2 und 3).

Hält sich das kantonale Gericht nicht an die Weisungen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts und wird dessen zweiter Entscheid deswegen aufgehoben, so können dem Kanton Gerichtskosten überbunden werden (Erw. 4).

Le Tribunal cantonal est-il lié par la décision de renvoi de la dernière instance (art. 114 al. 2 en corrélation avec l'art. 132 OJ; art. 156 OJ):

Le Tribunal fédéral des assurances de même que le Tribunal cantonal auquel l'affaire a été renvoyée pour complément d'examen sont liés par la décision de renvoi de la dernière instance (cons. 2 et 3).

Si le Tribunal cantonal ne s'en tient pas aux instructions du Tribunal fédéral des assurances et que sa deuxième décision est annulée pour cette raison, les frais judiciaires peuvent être mis à la charge du canton (cons. 4).

Vincolo del Tribunale cantonale alla decisione di rinvio dei giudici di ultima istanza (art. 114 cpv. 2 in relazione con l'art. 132 OG; art. 156 OG):

Il Tribunale federale delle assicurazioni e il Tribunale cantonale, a cui la questione è stata rinviata per ulteriori accertamenti, sono vincolati alla decisione di rinvio dei giudici di ultima istanza (cons. 2 e 3).

Se il Tribunale cantonale non si attiene alle istruzioni del Tribunale federale delle assicurazioni e di conseguenza la sua seconda decisione viene annullata, le spese di giudizio possono essere a carico del Cantone (cons. 4).

Auszug aus den Erwägungen:

1. – Beim Entscheid des Obergerichts des Kantons X, mit welchem die SUVA verpflichtet wird, ergänzende Abklärungen im Sinne des Urteils des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 17. Oktober 1997 vorzunehmen und neu zu verfügen, handelt es sich um einen Rückweisungsentscheid.

Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts stellt der Rückweisungsentscheid einer kantonalen Rekursinstanz eine im Sinne von Art. 128 in Verbindung mit Art. 97 Abs. 1 OG und Art. 5 VwVG mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidgenössische Versicherungsgericht anfechtbare Endverfügung dar (BGE 120 V 237 Erw. 1a, 117 V 241 Erw. 1 mit Hinweisen). Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist daher einzutreten.

2. – Anfechtbar ist grundsätzlich nur das Dispositiv, nicht aber die Begründung eines Entscheides. Verweist indessen das Dispositiv eines Rückweisungsentscheides ausdrücklich auf die Erwägungen, werden diese zu dessen Bestandteil und haben, soweit sie zum Streitgegenstand gehören, an der formellen Rechtskraft teil. Dementsprechend sind die Motive, auf die das Dispositiv verweist, für die Behörde, an die die Sache zurückgewiesen wird, verbindlich (BGE 120 V 237 Erw. 1a, 117 V 241 Erw. 2a). Bezüglich der Bundesrechtspflege bestimmt das Gesetz dies für Zivil- und Strafsachen ausdrücklich (Art. 66 OG, Art. 277^{ter} BStP), doch gilt dieser Grundsatz ebenfalls, wenn über eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit zu befinden ist (BGE 117 V 241 Erw. 2a mit Hinweisen). Die genannten Bestimmungen beruhen auf dem Gedanken, dass die betreffende Rechtsfrage für den konkreten Streitfall als endgültig entschieden zu gelten hat, wie dies bei einem letztinstanzlichen Endurteil der Fall ist. Wird der neue Entscheid der unteren Instanz wiederum weitergezogen, so ist das Eidgenössische Versicherungsgericht an die Erwägungen gebunden, mit denen es die Rückweisung begründet hat (vgl. BGE 111 II 94, 99 II Ib 520 Erw. 1b, 94 I S. 388).

3. – a) Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat im Urteil vom 17. Oktober 1997 bestätigt, dass dem Versicherten sowohl die Rentenzahlungen als auch die Integritätsentschädigung zu Unrecht ausgerichtet wurden. Des Weiteren hat es im Zusammenhang mit der Erlassfrage eine unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts erkannt, indem im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren kein psychiatrisches Gutachten veranlasst worden war. Es wies die Sache daher an das Obergericht des Kantons X zurück, damit dieses, nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen, neu entscheide. Die Vorinstanz ist dem nicht nachgekommen mit der Begründung, der vom Eidgenössischen Versicherungsgericht festgestellte Mangel sei bereits im verwaltungsinternen Verfahren der SUVA eingetreten. Daher – und um dem Versicherten den Instanzenzug zu wahren – sei es angezeigt, die Sache zur erforderlichen ergänzenden Abklärung an die Verwaltung zurückzuweisen. In ihrer Vernehmlassung weist sie zudem darauf hin, dass sie die Sache an die SUVA zurückgewiesen hätte, wenn sie die Unvollständigkeit der Sachverhaltsabklärung selber erkannt hätte.

b) Der vorinstanzlichen Betrachtungsweise kann nicht gefolgt werden. Das Eidgenössische Versicherungsgericht wie auch das kantonale Gericht sind an die verbindlichen Weisungen gemäss Rückweisungsentscheid vom 17. Oktober 1997 gebunden. Danach obliegt es allein dem Obergericht des Kantons X den Sachverhalt mittels einer psychiatrischen Expertise abzuklären und aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse über den Erlass der Rückerstattungsforderung neu zu befinden. Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht in BGE 117 V 242 Erw. 2b ausgeführt hat, hat dies auch dann zu gelten, wenn die Vorinstanz ihre Rückweisung damit begründet, auf diesem Weg werde dem Beschwerdegegner der Instanzenzug bewahrt. Zudem kann das kantonale Gericht seine eigene Rückweisung aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 114 Abs. 2 OG nicht auf diese Bestimmung der Bundesrechtspflege stützen. Aus den genannten Gründen ist der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben.

4. – Nach Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG dürfen einem Kanton, der nicht Partei ist, grundsätzlich keine Gerichtskosten und Parteientschädigungen überbunden werden. In Anwendung von Art. 156 Abs. 2 OG sowie Art. 159 Abs. 5 in Verbindung mit Art. 156 Abs. 6 OG rechtfertigt sich eine Ausnahme von dieser Regel indessen namentlich dann, wenn ein richterlicher Entscheid in qualifizierter Weise die Pflicht zur Justizgewährleistung verletzt und den Parteien Kosten verursacht hat. Im vorliegenden Fall hat sich das kantonale Gericht nicht an die Weisungen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts gehalten, weshalb es sich rechtfertigt, die Gerichtsgebühr in Anwendung von Art. 156 Abs. 2 OG dem Kanton X zu überbinden. Eine Parteientschädigung ist dagegen weder der SUVA (vgl. BGE 118 V 169 Erw. 7) noch dem Beschwerdegegner, welcher sich nicht hat vernehmen lassen, zuzusprechen.