

RKUV / RAMA / RAMI 4/2005

Kranken- und Unfallversicherung
Rechtsprechung und Verwaltungspraxis

Assurance-maladie et accidents
Jurisprudence et pratique administrative

Assicurazione malattia e infortuni
Giurisprudenza e prassi amministrativa



BAG OFSP UFSP SFOPH

Impressum

Ausgabe/Edition/Edizione: 4/2005

Herausgeber/Editeur/Editore:

© Bundesamt für Gesundheit (BAG)

© Office fédéral de la santé publique (OFSP)

© Ufficio federale della sanità pubblica (UFSP)

Redaktion/Rédaction/Redazione:

Marc Léderrey, Monika Schuler,
Bernard Schuler, Helen Kaufmann

Weitere Informationen/Autres informations/Altre informazioni:

BAG, Kranken- und Unfallversicherung

Hessstrasse 27e, 3003 Bern

Telefon 031 322 90 22, Telefax 031 322 78 80

E-Mail: anne-marie.flury@bag.admin.ch (UV/AA/Alnf)

Vertrieb/Distribution/Distribuzione:

BBL, Vertrieb Publikationen, CH-3003 Bern

OFCL, Diffusion publications, CH-3003 Berne

UFCL, Distribuzione pubblicazioni, CH-3003 Berna

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

www.bbl.admin.ch/Bundespublikationen

Auflage/Tirage/Tiratura: 1670

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

Abonnementspreis inkl. MWSt: Fr. 27.60

Prix d'abonnement TVA incluse: fr. 27.60

Prezzo d'abbonamento IVA compresa: fr. 27.60

BBL-Artikelnummer: 316.997.05

BAG-Publikationsnummer: BAG KUV 9.05 1670kombi 66EXT05001

Gedruckt auf chlorfrei gebleichtem Papier

September 2005 / septembre 2005 / settembre 2005

Inhalt

Sommaire

Sommario

■ Krankenversicherung/Assurance-maladie/Assicurazione malattia

247 ■ **Fixation de la valeur initiale du point TARMED pour les prestations ambulatoires dans les cliniques privées**

KV 331 Décision du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 dans la cause opposant l'Association des Cliniques Privées de Genève (ACPG) et plusieurs cliniques privées au Conseil d'Etat du canton de Genève.

254 ■ **Fissazione del valore iniziale del punto TARMED per le prestazioni ambulatoriali delle cliniche private**

KV 332 Decisione del Consiglio federale del 23 marzo 2005 nelle cause santésuisse e Associazione Cliniche Private Ticinesi (ACPT) e cliniche affiliate contro il Consiglio di Stato del Cantone Ticino

265 ■ **Steuerbefreiung von Institutionen mit öffentlichen Zwecken**

KV 333 Urteil der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 28. April 2005 (2P.12/2004)

271 ■ **Leistungsanspruch im tariflosen Zustand**

KV 334 Urteil des EVG vom 17. Mai 2005 (K 134/01)

284 ■ **Conditions de la prise en charge des coûts d'un traitement non examiné par la Commission des prestations**

KV 335 Arrêt du TFA du 12 mai 2005 (K 9/05)

290 ■ **Prestations à l'étranger (hors cas d'urgence)**

KV 336 Arrêt du TFA du 5 juillet 2005 (K 31/05)

295 ■ **Kündigungsfrist beim Wechsel des obligatorischen Krankenpfleversicherers**

KV 337 Urteil des EVG vom 28. Juli 2005 (K 26/05)

■ **Unfallversicherung/Assurance-accidents/Assicurazione infortuni**

299 ■ Versicherter Verdienst

U 551 Urteil des EVG vom 1. Februar 2005 i. Sa. M. (U 307/04)

306 ■ Leistungskürzung wegen absolutem Wagnis

U 552 Urteil des EVG vom 9. Februar 2005 i. Sa. H. (U 336/04)

311 ■ Kürzung der Geldleistungen wegen Beteiligung an einer Rauferei

U 553 Urteil des EVG vom 3. März 2005 i. Sa. T. (U 360/04)

315 ■ Valideneinkommen

U 554 Urteil des EVG vom 9. März 2005 i. Sa. B. (U 340/04)

322 ■ Adäquater Kausalzusammenhang bei psychischer Fehlentwicklung nach Unfall

U 555 Urteil des EVG vom 7. April 2005 i. Sa. A. (U 458/04)

328 ■ Versicherter Verdienst im Rahmen eines Saison-Arbeitsvertrages

U 556 Urteil des EVG vom 18. Mai 2005 i. Sa. S. (U 396/04)

Fixation de la valeur initiale du point TARMED pour les prestations ambulatoires dans les cliniques privées

KV 331 Décision du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 dans la cause opposant l'Association des Cliniques Privées de Genève (ACPG) et plusieurs cliniques privées au Conseil d'Etat du canton de Genève.

- **Valeur initiale du point TARMED. Qualité pour recourir. Communautés contractuelles. Application du mécanisme de la Convention relative à la neutralité des coûts (CNC) en cas de fixation du tarif par l'autorité.**

Le mécanisme d'adaptation de la valeur initiale du point selon la CNC n'est pas applicable en cas de fixation du tarif par l'autorité (cons. 2.4).

Si la hauteur de la valeur initiale du point n'est pas contestée et que seule est demandée la fixation d'un tarif séparé pour les cliniques privées dans l'attente d'une adaptation différente de la valeur du point pour ces fournisseurs de prestations, les conditions de la qualité pour recourir ne sont pas remplies, faute d'un intérêt pratique lié à l'admission du recours (cons. 2.5).

- **TARMED-Starttaxpunktwert. Beschwerdelegitimation. Vertragsgemeinschaften. Anwendung der Mechanismen der Vereinbarung zur Kostenneutralität bei behördlicher Festsetzung des Tarifs.**

Der in der Vereinbarung zur Kostenneutralität vorgesehene Mechanismus zur Anpassung des Starttaxpunktwertes ist bei hoheitlicher Festsetzung des Tarifs nicht anwendbar (Erw. 2.4).

Wenn die Höhe des Starttaxpunktwertes nicht umstritten ist und einzig die Festsetzung eines separaten Tarifs für die Privatkliniken verlangt wird, weil dadurch eine unterschiedliche Anpassung des Taxpunktwerths für diese Leistungserbringer erwartet wird, fehlt als Voraussetzung zur Beschwerdelegitimation das praktische Interesse an der Gutheissung der Beschwerde (Erw. 2.5).

- **Valore iniziale del punto tariffale TARMED. Diritto di ricorrere. Comunità contrattuali. Applicazione dei meccanismi della**

Convenzione sulla neutralità dei costi nel caso in cui la tariffa è stabilita dall'autorità.

Il meccanismo per l'adeguamento del valore iniziale del punto, previsto nella Convenzione sulla neutralità dei costi, non è applicabile nel caso in cui la tariffa è stabilita da un'autorità (cons. 2.4).

Se non è contestata l'entità del valore iniziale del punto ed è richiesta unicamente la fissazione di una tariffa separata per le cliniche private, poiché in questo modo vi è da attendersi a un adeguamento differente del valore del punto per questi fornitori di prestazioni, manca l'interesse pratico all'ammissione del ricorso, condizione del diritto di ricorrere (cons. 2.5).

I.

Condensé/Übersicht

Par arrêté du 17 décembre 2003, le Conseil d'Etat a fixé la valeur initiale du point TARMEDE pour les hôpitaux universitaires, les cliniques privées et les cabinets médicaux à 0.98 franc, jusqu'au 1^{er} juillet 2005, date de la fin de la phase d'observation de la neutralité des coûts. L'arrêté est fondé sur l'article 47 LAMal et réserve la compétence du Conseil d'Etat d'approuver toute modification du tarif.

L'ACPG et consorts ont recouru contre cet arrêté auprès du Conseil fédéral en concluant à ce qu'il soit annulé en ce qui concerne les cliniques privées et qu'un nouveau tarif soit promulgué pour celles-ci. La valeur initiale du point y serait la même, mais il ne lui serait pas fixé d'échéance et la réserve de l'approbation d'éventuelles modifications de la valeur serait supprimée. Les recourants font valoir que la convention-cadre TARMEDE comprend tous les éléments d'une convention tarifaire et que le Conseil d'Etat, en cas de fixation de la valeur initiale du point, y serait lié. Il s'en suit également que, selon eux, la décision querellée ne devrait pas être fondée sur l'article 47 LAMal. Ces requêtes visent à permettre l'adaptation automatique de la valeur initiale du point, telle que prévue dans la Convention relative à la neutralité des coûts (CNC) [annexe à la convention-cadre TARMEDE (CCT)], et cela sur la base des données des seules cliniques privées, qui formeraient une communauté contractuelle distincte.

Mit Beschluss vom 17 Dezember 2003 hat der Regierungsrat den TARMED-Starttaxpunktwert für die Universitätsspitäler, die Privatkliniken und die Arztpraxen auf 0.98 Franken festgelegt, befristet bis am 1. Juli 2005, Ende der Phase für die Beobachtung der Kostenneutralität. Der Beschluss wurde auf Artikel 47 KVG gestützt und die Kantonsregierung hat sich darin die Zuständigkeit vorbehalten, jede Anpassung des Tarifs zu genehmigen.

Die ACPG und ihre Streitgenossen haben gegen diesen Beschluss beim Bundesrat Beschwerde erhoben und beantragt, er sei aufzuheben, soweit er die Privatkliniken betrifft, und es sei für diese ein neuer Tarif zu erlassen. Die Höhe des Starttaxpunktwertes sei zu belassen, dieser sei aber nicht zu befristen, und der Vorbehalt der Genehmigung allfälliger Änderungen des Werts sei nicht zu übernehmen. Die Beschwerdeführer machen geltend, der TARMED-Rahmenvertrag beinhalte alle Elemente eines Tarifvertrags und die Kantonsregierung sei bei der Festsetzung des Starttaxpunktwertes daran gebunden. Deshalb dürfe auch der angefochtene Beschluss nicht auf Art. 47 KVG gestützt werden. Ziel dieser Anträge ist, die automatische Anpassung des Starttaxpunktwertes, wie sie in der Kostenneutralitätsvereinbarung (Anhang zum TARMED-Rahmenvertrag) vorgesehen ist, zu ermöglichen. Der Anpassung sollten ausschliesslich die Daten der Privatkliniken zugrunde gelegt werden, die eine separate Vertragsgemeinschaft bilden würden.

II.

Par les considérants suivants, le Conseil fédéral a déclaré le recours irrecevable :

...

2.1 Selon l'article 48 PA, a qualité pour recourir quiconque est touché par une décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. L'intérêt digne de protection peut être de nature juridique ou consister en un simple intérêt de fait; en tout état de cause, il doit être particulier, direct et actuel. La qualité pour recourir se détermine d'après des critères objectifs et présuppose un rapport spécial, étroit et digne d'être pris en considération avec l'objet du litige. Le recourant doit également être touché par la décision de manière plus marquée que le public en général (ATF 123 II 376). L'intérêt digne de protection consiste en l'utilité pratique liée pour le recourant à l'admission du recours (ATF 106 Ib 412).

2.2 Les recourants concluent à ce que le Conseil fédéral annule partiellement l'arrêté attaqué et édicte un nouvel arrêté pour les cliniques privées figurant sur la liste hospitalière du canton de Genève. A la différence de l'arrêté attaqué, il n'y serait pas particulièrement fait référence à l'article 47 LAMal, mais aux articles 43, 5^e alinéa et 46, 4^e alinéa LAMal et l'avis du surveillant des Prix du 16 juillet 2003 n'y serait pas mentionné. L'indication que la valeur initiale du point est fixée jusqu'au 1^{er} juillet 2005, date de la fin de la phase d'observation de la neutralité des coûts, ainsi que la précision selon laquelle la compétence du Conseil d'Etat d'approuver toute modification du tarif est réservée ne figureraient pas dans le tarif.

Les recourants font valoir que la CCT, et en particulier la CNC s'appliquent aussi bien à des valeurs du point fixées par les gouvernements cantonaux qu'aux valeurs convenues par les partenaires tarifaires. Le but de leurs demandes est d'obtenir que l'arrêté soit formulé de manière à permettre l'adaptation de la valeur du point prévue par la CNC et de former une communauté contractuelle séparée, afin que les seules données des cliniques privées définissent les adaptations.

2.3 L'intérêt à l'admission du recours dépend ainsi de la question de savoir si l'arrêté attaqué constitue une décision au sens de l'article 47, 1^{er} alinéa LAMal et si la CCT et ses annexes sont applicables en cas de fixation du tarif par l'autorité cantonale.

Les recourants font valoir que la validité de la CCT n'est pas soumise à la conclusion d'une convention cantonale entre les parties. Les parties auraient prévu les modalités précises qui permettent de déterminer la valeur du point à l'annexe 2 de la convention et le Conseil fédéral n'aurait émis aucune réserve lors de l'approbation de la CCT. Le TARMED ne serait donc pas seulement une nouvelle structure tarifaire mais aussi une convention tarifaire. L'approbation de la convention tarifaire par le Conseil fédéral aurait pour effet de rendre obligatoires les modalités et procédures permettant de fixer la valeur initiale du point, tant pour les parties à la convention que pour l'autorité cantonale. L'article 47, 1^{er} alinéa LAMal serait applicable si aucune convention tarifaire n'a pu être conclue entre les parties. Tel ne serait pas le cas en l'espèce, puisque les règles essentielles permettant de fixer la valeur du point auraient été fixées dans la CCT.

Selon le Conseil d'Etat, en ne définissant pas par elle-même la base de calcul de la rémunération, à savoir la valeur du point, la CCT n'établirait pas de "tarif" au sens de la LAMal. Il s'agirait d'une convention tarifaire incomplète, puisque la fixation de la valeur du point lui ferait défaut. Elle ne pourrait

recouvrer cet élément central que si les négociations entre partenaires tarifaires au niveau cantonal aboutissent, sous la forme d'un accord sur la valeur initiale du point. En cas de non-aboutissement des négociations cantonales sur la valeur initiale du point, l'édifice TARMED souffrirait d'une lacune qui ne pourrait être comblée que par l'application de l'article 47, 1^{er} alinéa LAMal, qui oblige le gouvernement cantonal à fixer le tarif.

Le tarif est une base de calcul de la rémunération; il peut notamment attribuer des points à chacune des prestations et fixer la valeur du point (tarif à la prestation; art. 43, 2^e al. LAMal). Selon l'article 43, 4^e alinéa LAMal, les tarifs et les prix sont fixés par convention entre les assureurs et les fournisseurs de prestations (convention tarifaire) ou, dans les cas prévus par la loi, par l'autorité compétente. Si aucune convention tarifaire ne peut être conclue entre les fournisseurs de prestations et les assureurs, le gouvernement cantonal fixe le tarif, après avoir consulté les intéressés (art. 47, 1^{er} al. LAMal).

Comme le relève l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), le calcul de la valeur initiale du point n'est réglé dans la CNC que de manière indirecte. En particulier, les partenaires ne sont convenus que d'une méthode de calcul, en laissant ouverte la question des valeurs des variables, qui doivent être déterminées sur la base de la situation concrète, et le résultat du calcul (valeur du point). L'article 9, 2^e alinéa de la CCT prévoit que la valeur du point est négociée sur le plan cantonal. Lorsque, comme en l'espèce, les négociations sur la valeur initiale du point échouent, l'article 47 LAMal est applicable.

L'arrêté attaqué a ainsi été correctement fondé sur l'article 47 LAMal.

2.4 Concernant l'applicabilité de la CCT et de ses annexes en cas de fixation du tarif par l'autorité cantonale, le Conseil d'Etat fait valoir que le Conseil fédéral a approuvé la CCT sans prendre auparavant l'avis du Surveillant des prix et sans avoir examiné à titre préalable la conformité de la convention à la loi, à l'équité et au principe d'économie. L'approbation ne satisferait par conséquent ni aux exigences de l'article 46, 4^e alinéa LAMal, ni à celles de l'article 14 de la loi Loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (LSPr, RS 942.20). Dans ces conditions, elle ne pourrait avoir pour effet de rendre obligatoires les modalités et les procédures permettant d'abord de fixer la valeur initiale du point et ensuite d'adapter celle-ci en fonction des coûts effectifs, tant pour les parties à la CCT que pour l'autorité cantonale, que pour autant que les partenaires parviennent à s'entendre sur la valeur du point au niveau cantonal ou régional. En cas de fixation de la valeur du point par le gouvernement cantonal, les partenaires tarifaires

pourraient se référer et se conformer aux concepts et aux procédures figurant dans la CNC, en les appliquant à la valeur initiale du point. Lorsque ces mécanismes conduiraient à des adaptations de la valeur du point, celles-ci ne pourraient toutefois entrer en vigueur qu'après avoir été approuvées par le gouvernement cantonal.

L'OFSP relève que la CCT et ses annexes ne prévoient aucune disposition particulière susceptible de fournir des indications sur la manière d'appliquer le concept de neutralité des coûts lorsque les négociations sur la valeur initiale du point au niveau cantonal se soldent par un échec et que le canton est appelé à fixer d'autorité le tarif. L'office estime qu'en cas d'absence de convention au niveau cantonal et de fixation du tarif par le canton, ce dernier n'aurait pas à approuver le concept de neutralité des coûts, tout comme il ne pourrait pas faire siens les mécanismes et procédures contenus dans le concept s'agissant de l'adaptation de la valeur initiale du point.

Dans un arrêt du 1^{er} octobre 2004, le conseil fédéral a considéré que le gouvernement cantonal, n'étant lié ni à des précontrats ni à des déclarations d'intention communes des parties, telles qu'elles sont contenues dans la CCT concernant la valeur du point, n'est pas tenu d'appliquer, en cas de fixation d'autorité des tarifs, les méthodes de calcul et le mécanisme d'adaptation prévu par la convention. Le gouvernement cantonal doit au contraire décider selon les lois et ordonnances applicables. L'approbation de la CCT par le Conseil fédéral du 30 septembre 2002 ne porte que sur la conformité de la convention avec les exigences légales, qui n'a plus besoin d'être examinée lors de l'approbation d'une convention cantonale.

2.5 Il convient d'examiner l'intérêt que pourraient avoir les recourants à l'admission de leurs demandes en fonction de ces résultats.

La CNC prévoit la répartition des fournisseurs de prestations en communautés contractuelles, pour lesquelles une valeur initiale du point est fixée puis adaptée selon les mécanismes de la convention. Ces mécanismes n'étant pas applicables en cas de fixation d'un tarif par l'autorité, le cercle des fournisseurs de prestations auquel le tarif s'applique n'a pas d'incidences pour ceux-ci. Indépendamment du fait que le Conseil d'Etat a approuvé en date du 30 juin 2004 la convention sur la valeur du point entre les Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG) et santésuisse du 21 janvier 2004 et la convention cantonale d'adhésion à la convention-cadre TARMED conclue le 17 décembre 2003 entre l'Association des Médecins du Canton de Genève (AMG) et santésuisse, les recourants n'ont pas d'intérêt digne de protection à ce qu'un tarif soit fixé pour les seules cliniques privées.

L'arrêté attaqué étant correctement fondé sur l'article 47 LAMal (cf. ci-dessus, consid 2.3), la référence à cette disposition dans l'arrêté ne modifie en rien la portée de celui-ci. Aussi, les articles 43, 5^e alinéa et 46, 4^e alinéa LAMal, dont les recourants demandent qu'ils figurent au préambule de l'arrêté, concernent la structure tarifaire et l'approbation des conventions tarifaires et n'ont pas un rapport suffisamment étroit avec le contenu de l'arrêté pour en influencer le sens. Concernant l'avis du Surveillant des prix, le Conseil d'Etat est tenu selon l'article 14 LSPr de le prendre, de le mentionner dans sa décision et de s'en expliquer s'il s'en écarte. Puisqu'ils reprennent dans leurs conclusions la valeur qui y est proposée, le fait de ne plus mentionner l'avis, tel que le proposent les recourants, ne saurait avoir de conséquences à leur avantage. On peut également rappeler à cet endroit qu'à lui seul le préambule n'est pas de nature à affecter les recourants de telle manière qu'ils pourraient avoir un intérêt digne de protection à sa modification.

De même, la précision que le tarif arrêté est fixé jusqu'au 1^{er} juillet 2005, date de la fin de la phase d'observation de la neutralité des coûts, n'affecte pas la situation des recourants. En effet, comme l'a précisé le Conseil d'Etat dans ses observations, les partenaires tarifaires restent libres de lui soumettre une convention sur la valeur du point en tout temps. L'adaptation de la valeur du point selon les mécanismes de la CNC n'est ainsi pas entièrement exclue par l'arrêté, le Conseil d'Etat étant tenu de par la loi d'approuver un éventuel accord tarifaire pour autant qu'il respecte les exigences légales. Du reste, l'autorité peut également procéder d'elle-même à la fixation d'un nouveau tarif en cas de modification des circonstances (RAMA 3/1999 p. 220).

Pour les raisons qui précèdent, les recourants n'ont aucun intérêt pratique à l'admission de leurs demandes. Ils n'ont ainsi pas qualité pour recourir et leur recours doit être déclaré irrecevable.

...

Fissazione del valore iniziale del punto TARMED per le prestazioni ambulatoriali delle cliniche private

KV 332 Decisione del Consiglio federale del 23 marzo 2005 nelle cause santésuisse e Associazione Cliniche Private Ticinesi (ACPT) e cliniche affiliate contro il Consiglio di Stato del Cantone Ticino

- **Una comunità tariffale può essere costituita per fungere da partner nelle trattative per la conclusione di una convenzione tariffale. L'autorità non ha tuttavia la competenza di costituire delle comunità tariffali (cons. 6).**

Un cambiamento della struttura tariffale non può condurre ad un aumento della remunerazione per le prestazioni fornite e, con ciò, ad un aumento dei costi, se la qualità ed il volume di tali prestazioni sono più o meno rimasti invariati rispetto al vecchio modello di calcolo (cons. 7.2).

Nell'applicazione del modello di calcolo per determinare il valore iniziale del punto TARMED (Vpoi), se lo spettro delle prestazioni delle cliniche private è limitato e caratterizzato da un'alta specializzazione, non può essere tenuto conto unicamente delle prestazioni fornite dalle cliniche private, bensì si deve considerare la totalità delle prestazioni offribili (cons 7.4 ss).

Nel calcolo del Vpoi TARMED non sono prese in considerazione eventuali sovvenzioni (cons. 8).

- **Mit der Einführung einer neuen, gesamtschweizerisch einheitlichen Tarifstruktur sollen die bestehenden Verzerrungen bei der Bewertung der medizinischen Leistungen korrigiert werden. Dabei sollen intellektuelle medizinische Leistungen gegenüber rein technischen medizinischen Leistungen besser vergütet werden (Erw. 4.2).**

Es kann eine Vertragsgemeinschaft gebildet werden, die bei den Verhandlungen um einen Tarifvertragsabschluss als Partner agieren kann. Die Behörde ist jedoch nicht befugt, Vertragsgemeinschaften zu bilden (Erw. 6).

Ein Wechsel der Tarifstruktur darf keine Erhöhung der Vergütung für erbrachte Leistungen und einen damit einhergehenden Kostenanstieg zur Folge haben, wenn die Qualität und der Umfang der Leis-

tungen im Vergleich zum alten Berechnungsmodell mehr oder weniger gleich geblieben sind (Erw. 7.2).

Bei beschränktem Leistungsspektrum und hoher Spezialisierung der Privatkliniken ist bei der Anwendung des Berechnungsmodells zur Festlegung des TARMED-Starttaxpunktwertes nicht nur den von den Privatkliniken erbrachten Leistungen, sondern allen erbringbaren Leistungen Rechnung zu tragen (Erw. 7.4 ff.).

Bei der Berechnung des TARMED-Starttaxpunktwertes werden allfällige Subventionen nicht berücksichtigt. (Erw. 8).

- L'introduction d'une nouvelle structure tarifaire uniforme sur le plan suisse vise à corriger les distorsions existantes dans l'évaluation des prestations médicales, dans l'optique de mieux rémunérer les prestations médicales intellectuelles par rapport aux prestations médicales purement techniques (cons. 4.2).

Une communauté contractuelle peut être constituée pour agir comme partenaire dans les négociations portant sur la conclusion d'une convention tarifaire. L'autorité n'a toutefois pas la compétence de constituer une telle communauté (cons. 6).

Une modification de la structure tarifaire ne peut entraîner une augmentation de la rémunération pour les prestations fournies – ni, de ce fait, une augmentation des coûts – si le volume et la qualité desdites prestations sont restés plus ou moins les mêmes que dans le cadre de l'ancien modèle de calcul (cons. 7.2).

Si, dans l'application du modèle de calcul pour déterminer la valeur initiale du point TARMED, l'éventail des prestations fournies par les cliniques privées est limité et caractérisé par un haut degré de spécialisation, il ne peut être tenu uniquement compte des prestations fournies par les cliniques privées, mais il faut considérer l'ensemble des prestations offertes (cons 7.4 ss).

D'éventuelles subventions ne sont pas prises en considération dans le calcul de la valeur initiale du point TARMED (cons. 8).

I.

Riassunto/*Übersicht*/Condensé

In seguito alla mancata conclusione di una convenzione tariffale tra *santésuisse* e le cliniche dell'ACPT, il Consiglio di Stato del Cantone Ticino (CdS) ha emanato il 23 dicembre 2003 un decreto esecutivo fissando il Vpoi a 1 franco per le cliniche facenti capo all'ACPT, valevole a partire dal 1° gennaio 2004.

Santésuisse (ricorrente 1), in data 30 gennaio 2004, ha interposto ricorso contro il decreto esecutivo, concludendo al suo annullamento e alla fissazione del Vpoi a 0,83 franchi. Dal canto loro, l'ACPT e, individualmente, le cliniche a lei affiliate (ricorrente 2), hanno, in data 2 febbraio 2004, interposto ricorso contro il decreto esecutivo, concludendo al suo annullamento e alla fissazione del Vpoi a 1,18 franchi.

Da zwischen santésuisse und den Mitgliedern der ACPT kein Tarifvertrag zustande gekommen war, setzte der Regierungsrat des Kantons Tessin mit Beschluss vom 23. Dezember 2003 den TARMED-Starttaxpunktwert für die in der ACPT vereinigten Privatkliniken per 1. Januar 2004 auf 1 Franken fest.

Gegen diesen Beschluss führte santésuisse am 30. Januar 2004 Beschwerde an den Bundesrat. santésuisse beantragt, der Starttaxpunktwert sei auf 0.83 Franken festzusetzen. Die ACPT und die einzelnen Privatkliniken haben ihrerseits ebenfalls gegen diesen Beschluss am 2. Februar 2004 Beschwerde erhoben. Sie beantragen, er sei aufzuheben und der Starttaxpunktwert sei auf 1.18 Franken festzusetzen.

Etant donné qu'aucune convention n'avait été conclue entre *santésuisse* et les cliniques membres de l'ACPT le Conseil d'Etat du canton du Tessin a fixé pour les cliniques privées membres de l'ACPT, par arrêté du 23 décembre 2003, la valeur initiale du point TARMED à partir du 1er janvier 2004 à 1 franc.

Santésuisse a déposé le 30 janvier 2004 un recours au Conseil fédéral contre cet arrêté. Elle conclut à ce que la valeur initiale du point soit fixée à 0.83 franc. En date du 2 février 2004, l'ACPT et les cliniques privées qui y sont affiliées ont aussi déposé un recours au Conseil fédéral contre l'arrêté litigieux. Elles demandent que ce dernier soit annulé et que la valeur initiale du point soit fixée à 1.18 francs.

II.

Sulla base dei considerandi seguenti, il Consiglio federale ha accolto il ricorso di santésuisse e respinto quello dell'ACPT e cliniche affiliate:

...

4. Struttura tariffale TARMED

4.1 TARMED è una struttura tariffale, uniforme per tutta la Svizzera, per il calcolo della remunerazione delle singole prestazioni, fornite nell'ambito del trattamento ambulatoriale e della degenza semiospedaliera (art. 43 cpv. 5 LAMal). Questa nuova struttura tariffale sostituisce le differenti strutture tariffarie LAINF/AM/AI, le singole tariffe cantonali per le prestazioni delle assicurazioni malattia ed il catalogo delle prestazioni ospedaliere (CPO). Il Consiglio federale ha, in data 30 settembre 2002, approvato, sulla base dell'articolo 46 cpv. 4 LAMal, la Convenzione quadro TARMED del 13 maggio 2002, con relativi allegati, conclusa tra santésuisse e «H+ Gli ospedali svizzeri». Secondo l'articolo 9 capoverso 2 di detta convenzione, i valori dei punti di tariffa sono concordati a livello cantonale. Al fine di garantire un passaggio ordinato dalla vecchia alla nuova struttura tariffale, nell'allegato 2 della Convenzione sono regolamentate le modalità per il calcolo del Vpoi, tra cui le basi del principio della neutralità dei costi.

Avendo le cliniche private affiliate all'ACPT (...) aderito alla Convenzione quadro TARMED, sono applicabili a quest'ultime non solo la nuova struttura tariffale, bensì anche tutte le altre disposizioni previste nella convenzione in questione, con relativi allegati.

4.2 L'introduzione di una nuova struttura tariffale uniforme per tutta la Svizzera ha come scopo la correzione delle distorsioni esistenti nelle valutazioni delle prestazioni mediche. L'idea è, infatti, che in futuro le prestazioni mediche intellettuali (per esempio la consulenza) siano meglio remunerate, a scapito delle prestazioni mediche puramente tecniche. In questo contesto, l'introduzione della nuova struttura tariffale non dovrà determinare un aumento dei costi.

5. Convenzione quadro TARMED

5.1. Nella Convenzione quadro approvata il 30 settembre 2002, i partner tariffali hanno concordato che (art. 1 cpv. 1 Convenzione) l'allegato 1 e la Convenzione sulla neutralità dei costi (allegato 2) ne fossero parte integrante.

Inoltre, tale Convenzione disciplina alcuni punti particolari solamente in maniera indiretta, nel senso che i partner tariffali si riservano la facoltà di accordarsi successivamente su come definire determinati punti.

Per quanto riguarda il contenuto della Convenzione, si rileva che, riferendosi al Vpoi, le parti si sono accordate unicamente su un metodo di calcolo e non sul risultato. Infatti, le indicazioni contenute nella Convenzione quadro non sono sufficienti per la determinazione del Vpoi in un singolo caso concreto. Ciò è deducibile anche dalle Raccomandazioni del Consiglio federale del 30 settembre 2002, in cui si indica chiaramente che le convenzioni quadro si limitano a contenere alcune disposizioni e che il valore cantonale è da negoziare a livello cantonale.

5.2. Durante le trattative per la determinazione del Vpoi, le parti applicano la Convenzione quadro ed i suoi allegati, segnatamente la Convenzione sulla neutralità dei costi. Tuttavia, non è assolutamente ovvio che la Convenzione quadro possa essere applicata anche nel caso in cui le parti non giungano ad un accordo concernente il Vpoi. Infatti, come del resto osservato anche dall'Ufficio federale della sanità pubblica (UFSP), sia il concetto di neutralità dei costi, che la Convenzione quadro, non prevedono alcuna disposizione particolare riguardante il modo di applicare il concetto di neutralità e di calcolare, a livello cantonale, il Vpoi, come pure il meccanismo d'adattamento dei costi, in caso di fallimento delle trattative. Inoltre, le parti firmatarie della Convenzione quadro hanno chiaramente indicato che «I valori dei punti di tariffa sono concordati a livello cantonale» (v. art. 9 cpv. 2 Convenzione), escludendone così l'applicazione, in caso di mancato accordo.

Pertanto, la Convenzione quadro, con relativi allegati, segnatamente il concetto di neutralità dei costi secondo l'allegato 2, non può trovare applicazione in caso di fissazioni del Vpoi da parte dell'autorità.

Inoltre, il Consiglio federale ricorda che l'esecutivo cantonale, quando fissa una tariffa, è vincolato nella sua decisione dalle leggi ed ordinanze che si applicano al caso in questione. Il fatto che la Convenzione quadro sia stata approvata dal Consiglio federale non cambia nulla.

Infine, è importante rilevare che, eventuali modifiche del Vpoi, fissato dall'autorità, devono, a loro volta, essere approvate da quest'ultima.

Pertanto, nel caso specifico, la Convenzione quadro ed i relativi allegati non possono essere applicati per la fissazione del Vpoi per le cliniche private ricorrenti.

6. Comunità tariffale

La ricorrente 2 motiva la sua richiesta di riconoscere le cliniche private quale comunità tariffale separata, asserendo che le cliniche private ticinesi, riunite nell'ACPT, sarebbero sempre state considerate da santésuisse e dalle autorità cantonali come un interlocutore a sé stante. In aggiunta, non vi sarebbe alcun motivo formale per ritenere che le Cliniche private ticinesi non possano formare una comunità tariffale separata. Il fatto che, sotto il sistema tariffario precedente, l'EOC e le cliniche private applicassero lo stesso punto CPO, non giustificerebbe assolutamente l'applicazione, nell'ambito del nuovo sistema tariffale, dello stesso Vpoi.

Secondo l'articolo 46 capoverso 1 LAMal, uno o più fornitori di prestazioni (rispettivamente assicuratori) o federazioni di fornitori di prestazioni (rispettivamente assicuratori) possono essere parte ad una convenzione tariffale. Una comunità tariffale (composta da uno o più membri) può quindi essere costituita per fungere da partner nelle trattative per la conclusione di una convenzione tariffale. Invece, nel caso di regime di mancato raggiungimento di un accordo tra le comunità tariffali per la conclusione di una convenzione tariffale, il governo cantonale, sentite le parti interessate, stabilisce la tariffa (art. 47 cpv. 1 LAMal).

Sulla base di quanto precede, è chiaro che non è il compito dell'autorità di costituire delle comunità tariffali, quest'ultime si costituiscono spontaneamente e liberamente secondo il principio della libertà contrattuale. Pertanto, è altresì evidente che nessuno può essere costretto ad aderirvi.

Inoltre, nella fattispecie, le cliniche private facenti parte dell'ACPT non hanno alcun interesse a formare una comunità tariffale, in quanto, una volta fallite le trattative, lo scopo di fare parte di una comunità tariffale è venuto meno. Il Vpoi è stato, infatti, fissato dall'autorità cantonale.

È in ogni modo importante porre l'accento sul fatto che, se l'autorità in questione ha dovuto fissare una tariffa per le cliniche ricorrenti, è perché si è di fronte ad una situazione d'assenza di convenzione tariffale e non poiché le cliniche costituiscono una comunità tariffale separata. Infatti, se uno di questi fornitori di prestazioni avesse concluso una convenzione con santésuisse, quest'ultimo non farebbe attualmente più parte del pool per cui il CdS ha

fissato il Vpoi. Considerando questo caso ipotetico, appare evidente che non solo sarebbe legalmente impossibile, ma anche illogico, costringere l'ipotetico fornitore convenzionato a fare parte della comunità tariffale separata delle cliniche facenti capo all'ACPT.

Infine, è importante rilevare che si sarebbe potuto fissare la stessa tariffa anche per un eventuale altro ospedale, non convenzionato e non facente parte del pool dell'ACPT.

7. Calcolo del Vpoi

7.1 Il calcolo del Vpoi per le cliniche facenti parte dell'ACPT deve rispettare la LAMal, come pure i principi sviluppati dal Consiglio federale nella sua pratica.

Inoltre, l'autorità cantonale quando fissa una tariffa deve accertarsi che quest'ultima sia conforme alla legge, nonché ai principi di equità e di economicità (art. 46 cpv. 4 LAMal).

7.2 Secondo l'articolo 43 capoverso 6 LAMal, le parti ad una convenzione come pure le autorità competenti devono vigilare affinché si conseguano cure appropriate e d'alto livello qualitativo, a costi il più possibile convenienti. Ne consegue che un cambiamento della struttura tariffale non può condurre ad un aumento della remunerazione per le prestazioni fornite e, con ciò, ad un aumento dei costi, se la qualità ed il volume di tali prestazioni sono più o meno rimasti invariati rispetto al vecchio modello di calcolo.

Inoltre, anche se il concetto della neutralità dei costi non è espressamente menzionato come tale nella legge, la mutazione da una struttura tariffale ad un'altra deve comunque avvenire senza provocare un aumento degli oneri e dei costi (v. RAMI 4/2002 309 ss, cons. 8.2.6, testo integrale pubblicato sul sito <http://www.bag.admin.ch/kv/rkuv/d/index.htm>). In questo senso, la neutralità dei costi è un'esigenza imperativa della LAMal. Pertanto, il Vpoi deve essere calcolato seguendo un metodo che offra la garanzia di rispettare tale esigenza.

7.3 Nelle sue Raccomandazioni del 30 settembre 2002, il Consiglio federale indica che, in ragione dello sviluppo della struttura tariffale e della stima dei valori del punto, il valore del punto neutro, dal punto di vista dei costi, dovrebbe situarsi, in generale, chiaramente al di sotto di un franco. In conformità alla raccomandazione della Sorveglianza dei prezzi (SP) al Consiglio federale concernente la versione 1.1, in caso di deroga, con il livello più alto del Vpoi

possono essere coperti al massimo i costi calcolati. Inoltre, il Consiglio federale comunica che i cantoni devono tenerne conto, quando approvano o fissano le tariffe (v. Raccomandazioni del Consiglio federale del 30 settembre 2002).

Con riferimento a ciò, la ricorrente 2 sostiene che il Consiglio federale avrebbe ammesso la possibilità di fissazione di valori del punto differenti durante la fase di neutralità dei costi. In aggiunta, la ricorrente 2 asserisce che il Consiglio federale, con la presa di posizione relativa ad un valore del punto inferiore a CHF 1.–, avrebbe operato una mera proiezione, verosimilmente riferita ad un valore globale medio del punto.

Il Consiglio federale ha stabilito come, di regola, deve essere calcolato il Vpoi. Tuttavia, il Consiglio federale, come giustamente affermato dalla ricorrente 2, non si è espresso in modo definitivo. Egli, infatti, si è limitato ad esprimere la propria opinione in maniera generale ed astratta, senza riferirsi specificamente ad un caso concreto. In questo modo, il Consiglio federale avrebbe la possibilità di derogare alle sue raccomandazioni in un caso concreto. Pertanto, sebbene le raccomandazioni del Consiglio federale siano da osservare al momento della fissazione del Vpoi, il governo cantonale può ugualmente derogarvi, adducendo delle motivazioni sufficienti.

7.4 Dato che il Vpoi deve essere quantificato a partire da un modello di calcolo rispettoso del principio della neutralità dei costi, l'autorità cantonale deve vegliare affinché si raggiunga tale neutralità al momento dell'applicazione della nuova struttura tariffaria. Per fare ciò, l'autorità può ispirarsi alla Convenzione relativa alla neutralità dei costi, senza tuttavia esservi obbligata.

Inoltre, per determinare il Vpoi, i partner tariffali hanno sviluppato il sistema di calcolo Vpoi-Tool. Tale sistema prevede, da una parte, un modello di calcolo che tiene conto delle prestazioni concrete fornite dalla comunità convenzionata (modello «con i dati di frequenza») e, dall'altra parte, un modello di calcolo che prende in considerazione lo spettro di prestazioni elaborato dai partner tariffali per tutto il territorio nazionale (modello «senza dati di frequenza»).

7.4.1 Sul primo modello si fonda la decisione dell'ACPT e delle cliniche a lei affiliate di chiedere un Vpoi di CHF 1,18. In effetti, calcolando il Vpoi con il modello «con i dati di frequenza» si giunge proprio al risultato corrispondente al valore rivendicato dalla ricorrente 2. Tale modello può essere tuttavia applicato unicamente nel caso in cui lo spettro di prestazioni offerto sia sufficientemente ampio e non sia caratterizzato da un'alta specializzazione.

Analizzando i dati concernenti le cliniche facenti capo all'ACPT, si rileva che le cliniche in questione offrono in totale 27 dei 37 moduli di prestazioni previsti nel modello di calcolo sopra menzionato. Inoltre, dei 27 moduli di prestazioni fornite, 12 hanno un volume inferiore al 0,5% del totale. In aggiunta, il Consiglio federale costata che i cinque moduli con i volumi maggiori (vale a dire i moduli 11; 21; 29; 31; 32) rappresentano insieme il 72% del totale delle prestazioni. Invece dalla somma dei cinque moduli più importanti (cioè i moduli 1; 3; 9; 35; 36) del modello di base «senza dati di frequenza» risulta che tali moduli rappresentano il 44% del totale delle prestazioni. Il divario esistente tra i due risultati è evidente. Oltre a ciò, si nota che in ben 7 moduli v'è una differenza di almeno il 5% del volume di prestazioni tra il modello «con dati di frequenza» e quello «senza dati di frequenza», spiccando i dati delle consultazioni (modulo 1), dove lo scarto è del 17%, delle mammografie (modulo 29), in cui lo stacco è del 16% e delle MRI (modulo 32, risonanza magnetica) con una differenza del 24%.

In conformità a quanto precede, si evince che lo spettro delle prestazioni dei membri dell'ACPT è alquanto limitato e caratterizzato da un'alta specializzazione. Pertanto, nell'applicazione del modello di calcolo per calcolare il Vpoi delle cliniche private in questione, non è possibile tenere conto unicamente delle prestazioni effettuate dalle cliniche dell'ACPT. Altrimenti, uno scopo del cambiamento di struttura, che è proprio quello di correggere le distorsioni esistenti nella remunerazione delle singole prestazioni, verrebbe meno.

7.4.2. Secondo il metodo utilizzato dalla SP, nel calcolo basato sul modello «senza dati di frequenza» non sono prese in considerazione unicamente le prestazioni effettivamente fornite dalle cliniche facenti capo all'ACPT, bensì si tiene conto della totalità delle prestazioni offribili. Inoltre, per la determinazione definitiva del Vpoi, la SP verifica se il risultato ottenuto è maggiore o minore del Vpoi applicato agli ospedali pubblici. Qualora il Vpoi degli ospedali pubblici fosse più elevato, la SP considererebbe tale valore applicabile anche alle cliniche private. Ciò fornirebbe, da una parte, un risultato plausibile e terrebbe conto, dall'altra, dell'esigenza d'economicità disposta dalla LAMal. Tale modo di procedere è ben visto dal Consiglio federale che saluta l'idea di non svantaggiare gli ospedali privati rispetto a quelli pubblici, determinando per i primi il medesimo Vpoi che per i secondi (v. RAMI 6/2004 502 ss).

Nella fattispecie, la SP eseguendo tale calcolo ha ottenuto un valore di CHF 0,73. Inoltre, dal momento che questo valore è inferiore a quello applicato agli ospedali pubblici, alle cliniche private ricorrenti si attribuirebbe lo stesso

valore in vigore per gli ospedali pubblici, corrispondente, nella fattispecie, ad un Vpoi di CHF 0,83.

7.4.3 Una terza possibilità sarebbe quella di determinare il Vpoi per le cliniche private fondandosi sul modello «con i dati di frequenza», prendendo in considerazione le prestazioni delle cliniche in questione insieme con quelle degli ospedali pubblici. Ne deriverebbe così, nel caso specifico, un Vpoi di CHF 0,86.

Il Consiglio federale ha valutato attentamente quest'ultima possibilità. Tuttavia, egli ha rilevato che, per quanto concerne le cliniche private, tali dati non sono sempre disponibili o in ogni caso non di facile reperibilità in tutti i cantoni e in ogni modo non sempre accessibili per l'autorità. Inoltre, il Consiglio federale non ha la possibilità di verificare tali dati, qualora fossero contestati da una delle parti in causa.

Pertanto, in nome dell'uguaglianza dei diritti, della parità di trattamento come pure sulla base del principio d'economia della procedura, tenuto altresì conto dei termini previsti dalla LAMal per l'evasione dei ricorsi, il Consiglio federale ritiene tale metodo inapplicabile per la fissazione del Vpoi.

Da quanto sopra esposto, il Consiglio federale è dell'avviso che, per la determinazione del Vpoi per le cliniche private facenti capo all'ACPT, il metodo di calcolo basato sul modello «senza dati di frequenza» come illustrato al punto 7.4.2 sia l'unico utilizzabile.

8. Sovvenzionamento statale

La ricorrente 2 asserisce che le sovvenzioni statali, accordate agli ospedali pubblici, non andrebbero unicamente a beneficio del settore stazionario, bensì si ripercuoterebbero sul settore ambulatoriale. Il CdS sostiene, invece, che sia il contratto esistente con l'EOC, sia l'organizzazione della contabilità dell'EOC escluderebbero un tale sovvenzionamento trasversale. Tale è pure l'avviso di santésuisse.

Nel calcolo del Vpoi TARMED non sono prese in considerazione eventuali sovvenzioni. Pertanto, il Vpoi, calcolato secondo il modello sopra illustrato e conforme alla neutralità dei costi, è un Vpoi che non tiene conto dell'esistenza o meno di un eventuale sovvenzionamento (v. RAMI 6/2004 502 ss).

Inoltre, per quanto concerne i costi d'investimento, il CdS, nelle sue osservazioni, indica che le spese d'investimento sarebbero a carico dello Stato nella misura del 100%. In questo caso, si potrebbe parlare di sovvenzionamento indiretto.

È opportuno a questo punto rilevare che nella struttura TARMED, che si basa su di un calcolo dei costi integrali, sono inclusi anche i costi d'investimento. Ciò significa che, quando si calcola in concreto il Vpoi, il risultato è influenzato dall'eventuale esistenza di costi d'investimento.

Nella fattispecie, nel calcolo del Vpoi per le cliniche dell'ACPT, l'autorità tiene già conto dei costi d'investimento, sopportati da quest'ultime. Pertanto, non si vede in che maniera le predette cliniche potrebbero fare valere ulteriori pretese.

...

Steuerbefreiung von Institutionen mit öffentlichen Zwecken

KV 333 Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 28. April 2005 (2P.12/2004)

- Anders als unter dem Regime des KUVG kommt es nach Art. 17 KVG [seit 1. Januar 2003 durch Art. 80 ATSG ersetzt] für die Steuerbefreiung nicht mehr darauf an, ob die Liegenschaften unmittelbar dem Betrieb dienen oder nicht. Entscheidend ist vielmehr, ob die Vermögenswerte dem Bereich der sozialen Krankenversicherung zugewiesen sind. Die Krankenkassen sind insoweit verpflichtet, die der sozialen Krankenversicherung dienenden Vermögenswerte durch eine besondere Betriebsrechnung auszusondern.

Gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. a KVG dürfen die Versicherer «die Mittel der sozialen Krankenversicherung nur zu deren Zwecken verwenden». Die Versicherer verfügen demzufolge über keine freien Mittel für Aufwendungen, die einem anderen Zweck als der Durchführung der sozialen Krankenversicherung dienen können. Die Besteuerung stiller Reserven (beim Übergang von Vermögenswerten in die steuerbefreite Krankenversicherung) nach kantonalem Recht widerspricht dem Ziel der bundesrechtlichen Steuerbefreiungsvorschrift.

Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht die staatsrechtliche Beschwerde einer Krankenkasse gutgeheissen und das Urteil der Vorinstanz aufgehoben.

- Contrairement à l'ancienne réglementation de la LAMa, l'art. 17 LAMa [remplacé depuis le 1er janvier 2003 par l'art. 80 LPGa] ne se fonde plus pour l'exonération fiscale sur le fait que les biens immobiliers servent directement à l'entreprise ou non. Le facteur déterminant est plutôt l'affectation de la fortune en vue de la mise en oeuvre de l'assurance-maladie sociale. Les caisses-maladie sont en effet tenues de comptabiliser à part la fortune utilisée pour ce type d'assurance.

L'art. 13, al. 2, let. a, LAMa précise que les assureurs doivent «n'affecter qu'à des buts d'assurance-maladie sociale les ressources provenant de celles-ci». Les assureurs ne disposent donc pas de fonds qui pourraient être libérés à d'autres fins que l'application de l'assurance-maladie sociale. L'imposition de réserves latentes (en cas de transfert de valeurs dans l'assurance-maladie exonérée

d'impôts) selon le droit cantonal va à l'encontre de l'objectif que vise la prescription d'exonération fiscale de droit fédéral.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a approuvé le recours de droit public formé par une caisse-maladie et annulé le jugement de l'instance précédente.

- Contrariamente a quanto stabilito nella vLAMal, l'esenzione fiscale, conformemente all'articolo 17 LAMal (dal 1° gennaio 2003 sostituito con l'articolo 80 LPG), non dipende più dal fatto che gli immobili servano direttamente all'azienda. Determinante è piuttosto sapere se i valori patrimoniali sono attribuiti all'ambito dell'assicurazione malattie sociale. Le casse malati sono tenute ad isolare in un conto speciale d'esercizio i valori patrimoniali utilizzati per l'assicurazione malattie sociale.

Conformemente all'articolo 13 capoverso 2 lettera a LAMal gli assicuratori «destinano a soli scopi d'assicurazione sociale malattie i fondi provenienti da quest'ultima». Gli assicuratori non dispongono dunque di fondi liberi utilizzabili per scopi diversi dall'esecuzione dell'assicurazione malattie sociale. L'imposizione delle riserve latenti (in caso di passaggio di valori patrimoniali nell'assicurazione malattie esente da imposte) secondo il diritto cantonale è in contraddizione con l'obiettivo fissato dalla prescrizione di diritto federale dell'esenzione fiscale.

Nel presente caso il Tribunale federale ha accolto il ricorso di diritto pubblico presentato da una cassa malati e ha annullato la decisione dell'istanza precedente

Auszug aus den Erwägungen:

...

3.

3.1 Mit dem am 1. Januar 1996 in Kraft getretenen Bundesgesetz über die Krankenversicherung wurde neu eine Zweiteilung in soziale Krankenversicherung (obligatorische Grundversicherung) einerseits und Zusatzversicherung (freiwillige Ergänzungsversicherung) andererseits vorgenommen (vgl. für Weiteres: erwähntes Urteil 2A.623/1998, E. 3a, StE 2001 B 71 64 Nr. 5, mit Hinweisen). An diese Unterscheidung knüpft Art. 17 Abs. 1 KVG an und enthält eine Regelung über die Steuerbefreiung, welche als *lex specialis* und posterior den Bestimmungen des Art. 56 lit. f DBG und Art. 23 Abs. 1 lit. e

StHG vorgeht (*Adrian Rufener*, Besteuerungsnormen für den Bereich des KVG, in *Jean-Louis Duc* [Hrsg.], LAMal – KVG, Recueil de travaux, 1997, S. 764; *Reto Kuster*, Steuerbefreiung von Institutionen mit öffentlichen Zwecken, Diss. Zürich 1997/1998, S. 183; *Felix Richner*, Steuerbefreiung von Krankenversicherern, Zürcher Steuerpraxis 1996 S. 161 ff.; *Wolfgang Maute/Martin Steiner/Adrian Rufener*, Steuern und Versicherungen, 2. Aufl. 1999, S. 231; *Ueli Kieser*, ATSG-Kommentar, 2003, N. 2 zu Art. 80 ATSG; Rundschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 27. September 1996 betreffend die steuerlichen Auswirkungen des neuen Krankenversicherungsgesetzes, Ziff. II/2; vgl. auch erwähntes Urteil 2A.623/1998, E. 3b, StE 2001 B 71 64 Nr. 5).

3.2 Am 1. Januar 2003 (AS 2002 3393) ist Art. 17 KVG durch Art. 80 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) ersetzt worden. Abgesehen davon, dass sich Art. 80 Abs. 1 ATSG nicht nur auf die soziale Krankenversicherung bezieht, sondern auf den gesamten Bereich der vom ATSG erfassten Sozialversicherungen, hat er den gleichen Wortlaut wie Art. 17 Abs. 1 KVG. Für die hier interessierenden Steuerperioden, die vor Inkrafttreten des ATSG liegen, ist noch auf Art. 17 KVG abzustellen.

3.3 Der Wortlaut von Art. 17 Abs. 1 KVG (vgl. AS 1995 1332) ist Folgender: «Die Versicherer sind, soweit ihre Einkünfte und Vermögenswerte ausschliesslich der Durchführung der sozialen Krankenversicherung und der Erbringung oder der Sicherstellung ihrer Leistungen dienen, von den direkten Steuern des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sowie von Erbschafts- und Schenkungssteuern der Kantone und Gemeinden befreit.» Unter dem davor geltenden Regime des Bundesgesetzes vom 13. Juni 1911 über die Krankenversicherung (aKUVG; BS 8 281) waren die Krankenkassen für Grundeigentum, das nicht unmittelbar ihrem Betrieb diente, steuerpflichtig; im Übrigen galten sie als steuerbefreit (Art. 31 aKUVG). Als nicht unmittelbar dem Betrieb dienend und damit der Besteuerung unterliegend galten etwa an Dritte vermietete Liegenschaften (vgl. BGE 87 I 146 E. 2 S. 150; Urteil 2A.123/1995 vom 10. April 1997, E. 2 insbes. lit. b und e, publ. in: StE 1997 A 25 Nr. 5 und B 71.64 Nr. 3). Nach Art. 17 KVG kommt es für die Steuerbefreiung nicht mehr darauf an, ob die Liegenschaften «unmittelbar» (im vorgenannten Sinne) dem Betrieb dienen oder nicht. Entscheidend ist vielmehr, ob die Vermögenswerte dem Bereich der sozialen Krankenversicherung zugewiesen sind (vgl. erwähntes Urteil 2A.623/1998, E. 4b, StE 2001 B 71 64 Nr. 5). Die Krankenkassen sind insoweit verpflichtet, die der sozialen Krankenversicherung dienenden Vermögenswerte durch eine besondere Betriebsrechnung auszusondern (vgl. Art. 60 Abs. 3 KVG; (...) Urteil 2A.623/1998, E.

3b und c/aa, StE 2001 B 71 64 Nr. 5). Laut Vernehmlassung des Bundesamtes für Gesundheit und gemäss Kreisschreiben der Hauptabteilung Kranken- und Unfallversicherung Nr. 95/7 vom 25. August 1995 (zur Aufteilung des Vermögens der Krankenkassen) bezieht sich die Aufteilung aber nur auf die Passivseite der Bilanz, während die Aktivseite keine Aufteilung in soziale Krankenpflegeversicherung und Zusatzversicherung aufweist (vgl. Art. 4 der Verordnung vom 12. April 1995 über die Inkraftsetzung und Einführung des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung, SR 832.101).

3.4 Art. 49 Abs. 1 BV verbietet (wie früher Art. 2 ÜbBest. aBV) den Kantonen, öffentlichrechtliche Vorschriften anzuwenden, die den Bestimmungen des Bundesrechts zuwiderlaufen oder gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen oder dessen Zweck beeinträchtigen bzw. vereiteln. Das Bundesgericht prüft auf entsprechende Rüge hin frei, ob ein beanstandeter kantonaler Entscheid in diesem Sinne mit dem Bundesrecht vereinbar ist (BGE 130 I 82 E. 2.2 S. 86 f.; 129 I 330 E. 3.1 S. 334, 346 E. 3.1 S. 350, 402 E. 2 S. 404; 128 I 46 E. 5a S. 54, 295 E. 3b S. 299; 127 I 60 E. 4a S. 68 mit Hinweisen; zu einer bundesrechtlichen Steuerbefreiungsvorschrift: erwähnte Urteile 2A.623/1998, E. 2b, StE 2001 B 71.64 Nr. 5; und 2A.123/1995, E. 2a, StE 1997 A 25 Nr. 5 und B 71.64 Nr. 3).

3.5 In den Materialien zur Steuerbefreiung der Versicherer finden sich kaum weiter führende Hinweise; die in der Botschaft vom 6. November 1991 über die Revision der Krankenversicherung vorgesehene Steuerbefreiungsnorm, die auf eine bereits im Entwurf des ATSG enthaltene Regelung zurückgeht, wurde unverändert in Art. 17 Abs. 1 KVG übernommen (vgl. BBl 1992 I 148 und 261; 1999 S. 4668 f.; 1991 II 270; 1976 III 209-211; 1946 II 554 und 587). Im erwähnten Entscheid 2A.123/1995 (publ. in: StE 1997 A 25 Nr. 5 und B 71.64 Nr. 3) hat das Bundesgericht ausgeführt, dass das Wesen der Versicherung darin bestehe, den Schaden, der dem Einzelnen erwächst (hier infolge von Krankheit), durch Zusammenschluss auf eine Vielzahl von Personen, die von der gleichen Schadensmöglichkeit bedroht sind, zu verteilen. Diese Zwecksetzung und der Solidaritätsgedanke rechtfertigen es nach Meinung des Gesetzgebers, die Krankenkassen von Steuern zu befreien. Zwar kann die Tätigkeit von Krankenkassen nicht in dem Sinn als uneigennützig bezeichnet werden, dass ihre Leistungen ausschliesslich für die öffentliche Wohlfahrt, d.h. zu Gunsten einer unbeschränkten Zahl von Dritten, erbracht werden. Vielmehr sind Krankenkassen – anders als etwa gemeinnützige Organisationen – nur im Interesse ihrer Mitglieder tätig. Mithin ist eine umfassende Steuerbefreiung nicht von vornherein geboten (vgl. zum Ganzen auch erwähntes Urteil 2A.623/1998, E. 3c/bb, StE 2001 B 71.64 Nr. 5; *Reto Kuster*,

a.a.O., S. 184; *Felix Richner*, a.a.O., S. 165 ff., mit Hinweisen; Hugo Casanova, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2000, ASA 71 S. 11 f.; *Hans Rudolf Niggli*, Gemeinnützigkeit als Steuerbefreiungsgrund, Diss. Zürich 1945, S. 78 und 143).

3.6 Ein Hauptziel beim Erlass des heutigen Krankenversicherungsgesetzes war aber die Eindämmung der Kostensteigerung im Gesundheitswesen; es sollte ein noch stärkeres Auseinanderklaffen von Gesundheitsausgaben und Löhnen gestoppt werden (vgl. BBl 1992 I 126 Ziff. 221). Ohne Steuerfreiheit würden die Versicherer ihre Steuerlast über die Prämien auf die Versicherten überwälzen (vgl. *Alfred Maurer*, Das neue Krankenversicherungsrecht, 1996, S. 18). Dementsprechend hat das Krankenversicherungsgesetz auch nicht (ausdrücklich) vorgesehen, dass der Übergang von Vermögenswerten in die steuerbefreite Krankenversicherung zu einer Besteuerung stiller Reserven führen soll.

Zwischen den Parteien ist nicht streitig, dass die interessierenden Liegenschaften ausschliesslich der Durchführung der sozialen Krankenversicherung und der Erbringung oder Sicherstellung ihrer Leistungen dienen. Gegen die fragliche Besteuerung spricht somit, dass diese der Beschwerdeführerin als Versicherer im Sinne von Art. 17 Abs. 1 KVG Mittel entzieht, die zu dem soeben genannten Zweck hätten eingesetzt werden sollen und müssen. Wie sich zudem aus Art. 12 Abs. 1 KVG ergibt, verfolgen Krankenkassen keinen Erwerbzweck. Gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. a KVG dürfen die Versicherer «die Mittel der sozialen Krankenversicherung nur zu deren Zwecken verwenden». Sie dürfen daher insbesondere keine Gewinne ausschütten (in diesem Sinne auch erwähntes Urteil 2A.623/1998, E. 3c/bb, StE 2001 B 71 64 Nr. 5). Rechnungsüberschüsse müssen im Interesse der Versicherten Verwendung finden. Die Versicherer verfügen demzufolge über keine freien Mittel für Aufwendungen, die einem anderen Zweck als der Durchführung der sozialen Krankenversicherung dienen können.

Insoweit unterscheidet sich die vorliegende Konstellation von den bisher vom Bundesgericht entschiedenen Fällen der steuersystematischen Realisation (vgl. oben in E. 2.4.1 zitierte Urteile); dort ging es nicht um die Einführung einer Steuerbefreiungsnorm mit dem Ziel, dass die dadurch zusätzlich verfügbaren Mittel Dritten in einem sozialen Versicherungsbereich zugute kommen. Wenn der Umstand, dass der Gesetzgeber die Versicherer aus sozialen Gründen von der Steuer befreien will, nach kantonalem Recht letztlich gerade doch zu deren Besteuerung führt, ergibt sich ein unlösbarer Widerspruch zum Ziel der bundesrechtlichen Steuerbefreiungsvorschrift. Die kantonalen Behörden dürfen das kantonale Recht jedoch, wie ausgeführt

(oben E. 3.4), nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts anwenden. Somit verletzt der angefochtene Entscheid das Prinzip der derogatorischen Kraft des Bundesrechts.

3.7 Ob die Beschwerdeführerin [Anmerkung der Redaktion: Krankenkasse X.] bei Veräusserung der Liegenschaften allenfalls später gemäss Art. 23 Abs. 4 StHG grundstückgewinnsteuerpflichtig sein könnte, kann hier offen bleiben (für eine solche Steuerpflicht: *Adrian Rufener*, a.a.O., S. 765; *Wolfgang Maute/Martin Steiner/ Adrian Rufener*, a.a.O., S. 232; anderer Ansicht: *Felix Richner*, a.a.O., S. 179 f.; *Reto Kuster*, a.a.O., S. 184; vgl. auch *Marco Greter*, in *Martin Zweifel/Peter Athanas* [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/1, 2. Aufl. 2002, N. 45 f. zu Art. 23 StHG). Die Beteiligten haben sich hierzu ohnehin nicht geäußert.

4.

4.1 Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als begründet und ist daher gutzuheissen.

Leistungsanspruch im tariflosen Zustand

KV 334 Urteil des EVG vom 17. Mai 2005 (K 134/01)

- Fehlt es entgegen der gesetzlichen Vorschrift (Art. 43, 46 und 47 KVG) bei stationärer Behandlung in der allgemeinen Abteilung eines nicht öffentlich subventionierten Privatspitals mit Leistungsauftrag auf der kantonalen Spitalliste an einem Vertragstarif oder einem behördlich festgesetzten Tarif, ist im Leistungsfall eine Lösung zu suchen, die den gesetzlichen Erfordernissen gerecht wird. Zur Bemessung der Vergütung aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung ist ein Referenztarif festzusetzen, der sowohl den Anforderungen des Tarifschutzes wie des Tarifrechts zu genügen hat. Den Versicherten dürfen dabei für Pflichtleistungen nach KVG mit Ausnahme der gesetzlichen Kostenbeteiligung keine von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung ungedeckte Kosten erwachsen.

Wenn der Krankenversicherer nicht durch Klage gegen den Rechnung stellenden Leistungserbringer den Rechtsweg über das kantonale Schiedsgericht und letztinstanzlich vor das Eidgenössische Versicherungsgericht einschlägt, welches Vorgehen für Tarif- und Leistungsstreitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern an und für sich konzipiert ist (Art. 89 KVG), sondern über die Höhe der Vergütung eine schriftliche Verfügung erlässt (Art. 80 KVG in der bis 31. Dezember 2002 geltenden Fassung; Art. 49 ATSG), hat im Bestreitungsfall das kantonale Versicherungsgericht den Referenztarif festzusetzen. Der Leistungserbringer ist zum kantonalen Verfahren beizuladen.

Ausführungen zur Vorgehensweise bei der Ermittlung eines Referenztarifes (Erw. 12.3).

- Si, contrairement à la réglementation légale (art. 43, 46 et 47 LAMal), il n'existe pas de convention tarifaire ou de tarif fixé par l'autorité compétente en cas de traitement stationnaire dans la salle commune d'un hôpital privé, non subventionné par l'Etat, avec mandat de prestations et figurant sur la liste cantonale hospitalière, on doit chercher dans chaque cas une solution qui tienne compte des conditions légales. Pour déterminer l'étendue du remboursement par l'assurance obligatoire des soins, on doit fixer un tarif de référence qui satisfasse aux exigences de la protection tarifaire comme du droit tarifaire. Les assurés n'ont pas à assumer des frais non couverts par

l'assurance obligatoire des soins pour des prestations légales selon la LAMal, à l'exception de la participation aux coûts.

Si l'assureur ne saisit pas le Tribunal cantonal arbitral et, en dernière instance, le Tribunal fédéral des assurances, d'une action à l'encontre du fournisseur de prestations qui a établi la facture – voie de droit prévue pour les litiges en matière de tarif et de prestations entre assureurs et fournisseurs de prestations (art. 89 LAMal) –, mais rend une décision écrite sur le montant du remboursement (art. 80 LAMal dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002; art. 49 LPG), il incombe au Tribunal cantonal des assurances de fixer, en cas de litige, le tarif de référence. Le fournisseur de prestations doit alors être appelé en cause dans la procédure cantonale.

De la manière de procéder pour fixer le tarif de référence (cons. 12.3)

- **Se, contrariamente alla regolamentazione legale (art. 43, 46 e 47 LAMal), manca una tariffa convenzionale o altrimenti una tariffa stabilita dall'autorità competente in caso di trattamento stazionario nel reparto comune di un ospedale privato, non sovvenzionato dallo Stato, figurante nell'elenco cantonale degli ospedali con mandato di prestazioni, occorre cercare nel caso concreto una soluzione che tenga conto delle esigenze legali. Per determinare l'entità del rimborso da parte dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie, si deve fissare una tariffa di riferimento che soddisfi sia le esigenze della protezione tariffaria che quelle del diritto tariffario. Eccezion fatta per la partecipazione ai costi, a carico degli assicurati non possono in questo modo risultare delle spese non coperte dall'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie per prestazioni di base secondo la LAMal.**

Se l'assicuratore malattia non adisce il Tribunale arbitrale cantonale e, in ultima istanza, il Tribunale federale delle assicurazioni, mediante azione contro il fornitore di prestazioni che ha allestito la fattura – rimedio di diritto di per sé concepito per le controversie tra assicuratori e fornitori di prestazioni in materia di tariffe e di prestazioni (art. 89 LAMal) –, bensì rende una decisione scritta sull'importo del rimborso (art. 80 LAMal nel proprio tenore in vigore fino al 31 dicembre 2002; art. 49 LPG), spetta al Tribunale cantonale delle assicurazioni determinare, in caso di lite, la tariffa di riferimento. Il fornitore di prestazioni deve essere chiamato in causa nella procedura cantonale.

Come determinare la tariffa di riferimento (cons. 12.3).

I.

A.

Die in X. wohnhafte S. wurde am 28. April 2000 im Spital Y. von einer Tochter entbunden. Sie hielt sich dort bis zum 7. Mai in der allgemeinen Abteilung auf. Das Spital, bei dem es sich um eine auf der Spitalliste des Kantons Bern aufgeführte, nicht öffentlich subventionierte Institution mit privater Trägerschaft handelt, stellte S. insgesamt Kosten in Höhe von Fr. 11'153.25 (Fr. 7870.10 für die Mutter und Fr. 3283.15 für die gesunde Tochter) in Rechnung. Die Assura Kranken- und Unfallversicherung, bei welcher S. obligatorisch krankenpflegeversichert war, erklärte sich mit Verfügung vom 7. September 2000 bereit, sich an diesen Kosten in Ermangelung eines Tarifs (vertragsloser Zustand) im Umfang des mit dem Frauenspital Bern für eine Geburt vereinbarten Pauschaltarifs von Fr. 2117.– zu beteiligen. Sie wies darauf hin, damit seien sämtliche anfallenden Kosten der Mutter und des gesunden Säuglings abgegolten. Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 9. Oktober 2000 fest.

B.

S. liess gegen den Einspracheentscheid beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern Beschwerde erheben und beantragen, die Assura sei zu verpflichten, an die Kosten des Spitalaufenthaltes von Mutter und Kind insgesamt Fr. 11'034.50 aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu bezahlen. Mit Entscheid vom 5. September 2001 wies das kantonale Gericht die Beschwerde ab.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt S. das vorinstanzlich gestellte Rechtsbegehren erneuern und beantragen, das Spital Y. sei gestützt auf Art. 110 OG zum Verfahren beizuladen. Eventuell sei die Assura zu verpflichten, ein Schiedsgerichtsverfahren gemäss Art. 89 Abs. 3 KVG gegen das Spital Y. einzuleiten.

Die Assura beantragt Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherung, Kranken- und Unfallversicherung (seit 1. Januar 2004 im Bundesamt für Gesundheit; nachfolgend: Bundesamt) stellt den Antrag, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei in dem Sinne gutzuheissen, dass der vorinstanzliche Entscheid aufgehoben und die Sache an den Krankenversicherer zurückgewiesen wird, damit dieser zu seinen Lasten die Beschwerdeführerin in einem Schiedsgerichtsverfahren vertritt.

II.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus den folgenden Erwägungen gutgeheissen und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen:

...

4.

Gemäss Art. 25 KVG übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten für die Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen (Abs. 1). Diese Leistungen umfassen u.a. die Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die ambulant, stationär oder teilstationär durchgeführt werden (Abs. 2 lit. a) sowie den Aufenthalt in der allgemeinen Abteilung eines Spitals (Abs. 2 lit. e). Bei Mutterschaft übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung neben den gleichen Leistungen wie bei Krankheit die Kosten der besonderen Leistungen bei Mutterschaft (Art. 29 KVG). Für die Kosten für Pflege und Aufenthalt des gesunden Neugeborenen hat die Versicherung der Mutter aufzukommen, solange es sich mit der Mutter im Spital aufhält (BGE 125 V 14 Erw. 5¹ und Änderung von Art. 29 Abs. 2 Bst. d KVG, in Kraft seit 1. Januar 2001).

Nach Art. 41 Abs. 1 KVG können die Versicherten unter den zugelassenen Leistungserbringern, die für die Behandlung ihrer Krankheit geeignet sind, frei wählen.

Die Vergütung der Leistungen nach Art. 25 KVG erfolgt nach Tarifen oder Preisen (Art. 43 Abs. 1 KVG). Diese werden in Verträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern vereinbart oder in den vom Gesetz bestimmten Fällen von der zuständigen Behörde festgesetzt (Art. 43 Abs. 4 Satz 1 KVG). Leitschnur für die Tarifgestaltung ist eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten (Art. 43 Abs. 6 KVG). Der Tarifvertrag bedarf der Genehmigung durch die zuständige Kantonsregierung oder, wenn er in der ganzen Schweiz gelten soll, durch den Bundesrat (Art. 46 Abs. 4 Satz 1 KVG).

Bei stationärer Behandlung muss der Versicherer die Kosten höchstens nach dem Tarif übernehmen, der im Wohnkanton der versicherten Person gilt. Beanspruchten Versicherte aus medizinischen Gründen einen anderen Leis-

¹ siehe RKUV 1999 Nr. KV 66 S. 129 ff.

tungserbringer, so richtet sich die Kostenübernahme nach Art. 41 Abs. 2 und 3 KVG.

5.

5.1 Als Spital gelten Anstalten oder deren Abteilungen, die der stationären Behandlung akuter Krankheiten oder der stationären Durchführung von Massnahmen der medizinischen Rehabilitation dienen (Art. 39 Abs. 1 Ingress KVG). Ihre Zulassung als Leistungserbringer und damit zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Art. 35 Abs. 1 und 2 lit. h KVG) setzt u.a. voraus, dass sie der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen und auf der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons aufgeführt sind, wobei private Trägerschaften angemessen in die Planung einzubeziehen sind (Art. 39 Abs. 1 lit. d und e KVG).

5.2 Für Tarifverträge mit Spitälern im Sinne von Art. 39 Abs. 1 KVG hat das Gesetz in Art. 49 KVG eine Spezialregelung getroffen. Danach vereinbaren die Vertragsparteien Pauschalen für die Vergütung der stationären Behandlung einschliesslich Aufenthalt. Diese decken für Kantonseinwohner und –einwohnerinnen bei öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitälern höchstens 50 Prozent der anrechenbaren Kosten je Patient oder Patientin oder je Versichertengruppe in der allgemeinen Abteilung (Abs. 1 Satz 1 und 2). Die Vertragsparteien können vereinbaren, dass besondere diagnostische oder therapeutische Leistungen nicht in der Pauschale enthalten sind, sondern getrennt in Rechnung gestellt werden. Die durch die Vergütung nicht gedeckten «anrechenbaren Kosten (...)» sowie nicht anrechenbaren Betriebskostenanteile aus Überkapazität, Investitionskosten sowie Kosten für Lehre und Forschung (Abs. 1 Satz 4) gehen zu Lasten der öffentlichen Hand oder des subventionierenden Gemeinwesens (Botschaft vom 6. November 1991 über die Revision der Krankenversicherung, BBl 1992 I 93 ff., 127, 169 und 183 f.; *Gebhard Eugster*, Krankenversicherungsrecht, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Rz 303 ff.). Mit den Vergütungen nach Art. 49 Abs. 1 – 3 KVG sind alle Ansprüche des Spitals für die allgemeine Abteilung abgegolten (Art. 49 Abs. 4 KVG).

5.3 Kommt zwischen den Leistungserbringern und Versicherern kein Vertrag zustande oder wird ein Tarifvertrag gekündigt, ohne dass die Parteien sich auf die Vertragserneuerung einigen können, herrscht mithin ein vertragsloser Zustand, so setzt die Kantonsregierung nach Anhörung der Beteiligten den Tarif fest (Art. 47 Abs. 1 KVG) oder sie kann den bestehenden Vertrag um ein Jahr verlängern und, wenn innerhalb dieser Frist kein Vertrag zustande kommt, nach Anhörung der Beteiligten den Tarif selber festsetzen (Art. 47

Abs. 3 KVG). Beim Entscheid darüber, welchen Weg die Kantonsregierung beschreiten will, verfügt sie über ein Auswahlermessen; ihr Ermessensspielraum ist nach herrschender Praxis weit. Dabei hat sie zu beachten, dass die Bestimmung, wonach sie bei der Genehmigung von Tarifverträgen zu prüfen hat, ob diese mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit in Einklang stehen (Art. 46 Abs. 4 KVG), auch bei der Tariffestsetzung im vertragslosen Zustand gilt (RKUV 2001 Nr. KV 177 S. 357 Erw. 1.1.2 mit Hinweisen).

6.

Gemäss Art. 44 Abs. 1 KVG müssen sich die Leistungserbringer an die vertraglich oder behördlich festgelegten Tarife und Preise halten und dürfen für Leistungen nach diesem Gesetz keine weitergehenden Vergütungen berechnen (Tarifschutz). Der Tarifschutz in weit gefasster Definition umfasst die Pflicht der Leistungserbringer und der Versicherer zur Einhaltung der massgebenden Tarife und Preise sowohl im gegenseitigen als auch im Verhältnis zum Versicherten. Er findet seinen besonderen Sinn im System des Tiers garant, wo die Versicherten selber Schuldner der Vergütungen sind (Botschaft vom 6. November 1991 über die Revision der Krankenversicherung, BBl 1992 I 175). Im Rahmen der Tätigkeit für die soziale Krankenversicherung ist es den Leistungserbringern nicht gestattet, mit den Versicherten über die vertraglichen oder behördlichen Tarife hinausgehende Leistungen zu vereinbaren. Der Tarifschutz ist schliesslich auch im vertragslosen Zustand zu respektieren (*Eugster*, a.a.O., Rz 321 mit Hinweisen zu dem schon unter dem alten Recht des KUVG geltenden Grundsatz; einschränkend Rz 325 zu den sog. («Privatpatientenverhältnissen»). An den Tarifschutz müssen sich alle Leistungserbringer halten. Er gilt für alle Ärzte (angestellte oder externe Belegärzte), welche in der allgemeinen Abteilung eines Spitals (das die Zulassungsvoraussetzungen von Art. 39 KVG erfüllt und vom Kanton auf seine Spitalliste gesetzt wurde) praktizieren, weshalb sie keine Zusatzhonorare fordern dürfen; dies unabhängig davon, ob es sich um ein öffentliches Spital oder um eine Privatklinik handelt (RKUV 2004 Nr. KV 285 S. 238 und KV 287 S. 298; für den Bereich der stationären Spitalbehandlung auf der Halbprivat- und Privatabteilung vgl. auch BGE 130 I 310 Erw. 2.2; für den Bereich der teilstationären Spitalbehandlung: RKUV 2005 Nr. KV 314 S. 15 f. Erw. 7.3 und 8.2.2; vgl. auch Christian Conti, Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag, Bern 2000, S. 70 f.; derselbe, Zusatzhonorar des Arztes und KVG, in: AJP 2001 S. 1152; *Poledna / Berger*, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002, S. 281 f. Rz 514; *Guy Longchamp*, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale, Diss. Lausanne, Bern 2004, S. 342 f. mit Hinweisen). Bis anhin durch das Eidgenössische Versicherungsgericht nicht beurteilt worden ist hingegen die Frage, wie bei Fehlen eines

Tarifvertrages oder eines behördlich festgesetzten Tarifs die in einer Privatklinik in der allgemeinen Abteilung erbrachten Leistungen von der sozialen Krankenversicherung zu vergüten sind.

7.

Die Assura erbrachte an die vom Spital Y. in Rechnung gestellten Kosten von Fr. 11'153.25 für den Spitalaufenthalt entsprechend dem Pauschal tariff für Geburten des Frauenspitals Bern einen Beitrag von Fr. 2117.–. Damit wäre ein Aufenthalt der Beschwerdeführerin in jenem Spital als öffentlicher Heilanstalt abgegolten gewesen. Streitig sind die über diese Pauschale hinaus vom Spital Y. als auf der Spitalliste des Kantons Bern figurierender nicht öffentlich subventionierter Institution mit privater Trägerschaft in Rechnung gestellten Mehrkosten. Zu prüfen ist, welche Kostenübernahme durch die Assura die Versicherte aus der obligatorischen Krankenversicherung beanspruchen kann. Sie bestreitet den von der Assura angewendeten Tarif, der nicht gesetzeskonform sei. Die Versicherung vertritt die Auffassung, sie habe die gestützt auf den massgebenden Tarif geschuldete Fallpauschale erbracht.

8.

Die Vorinstanz hat das Vorgehen der Assura mit der Begründung geschützt, es sei unter der Rechtslage des KVG nicht zu beanstanden. Aus der Aufnahme des Spitals Y. auf die Spitalliste folge nicht, dass sämtliche Kosten zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gehen würden. Die Krankenversicherer seien zwar verpflichtet, für Leistungen aller Listenspitäler zu bezahlen, jedoch nicht unbedingt kostendeckend. Dies sei nur möglich, wenn wie bei öffentlich subventionierten Spitälern mindestens die Hälfte der Kosten zu Lasten des Kantons gehen würden. Tarife privater Spitäler seien deshalb naturgemäss höher als diejenigen öffentlicher Einrichtungen. Insofern könne ein privates Spital in Bezug auf die Versicherungsdeckung dem öffentlichen nicht gleichgestellt sein. Es sei nicht ersichtlich, weshalb im Rahmen der obligatorischen Versicherung sämtliche Kosten zu Lasten des Versicherers gehen sollten, nur weil sich eine versicherte Person für einen privaten Leistungserbringer entschieden habe. Bei der sozialen Krankenversicherung gehe es letztlich um die Sicherstellung der elementaren medizinischen Grundversorgung der Bevölkerung. Unter diesem Aspekt sei es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn weitergehende, nicht kostendeckend erbrachte Leistungen eines Privatspitals nicht von der obligatorischen Krankenversicherung (Grundversicherung) finanziert würden. Die angerufene Tarifschutzbestimmung sei unbehelflich, da sie das Verhältnis zwischen Versicherer und Patient nicht berühre und im Kanton Bern kein anwendbarer Tarifvertrag bestehe. In Anbetracht des tariflosen Zustandes sei die Anwen-

derung des für die öffentlichen Spitäler geltenden Tarifs durchaus gerechtfertigt, was vom Bundesrat in seinem Entscheid vom 23. Juni 1999 in Sachen Privatklinik Lanixa (RKUV 1999 Nr. KV 83 S. 345 f.) ebenfalls so beurteilt worden sei.

9.

9.1 Diese Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid sowie der dabei gezogene Schluss, die Beschwerdeführerin habe «nur» über eine obligatorische Versicherungsdeckung verfügt und bei ihrem Aufenthalt im Spital Y. Leistungen beansprucht, für die sie nicht versichert gewesen sei, erweisen sich angesichts der dargestellten gesetzlichen Regelung (vgl. Erw. 4 – 6 hiervor) als bundesrechtswidrig. Da es sich beim Spital Y. laut Anhang II der kantonalen Einführungsverordnung zum KVG um einen zur Tätigkeit zu Lasten der sozialen Krankenversicherung mit einem Leistungsauftrag für Gynäkologie und Geburtshilfe auf der Spitalliste des Kantons Bern aufgeführten Leistungserbringer handelt (Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG), welcher im Wahlrecht der Beschwerdeführerin stand, gilt für die Versicherte der Tarifschutz. Deshalb dürfen ihr aus dem Aufenthalt, der Geburt, der Pflege und der Behandlung in der allgemeinen Abteilung des Spitals Y. (mit Ausnahme der Kostenbeteiligung nach Art. 64 KVG, die aber nach Abs. 7 auf den Leistungen bei Mutterschaft nicht erhoben werden darf) keine von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung ungedeckte Kosten erwachsen.

9.2 Wenn wie hier die Leistungserbringer, die Versicherer und die staatlichen Organe die ihnen vom Gesetz zugeordneten Aufgaben nicht wahrnehmen, darf dies somit entgegen dem vorinstanzlichen Entscheid und der von der Assura eingenommenen Haltung nicht dazu führen, dass die Versicherten den ihnen vom Gesetz garantierten Tarifschutz verlieren und die dort verankerten Ansprüche gegenüber Leistungserbringern und Krankenversicherern nicht durchsetzen können. Spätestens mit dem in den Akten in Form eines Auszugs aus einem Verhandlungsprotokoll dokumentierten Verhandlungsergebnis vom 4. April 2000 haben die Tarifvertragsparteien auf kantonaler Verbandsebene klar gemacht, dass sie bis zu einer Änderung der geltenden bundesrechtlichen Regelung über die Spitalfinanzierung (vgl. Erw. 5.2 hiervor) keine KVG-konforme Tarifvereinbarung abschliessen wollten. Angesichts dieser Situation wäre die Assura, die als zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung zugelassene Versicherungseinrichtung insbesondere auch zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften verpflichtet ist (Art. 13 Abs. 2 lit. b KVG), gehalten gewesen, direkt den Abschluss einer Tarifvereinbarung anzustreben oder aber zu versuchen, auf die Festsetzung eines Behördentarifs hin zu drängen, um so eine gesetzeskonforme Lage im Tarfbereich zu schaffen.

9.3 Nach dem Entscheid K. des Bundesrates vom 17. Februar 1999 in Sachen Tariffestsetzung im vertragslosen Zustand (RKUV 1999 Nr. KV 70 S. 169 ff. Erw. II.3.2) geht nämlich im Rahmen des Systems der Tarifgestaltung in der obligatorischen Krankenversicherung die Vertragsfreiheit nicht so weit, dass es den Tarifpartnern freisteht, ob sie überhaupt und mit wem sie Verträge schliessen wollen. Vielmehr setzt Art. 41 Abs. 1 KVG voraus, dass zwischen allen zugelassenen Leistungserbringern und allen zur Durchführung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung befugten Einrichtungen Tarife vorhanden sind. Die Tarifpartner sind folglich zumindest dazu verpflichtet, nach Kräften auf das Zustandekommen von Tarifverträgen mit allen nach den Bestimmungen des KVG zugelassenen Leistungserbringern bzw. Krankenversicherern hinzuwirken. Sonst steht als letzter Ausweg nach dem Scheitern der Verhandlungen der Weg zur hoheitlichen Tariffestsetzung offen (RKUV 1999 Nr. KV 70 S. 175 Erw. II. 3.2 Abs. 3). In BGE 124 V 342 Erw. 2b/bb geht auch das Eidgenössische Versicherungsgericht von einer Tarifverhandlungspflicht der Krankenversicherer aus. Diese ist somit das Korrelat zum Versicherungsobligatorium und zum Tarifschutz. Wie den Beschwerdeakten zu entnehmen ist, war es der Assura bewusst, dass die Tarifvertragsparteien und die Kantonsregierung auf Grund des Bundes- und des kantonalen Rechts verpflichtet waren, tätig zu werden, es aber vorliegend unterlassen haben. Die Assura hat offenbar auch nie erwogen, ihre Versicherte zumindest im Tarifstreit gegenüber dem Spital Y. vor Schiedsgericht zu vertreten (Art. 89 KVG).

9.4 Wie darum das Bundesamt in der Vernehmlassung zu Recht anmerkt, ist es eine unbefriedigende Situation, dass es für die Privatspitäler mit allgemeiner Abteilung, die auf der Spitalliste des Kantons Bern aufgeführt sind, an einem behördlich festgesetzten oder genehmigten Tarif fehlt, und es darf dies nicht dazu führen, dass die Versicherten selbst für Leistungen, die aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu vergüten sind, aufzukommen oder diese über Zusatzversicherungen abzudecken haben. Im Übrigen wird in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde richtig vorgebracht, dass der von der Assura und der Vorinstanz herangezogene Entscheid des Bundesrates vom 23. Juni 1999 in Sachen Privatklinik Lanixa (RKUV 1999 Nr. KV 83 S. 345 f.) eine Tarifstreitigkeit betraf, an der das Spital, die Krankenversicherer und die Kantonsregierung beteiligt waren, und die vom Bundesrat entschiedene vorübergehende Lösung nicht zur Folge haben konnte, dass die in der allgemeinen Abteilung dieser Klinik behandelten KVG-Versicherten über keinen Tarifschutz mehr verfügten; dies weil der festgesetzte (Referenz-)Tarif für die Klinik verbindlich war und sie keine darüber hinausgehenden Rechnungen stellen durfte. Wie das Bundesamt richtig darauf hinweist, ist der Bundesrat

dabei davon ausgegangen, dass eine – wie auch im Kanton Bern – integrale Spitalliste unabhängig von einer zusätzlichen Versicherungsdeckung den Zugang der KVG-Versicherten zu allen auf der Spitalliste aufgeführten Spitälern öffnet, und dieser nur durch den Inhalt des Leistungsauftrages und die Geeignetheit des Leistungserbringers für die Behandlung begrenzt ist.

10.

Damit steht die Frage, in welcher Höhe die vom Spital Y. gegenüber Mutter und Tochter erbrachten Leistungen von der sozialen Krankenversicherung zu vergütet sind, noch offen. Auf Grund von BGE 125 V 14 Erw. 5 ist jedoch geklärt, dass für die Kosten von Pflege und Aufenthalt der gesunden Tochter die Assura als Versicherung der Mutter aufzukommen hat. Des weiteren dürfen – da der Tarifschutz greift – der Versicherten für den Aufenthalt, die Geburt und die Behandlung und Pflege mit Ausnahme der hier nicht zu erhebenden gesetzlichen Kostenbeteiligung keine von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung ungedeckte Kosten erwachsen. Der kantonale Entscheid, nach dem der Beschwerdeführerin durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung ungedeckte Kosten von rund Fr. 9000.– verbleiben würden, ist bundesrechtswidrig (vgl. oben Erw. 9.1) und darum aufzuheben.

11.

Dem Hauptantrag der Beschwerdeführerin, die Assura zur Übernahme der Kosten so zu verpflichten, wie sie vom Spital Y. in Rechnung gestellt wurden, ist deshalb nicht stattzugeben, weil die Vergütung der Leistungen nach Tarifen oder Preisen zu erfolgen hat (Art. 43 Abs. 1 KVG), die in Verträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern vereinbart oder in den vom Gesetz bestimmten Fällen von der zuständigen Behörde festgesetzt werden (Art. 43 Abs. 4 Satz 1 KVG). Das Erfordernis einer KVG-konformen Tarifierung der in Rechnung gestellten Leistungen ist indes bei den beiden umstrittenen Rechnungen des Spitals Y. nicht erfüllt.

12.

12.1 Gemäss RKUV 2004 Nr. KV 281 S. 208 kann der zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung fallende Sockelbeitrag beim Aufenthalt krankenversicherter Personen in der Halbprivat- und Privatabteilung eines Spitals bei Fehlen eines tarifvertraglichen oder -behördlichen Tarifs nach einem vom Krankenversicherer, im Bestreitungsfall vom zuständigen kantonalen Versicherungsgericht und letztinstanzlich vom Eidgenössischen Versicherungsgericht festzusetzenden Referenztarif bemessen werden. Im betreffenden Streitfall ging es um den Anspruch bei einem Aufenthalt in einer Privatklinik, die ohne Leistungsauftrag im Rahmen der Grundversorgung auf

der Spitalliste des Standortkantons figurierte und über keine allgemeine Abteilung verfügt. Um nicht faktisch die Spitalplanung zu umgehen und die mit Spitallisten bezweckte Beschränkung der zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung in bestimmten Leistungsbereichen tätigen stationären Leistungserbringer zu vereiteln, wurde als Referenztarif nicht der Tarif für den Aufenthalt in der allgemeinen Abteilung eines Privatspitals mit Leistungsauftrag im Rahmen der Grundversorgung genommen, sondern ein Durchschnitt der Tarife öffentlicher Spitäler, was einen erheblich tieferen Sockelbeitrag des Versicherers und damit für den Versicherten höhere ungedeckte Kosten zur Folge hatte.

12.2 Dementgegen handelt es sich beim Spital Y. um einen zur Tätigkeit zu Lasten der sozialen Krankenversicherung mit einem Leistungsauftrag für Gynäkologie und Geburtshilfe auf der Spitalliste des Kantons Bern aufgeführten Leistungserbringer mit allgemeiner Abteilung. Entsprechend ist bei Fehlen eines vertraglich oder behördlich festgelegten Tarifs als Referenztarif der Tarif eines vergleichbaren Privatspitals beizuziehen. Hier besteht nicht die Gefahr einer Umgehung der Spitalplanung, weil das Spital Y. Bestandteil dieser Planung ist.

12.3 Soweit ersichtlich, herrschte im Jahr 2000 bei den mit dem Spital Y. vergleichbaren Privatspitalern im Kanton Bern eine analoge Tarifsituation, weshalb das Eidgenössische Versicherungsgericht keinen Referenztarif bestimmen kann. Dazu ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie wird nach Beiladung des Spitals Y. einen Referenztarif ermitteln. Sollte ein geeigneter Tarif im Jahr 2000 nicht bestanden haben, wäre eine auf den konkreten Streitfall zugeschnittene Lösung zu treffen, welche sowohl den Anforderungen des Tarifrechts (vgl. oben Erw. 5) wie des Tarifschutzes (vgl. oben Erw. 6) zu genügen haben wird. Dabei könnten allenfalls Pauschaltarife eines öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitals beigezogen werden, wobei zu berücksichtigen wäre, dass diese für Kantonseinwohner und -einwohnerinnen bei solchen Spitalern höchstens 50 Prozent der anrechenbaren Kosten je Patient oder Patientin oder je Versichertengruppe in der allgemeinen Abteilung decken (Art. 49 Abs. 1 und 2 KVG; BGE 130 V 479² f. Erw. 5.3.2 und 5.3.4; zu den Unterschieden zwischen den Tarifen des privaten und des öffentlichen Spitalsektors: RKUV 1999 Nr. KV 65 S. 72 f.; zur Festsetzung des Tarifs für Aufenthalt und Behandlung in einem Privatspital: RKUV 2003 Nr. KV 246 S. 141 f. und KV 247 S. 159 f.). Allenfalls wäre zu prüfen, ob nicht ausgehend von dem vom Regierungsrat des Kantons Bern am 26. Januar 2005 in Anwendung von Art. 46 Abs. 4 KVG genehmigten und

² siehe RKUV 2004 Nr. KV 308 S. 470 ff.

per 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Vertrag vom 20. November 2004 zwischen santésuisse Bern und dem Verband der Privatspitäler des Kantons Bern betreffend die Behandlung von stationären Patienten der allgemeinen Abteilung in den Privatspitälern des Kantons Bern für das Jahr 2000 eine KVG-konforme Regelung getroffen werden kann. Zwar hat ein Krankenversicherer gestützt auf Art. 53 KVG beim Bundesrat gegen den Beschluss der Kantonsregierung Beschwerde erhoben. Dies hindert jedoch nicht daran, vorliegend in Anlehnung an die frühestens ab 2005 in Kraft tretende Tarifvereinbarung eine dem konkreten Einzelfall im Jahre 2000 angemessene Lösung zu suchen, da damit ein späterer Entscheid des Bundesrates über die Tarifbeschwerde nicht präjudiziert werden könnte.

13.

Dem von der Beschwerdeführerin gestellten Antrag, das Spital Y. sei zum Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht beizuladen, ist nicht zu entsprechen. Art. 110 Abs. 1 OG sieht vor, dass der Schriftenwechsel auf andere «Beteiligte» ausgedehnt werden kann. Eine Pflicht zur Beiladung oder, als Korrelat dazu, ein Anspruch auf Beiladung besteht jedoch nicht. Vielmehr entscheidet das Gericht, wer als Beteiligter in den Schriftenwechsel einbezogen wird. Der Einbezug «Beteiligter» in den Schriftenwechsel hat den Sinn, die Rechtskraft des Urteils auf den Beigeladenen auszudehnen, sodass dieser in einem später gegen ihn gerichteten Prozess dieses Urteil gegen sich gelten lassen muss. Das Interesse an einer Beiladung ist rechtlicher Natur. Es muss eine Rückwirkung auf eine Rechtsbeziehung zwischen der Hauptpartei und dem Mitinteressierten in Aussicht stehen (BGE 125 V 94³ f. Erw. 8b mit Hinweisen).

Da hier offen bleiben muss, welchen Vergütungsanspruch das Spital Y. im Rahmen der sozialen Krankenversicherung für die erbrachten Leistungen geltend machen kann, ist das Beiladungsbegehren abzulehnen. Denn eine rechtlich relevante Rückwirkung des vorliegenden Prozessausgangs auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien und dem Spital Y. in dem Sinne, dass auch auf letzteres die Rechtskraft des heutigen Urteils auszudehnen wäre, steht nicht in Frage. Dass die Vorinstanz auf Grund der Erwägungen des vorliegenden Entscheids das Spital Y. nach Rückweisung der Sache zum Streit beizuladen haben wird, stellt keine Ausdehnung der Rechtskraft des vorliegenden Urteils dar, sondern ist Folge dessen, dass eine KVG-konforme Bereinigung des vorliegenden Leistungsstreits – entgegen der Begründung der Verfügung vom 9. April 2001 des im vorinstanzlichen Verfahren instruierenden Verwaltungsrichters – nur unter Beiladung des Spitals Y. getroffen

³ siehe RKUV 1999 Nr. KV 73 S. 258 ff.

werden kann. Denn mit dem Erlass der Kassenverfügung vom 7. September 2000 wurde der Rechtsweg über das kantonale Versicherungsgericht eingeschlagen, und nicht gemäss Art. 89 KVG mittels Klage der Assura gegen das Spital Y. vor dem kantonalen Schiedsgericht, welches Vorgehen für Tarif- und Leistungsstreitigkeiten wie die hier zu beurteilende an und für sich konzipiert ist.

Conditions de la prise en charge des coûts d'un traitement non examiné par la Commission des prestations

KV 335 Arrêt du TFA du 12 mai 2005 (K 9/05)

- **En présence de prestations fournies par un médecin, qui n'ont pas été soumises à l'avis de la Commission des prestations, il convient d'appliquer la présomption légale que le traitement répond aux exigences de la loi quant à son efficacité, son caractère approprié et économique.**

Si, dans un cas concret, l'assureur prétend qu'un traitement (non examiné par la Commission des prestations) ne répond pas aux conditions requises, parce qu'il est nouveau, que son efficacité n'est pas reconnue ou qu'il est controversé, cet assureur ne saurait, sans autre examen, en refuser la prise en charge qui lui est demandée par l'assuré. Il lui appartient, en sa qualité d'organe d'exécution de la LAMal, de déterminer si ce traitement est couvert par la présomption légale ou s'il est médicalement contesté.

- **Werden von einem Arzt Leistungen erbracht, die der Leistungskommission nicht zur Beurteilung unterbreitet worden waren, so empfiehlt es sich, von der Rechtsvermutung auszugehen, dass die Behandlung den gesetzlichen Anforderungen bezüglich Wirksamkeit, Angemessenheit und Wirtschaftlichkeit entspricht.**

Wenn der Versicherte in einem konkreten Fall geltend macht, eine (von der Leistungskommission nicht geprüfte) Behandlung erfülle die erforderlichen Voraussetzungen nicht, kann er die vom Versicherten angeforderte Kostenübernahme nicht ohne weitere Prüfung ablehnen. Als Vollzugsorgan des KVG ist es am Versicherten festzulegen, ob diese Behandlung durch die Rechtsvermutung gedeckt oder ob sie aus medizinischer Sicht umstritten ist.

- **Quando un medico fornisce prestazioni che non sono state sottoposte al parere della Commissione delle prestazioni, si applica la presunzione legale secondo cui il trattamento risponde alle esigenze della legge per quanto concerne l'efficacia, l'appropriatezza e l'economicità.**

Se, in un caso concreto l'assicuratore rivendica il fatto che un trattamento non soddisfa i requisiti posti, non può rifiutare l'assunzione dei costi richiesta dall'assicurato senza eseguire ulteriori esami. In quanto organo di esecuzione della LAMal, incombe all'assicuratore determinare se questo trattamento è coperto dalla presunzione legale o se è contestato dal punto di vista medico.

I.

A.

T. est assuré auprès de la Caisse maladie-accident Philos (ci-après: la caisse) pour l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie. Souffrant de problèmes d'ouïe, le prénommé a été opéré le 27 février 2002 par le docteur K., médecin au Centre ORL de la Clinique X., en raison d'une dysfonction tubaire bilatérale de type béance tubaire, grave à droite, modérée à gauche. L'intervention a consisté principalement en une plastie au laser de la trompe d'Eustache droite.

La caisse a remboursé les factures de l'anesthésiste, d'un montant de 890 fr. 50, et de la Clinique X., d'un montant de 4'703 fr. 50. Par décision du 28 juin 2002, confirmée sur opposition le 8 juillet 2003, la caisse a par contre rejeté la prise en charge de la note d'honoraires du 25 mars 2002 du docteur K. d'un montant de 3'128 fr. 50 (sous réserve d'un montant de 386 fr.), motif pris que l'intervention réalisée par ce médecin ne constituait pas une prestation obligatoirement à la charge des caisses-maladie.

Par décision du 25 juillet 2003, la caisse a refusé la prise en charge d'une nouvelle note d'honoraire du 2 juillet 2003 du docteur K. d'un montant de 839 fr. 50 pour des soins administrés entre le 14 avril et le 25 juin 2003.

B.

Par jugement du 4 octobre 2004, le Tribunal des assurances du canton de Vaud a admis le recours interjeté par l'assuré contre la décision sur opposition et a renvoyé la cause à la caisse pour qu'elle détermine la nature et la quotité des prestations dues.

C.

La caisse interjette recours de droit administratif contre ce jugement dont elle requiert l'annulation. Elle conclut parallèlement à ce que l'assuré soit condamné à rembourser les prestations qu'elle lui a déjà versées. A titre subsidiaire, la caisse demande la mise en oeuvre d'un complément d'instruction.

T. conclut au rejet du recours, tandis que l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) en propose l'admission.

II.

Par les motifs suivants, le Tribunal fédéral des assurances a partiellement admis le recours en renvoyant la cause à l'assureur pour instruction complémentaire au sens des considérants et nouvelle décision:

...

2.

2.1 La question litigieuse porte sur la prise en charge des frais liés à une opération au laser de l'affection de la trompe d'Eustache consistant en une dysfonction tubaire bilatérale de type béance tubaire.

2.2 La recourante a refusé la prise en charge de ce traitement en se fondant sur l'avis de son médecin-conseil, le docteur W., spécialiste FMH en oto-rhino-laryngologie, en chirurgie cervico-faciale et en phoniatry. Selon ce médecin, le traitement litigieux était non économique, voire inutile, dès lors que l'assuré avait recouvré après un traitement adéquat administré par son médecin traitant, le docteur A., un status ORL pratiquement normal (rapport du 30 septembre 2003). A la demande du Tribunal des assurances du canton de Vaud, l'OFSP a indiqué que, selon l'avis de son service médical, l'opération en cause satisfaisait aux exigences légales de l'art. 32 LAMal. Les premiers juges ont considéré que l'avis de l'OFSP devait l'emporter sur l'appréciation du médecin-conseil de la caisse. Par conséquent, il incombait à la caisse de prendre en charge, au titre de l'assurance obligatoire des soins, les coûts en relation avec l'intervention du 27 février 2002 et ses suites. La cause devait être renvoyée à la caisse pour qu'elle détermine la nature et la quotité des prestations dues à ce titre.

3.

3.1 Selon l'art. 25 al. 1 LAMal, l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts des prestations qui servent à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles. Les prestations comprennent notamment les examens, traitements et soins dispensés sous forme ambulatoire au domicile du patient, en milieu hospitalier ou semi-hospitalier ou dans un établissement médico-social par des médecins, des chiropraticiens et des personnes fournissant des prestations sur prescription ou sur mandat médical (art. 25 al.

2 let. a LAMal). Les prestations mentionnées aux art. 25 à 31 LAMal doivent être efficaces, appropriées et économiques; l'efficacité doit être démontrée selon des méthodes scientifiques (art. 32 al. 1 LAMal). L'efficacité, l'adéquation et le caractère économique des prestations sont examinés périodiquement (art. 32 al. 2 LAMal).

3.2 Selon l'art. 33 al. 1 LAMal, le Conseil fédéral peut désigner les prestations fournies par un médecin ou un chiropraticien, dont les coûts ne sont pas pris en charge par l'assurance obligatoire des soins ou le sont à certaines conditions. Cette disposition se fonde sur la présomption que médecins et chiropraticiens appliquent des traitements et mesures qui répondent aux conditions posées par l'art. 32 al. 1 LAMal. Il incombe ainsi au Conseil fédéral de dresser une liste «négative» des prestations qui ne répondraient pas à ces critères ou qui n'y répondraient que partiellement ou sous conditions.

D'après l'art. 33 al. 3 LAMal, le Conseil fédéral détermine également dans quelle mesure l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts d'une prestation, nouvelle ou controversée, dont l'efficacité, l'adéquation ou le caractère économique sont en cours d'évaluation.

A l'art. 33 OAMal et comme l'y autorise l'art. 33 al. 5 LAMal, le Conseil fédéral a délégué les compétences susmentionnées au Département fédéral de l'intérieur (DFI). Celui-ci en a fait usage en promulguant l'Ordonnance sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS; RS 832.112.31). Cette ordonnance détermine notamment les prestations visées par l'art. 33 let. a et c OAMal – dispositions qui reprennent textuellement les règles exposées aux al. 1 et 3 de l'art. 33 LAMal – dont l'assurance-maladie obligatoire des soins prend en charge les coûts, avec ou sans conditions, ou ne les prend pas en charge (art. 1er OPAS). Ces prestations figurent à l'annexe 1 à l'OPAS. Elle ne contient pas une énumération exhaustive des prestations fournies par les médecins à la charge ou non de l'assurance- maladie, mais indique:

- les prestations dont l'efficacité et l'adéquation ou le caractère économique ont été examinés par la Commission des prestations dont les coûts soit sont pris en charge, le cas échéant à certaines conditions, soit ne sont pas pris en charge;
- les prestations dont l'efficacité, l'adéquation ou le caractère économique sont encore en cours d'évaluation mais dont les coûts sont pris en charge dans une certaine mesure et à certaines conditions;
- les prestations particulièrement coûteuses ou difficiles qui ne sont prises en charge par l'assurance obligatoire des soins que lorsqu'elles sont pratiquées par des fournisseurs de prestations qualifiés.

L'établissement de ce catalogue requiert le concours de commissions consultatives de spécialistes (Commission fédérale des principes de l'assurance-maladie et Commission fédérale des prestations générales [Commission des prestations]; art. 37a OAMal en corrélation avec l'art. 33 al. 4 LAMal).

4.

4.1 L'annexe 1 à l'OPAS porte uniquement sur les prestations visées à l'art. 33 let. a et c OAMal qui ont fait l'objet d'un examen par la Commission des prestations et dont l'assurance prend en charge les coûts, ne les prend qu'à certaines conditions ou pas du tout (art. 1er OPAS). En présence de prestations fournies par un médecin (ou par un chiropraticien), qui n'ont pas été soumises à l'avis de la commission (art. 33 al. 3 LAMal et 33 let. c OAMal), il convient donc d'appliquer la présomption légale que le traitement répond aux exigences de la loi quant à son efficacité, son caractère approprié et économique. En effet, nombre de traitements remplissent ces conditions sans pour autant figurer dans l'annexe 1 à l'OPAS.

4.2 Si, dans un cas concret, l'assureur prétend qu'un traitement (non examiné par la Commission des prestations) ne répond pas aux conditions requises, parce qu'il est nouveau, que son efficacité n'est pas reconnue ou qu'il est controversé, cet assureur ne saurait, sans autre examen, en refuser la prise en charge qui lui est demandée par l'assuré. Il lui appartient, en sa qualité d'organe d'exécution de la LAMal, de déterminer si ce traitement est couvert par la présomption légale ou s'il est médicalement contesté. En d'autres termes, l'assureur ne peut opposer un refus à l'assuré au seul motif que le traitement n'est pas mentionné dans l'OPAS et tant et aussi longtemps que la Commission des prestations n'a pas délivré un avis positif (sur ces divers points, voir ATF 129 V 173 consid. 4¹).

5.

Dans le cas particulier, il est constant que le traitement litigieux n'a pas fait l'objet d'un avis de la part de la Commission des prestations.

Les premiers juges se sont fondés sur une brève correspondance de l'OFSP, selon lequel l'intervention en cause satisfait aux exigences de l'art. 32 LAMal. Dans cette correspondance, l'office s'est référé à un avis de son service médical, qui ne figure pas au dossier et dont on peut supposer qu'il a été communiqué oralement. Dans son préavis sur le recours de droit administra-

¹ voir RAMA 2003 n° KV 240 p. 64 ss

tif, l'OFSP exprime un avis opposé: il estime maintenant qu'il s'agit d'une prestation que l'on peut qualifier de nouvelle et qui, manifestement, se trouve être contestée. Aussi bien, pour être une prestation obligatoirement à la charge de l'assurance obligatoire des soins, l'opération en cause devrait, selon l'OFSP, faire l'objet d'une décision formelle du DFI après consultation de la Commission des prestations. Ce revirement paraît s'expliquer par l'avis donné en procédure cantonale par le docteur W.. Mais l'appréciation de ce dernier n'emporte pas la conviction, faute d'être étayée par des éléments concrets et détaillés qui feraient état d'une controverse dans les milieux spécialisés ou exposeraient plus précisément en quoi le traitement prodigué dans le cas d'espèce était inutile et donc non économique.

Dans ces conditions, on ne saurait sans plus retenir que l'opération en cause répond aux critères de l'art. 32 LAMal. A l'inverse, il n'est pas possible d'admettre, à ce stade, que le traitement litigieux ne remplit pas ces critères et de ce fait ne constitue pas une prestation obligatoire à la charge de la recourante.

6.

En conséquence, il convient d'annuler le jugement attaqué, ainsi que la décision sur opposition, et de renvoyer la cause à l'intimée pour qu'elle mette en oeuvre une expertise afin de déterminer si le traitement litigieux répond ou non aux critères de l'art. 32 LAMal.

Prestations à l'étranger (hors cas d'urgence)

KV 336 Arrêt du TFA du 5 juillet 2005 (K 31/05)

- **Lorsque la prestation fournie à l'étranger n'a pas d'équivalent en Suisse, la caisse-maladie peut en l'espèce se limiter à prendre en charge le double du montant qui aurait été payé pour un traitement aigu analogue en Suisse, avec des complications.**
- **Wenn es für die im Ausland erbrachte Behandlung keine gleichwertige Behandlung in der Schweiz gibt, kann die Krankenkasse die Kostenübernahme auf den doppelten Betrag beschränken, der für eine analoge akute Behandlung mit Komplikationen in der Schweiz bezahlt worden wäre.**
- **Quando per la prestazione fornita all'estero non esiste una prestazione equivalente in Svizzera, la cassa malati può limitare l'assunzione dei costi al doppio dell'importo che avrebbe assunto per un analogo trattamento acuto con complicazioni in Svizzera.**

I.

A.

I., alias H., né en 1954, a vécu en Suisse comme requérant d'asile. Il était assuré contre la maladie auprès de CSS Assurance-maladie SA pour les assurances LAMal (ci-après: la CSS).

Depuis plusieurs années, il souffrait d'un mycosis fongoïde, lymphome cutané T. Le service de dermatologie du Centre hospitalier Y., conjointement avec les spécialistes de radio-oncologie de cet établissement, ont préconisé un traitement sous la forme d'une association d'une irradiation au photon de l'hémicorps supérieur et de l'hémicorps inférieur, à une irradiation cutanée aux électrons. Ce traitement ne pouvait pas être prodigué en Suisse. Le seul établissement qui pût le pratiquer était le Centre X., en France. Le 14 avril 2003, le Centre X. a établi un devis pour deux éventualités de traitement, savoir une radiothérapie ambulatoire (11'918 EUR 95) ou une hospitalisation au Centre X. (43'552 EUR 32). La CSS s'est déclarée d'accord de prendre en charge le traitement ambulatoire.

L'assuré a entrepris ce traitement ambulatoire au Centre X.. Son état de santé s'étant aggravé, il a été hospitalisé au Centre X. du 18 juin 2003 au 28

août 2003. Les frais de cette hospitalisation, selon facture du 31 octobre 2003 du Centre X., se sont élevés à 55'186 EUR 17.

L'assuré est décédé le 13 février 2004.

La caisse a rendu une décision, le 21 avril 2004, notifiée au Service de l'action sociale du canton du Valais, par laquelle elle acceptait de prendre en charge les divers traitements ambulatoires prodigués à l'assuré par le Centre X., mais limitait la prise en charge des frais d'hospitalisation jusqu'à concurrence du double du montant qui aurait été payé pour un traitement analogue en Suisse, soit deux fois 21'161 fr. 20.

Par une nouvelle décision, du 17 juin 2004, la CSS a rejeté l'opposition formée contre cette décision par le Service de l'action sociale du canton du Valais.

B.

Agissant au nom des héritiers du défunt, le Service de l'action sociale a recouru devant le Tribunal des assurances du canton du Valais. Statuant le 24 janvier 2005, le tribunal a annulé la décision attaquée et a condamné la CSS à prendre en charge le coût total du séjour hospitalier au Centre X. par 55'186 EUR 17.

C.

La CSS interjette un recours de droit administratif dans lequel elle conclut à l'annulation de ce jugement. Les héritiers de feu I., représentés par le Service de l'action sociale, concluent au rejet du recours.

II.

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

1.

I. n'était pas au bénéfice du statut de réfugié en Suisse. Il ne tombe donc pas sous le champ d'application personnel du Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (cf. art. 2 dudit règlement; voir *Eberhard Eichenhofer* in : *Maximilian Fuchs* (éd.), *Kommentar zum Europäischen Sozialrecht*, 3ème éd., Baden-Baden 2002, note 12 ad art.

2). Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner le cas sous l'angle des règles de coordination des systèmes nationaux prévues par ce règlement.

2.

Selon l'art. 34 al. 2 LAMal, le Conseil fédéral peut décider de la prise en charge, par l'assurance obligatoire des soins, des coûts des prestations prévues aux art. 25 al. 2 ou 29 LAMal fournies à l'étranger pour des raisons médicales (première phrase). Se fondant sur cette délégation de compétence, l'autorité exécutive a édicté l'art. 36 OAMal, intitulé «Prestations à l'étranger». Selon l'al. 1er de cette disposition, le Département fédéral de l'intérieur désigne, après avoir consulté la commission compétente, les prestations prévues aux art. 25 al. 2, et 29 de la loi dont les coûts occasionnés à l'étranger sont pris en charge par l'assurance obligatoire des soins lorsqu'elles ne peuvent être fournies en Suisse. Dans ce cas, les prestations sont prises en charge jusqu'à concurrence du double du montant qui aurait été payé si le traitement avait eu lieu en Suisse (al. 4). Le Département fédéral de l'intérieur, suivant en cela les recommandations de la Commission fédérale des prestations générales, s'est abstenu d'établir une telle liste, opération qui n'était pas réalisable en pratique (voir ATF 128 V 76¹ sous let. D).

3.

Dans l'arrêt cité ATF 128 V 75, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que le non-établissement de cette liste ne faisait pas obstacle, d'une manière générale et absolue, à la prise en charge de traitements à l'étranger qui ne peuvent être fournis en Suisse. En effet, la règle légale est suffisamment précise pour être appliquée. Il convient toutefois de s'assurer d'une part que la prestation – au sens des art. 25 al. 2 et 29 LAMal – répondant aux critères d'adéquation ne puisse réellement pas être fournie en Suisse et d'autre part que les critères d'efficacité et d'économicité soient également prises en compte (p. 80 consid. 4).

4.

En l'espèce, on peut tout d'abord se demander si véritablement le traitement à l'étranger pouvait être considéré comme efficace et approprié. La recourante ne l'a jamais contesté et a admis que l'assuré pouvait se faire traiter en France, sur la base d'un devis du Centre X. du 14 avril 2003. Quoi qu'il en soit, même en admettant que le traitement ne satisfaisait pas aux exigences susmentionnées, le droit aux prestations – dans les limites légales – devrait en l'espèce être reconnu en vertu du droit à la protection de la bonne foi.

¹ voir RAMA 2002 n° KV 207 p. 120 ss

De même, il n'est pas contesté que le traitement en cause ne pouvait pas être exécuté en Suisse et que l'hospitalisation à l'étranger a été rendue nécessaire par des complications survenues en cours de traitement. Est donc litigieux l'étendue du droit aux prestations.

5.

Dans la mesure où, par définition, il n'existe pas de traitement équivalent qui puisse être prodigué en Suisse, la caisse est partie de l'idée que si le traitement avait eu lieu en Suisse, il aurait été appliqué au Centre hospitalier Y. (et non en Valais). Dans ce cas, le tarif applicable aurait été celui prévu par la Convention vaudoise d'hospitalisation (CVHo) qui prévoit le paiement par l'assureur d'un forfait par APDRG (All Patient Diagnosis Related Groups) dans les cas aigus somatiques (art. 7 al. 1, let. b, 37 CVHo et annexe 11 à la CVHo).

Elle a calculé le forfait selon les données et la formule suivante:

APDRG retenue : 413 = autres maladies myéloprolifératives ou affections malignes peu différenciées avec complications (Borne inférieure 3 jours – Borne supérieure 40 jours – Durée de séjour moyenne: 11,2 jours).

Nombre de point ou CW de l'APDRG 413: 1,917

Valeur du point selon la CVHo 2003: 3'764 fr.

Selon l'annexe 11 à la CVHo, il convient, pour déterminer la valeur de l'APDRG dans les cas dont la durée de séjour est située au-delà de la valeur limite supérieure d'appliquer la formule suivante:

Valeur de l'APDRG = CW + ((nombre de jours d'hospitalisation – HTP) x (CW/LOS x 0,7)) x prix du point.

CW = cost weight ou nombre de point de l'APDRG

HTP = Borne supérieure exprimée en jours

LOS = durée de séjour moyenne de l'ADPRG concerné, en l'espèce 11,2 jours. L'application de cette formule à l'hospitalisation de l'assuré décédé, d'une durée de 71 jours, fait apparaître la valeur suivante de l'APDRG:

1,917 points + ((71 jours – 40 jours) x (1.917 points/11,2 jours x 0,7)) x 3'764 fr. = 21'161 fr. 20.

Le double de ce montant représente 42'322 fr. 40, que la caisse admet de devoir rembourser.

6.

Les premiers juges considèrent qu'il n'est pas possible de mettre en oeuvre le calcul prévu par l'art. 36 al. 4 OAMal, car la prestation en cause, précisé-

ment, n'a pas d'équivalent en Suisse, de sorte qu'on ne dispose d'aucune référence en ce qui concerne son coût. Selon eux, l'hospitalisation litigieuse doit être intégralement couverte par la caisse, parce que des raisons médicales avérées s'opposaient manifestement à un report de traitement et qu'un retour en Suisse apparaissait non seulement inapproprié, mais sans doute impossible, puisque la vie même du patient était en jeu.

7.

Cette argumentation ne convainc pas. Même dans les cas où un retour en Suisse est inapproprié – ce qui correspond à un cas d'urgence selon l'art. 36 al. 2 OAMal – la prise en charge du traitement à l'étranger reste soumise aux limites de l'art. 36 al. 4 OAMal. En effet, s'agissant de traitements à l'étranger, que ce soit dans des cas d'urgence ou lorsque le traitement ne peut pas être prodigué en Suisse, le législateur a considéré qu'il était nécessaire de fixer une limite à la prise en charge des coûts. Le législateur préconisait du reste de s'inspirer de l'art. 17 OLAA, disposition selon laquelle les frais occasionnés par un traitement médical nécessaire subi à l'étranger ne sont remboursés que jusqu'à concurrence du double du montant de ceux qui seraient résultés d'un traitement en Suisse (message concernant la révision de l'assurance-maladie du 6 novembre 1991, FF 1992 I 144).

8.

En définitive, même s'il n'est pas possible de connaître le coût d'un traitement de référence en Suisse, la solution de la caisse, qui consiste à s'inspirer d'un tarif pour un traitement aigu analogue, avec des complications, procède d'une interprétation qui respecte la volonté du législateur, qui a voulu fixer des limites de coûts à la prise en charge d'un traitement à l'étranger. Cette solution n'apparaît pas désavantageuse pour les intimés si l'on considère, par ailleurs, que la caisse a pris en charge la totalité des divers traitements ambulatoires appliqués à l'assuré au Centre X..

9.

Il suit de là que le recours est bien fondé. Vu la nature du litige, la procédure est gratuite (art. 134 OJ).

Kündigungsfrist beim Wechsel des obligatorischen Krankenpflegeversicherers

KV 337 Urteil des EVG vom 28. Juli 2005 (K 26/05)

- **Die Frist nach Art. 7 Abs. 2 Satz 1 KVG ist materiellrechtlicher Natur. Art. 39 ATSG findet daher keine Anwendung. BGE 126 V 480 gilt weiterhin. Die Kündigung muss demnach bis zum 30. November beim Versicherer eintreffen, um auf das Jahresende wirksam zu sein (Erw. 3.5).**
- **Le délai selon l'art. 7, al. 2, phrase 1, LAMal est de nature juridique matérielle. L'art. 39 LPGA n'est par conséquent pas applicable. L'ATF 126 V 480 reste en vigueur. La résiliation doit ainsi arriver chez l'assureur jusqu'au 30 novembre pour avoir effet à la fin de l'année (cons. 3.5).**
- **Il termine ai sensi dell'art. 7, cpv 2, frase 1 LAMal è di natura giuridica materiale. Di conseguenza l'art. 39 LPGA non è applicabile. La giurisprudenza della DTF 126 V 480 vale ancora. La disdetta deve dunque arriva dall'assicuratore entro il 30 novembre perché produca effetto per la fine dell'anno (cons. 3.5).**

Auszug aus den Erwägungen:

...

2.

Die versicherte Person kann unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist den Versicherer auf das Ende eines Kalendersemesters wechseln (Art. 7 Abs. 1 KVG; für Ausnahmen vgl. Art. 94 Abs. 2, 97 Abs. 2 und 100 Abs. 3 KVV). Bei der Mitteilung der neuen Prämie kann die versicherte Person den Versicherer unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist auf das Ende des Monats wechseln, welcher der Gültigkeit der neuen Prämie vorangeht. Der Versicherer muss die neuen, vom Bundesamt für Gesundheit genehmigten Prämien jeder versicherten Person mindestens zwei Monate im Voraus mitteilen und dabei auf das Recht, den Versicherer zu wechseln, hinweisen (Art. 7 Abs. 2 KVG in der seit 1. Oktober 2000 geltenden, redaktionell bezüglich der Ämterbezeichnung angepassten Fassung).

3. ...

3.3 Unter der Herrschaft des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 13. Juni 1911 (KUVG) erkannte das Eidgenössische Versicherungsgericht, die Austrittserklärung sei empfangsbedürftig und müsse spätestens am letzten Tag der gesetzlichen oder statutarischen Frist bei der Krankenkasse eingetroffen sein. Die Übergabe an die Post am letzten Tag genügte deshalb zur Fristwahrung nicht, wenn das Schreiben erst zu einem späteren Zeitpunkt beim Versicherer einging (RKUV 1991 Nr. K 873 S. 195 Erw. 4a mit Hinweisen). Das Inkrafttreten des KVG am 1. Januar 1996 führte diesbezüglich zu keiner Änderung. Denn nach der Rechtsprechung hatte die Austrittserklärung gemäss Art. 7 Abs. 2 KVG (in der damals anwendbaren, bis 30. September 2000 gültig gewesenen Fassung), welche ihrer Natur und ihren Rechtswirkungen nach einer Kündigung entspricht (BGE 126 V 482 f. Erw. 2c¹; RKUV 2001 Nr. KV 172 S. 283 Erw. 5a mit Hinweisen), weiterhin den Charakter einer einseitigen Willenserklärung, welche ohne Zustimmung der Gegenpartei zur Auflösung des Versicherungsverhältnisses führte, und blieb auf Grund dieser Rechtsnatur empfangsbedürftig (BGE 126 V 482 Erw. 2d; RKUV 2001 Nr. KV 172 S. 284 Erw. 5b). Die Materialien zur damals noch nicht anwendbaren, am 1. Oktober 2000 in Kraft getretenen Änderung von Art. 7 Abs. 2 KVG sprachen ebenfalls für die Auffassung, die Kündigung müsse spätestens am 30. November beim Versicherer eintreffen (BGE 126 V 482 f. Erw. 2e mit Hinweisen; RKUV 2001 Nr. KV 172 S. 284 f. Erw. 5b).

3.4 Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG) in Kraft getreten. Dessen Bestimmungen sind laut Art. 1 Abs. 1 KVG auf die Krankenversicherung anwendbar, soweit das KVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht. Dessen viertes Kapitel («Allgemeine Verfahrensbestimmungen») enthält im zweiten Abschnitt «Sozialversicherungsverfahren» Vorschriften über die Fristen. Laut Art. 38 Abs. 3 ATSG endet die Frist am nächsten Werktag, wenn ihr letzter Tag auf einen Samstag, einen Sonntag oder einen am Wohnsitz oder Sitz der Partei oder ihrer Vertretung vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag fällt. Art. 39 Abs. 1 ATSG bestimmt, schriftliche Eingaben müssten spätestens am letzten Tag der Frist dem Versicherungsträger eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden. Die Anwendung der Bestimmungen des ATSG hätte im konkreten Fall, wie das kantonale Gericht erwogen hat, zur Folge, dass das Versicherungsverhältnis am 31. Dezember 2003 beendet worden wäre.

¹ siehe RKUV 2001 Nr. KV 153 S. 126 ff.

3.5 Gemäss Art. 1 ATSG koordiniert dieses Gesetz das Sozialversicherungsrecht des Bundes, indem es unter anderem (lit. b am Anfang) ein einheitliches Sozialversicherungsverfahren festlegt. Diesem Zweck dient der die Art. 34-55 umfassende 2. Abschnitt «Sozialversicherungsverfahren» des vierten Kapitels «Allgemeine Verfahrensbestimmungen» (Art. 27-62 ATSG). Mit den darin enthaltenen Art. 38-41 ATSG wurden im Wesentlichen die Fristbestimmungen gemäss Art. 20-24 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG) auch für jene Bereiche des Sozialversicherungsverfahrens übernommen, in welchen sie zuvor nicht ohne weiteres gültig gewesen waren (vgl. dazu *Kieser*, ATSG-Kommentar, Zürich 2003, S. 555 Art. 55 Rz. 13, und derselbe, *Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung*, Zürich 1999, S. 129 Rz. 284 ff.). Entsprechend ihrer Funktion, das sozialversicherungsrechtliche Verwaltungsverfahren zu regeln, beziehen sich die Fristbestimmungen des ATSG (ebenso wie diejenigen des VwVG [BGE 102 V 116 Erw. 2b] und des OG [BGE 101 II 88 Erw. 2]) einzig auf die verfahrensrechtlichen Fristen, nicht aber auf diejenigen des materiellen Rechts. Die Anwendbarkeit von Art. 39 ATSG hängt demzufolge davon ab, ob die in Art. 7 Abs. 2 Satz 1 KVG statuierte einmonatige Kündigungsfrist materiell- oder verfahrensrechtlichen Charakter hat. Dies entscheidet sich danach, ob die Nichteinhaltung der Frist die konkreten materiellrechtlichen Beziehungen beeinflusst oder ob sie sich stattdessen verfahrensrechtlich auswirkt, indem ein in unveränderter Weise bestehender Anspruch nicht mehr gleichermassen geltend gemacht werden kann (vgl. BGE 122 V 68 Erw. 4c, 102 II 116 Erw. 2b mit Hinweisen). Die Frist gemäss Art. 7 Abs. 2 KVG setzt der Auflösung eines bestehenden Versicherungsverhältnisses durch einseitige Willenserklärung zeitliche Grenzen. Sie regelt, innerhalb welchen Zeitraums eine Rechtshandlung vorzunehmen ist, damit sie auf einen bestimmten Moment hin Veränderungen im materiellrechtlichen Verhältnis zwischen Versicherer und versicherter Person herbeiführen kann. Es handelt sich demzufolge nicht um eine verfahrens-, sondern um eine materiellrechtliche Frist. Als solche fällt sie nicht in den Anwendungsbereich der Art. 38 und 39 ATSG. Die zu Art. 7 Abs. 2 KVG ergangene Rechtsprechung (Erw. 3.3 hievor) bleibt daher auch nach dem Inkrafttreten des ATSG weiterhin gültig (*Eugster*, ATSG und Krankenversicherung: Streifzug durch Art. 1-55 ATSG, SZS 2003 S. 213 ff., 231). Dies bedeutet, dass das Kündigungsschreiben vor Ablauf der Frist, also spätestens am 30. November, beim Versicherer eintreffen muss. Weil dies vorliegend nicht der Fall war, dauerte das Versicherungsverhältnis während des umstrittenen Zeitraums von Januar bis März 2004 an, und die Familie des Beschwerdegegners blieb zur Prämienzahlung verpflichtet. Daran ändern die Vorbringen in der Vernehmlassung vom 10. April 2005 nichts. Denn selbst wenn der Beschwerdegegner die drei Schreiben, welche die Beschwerdefüh-

rerin am 19. Dezember 2003 verfasst zu haben behauptet, nie erhielt, konnte die verspätete Kündigung keine Auflösung des Versicherungsverhältnisses per Ende 2003 bewirken. Die weiter angeführten späteren Ereignisse vermögen jedenfalls die Prämienzahlungspflicht für die Zeit bis Ende März 2004 nicht zu beeinflussen.

4.

Nach dem Gesagten steht fest, dass das Versicherungsverhältnis über den 31. Dezember 2003 hinaus andauerte. ...

Versicherter Verdienst

U 551 Urteil des EVG vom 1. Februar 2005 i. Sa. M. (U 307/04)

- **Versicherter Verdienst (Art. 15 Abs. 1 und 2 UVG; Art. 22 Abs. 4 UVV):**

Berechnung des versicherten Verdienstes bei einer Versicherten, deren zum Voraus auf insgesamt rund sechs Monate beschränkte Beschäftigungsdauer auf zwei Arbeitsstellen von je rund drei Monaten Dauer verteilt war.

- **Gain assuré (art. 15, al 1 et 2, LAA; art. 22, al. 4, OLAA):**

Calcul du gain assuré dans le cas d'un assuré dont la durée d'emploi était limitée d'avance à environ six mois en tout, répartie en deux emplois de chacun trois mois environ.

- **Guadagno assicurato (art. 15 cpv. 1 e 2 LAINF; art. 22 cpv. 4 OAINF):**

Calcolo del guadagno assicurato nel caso di un'assicurata la cui occupazione, in precedenza limitata a complessivamente circa sei mesi, era ripartita su due posti di lavoro di una durata di tre mesi ciascuno.

I.

A.

Die 1972 geborene M. lebt seit einigen Jahren in Kanada. Während eines Aufenthaltes in der Schweiz im Jahre 1999 war sie über die P. AG für die Zeit vom 22. Oktober bis 31. Dezember 1999 bei der N. AG als Betriebskrankenschwester tätig. Anschliessend ging sie mit der N. AG ein für die Dauer vom 1. Januar bis 31. März 2000 befristetes Arbeitsverhältnis ein. Damit war sie bei der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) gegen die Folgen von Berufs- und Nichtberufsunfällen versichert. Am 4. Januar 2000 erlitt M. in Italien einen Reitunfall, bei welchem sie sich eine HWK 6-Bogenfraktur, eine traumatische Diskushernie HWK 6/7 und eine commotio cerebri mit mehrstündiger retro- und anterograder Amnesie zuzog, was eine leichte bis mittelschwere posttraumatische Hirnfunktionsstörung, ein mässiges Cervicalsyndrom und eine Recurrensparese rechts zur Folge hatte. Mit Verfügung vom 3. Dezember 2002 sprach ihr die SUVA ab 1. Mai 2002 eine Invalidenrente aufgrund einer Erwerbsunfähigkeit von 100 % zu. Die Rente wurde auf

einem versicherten Verdienst von Fr. 19'183.– (entsprechend dem auf die beabsichtigte Beschäftigungsdauer von drei Monaten bei der N. AG umgerechneten Jahresverdienst von Fr. 76'730.–) bemessen. Zudem wurde ihr eine Integritätsentschädigung entsprechend einer Integritätseinbusse von 55 % im Betrag von Fr. 58'740.– ausgerichtet. Daran hielt die SUVA mit Einspracheentscheid vom 16. Oktober 2003 fest.

B.

In Gutheissung der hiegegen eingereichten Beschwerde hob das Kantonsgericht Basel-Landschaft mit Entscheid vom 28. April 2004 die Verfügung sowie den Einspracheentscheid auf und wies die Sache zur ergänzenden Abklärung und Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die SUVA zurück.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt die SUVA, unter Aufhebung des kantonalen Gerichtsentscheids sei der Einspracheentscheid vom 16. Oktober 2003 zu bestätigen. Eventuell sei die Sache zur ergänzenden Abklärung und Neuurteilung an sie zurückzuweisen.

M. lässt auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliessen. Das Bundesamt für Gesundheit verzichtet auf eine Vernehmlassung.

II.

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

1.

1.1 Nach Art. 15 UVG werden Taggelder und Renten nach dem versicherten Verdienst bemessen (Abs. 1). Als versicherter Verdienst gilt für die Bemessung der Taggelder der letzte vor dem Unfall bezogene Lohn, für die Bemessung der Renten der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogene Lohn (Abs. 2). Gemäss Abs. 3 der Bestimmung setzt der Bundesrat den Höchstbetrag des versicherten Verdienstes fest und bezeichnet die dazu gehörenden Nebenbezüge und Ersatzeinkünfte; ferner erlässt er Bestimmungen über den versicherten Verdienst in Sonderfällen. Als Grundlage für die Bemessung der Renten gilt nach Art. 22 Abs. 4 Satz 1 UVV der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bei einem oder mehreren Arbeitgebern bezogene Lohn. Dauerte das Arbeitsverhältnis nicht das ganze Jahr, so wird der in dieser Zeit bezogene Lohn auf ein volles Jahr umgerechnet (Art. 22 Abs. 4 Satz 2 UVV). Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV sah in dem bis Ende 1997 gültig gewesenen Wortlaut vor, dass bei einem Versicherten, der eine Saisonbeschäftigung ausübt, die

Umrechnung auf die normale Dauer dieser Beschäftigung beschränkt ist. Mit der auf den 1. Januar 1998 in Kraft getretenen und hier anwendbaren Verordnungsänderung vom 15. Dezember 1997 (AS 1998 151; BGE 124 V 227 Erw. 1) wurde der letzte Satz wie folgt neu gefasst: «Bei einer zum Voraus befristeten Beschäftigung bleibt die Umrechnung auf die vorgesehene Dauer beschränkt.»

Das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) hat mit Bezug auf die obigen Bestimmungen materiell nichts geändert.

1.2 Bei den Tatbeständen gemäss Art. 22 Abs. 4 Satz 2 und 3 UVV handelt es sich um Abweichungen vom Grundsatz, dass der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogene Lohn für die Rentenberechnung massgebend ist (Art. 15 Abs. 2 UVG und Art. 22 Abs. 4 Satz 1 UVV). Diese Sonderregeln verlangen einerseits, dass – bei unterjährigem Arbeitsverhältnis – der nicht während eines ganzen Jahres geflossene Lohn auf ein Jahreseinkommen umgerechnet wird (Satz 2), beschränken aber andererseits – bei zum Voraus befristeten Beschäftigungen (Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV in der ab 1. Januar 1998 geltenden Fassung) bzw. bei Saisoniers (Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV in der bis 31. Dezember 1997 gültig gewesenen Fassung) – die Umrechnung auf die Dauer der befristeten Beschäftigung bzw. auf die normale Dauer der Saisonbeschäftigung (BGE 118 V 301 Erw. 2b mit Hinweisen). Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV bildet demnach eine Sonderregel sowohl im Verhältnis zu Satz 1 als auch zu Satz 2 des Absatzes, indem bei einer befristeten Beschäftigung weder der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogene Lohn massgebend (Satz 1) noch der bis zum Unfall bezogene Lohn auf ein Jahr umzurechnen ist (Satz 2). Als Sonderregel zu Satz 2 hat Satz 3 lediglich den für die Umrechnung massgebenden Zeitraum zum Gegenstand. Art. 22 Abs. 4 Satz 2 UVV knüpft an ein unterjähriges Arbeitsverhältnis an und legt als Rechtsfolge fest, dass der bislang bezogene Lohn auf ein Jahr umgerechnet wird. Wenn der folgende Satz 3 bloss noch ausführt, dass bei einer zum Voraus befristeten Beschäftigung die Umrechnung auf die vorgesehene Dauer dieser Beschäftigung beschränkt bleibt und die Rechtsfolge in dieser Form umschreibt, so wird damit an das Verhältnis angeknüpft, wie es zu Beginn von Satz 2 formuliert ist, nämlich an ein im Zeitpunkt des Unfalls bestehendes, noch nicht ein Jahr dauerndes Arbeitsverhältnis (Urteile RKUV 2005 Nr. U 535 S. 51 und H. vom 24. Juli 2001, Erw. 1b, U 16/01). Nach der Rechtsprechung (SVR 1994 UV Nr. 16 S. 46 Erw. 3a und b) ist die Bestimmung von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV (in der bis 31. Dezember 1997 gültig gewesenen Fassung) auch auf Kurzaufenthalter anwendbar, wo von einer normalen Beschäftigungsdauer oft nicht gesprochen werden kann (vgl. Art. 26 der Verordnung über die Begren-

zung der Zahl der Ausländer [BVO] vom 6. Oktober 1986; SR 823.21). Die seit dem 1. Januar 1998 geltende Fassung von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV, welche dieser Rechtsprechung Rechnung trägt (vgl. RKUV 1998 S. 90), spricht denn auch nicht mehr von der normalen Beschäftigungsdauer, sondern von der vorgesehenen Dauer der Beschäftigung und gilt für sämtliche im Voraus befristete Beschäftigungen (Urteile RKUV 2005 Nr. U 535 S. 51 und H. vom 24. Juli 2001, Erw. 1b, U 16/01).

2.

2.1 Das kantonale Gericht hat erwogen, die Versicherte sei zwei befristete Arbeitsverhältnisse eingegangen, wobei jenes mit der P. AG für die Zeit vom 22. Oktober bis 31. Dezember 1999 und jenes mit der N. AG für die Zeit vom 1. Januar bis 31. März 2000 abgeschlossen worden sei. Der versicherte Verdienst sei daher in Anwendung von Art. 22 Abs. 4 Sätze 1 und 3 UVV zu berechnen. Zu berücksichtigen sei somit der von der P. AG ausgerichtete Lohn wie auch derjenige der N. AG, einschliesslich der nicht ausbezahlten Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch bestehe, wobei der bei der N. AG bereits bezogene Lohn auf die ganze, von Anfang an beabsichtigte Arbeitsdauer vom 1. Januar bis 31. März 2000 umzurechnen sei. Da dem kantonalen Gericht eine konkrete Berechnung anhand der bei den Akten liegenden Belege nicht möglich war, wies es die Sache zur weiteren Abklärung und Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die SUVA zurück.

2.2 Die SUVA wendet sich in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde dagegen, dass sowohl der von der P. AG bezogene Lohn als auch das bei der N. AG erzielte Einkommen als Bemessungsgrundlage für den versicherten Verdienst herangezogen wird. Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV beziehe sich auf das zum Zeitpunkt des Unfalles konkret bestehende Arbeitsverhältnis (Art. 22 Abs. 4 Satz 2 UVV). Frühere Arbeitsverhältnisse, welche im Jahre vor dem Unfall bei anderen Arbeitgebern eingegangen worden seien, fielen dabei ausser Betracht. Eine Kombination von Art. 15 Abs. 2 UVG in Verbindung mit Art. 22 Abs. 4 Satz 1 UVV mit der Regelung von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV sei nach dem Wortlaut der Bestimmung nicht vorgesehen. Die Berechnung nach Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV wirke sich im konkreten Fall zu Gunsten der Versicherten aus, da der Jahresverdienst gemäss den Angaben der N. AG Fr. 76'730.– (inkl. Ferien und 13. Monatslohn) betrage, was umgerechnet auf drei Monate Fr. 19'183.– ausmache, während der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogene Lohn auf Fr. 13'414.– zu beziffern sei (Fr. 12'526.50 effektiver Lohn inkl. Zulagen bei der P. AG

2.3 Die Versicherte hält in ihrer Vernehmlassung fest, sie sei zwei aufeinander folgende befristete Arbeitsverhältnisse eingegangen, wobei beide die

gleiche Stelle betroffen hätten. In Nachachtung von Art. 22 Abs. 4 Satz 1 UVV müsse daher als Grundlage für die Berechnung des versicherten Verdienstes zusätzlich zum Lohn, der bei der N. AG zum Unfallzeitpunkt erzielt worden sei, auch der bei der P. AG im Jahre vor dem Unfall bezogene Lohn herangezogen werden. Gemäss Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV sei zudem die befristete Beschäftigung bei der N. AG auf die vorgesehene dreimonatige Dauer umzurechnen. Dies im Gegensatz zur Regel gemäss Satz 2, die besage, dass bei (unbefristeten) Arbeitsverhältnissen, die nicht das ganze Jahr gedauert hätten, der in dieser Zeit bezogene Lohn auf ein volles Jahr umgerechnet werde. Die Addition der Verdienste der beiden befristeten Arbeitsverhältnisse entspreche dem Wortlaut von Art. 22 Abs. 4 UVV. Zudem seien für beide Arbeitsverhältnisse die zur Deckung der Versicherungsleistungen geschuldeten Prämien entrichtet worden. Sachlich mache es keinen Unterschied, ob das zunächst auf drei Monate befristete Arbeitsverhältnis direkt verlängert oder mit dem Arbeitgeber neu abgeschlossen werde. Insbesondere sei nicht ersichtlich, weshalb Angestellte, die zwei auf sechs Monate befristete Arbeitsverhältnisse in Folge antreten und zu Beginn des zweiten verunfallen, gegenüber solchen, die ein unbefristetes unterjähriges Arbeitsverhältnis eingehen, schlechter gestellt werden sollten.

3.

3.1 Art. 22 Abs. 4 Satz 2 und Satz 3 UVV regeln die Frage, ob der Verdienst auf ein volles Jahr umzurechnen oder der effektiv erzielte Verdienst während der beabsichtigten Beschäftigungsdauer anzurechnen ist (RKUV 1992 Nr. U 148 S. 124 Erw. 5c). Dabei wird bei unterjährigen Arbeitsverhältnissen vermutet, dass die versicherte Person ganzjährig zu den gleichen Bedingungen gearbeitet hätte, weshalb die Umrechnung nach Art. 22 Abs. 4 Satz 2 UVV auf zwölf Monate zu erfolgen hat, so beispielsweise bei Stellenwechsel, Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, Wechsel von selbstständiger zu unselbstständiger Erwerbstätigkeit. Bei versicherten Personen, die nur einen zeitlich begrenzten Teil des Jahres erwerbstätig sind, erfolgt keine Umrechnung, sondern es gilt als Verdienst derjenige während der vereinbarten Dauer, wie etwa bei Studenten und Schülern, die nur ferienhalber arbeiten, und bei Selbstständigerwerbenden, die sporadisch unselbstständige Arbeit leisten (RKUV 1992 Nr. U 148 S. 120 Erw. 4c/aa). Die Neuformulierung von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV übernimmt die Rechtsprechung, wonach bei unterjährigen Arbeitsverhältnissen bei zum Vornherein befristeten Tätigkeiten keine Umrechnung auf ein volles Jahr erfolgt (RKUV 1998 S. 90).

3.2 Die in Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV vorgesehene Limitierung auf die Beschäftigungsdauer (bis 31. Dezember 1997 auf die normale Dauer der Saisonierbeschäftigung) hängt eng mit dem Äquivalenzprinzip zwischen versi-

chertem Verdienst und Prämienordnung zusammen. Dieser Grundsatz will sicherstellen, dass bei den finanziell wichtigsten Versicherungsleistungen, wie bei den Renten, von den gleichen Faktoren ausgegangen wird, die auch Basis für die Prämienrechnung bilden. Saisonarbeiter und befristet Beschäftigte haben nur Prämien von dem Lohn zu entrichten, den sie während ihrer Beschäftigungsdauer effektiv erzielen, und nicht aufgrund eines hypothetischen, hochgerechneten Jahreseinkommens (BGE 118 V 301 Erw. 2b). Entscheidendes Kriterium für eine von Art. 15 Abs. 2 UVG abweichende Ermittlung des versicherten Verdienstes bildet die infolge zeitlich reduzierter Erwerbstätigkeit eingetretene Verdiensteinbusse, indem die versicherte Person während einer gewissen Zeitspanne innerhalb der für die Bestimmung des versicherten Verdienstes massgebenden Periode keine Einkünfte hatte (RKUV 1990 Nr. U 114 S. 387 Erw. 3c und d).

3.3 Hat Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV somit lediglich den für die Umrechnung massgebenden Zeitraum zum Gegenstand, kann es keine Rolle spielen, ob die zum Vornherein nur für einige Wochen oder Monate vorgesehene Erwerbstätigkeit sich auf ein einziges oder auf zwei aufeinander folgende befristete Arbeitsverhältnisse verteilt. Weder aus dem Wortlaut der Verordnungsregelung, welche von einer zum Voraus befristeten Beschäftigung und nicht von einem befristeten Arbeitsverhältnis ausgeht, noch aus deren Sinn und Zweck (vgl. Erw. 3.2) folgt, dass im Fall einer versicherten Person, die nur während einer zum Voraus zeitlich beschränkten Dauer erwerbstätig sein möchte, zu diesem Zweck aber zwei separate Arbeitsverträge bei verschiedenen Prämienzahlern abgeschlossen hat, einzig das im Unfallzeitpunkt geltende Arbeitsverhältnis massgebend wäre.

3.4 Im Urteil H. vom 24. Juli 2001 (U 16/01) hat das Eidgenössische Versicherungsgericht mit Bezug auf Saisoniers erwogen, der für die Rentenfestsetzung massgebende versicherte Verdienst sei in der Weise zu berechnen, dass der in der «Unfallsaison» bezogene Lohn auf die beabsichtigte normale Dauer der Saisonbeschäftigung von sechs Monaten umzurechnen sei. Ein früheres, noch innerhalb eines Jahres vor dem Unfall liegendes Arbeitsverhältnis sei hingegen nicht zu berücksichtigen. Nicht gefolgt wurde damit der Auffassung der SUVA, welche den Standpunkt vertrat, es bedürfe keiner Umrechnung im Sinne von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV, weil der Versicherte innerhalb eines Jahres vor dem Unfall während etwas mehr als sechs Monaten erwerbstätig gewesen sei, da auch bei Saisoniers zunächst die Grundregel von Art. 15 Abs. 2 UVG und Art. 22 Abs. 4 Satz 1 UVV gelte, wonach der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogene Lohn massgebend sei. Aus diesem Urteil kann nicht geschlossen werden, bei zum Voraus befristeter Beschäftigungsdauer hätten sämtliche Arbeitsverhältnisse, welche vor dem

Unfallereignis eingegangen worden waren, für die Bemessung des versicherten Verdienstes unberücksichtigt zu bleiben. Eine solche Betrachtungsweise würde in Fällen wie dem vorliegenden, wo sich zwei befristete Arbeitsverhältnisse unmittelbar folgen, die Gesamtdauer der Erwerbstätigkeit aber zum Voraus befristet ist, zu einer Rechtsungleichheit führen gegenüber Versicherten, die während der gesamten Beschäftigungsdauer beim gleichen Arbeitgeber angestellt sind. Auch ist der vorliegende Fall nicht mit dem in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde erwähnten Urteil L. vom 22. Mai 2001 (U 48/00) vergleichbar, war dort doch lediglich streitig, ob ein Arbeitsverhältnis zu berücksichtigen sei, das erst nach dem Unfallereignis angetreten wurde.

3.5 Mit Bezug auf die Beschwerdegegnerin ergibt sich somit, dass für die Bemessung des versicherten Verdienstes nicht allein auf den Lohn abzustellen ist, den sie im Zeitraum vom 1. Januar bis 31. März 2000 bei der N. AG hätte erzielen können. Zu berücksichtigen ist vielmehr die gesamte auf den Zeitraum vom 22. Oktober 1999 bis 31. März 2000 befristete Beschäftigungsdauer.

4.

4.1 Massgebend ist der effektiv erzielte Lohn während der vorgesehenen Beschäftigungsdauer (vgl. RKUV 1992 Nr. U 148 S. 120 Erw. 4c/aa). Im bereits erwähnten Urteil H. vom 24. Juli 2001 (U 16/01) wurde in diesem Sinne auf das Einkommen abgestellt, welches der Versicherte während der befristeten Tätigkeit bis zum erlittenen Unfall gemäss individuellem Konto der AHV/IV effektiv bezogen hat. Der derart ermittelte Lohn wurde alsdann auf die beabsichtigte Beschäftigungsdauer von sechs Monaten umgerechnet, was den versicherten Verdienst ergab.

4.2 Im vorliegenden Fall liegt die Besonderheit darin, dass der Lohnansatz bei den beiden Teilzeitstellen nicht identisch war. Mit der Vorinstanz rechtfertigt es sich daher in dem Sinne vorzugehen, dass zunächst der bei der P. AG in der Zeit vom 22. Oktober bis 31. Dezember 1999 effektiv erzielte Lohn zu veranschlagen und alsdann der bei der N. AG in der Zeit vom 1. bis 3. Januar 2000 ausbezahlte Lohn festzustellen und auf die vorgesehene Beschäftigungsdauer von drei Monaten umzurechnen ist. Aus dem Ergebnis der beiden gestützt auf Art. 22 Abs. 2 UVV ermittelten Lohnbetreffnisse ergibt sich der für die Bemessung der Rente massgebende versicherte Verdienst. In Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids wird die SUVA, nötigenfalls unter Beizug ergänzender Unterlagen, in diesem Sinne neu zu befinden haben.

Leistungskürzung wegen absolutem Wagnis

U 552 Urteil des EVG vom 9. Februar 2005 i. Sa. H. (U 336/04)

- **Leistungskürzung wegen absolutem Wagnis (Art. 39 UVG; Art. 50 Abs. 2 UVV):**

Da die Teilnahme an einem Thaibox-Wettkampf (absolutes Wagnis) objektiv mit so grossen Gefahren verbunden ist, welche auch unter günstigsten Bedingungen nicht auf ein vernünftiges Mass reduziert werden können, ist hier für die Leistungskürzung nach Art. 39 UVG in Verbindung mit Art. 50 Abs. 2 UVV einzig vorzusetzen, dass die schädigende Einwirkung während einer laufenden Kampfunde erfolgte, unabhängig davon, ob der konkret verletzende Schlag regelkonform oder regelwidrig ausgeführt wurde (Erw. 3.2).

- **Réduction de prestations pour cause d'entreprise téméraire absolue (art. 39 LAA; art. 50, al. 2, OLAA):**

Comme le fait de participer à un concours de boxe thaï (entreprise téméraire absolue) est objectivement lié à des dangers si grands qu'ils ne peuvent pas être ramenés à des proportions raisonnables même dans les conditions les plus favorables, il s'agit ici de soumettre la réduction des prestations au sens de l'art. 39 LAA en relation avec l'art. 50, al. 2, OLAA à la seule condition que l'atteinte dommageable ait eu lieu au cours d'un combat sans se demander si le coup, qui a provoqué dans le cas concret la lésion, était conforme ou non aux règles du jeu (cons. 3.2).

- **Riduzione delle prestazioni a causa di un atto temerario assoluto (art. 39 LAINF; art. 50 cpv. 2 OAINF):**

Poiché la partecipazione a un incontro di thai boxe (atto temerario assoluto) oggettivamente è legato a pericoli talmente gravi che non possono essere limitati a una misura ragionevole neanche nelle condizioni più favorevoli, l'unico presupposto da soddisfare per la riduzione delle prestazioni ai sensi dell'articolo 39 LAINF in combinato disposto con l'articolo 50 capoverso 2 OAINF, è che l'influsso dannoso deve essere avvenuto durante un combattimento, a prescindere dal fatto che il colpo che ha concretamente provocato la lesione fosse conforme alle regole o meno (cons. 3.2).

I.

A.

Der 1974 geborene H. war als Teilzeit-Angestellter der Firma X. bei den Winterthur Versicherungen (nachfolgend: Winterthur oder Beschwerdegegnerin) obligatorisch gegen Berufs- und Nichtberufsunfälle versichert, als er sich anlässlich der Teilnahme an einem Thaibox-Wettkampf am 24. Mai 2002 ein Schädelhirntrauma zuzog. Die Winterthur kürzte die im Zusammenhang mit diesem Unfall zu erbringenden Geldleistungen um 50%, weil die Teilnahme an einem solchen Fullcontact-Wettkampf ein absolutes Wagnis darstelle (Verfügung vom 16. August 2002) und hielt daran mit Einspracheentscheid vom 23. Dezember 2003 fest.

B.

Die hiegegen erhobene Beschwerde des H. wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 23. August 2004 ab.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt H. die ungekürzte Ausrichtung der Geldleistungen beantragen. Eventuell sei die Sache zu weiteren Abklärungen des Sachverhalts an die Winterthur zurückzuweisen. Auf den nachzuzahlenden Geldleistungen sei ein Verzugszins von 5% zuzusprechen. Zudem sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Während die Winterthur auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliesst, verzichtet das Bundesamt für Gesundheit (BAG) auf eine Vernehmlassung.

II.

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

1.

1.1 Das kantonale Gericht hat die Bestimmungen zum Begriff des Wagnisses (Art. 39 UVG in Verbindung mit Art. 50 Abs. 2 UVV), welcher mit jenem identisch ist, der unter der Herrschaft des bis 31. Dezember 1983 in Kraft gestandenen KUVG gültig war, sowie die dazu entwickelte Rechtsprechung, welche zwischen absoluten und relativen Wagnissen unterscheidet (BGE 125 V 313 Erw. 1, 112 V 47 Erw. 2a und 300 Erw. 1b, je mit Hinweisen; siehe

auch BGE 113 V 223 Erw. 3c und SVR 1997 UV Nr. 81 S. 294 Erw. 3a), zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

1.2 Ergänzend ist auf RKUV 2001 Nr. U 424 S. 205 Erw. 2a hinzuweisen, wonach unter anderem die aktive Teilnahme an Boxwettkämpfen als absolutes Wagnis gilt. Ein solches liegt bei Handlungen vor, welche – unabhängig von der Ausbildung, der Vorbereitung, der Ausrüstung und den Fähigkeiten der versicherten Person – objektiv mit so grossen Gefahren verbunden sind, dass diese auch unter günstigsten Bedingungen nicht auf ein vernünftiges Mass reduziert werden können (BGE 112 V 47 Erw. 2a [= Pra 1987 Nr. 223 S. 761], RKUV 1996 Nr. U 250 S. 186; vgl. auch *Morger*, Wagnis im Rahmen neuer Freizeitbetätigungen und Sportarten, in: Collezione Assista, Festschrift aus Anlass des 30-jährigen Bestehens der Assista TCS SA, Genf 1998, S. 396 ff., insbesondere S. 403 mit Hinweisen).

2.

Fest steht, dass der Versicherte die Kopfverletzung am 24. Mai 2002 während einem Thaibox-Wettkampf erlitt. Unbestritten ist sodann, dass bei diesem Fullcontact-Wettkampf Schläge mit Fäusten und Beinen, nicht aber Ellbogen erlaubt waren, dass der Beschwerdeführer diesen Wettkampf gewann und die Teilnehmer bei diesem Wettkampf Boxhandschuhe sowie einen Mund- und einen Tiefschutz, jedoch keinen Kopfschutz trugen. Schliesslich wird zu Recht von keiner Seite bestritten, dass es sich bei der aktiven Teilnahme an einem Thaibox-Wettkampf um ein absolutes Wagnis handelt.

3.

Streitig ist die Kürzung der Geldleistungen um 50% gestützt Art. 39 UVG in Verbindung mit Art. 50 Abs. 2 UVV. Dabei ist zu prüfen, ob die Winterthur zu Recht auf die exakte Ermittlung des konkret schädigenden Schlages verzichtete.

3.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die ausgeübte Kampfsportart beinhalte harte Körperangriffe. Trete bei Einhaltung der Wettkampffregeln eine Verletzung ein, gehöre sie zu dem dieser Sportart inhärenten Risiko. Vorliegend habe der Versicherte jedoch durch den unerlaubten Einsatz des Ellbogens seines Wettkampfgegners eine schwere Körperverletzung im Sinne des Strafgesetzbuches erlitten. Diese sei eine adäquat kausale Folge der Regelverstösse des Wettkampfgegners, nicht aber des dieser Sportart innewohnenden Risikos. Die Beschwerdegegnerin habe es deshalb in Verletzung der ihr obliegenden Untersuchungspflicht unterlassen, rechtsgenügend abzuklären, ob der Versicherte die Kopfverletzung bei regelkonformer Aus-

übung des Wettkampfes oder anlässlich einer schwerwiegenden Missachtung der Spielregeln erlitten habe. Die mit angefochtenem Entscheid geschützte Rechtsauffassung der Winterthur bedeute unter anderem einen Freipass des Schädigers für Körperverletzungen im Rahmen von (absoluten) Wagnissen und führe auch zu einem Ausschluss allfälliger Regressansprüche des Sozialversicherungsträgers gegenüber dem Schädiger.

3.2 Mit Verwaltung und Vorinstanz ist festzuhalten, dass in Bezug auf die Kürzung der Geldleistungen im Sinne von Art. 39 UVG in Verbindung mit Art. 50 Abs. 2 UVV wegen aktiver Teilnahme an einem Thaibox-Wettkampf hier die Frage, ob die konkrete Kopfverletzung auf einen Regelverstoss zurückzuführen ist, offen bleiben kann. Steht nämlich fest, dass ein Thaibox-Wettkampf als absolutes Wagnis gilt und der Gesundheitsschaden während der laufenden Wettkampfaustragung zugefügt wurde (Erw. 2 hievor), ist unerheblich, ob das erlittene Schädelhirntrauma durch einen regelkonformen Faustschlag ins nicht abgedeckte Gesicht oder durch einen regelwidrigen Ellbogenschlag an den ungeschützten Kopf eintrat. Denn wie beim Boxwettkampf (vgl. EVGE 1962 S. 282 Erw. 2) besteht auch beim Thaibox-Wettkampf das Hauptziel im Knock-out des Gegners. Dabei muss ein Wettkampf-Boxer das Risiko von regelwidrigen Angriffen seines Gegners in Kauf nehmen, im Wissen darum, dass es der Funktion des anwesenden Kampfrichters entspricht, gegen erfolgte Regelverstösse einzuschreiten und gegebenenfalls Sanktionen auszusprechen. Da die Teilnahme an einem Thaibox-Wettkampf objektiv mit so grossen Gefahren verbunden ist, welche auch unter günstigsten Bedingungen nicht auf ein vernünftiges Mass reduziert werden können (Erw. 1.2 hievor), ist hier für die Leistungskürzung nach Art. 39 UVG in Verbindung mit Art. 50 Abs. 2 UVV einzig vorauszusetzen, dass die schädigende Einwirkung während einer laufenden Kampfrunde erfolgte, unabhängig davon, ob der konkret verletzende Schlag regelkonform oder regelwidrig ausgeführt wurde. Dies gilt um so mehr als im Gegensatz zum normalen Boxwettkampf beim Thaibox-Wettkampf nicht nur Box-Schläge, sondern auch Tritttechniken mit den Füßen auf die Beine, zum Kopf und Körper sowie zum Rücken des Gegners hin zulässig sind und folglich das Verletzungsrisiko dementsprechend grösser ist.

3.3 Was der Beschwerdeführer im Übrigen gegen den vorinstanzlichen Entscheid vorbringt, ist nicht stichhaltig. Insbesondere gehört es nicht in den Zuständigkeitsbereich des Sozialversicherungsprozesses, die Frage nach der allfälligen strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Wettkampfgegners des Versicherten zu beantworten. Sodann ist aus dem Umstand, dass die konkrete Ermittlung der zur Verletzungsfolge führenden Ursache (regelkonformer Box-Schlag oder regelwidriger Stoss mit dem Ellbogen) hier nicht von Bedeu-

tung ist, nicht die Schlussfolgerung zu ziehen, Teilnehmer eines Thaibox-Wettkampfes könnten, ohne strafrechtliche und/oder zivilrechtliche Konsequenzen befürchten zu müssen, ihren Gegnern unter Missachtung der Spielregeln Körperverletzungen zufügen. Die hier zur Diskussion stehende Leistungskürzung bei Wagnissen basiert denn auch nicht auf pönalen Überlegungen (vgl. *Morger*, a.a.O., S. 402), sondern bezweckt lediglich, dass der Gesamtheit der Versicherten nicht die Übernahme der Schadensfolgen einer solchen, als absolutes Wagnis zu qualifizierenden Handlung zugemutet werden soll (BGE 112 V 47 Erw. 2a).

3.4 Steht nach dem Gesagten fest, dass die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Fall zu Recht auf weitere Abklärungen in Bezug auf die genaue Ermittlung des für den Gesundheitsschaden ursächlichen Schlages verzichtete, ist der angefochtene Entscheid, womit die Vorinstanz die von der Winterthur verfügte Leistungskürzung infolge eines Wagnisses schützte, nicht zu beanstanden.

Kürzung der Geldleistungen wegen Beteiligung an einer Rauferei

U 553 Urteil des EVG vom 3. März 2005 i. Sa. T. (U 360/04)

- **Kürzung der Geldleistungen wegen Beteiligung an einer Rauferei (Art. 39 UVG [Fassung 2002]; Art. 49 Abs. 2 Bst. a UVV):**

Der Versicherte ging objektiv betrachtet das Risiko einer dem angestrebten (weiteren) Wortwechsel folgenden tätlichen Auseinandersetzung mit ein, was zur Reduktion der Geldleistungen gestützt auf Art. 39 UVG in der bis Ende 2002 gültigen Fassung i.V.m. Art. 49 Abs. 2 Bst. a UVV genügt. Denn nach der Rechtsprechung ist eine Beteiligung an einer Rauferei oder Schlägerei nicht nur bei der Teilnahme an einer eigentlichen tätlichen Auseinandersetzung gegeben. Eine Beteiligung ist jedes Verhalten, das objektiv gesehen bereits das Risiko einschliesst, in Tätlichkeiten überzugehen oder solche nach sich zu ziehen (RKUV 1991 Nr. U 120 S. 89 f. unten Erw. 3b). Nicht notwendig ist, dass der Versicherte selbst tätlich geworden ist. Un-erheblich ist auch, aus welchen Motiven er sich beteiligt hat, wer mit einem Wortwechsel oder Tätlichkeiten begonnen hat und welche Wendung die Ereignisse in der Folge genommen haben. Entscheidend ist allein, ob die versicherte Person die Gefahr einer tätlichen Auseinandersetzung erkannt hat oder erkennen musste (BGE 99 V 11 Erw. 1 in fine; RKUV 1991 Nr. U 120 S. 90 Erw. 3b).

- **Réduction des prestations en espèces pour participation à une rixe (art. 39 LAA [version 2002]; art. 49, al. 2, let. a, OLAA):**

Si l'on considère la situation de manière objective, l'assuré a pris le risque d'un conflit physique suivant la poursuite de l'échange de paroles souhaitée, ce qui suffit à justifier une réduction des prestations en espèces basée sur l'art. 39 LAA, dans sa version en vigueur jusqu'à fin 2002, en relation avec l'art. 49, al. 2, let. a, OLAA. En effet, selon la jurisprudence, la participation à une rixe ou à une bagarre n'est pas seulement réalisée en cas de participation à un conflit physique proprement dit. Une participation est le fait de tout comportement qui, considéré objectivement, comprend le risque de déboucher sur des voies de fait ou d'en entraîner (RAMA 1991 no U 120, p. 89 s. en bas, cons. 3b). Il n'est pas nécessaire que l'assuré ait lui-même donné des coups. Il est également sans importance de savoir pour quels motifs il a participé ni qui a commencé l'échange de paroles ou de voies de fait ni encore quelle tournure les événements ont

pris par la suite. Ce qui est seul décisif, c'est de savoir si la personne assurée a reconnu ou devait reconnaître le danger d'un conflit physique (ATF 99 V 11 cons. 1 in fine; RKUV 1991 no U 120 p. 90, cons. 3b).

- **Riduzione delle prestazioni in contanti a causa di partecipazione a una rissa (art. 39 LAINF [versione 2002]; art. 49 cpv. 2 lett. a OAINF):**

Dal punto di vista oggettivo, il fatto che l'assicurato abbia preso il rischio di essere coinvolto in un conflitto fisico in seguito a un conflitto verbale auspicato è sufficiente per ridurre le prestazioni in contanti conformemente all'articolo 39 LAINF (nella versione vigente fino alla fine del 2002) in combinato disposto con l'articolo 49 capoverso 2 lettera a OAINF. Secondo la giurisprudenza infatti, la partecipazione a una rissa o una baruffa non è data solo in caso di partecipazione attiva a un conflitto fisico. È considerato come partecipazione qualsiasi comportamento che, dal punto di vista oggettivo, comprende il rischio di passare a vie di fatto o di causarle (RAMI 1991 N. U 120 p. 89 seg. in fondo cons. 3b). Non è necessario che l'assicurato stesso sia passato alle vie di fatto. Sono anche irrilevanti i motivi per cui ha partecipato, chi ha iniziato il conflitto verbale o il conflitto fisico e la svolta che i fatti hanno preso in seguito. L'unico fattore decisivo è di sapere se l'assicurato ha riconosciuto o avrebbe dovuto riconoscere il pericolo di un conflitto fisico (DTF 99 V 11 cons. 1 in fine; RAMI 1991 N. U 120 p. 90 cons. 3b).

I.

A.

Der 1966 geborene T. war seit Februar 1999 bei der Firma A. AG als Allrounder tätig und in dieser Eigenschaft bei der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) gegen die Folgen von Berufs- und Nichtberufsunfälle versichert. In der Nacht vom 7. auf den 8. April 2001 kam es zu einer gewaltvollen Auseinandersetzung zwischen T. einerseits und dem früheren Ehemann seiner damaligen Freundin K., H., sowie zwei weiteren Personen andererseits. T. wurden durch Messerstiche in den Unterleib der Dünndarm wie auch die Vena cava sup. verletzt. Zusätzliche Schnitt- oder Stichwunden fanden sich im Bereich der Stirn und der Augenbrauen beidseits sowie am Oberarm links. Das Amtsstatthalteramt stellte am 21. Februar 2002 die gegen T. eingeleitete Strafuntersuchung wegen Beteiligung an einem Raufhandel ein.

Mit Verfügung vom 25. Juli 2003 kürzte die SUVA sämtliche Geldleistungen wegen Beteiligung an einer Rauferei und Schlägerei um 50%, woran sie mit Einspracheentscheid vom 16. September 2003 festhielt.

B.

Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern mit Entscheid vom 6. September 2004 ab.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt T. die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und des Einspracheentscheids beantragen. Gleichzeitig ersucht er um unentgeltliche Verbeiständung.

II.

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

1.

Das kantonale Verwaltungsgericht hat die Bestimmungen über die Kürzung von Leistungen der Unfallversicherung (Art. 39 UVG), namentlich bei Beteiligung an Raufereien und Schlägereien (Art. 49 Abs. 2 lit. a UVV) in der bis Ende 2002 geltenden, hier anwendbaren Fassung (BGE 129 V 4 Erw. 1.2) und die dazu ergangene Rechtsprechung (RKUV 1991 Nr. U 120 S. 90 Erw. 3b mit Hinweisen; siehe auch BGE 107 V 235 Erw. 2a) richtig wiedergegeben. Dabei hat es insbesondere auch dargelegt, dass sich die Beteiligung an Raufereien oder Schlägereien im Sinne von Art. 49 Abs. 2 lit. a UVV nicht mit dem Tatbestand der Beteiligung an einem Raufhandel gemäss Art. 133 StGB deckt (RKUV 1991 Nr. U 120 S. 90 Erw. 3c mit Hinweis). Darauf wird verwiesen.

2.

Der Beschwerdeführer kannte K. nach eigenen Aussagen vom 18. April 2004 gegenüber der Kriminalpolizei seit zweieinhalb bis drei Jahren, wobei aus anfänglicher Freundschaft eine Liebschaft geworden war. Angesichts dieses Umstandes, unterstrichen durch die unbestrittene Tatsache, dass sich K. am Abend des 8. April 2001 wegen des gewaltmässigen Versuchs ihres ehemaligen Ehegatten, sich Einlass in ihre Wohnung zu verschaffen, sogleich Hilferufend telefonisch an den Versicherten gewandt hatte, ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass dieser über den im Jahre 1995 in eine Anzeige wegen Tötlichkeit und Drohung mündenden Gewaltexzess von H. gegenüber seiner damaligen Ehefrau orientiert war. Von Gegenteiligem auszugehen, wäre lebensfremd. Er wusste demnach über die in H. liegende Neigung zu

physischer Gewalt. Trotz eindringlicher Bitten von K. liess er sich nicht davon abbringen, H., zu dem er seinen eigenen Ausführungen folgend ein gespanntes Verhältnis hatte, am selben Abend persönlich aufzusuchen.

Soweit er in diesem Zusammenhang die vorinstanzliche Feststellung bestreitet, K. habe ihm von einem Zusammentreffen mit ihrem Ex-Ehemann ausdrücklich abgeraten, so stellt er sich damit in Widerspruch zu den Aussagen des eigenen Sohnes im Rahmen der polizeilichen Zeugenbefragung vom 12. April 2004, wonach K. die Telefonnummer von H. erst nach anfänglichem Widerstand herausgegeben, dafür vom Beschwerdeführer aber das Versprechen abverlangt und schliesslich auch erhalten habe, H. nicht aufzusuchen. Angesichts dieser klaren, auf persönlicher Wahrnehmung basierenden, sich zudem im Einklang mit den von der Polizei am 8. April 2001 festgehaltenen Ausführungen von K. stehenden Sachverhaltsschilderung besteht keine Veranlassung, an deren Richtigkeit zu zweifeln.

Die ohnehin bereits spannungsgeladene Situation wurde durch das von gegenseitigen Beschimpfungen begleitete Telefongespräch zwischen dem Versicherten und H. zusätzlich verschärft. Trotz dieser ungünstigen Vorzeichen und im Wissen um die Aggressivität von H. schickte sich der Beschwerdeführer direkt im Anschluss an das angesprochene Telefonat an, H. persönlich zur Rede zu stellen. Damit ging der Versicherte objektiv betrachtet das Risiko einer dem angestrebten (weiteren) Wortwechsel folgenden tätlichen Auseinandersetzung mit ein, was zur Reduktion der Geldleistungen gestützt auf Art. 39 UVG in der bis Ende 2002 gültigen Fassung in Verbindung mit Art. 49 Abs. 2 lit. a UVV genügt. Denn nach der Rechtsprechung ist eine Beteiligung an einer Rauferei oder Schlägerei nicht nur bei der Teilnahme an einer eigentlichen tätlichen Auseinandersetzung gegeben. Eine Beteiligung ist jedes Verhalten, das objektiv gesehen bereits das Risiko einschliesst, in Tätlichkeiten überzugehen oder solche nach sich zu ziehen (RKUV 1991 Nr. U 120 S. 89 f. unten Erw. 3b). Nicht notwendig ist, dass der Versicherte selbst tötlich geworden ist. Unerheblich ist auch, aus welchen Motiven er sich beteiligt hat, wer mit einem Wortwechsel oder Tätlichkeiten begonnen hat und welche Wendung die Ereignisse in der Folge genommen haben. Entscheidend ist allein, ob die versicherte Person die Gefahr einer tätlichen Auseinandersetzung erkannt hat oder erkennen musste (BGE 99 V 11 Erw. 1 in fine; RKUV 1991 Nr. U 120 S. 90 Erw. 3b). Deshalb ist insbesondere auch unbedeutend, ob unmittelbar vor dem Gewaltakt (nochmals) ein Wortwechsel stattgefunden hat oder nicht und wie sich die Angelegenheit im Weiteren nach dem Eintreffen vor Ort im Einzelnen abgespielt hat. Die diesbezüglichen Vorbringen zielen daher an der Sache vorbei. Damit erweist sich die von der Vorinstanz bestätigte Kürzung der Geldleistungen als rechens.

Valideneinkommen

U 554 Urteil des EVG vom 9. März 2005 i. Sa. B. (U 340/04)

■ Valideneinkommen (Art. 18 UVG; Art. 16 ATSG):

Bei der Prüfung der mutmasslichen beruflichen Entwicklung können unter Umständen aus einer besonderen beruflichen Qualifizierung im Invaliditätsfall Rückschlüsse auf die hypothetische Entwicklung gezogen werden, zu der es ohne Eintritt des (unfallbedingten) Gesundheitsschadens gekommen wäre. Nach der Rechtsprechung ist dies insbesondere dann zulässig, wenn die angestammte Tätigkeit auch nach dem Unfall weitergeführt werden kann. Indessen darf aus einer erfolgreichen Invalidenkariere in einem neuen Tätigkeitsbereich nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, die versicherte Person hätte ohne Invalidität eine vergleichbare Position auch im angestammten Tätigkeitsgebiet erreicht.

■ Revenu de personne valide (art. 18 LAA; art. 16 LPG):

Lors de l'examen de l'évolution professionnelle présumée, on peut, selon les circonstances, se baser sur une qualification professionnelle particulière dans le cas de l'invalidité pour en tirer des conclusions sur l'évolution hypothétique qui aurait eu lieu en l'absence de l'atteinte à la santé (causée par l'accident). Selon la jurisprudence, cela est notamment admissible lorsque l'activité habituelle peut également être accomplie après l'accident. Toutefois, on ne saurait déduire sans autre du succès de la carrière d'invalides dans un nouveau domaine d'activités que la personne assurée, si elle n'avait pas été invalide, aurait atteint une position comparable également dans son domaine habituel d'activités.

■ Reddito realizzato da una persona non invalida (art. 18 LAINF; art. 16 LPG):

Nell'esaminare l'evoluzione professionale presumibile è possibile, secondo le circostanze, basarsi su una qualifica professionale particolare in caso di invalidità per trarre conclusioni relative all'evoluzione ipotetica che avrebbe avuto luogo se non fosse subentrato un danno alla salute dovuto all'infortunio. Secondo la giurisprudenza ciò è ammissibile in particolare quando l'attività usuale può essere svolta anche dopo l'infortunio. Tuttavia, dalla carriera di successo che una persona invalida ha fatto in un nuovo settore di attività non si può presumere che l'assicurato, se non fosse divenuto invalido,

avrebbe raggiunto una posizione paragonabile anche nella sua attività precedente.

I.

A.

Die 1970 geborene diplomierte Physiotherapeutin B. reiste im Februar 1994 von den Niederlanden in die Schweiz ein. Seit 1. März 1994 arbeitete sie in der Physiotherapiepraxis J. und war bei der Schweizerischen Mobiliar Versicherungsgesellschaft (Mobiliar) gegen die Folgen von Berufs- und Nichtberufsunfällen versichert. Am 30. August 1995 wurde sie in einen Verkehrsunfall verwickelt, bei dem sie sich ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule (HWS) zuzog. Trotz intensiver Therapiemassnahmen besserten sich die Beschwerden (starke Schmerzen vom Nacken in beide Arme ausstrahlend) nur zögernd. Die Mobiliar kam für die Heilbehandlung auf und richtete Tagelder aus. Per 1. September 1996 trat B. eine neue Stelle als Physiotherapeutin in Y. mit einem reduzierten Pensum von fünf Stunden pro Tag an. Am 29. November 1996 wurde sie durch Dr. med. E., Spezialarzt für Neurologie FMH, neurologisch/neuropsychologisch begutachtet. Dr. med. E. kam zum Schluss, B. sei als Physiotherapeutin zu 50% arbeitsfähig; in einer angepassten Tätigkeit mit wechselnder körperlicher Belastung ohne Kopfwangshaltung, insbesondere ohne arbeitsmässige Belastung der Oberarmmuskulatur, bestehe eine mindestens 80%ige Arbeitsfähigkeit. Er empfahl eine Umschulung auf körperlich weniger anspruchsvolle Physiotherapietechniken (Kinesiologie, Craniosacraltherapie). Am 12. Februar 1997 meldete sich B. bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an. Ein erneuter Stellenwechsel in eine Physiotherapiepraxis in X. (mit einem Arbeitspensum von 50%) erfolgte auf den 1. März 1997. Die IV-Stelle Obwalden sprach ihr mit Verfügung vom 31. März 1998 zunächst eine Umschulung zur Unterrichtsassistentin an der Kaderschule für Krankenpflege zu, welche B. im März 1999 abschloss. Am 18. März 1999 verfügte die IV-Stelle die Fortsetzung der Umschulung zur Berufsschullehrerin für Gesundheitsberufe an derselben Schule. Nachdem B. im Mai 2001 geheiratet und im August 2001 eine Tochter geboren hatte, beendete sie im Mai 2002 die Ausbildung zur Berufsschullehrerin im Gesundheitswesen (Fachbereich Physiotherapie) erfolgreich. Mit Verfügung vom 22. Januar 2003 stellte die Mobiliar die Heilkosten- und Taggeldleistungen per 7. September 2001 ein, verneinte einen Rentenanspruch und sprach B. ausgehend von einer Integritätseinbusse von 15% eine Integritätsentschädigung zu. Die hiegegen erhobene Einsprache wies sie am 7. April 2003 ab.

B.

B. liess Beschwerde führen und die Zusprechung einer Rente bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 30% bei einem versicherten Verdienst von Fr. 48'805.– beantragen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Obwalden wies diese mit Entscheid vom 20. August 2004 ab.

C.

Hiegegen lässt B. Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, es sei ihr bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 20% und einem versicherten Verdienst von Fr. 68'900.– eine Rente ab 8. September 2001 zuzusprechen.

Die Mobiliar schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) verzichtet auf eine Stellungnahme.

Am 6. Dezember 2004 reicht B. eine Bestätigung vom 30. November 2004 zu den Akten, woraus hervorgeht, dass sie seit 1. August 2002 als Fachlehrerin für den Fachbereich Gesundheits- und Krankenpflege an der C., Schule für Betagtenbetreuung, mit einem Pensum von 50% angestellt ist, im Sommer 2003 zu ihrem Arbeitspensum auch die Aufgabe als Klassenlehrerin übernahm, im Januar 2004 in einem dreitägigen Kurs zur Lehrabschluss-Prüfungsexpertin Soziale Lehre ausgebildet wurde und auch an allen internen Weiterbildungen teilnahm. Weiter ist der Bestätigung zu entnehmen, dass B. im Jahre 2004 Mutter eines zweiten Kindes wurde, weshalb sie am 1. Juni 2004 einen bis Februar 2005 dauernden Mutterschaftsurlaub antrat.

II.

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

1.

Die Prüfung eines allfälligen schon vor dem In-Kraft-Treten des ATSG entstandenen Anspruchs auf eine Rente der Unfallversicherung hat nach allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln bei einer Änderung der gesetzlichen Grundlagen grundsätzlich gemäss denjenigen Rechtssätzen zu erfolgen, die bei Verwirklichung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts galten. Demzufolge ist der Rentenanspruch für die Zeit bis 31. Dezember 2002 aufgrund der bisherigen und ab diesem Zeitpunkt nach den neuen Normen zu prüfen (BGE 130 V 329). Für den Verfahrensausgang ist dies indessen insofern von untergeordneter Bedeutung, als die im ATSG enthaltenen

Umschreibungen hinsichtlich der UV-rechtlichen Invaliditätsbemessung keine substanziellen Änderungen gegenüber der bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Normenlage brachten. Denn gemäss Urteil G. vom 22. Juni 2004, U 192/03, RKUV 2004 Nr. U 529 S. 572 entsprechen die im ATSG enthaltenen Definitionen der Arbeitsunfähigkeit (Art. 6 ATSG), der Erwerbsunfähigkeit (Art. 7 ATSG) und der Invalidität (Art. 8 ATSG) ebenso wie die Vorschrift über die Bestimmung des Invaliditätsgrades (bei erwerbstätigen Versicherten; Art. 16 ATSG) den bisherigen, in der Unfallversicherung von der Rechtsprechung dazu entwickelten Begriffen und Grundsätzen. Keine materiellrechtliche Änderung bringt auch der redaktionell neu gefasste Unfallbegriff des Art. 4 ATSG (RKUV 2004 Nr. U 530 S. 576).

2.

Der Streit dreht sich einzig um die Frage, ob das Valideneinkommen auf der Basis des mutmasslichen Verdienstes als angestellte Physiotherapeutin zu bestimmen ist (wovon Vorinstanz und Verwaltung ausgehen) oder ob – der Auffassung der Versicherten folgend – vom Lohn, welchen sie ohne Invalidität als Physiotherapie-Lehrerin oder als selbstständige Physiotherapeutin erzielen könnte, auszugehen ist.

2.1 Mobilier und Vorinstanz haben das Valideneinkommen ausgehend davon, dass die Beschwerdeführerin ohne unfallbedingte Gesundheitsschädigung als angestellte Physiotherapeutin erwerbstätig geblieben wäre, auf Fr. 68'900.– (13 x Fr. 5'300.–) festgesetzt. Die Versicherte bringt dagegen vor, sie habe schon vor dem Unfall konkrete Anstrengungen hinsichtlich einer Weiterbildung zur Fachdozentin für Physiotherapie unternommen und würde ohne Invalidität heute vollzeitlich in diesem bezüglich Ausbildungsdauer und Einkommen der derzeitigen Arbeit als Berufskundelehrerin für Gesundheitsberufe gleichzustellenden Beruf arbeiten. Nicht auszuschliessen sei auch, dass sie sich stattdessen als Physiotherapeutin selbstständig gemacht hätte.

2.2 Grundsätzlich bleibt beim Valideneinkommen der zuletzt erzielte Verdienst als Bezugsgrösse bestehen, ausser es finden sich ausreichend konkrete Anhaltspunkte für eine berufliche Weiterentwicklung. Im Rahmen der erstmaligen Rentenfestsetzung genügen blosse Absichtserklärungen der versicherten Person regelmässig nicht, vielmehr muss nach den zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid die Absicht, beruflich weiterzukommen, bereits durch konkrete Schritte kundgetan worden sein (BGE 96 V 29; EVGE 1968 S. 93 Erw. 2a; RKUV 1993 Nr. U 168 S. 100 Erw. 3b). Im Falle einer jungen Versicherten, die am Anfang ihrer beruflichen Laufbahn von einem versicherten Ereignis betroffen wurde, entzieht sich die hypothetische Tatsache einer Jahre später ohne Invalidität ausgeübten bestimmten Tätigkeit

naturgemäss einem strikten Beweis, zumal das lebenslange Ausüben eines einmal erlernten Berufes in den derzeitigen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen immer weniger die Regel bildet, die ständige berufliche Qualifizierung hingegen weit verbreitet ist. Die Anforderungen an den massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit dürfen daher nicht überspannt werden (SZS 2004 S. 67). Gleichwohl muss der hypothetische berufliche Werdegang dem Richter wahrscheinlicher erscheinen als die Weiterausübung der angestammten Arbeit (BGE 126 V 360 Erw. 5b, 125 V 195 Erw. 2, je mit Hinweisen; vgl. 130 III 324 f. Erw. 3.2 und 3.3).

Bei der Prüfung der mutmasslichen beruflichen Entwicklung können unter Umständen aus einer besonderen beruflichen Qualifizierung im Invaliditätsfall Rückschlüsse auf die hypothetische Entwicklung gezogen werden, zu der es ohne Eintritt des (unfallbedingten) Gesundheitsschadens gekommen wäre. Nach der Rechtsprechung ist dies insbesondere dann zulässig, wenn die angestammte Tätigkeit auch nach dem Unfall weitergeführt werden kann (Urteile S. vom 29. August 2002 Erw. 1.2 mit Hinweisen, I 97/00). Indessen darf aus einer erfolgreichen Invalidenkarriere in einem neuen Tätigkeitsbereich nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, die versicherte Person hätte ohne Invalidität eine vergleichbare Position auch im angestammten Tätigkeitsgebiet erreicht (Urteil W. vom 26. Mai 2003, U 183/02).

2.3

2.3.1 Hinsichtlich der Weiterbildungsbestrebungen vor dem Unfall vom 30. August 1995 geht aus den Akten hervor, dass sich die Versicherte für einen Kurs «Manuelle Therapie nach dem orthopädisch neuroreflektorischen Modell» im Weiterbildungszentrum Z., angemeldet hatte (diese Weiterbildung in der Folge jedoch wegen unfallbedingter Beschwerden abbrechen musste). Ob sie sich bereits vor dem Unfall über andere Weiterbildungsmöglichkeiten informierte und welche Alternativen dabei allenfalls zur Sprache kamen, kann offen bleiben, da darin keine konkreten Schritte im Sinne der zitierten Rechtsprechung (Erw. 2.2 hievon) zu sehen sind. Soweit die Beschwerdeführerin unter Hinweis darauf, die Absolvierung eines Studiums der manuellen Therapie (oder eine andere Spezialausbildung) sei Grundvoraussetzung für die Ausbildung zur Physiotherapie-Fachlehrerin, ein konkretes Vorkehren geltend machen will, sind ihre Ausführungen nicht stichhaltig. Weder konnte Frau F., Schulleiterin am Ausbildungszentrum für Gesundheitsberufe des Kantons Y., Schule für Physiotherapie, (Schreiben vom 3. November 2003), diese Behauptung bestätigen, noch geht solches aus der Broschüre «Ausbildungsgänge SPV» des Schweizerischen Physiotherapeuten-Verbandes hervor (als Voraussetzungen werden in letzterer eine abgeschlossene Berufsausbildung [Diplom als Physiotherapeutin] sowie eine zweijährige Berufserfahrung genannt).

Unabhängig davon braucht ein Lehrgang in manueller Therapie jedenfalls nicht zwingend seine Fortsetzung in einer Ausbildung zur Dozentin der Physiotherapie zu finden. Sodann hat die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren selbst darauf hingewiesen, dass sie bereits vor dem Unfall aus unfallfremden Gründen (Kosten, ausländische Staatsangehörigkeit) in der Schweiz auf die Weiterverfolgung einer allfälligen Teilnahme an den Studiengängen Psychologie oder Fachdozentin für Physiotherapie verzichtete und die Möglichkeit eines Studiums an der «Open Universiteit van Amsterdam» wegen der grossen Distanz aufgab. Auch aus diesem Grund kann nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass sie ohne Unfall eine Ausbildung zur Physiotherapie- oder Berufsschullehrerin absolviert hätte. Zu beachten ist schliesslich, dass sie sich zwar im November 1995 für den Ausbildungsgang «Physio-Fachlehrerin» interessierte und entsprechende Auskünfte einholte, in den Akten aber auch nach dem Unfall ausschliesslich diverse Weiterbildungskurse auf dem Gebiet der Physiotherapie (Einführung in die medizinische Trainingstherapie vom 7. bis 10. September 1997; «Inspannungsfysiologie und Biofeedback» am 12. und 13. September 1997; Aquafit-Leiterinnenkurs vom 25. und 26. Oktober 1997, kantonale Physiotherapie-Fortbildungen in Obwalden in den Jahren 1997, 1998 und 1999) dokumentiert sind, was ebenfalls darauf hindeutet, dass entgegen ihren Vorbringen auch unmittelbar nach dem Unfall der Wechsel in eine Lehrtätigkeit nicht im Vordergrund stand. Erst nachdem ihr vom Berufsberater der IV-Stelle diverse berufliche Möglichkeiten aufgezeigt worden waren und sich herausgestellt hatte, dass etliche der körperlich weniger anspruchsvollen Spezialtherapien von den Krankenkassen nicht oder nicht vollumfänglich übernommen werden (weshalb der Berufsberater der IV die Erzielung eines rentenausschliessenden Einkommens in einer solchen Tätigkeit als unwahrscheinlich erachtete), entschied sich die Versicherte für die Ausbildung zur Fachlehrerin an der Berufsschule für Gesundheitswesen (Verlaufsbericht vom 14. Januar 1998).

Dass die Beschwerdeführerin (auch) ohne Invalidität in der Lage gewesen wäre, die Ausbildung zur Berufsschullehrerin mit Erfolg abzuschliessen, ist schliesslich ebenso wenig entscheidend wie die theoretischen Weiterbildungsmöglichkeiten aufgrund des Abschlusses als Bachelor, da es einzig darum geht, zu beurteilen, wie sich der berufliche Werdegang ohne Unfall entwickelt hätte. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass sich aus den Akten keine konkreten Hinweise auf Vorkehrungen zur Ausbildung als Physiotherapielehrerin vor dem Unfall ergeben.

Sodann mag zutreffen, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Ausbildung die Möglichkeit gehabt hätte, sich ohne Unfall im Verlaufe ihrer Berufs-

tätigkeit selbstständig zu machen. Aus den Unterlagen geht jedoch nichts hervor, was auf eine diesbezügliche Absicht oder gar konkrete Vorkehren zu einem solchen Schritt schliessen liesse.

2.3.2 Dass sich die Versicherte unbestrittenermassen mit Erfolg in ihrem neuen Tätigkeitsgebiet als Berufsschullehrerin etabliert hat und – was in einem solchen Beruf unabdingbar ist – stetig weiterbildet, lässt vermuten, sie hätte sich als (angestellte) Physiotherapeutin ebenfalls gewissenhaft und interessiert um ihre Weiterbildung gekümmert. Ein besonders hoher leistungsmässiger Einsatz, welcher auf eine aussergewöhnlich erfolgreiche und überdurchschnittlich bezahlte Karriere ohne Invalidität schliessen liesse, kann jedoch aus den sich im Rahmen des Üblichen haltenden Fortbildungen nicht abgeleitet werden. Im Rahmen der Ermessenskontrolle (BGE 126 V 81 Erw. 6, 123 V 152 Erw. 2, 114 V 316 Erw. 5a mit Hinweisen) ist daher nicht zu beanstanden, dass Unfallversicherung und kantonales Gericht auf das zuletzt erzielte Einkommen als Physiotherapeutin abgestellt haben, welches bei einem Arbeitspensum von 40 Stunden pro Woche gemäss Auskunft des ehemaligen Arbeitgebers J. im Jahre 2001 Fr. 5'300.– monatlich (somit unter Berücksichtigung eines 13. Monatslohnes Fr. 68'900.– jährlich) betragen hätte. Dies gilt umso mehr, als ein Blick in die Lohnempfehlungen für angestellte Physiotherapeutinnen in Spitälern, Kliniken und Heimen des Schweizer Physiotherapieverbandes (Fisio) vom 25. Oktober 2004 (abrufbar unter www.fisio.org) zeigt, dass bezogen auf Oktober 2004 die Jahresbruttolöhne im Kanton Obwalden zwischen Fr. 60'671.– (Minimum) und Fr. 97'084.– (Maximum), jeweils inklusive 13. Monatslohn, lagen. Die Versicherte hätte somit auch an anderen Arbeitsplätzen ein vergleichbares Salär erzielt, wie an ihrer im Unfallzeitpunkt innegehabten Stelle.

Adäquater Kausalzusammenhang bei psychischer Fehlentwicklung nach Unfall

U 555 Urteil des EVG vom 7. April 2005 i. Sa. A. (U 458/04)

- **Adäquater Kausalzusammenhang bei psychischer Fehlentwicklung nach Unfall (Art. 6 Abs. 1 UVG):**

Beispiel für einen schweren Unfall im mittleren Bereich, angrenzend zu den schweren Unfällen (Erw. 3.4, mit Hinweisen auf die Kasuistik); Bejahung des adäquaten Kausalzusammenhanges allein aufgrund der Schwere der erlittenen Verletzung (Kehlkopftrauma mit partiellem Abriss der Luftröhre und Erstickungsgefahr) (Erw. 3.5).

- **Lien de causalité adéquate en cas de trouble de développement psychique après un accident (art. 6, al. 1, LAA):**

Exemple d'accident grave situé dans la zone moyenne, à proximité des accidents graves (cons. 3.4, avec renvois à la casuistique); admission d'un lien de causalité adéquate seulement en raison de la gravité de la blessure subie (traumatisme du larynx avec arrachement partiel de la trachée et danger d'asphyxie) (cons. 3.5).

- **Nesso causale adeguato in caso di disfunzione psichica in seguito a infortunio (art. 6 cpv. 1 LAINF):**

Esempio di un grave infortunio di entità media ma di poco inferiore il limite dell'entità grave (cons. 3.4, con riferimenti relativi alla casistica); riconoscimento dell'adeguatezza del nesso causale solo sulla base della gravità delle lesioni subite (traumatismo laringeo con lacerazione parziale della trachea e rischio di soffocamento) (cons. 3.5).

Auszug aus den Erwägungen:

3.

Strittig ist der von der Beschwerdegegnerin verfügte und vorinstanzlich bestätigte Fallabschluss (Einstellung sämtlicher Leistungen aus dem Ereignis vom 29. April 2002) per 30. September 2003.

3.1 Gestützt auf die medizinische Aktenlage, wonach der Beschwerdeführer am 5. Juni 2002 nach gelungenem peroralem Nahrungsaufbau und problem-

los angelaufener Stimmrehabilitation «in gutem Allgemeinzustand» aus dem Spital entlassen werden konnte (Austrittsbericht des Spitals X. vom 24. Juni 2002), sodann gemäss Bericht des Dr. med. B. vom 13. August 2002 aufgrund des erhobenen Larynx- und Tracheabefunds keine Arbeitsunfähigkeit mehr bestand, die Hausärztin am 18. September 2002 eine schrittweise Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit für möglich hielt und schliesslich laut Austrittsbericht der Klinik Z. vom 23. April 2003 die noch bestehenden körperlichen Restfolgen des Unfalls vom 29. April 2002 objektiv mit einer annähernd normalen Lebensqualität einhergingen, verneinte die Vorinstanz körperliche Unfallfolgen mit relevanten Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit. Den in der Folge einzig mit Blick auf die – nach Einschätzung der Ärzte eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit begründenden – psychischen Leiden beurteilten Kausalzusammenhang zwischen aktuellem Beschwerdebild und Unfall vom 29. April 2002 erachtete sie in natürlicher Hinsicht ohne Weiteres als gegeben, verneinte ihn dagegen unter adäquanzrechtlichen Gesichtspunkten.

3.2 Da die natürliche Kausalität zwischen dem Unfall und den aktuellen Gesundheitsbeeinträchtigungen – angesichts der Aktenlage sowie im Lichte der zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen zu Recht – von keiner Seite mehr in Frage gestellt wird, rechtfertigt es sich, die richterliche Überprüfung auf die umstrittene Adäquanz des Kausalzusammenhangs zu beschränken (vgl. BGE 110 V 53).

3.3 Vorinstanz und Beschwerdegegnerin haben den adäquaten Kausalzusammenhang nach der Rechtsprechung zu psychischen Folgeschäden gemäss BGE 115 V 133 ff. beurteilt. Mit Blick darauf, dass in den medizinischen Akten nebst der Tracheaverletzung wiederholt der Verdacht auf ein beim Unfall vom 29. April 2002 erlittenes Schädel-/Hirntrauma geäussert und diese Vermutung während der gesamten Behandlungsdauer nie widerlegt werden konnte, der Beschwerdeführer sodann an etlichen mit den möglichen Folgen eines Schleudertraumas vergleichbaren Symptomen (typisches Beschwerdebild wie Kopfschmerzen, Schwindel, neurologische Defizite [Konzentrationsstörungen; Vergesslichkeit], Reizbarkeit, Depression usw.; BGE 117 V 360 Erw. 4b; vgl. auch HAVE 2003 S. 339) leidet und diese Beeinträchtigungen gegenüber der psychischen Problematik nicht offensichtlich vollkommen in den Hintergrund getreten sind (vgl. Urteil A. vom 21. März 2003 [U 335/02] Erw. 3.2 [Plädoyer 2003/3 S. 61 = HAVE, 2003 S. 339]), stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit der bezüglich Verletzungen nach klassischem Schleudertrauma entwickelten Rechtsprechung zum adäquaten Kausalzusammenhang gemäss BGE 117 V 366 ff. mit ihrer fehlenden Differenzierung zwischen körperlichen und psychischen Beschwerden (zum

Ganzen BGE 123 V 99 Erw. 2a, 119 V 335, 117 V 359 und 382 f. Erw. 4b und ; RKUV 2002 Nr. U 465 S. 437, 2000 Nr. U 395 S. 317 Erw. 3; SVR 1995 UV Nr. 23 S. 67 Erw. 2). Sie kann jedoch offen gelassen werden, da ihre Beantwortung – wie nachfolgende Erwägungen zeigen – ohne Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens bleibt.

3.4

3.4.1 Im Rahmen der adäquanzrechtlich nach objektiven Gesichtspunkten (BGE 124 V 44 Erw. 5c/aa, 115 V 139 Erw. 6) und ohne Berücksichtigung der Persönlichkeitsstruktur des Versicherten (RKUV 2000 Nr. U 394 S. 313; SVR 1999 UV Nr. 10 S. 31 ff.; Urteil P. vom 7. August 2003 [U 290/02] Erw. 4 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung) vorzunehmenden Kategorisierung der Unfallschwere hat die Vorinstanz das Ereignis vom 29. April 2002 als schwereren Unfall im mittleren Bereich bis angrenzend an die schweren Unfälle, qualifiziert. Gleich fiel die Einordnung etwa in folgenden, vom Eidgenössischen Versicherungsgericht beurteilten Fällen aus (nebst den nachfolgend erwähnten Beispielen siehe weitere, in RKUV 1999 Nr. U 330 S. 122 ff. Erw. 4b/bb aufgeführte Fälle; vgl. ferner RKUV 1999 Nr. U 335 S. 208 f. Erw. 3b/aa und bb):

- Die versicherte Person geriet beim Kehlen mit der rechten Hand in die Kehlmaschine mit der Folge, dass die Finger I-III ganz und die Finger IV-V subtotal amputiert werden mussten (RKUV 1999 Nr. U 330 S. 122 f. Erw. 4b/bb mit Hinweis);
- Ein Bauhilfsarbeiter stürzte in einen rund acht Meter tiefen Kaminschacht und zog sich dabei eine offene Fraktur des rechten Fusses zu (RKUV 1999 Nr. U 330 S. 122 f. Erw. 4b/bb mit Hinweis);
- 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 (RKUV 1999 Nr. U 330 S. 122 f. Erw. 4b/bb mit Hinweis);
- 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 (RKUV 1999 Nr. U 330 S. 122 f. Erw. 4b/bb mit Hinweis);

– Reifenplatzer auf der Autobahn bei ca. 95 km/h mit anschliessendem Überschlagen des Fahrzeugs auf das Dach (unveröffentlichte Erw. 3.3.2 des Urteils BGE 129 V 323);

– Überschlagen eines Fahrzeuges infolge Reifenplatzers mit Kontusionen an Thorax, Schultern und Halswirbelsäule der Versicherten (nicht veröffentlichtes Urteil G. vom 10. November 1992 [U 68/91]);

– Herausschleudern eines Versicherten durch das Fenster eines Autos nach Frontalzusammenstoss, wobei er mit dem Bein bis zur Hüfte im umgestürzten Wagen eingeklemmt blieb und sich eine Gehirnerschütterung, eine Kopfverletzung, einen Mittelhandbruch und Verletzungen in der Leistengegend zuzog (nicht veröffentlichtes Urteil B. vom 8. April 1991 [U 47/90]);

– Angriff zweier scharfer Wach- und Schutzhunde mit einer Widerristhöhe bis 72 cm und einem Gewicht bis 45 kg, welcher zu einer Rissquetschwunde, mehrere zum Teil klaffende Fleischwunden, ausgedehnte Hämatome sowie Schürfwunden führte (Urteil J. vom 16. Juli 2001 [U 146/01]);

– ausser Kontrolle geratener Einsturz eines Garagengebäudes, wobei es durch die einstürzende Seitenwand des Gebäudes zu einer erheblichen Gewalteinwirkung auf den Versicherten kam mit verschiedenen Frakturen und andere Verletzungen als Folge (Urteil P. vom 10. Juli 2000 [U 89/99]);

– Sturz aus rund 6-8 Metern auf den mit Bauschutt und Erde bedeckten Boden mit Halswirbelbruch (Urteil M. vom 8. Februar 2000 [U 167/99]);

– Sturz aus einer Höhe von etwa 7-8 Metern auf einen Humusboden (Urteil G. vom 8. Oktober 2004 [U 168/04]).

Nach Lage der (Polizei-) Akten ereignete sich der Unfall vom 29. April 2002 wie folgt: Der Beschwerdeführer lenkte von Hand das (Metall-) Endrohr einer zum Einfüllen von Beton in eine vorbereitete Wandschalung benutzten mobilen Pumpleitung, wobei er auf einem Gerüst direkt hinter der Schalung stand. Plötzlich verfieng sich der Pumpmast mit mindestens einem von zwei an frei schwebenden – am Ausleger eines in den Bereich des Pumpmastes ragenden Baustellenkranes befestigten – Traggurten hangenden Haken, worauf die Abwärtsbewegung des angetriebenen Pumpmastes gestoppt wurde, der eiserne Pumpenarm infolge des durch den entstandenen Zug verursachten Gurtenrisses rund zwei Meter nach unten schnellte und den Versicherten mit erheblicher Gewalteinwirkung an Kopf (mit Helm) und Hals traf. Durch die Wucht des Aufpralls wurde dieser auf den Boden des Gerüsts

gedrückt, wo er für kurze Zeit bewusstlos liegen blieb (Polizeibericht vom 29. April 2002); der Pumpmast fiel auf die sich daneben befindende Mauerschallung. Als der Beschwerdeführer wieder zu sich kam, stellte er fest, dass er am Hals und aus dem Mund blutete; er verspürte extreme Atemnot, konnte jedoch mit Hilfe von Kollegen vom Gerüst herunter steigen und zum Krankenwagen gehen, welcher ihn sogleich ins Spital C. brachte (mit anschließender Verlegung ins Spital X. per REGA).

3.4.2 Aufgrund des geschilderten Geschehensablaufs, namentlich der beträchtlichen Gewalteinwirkung auf den Beschwerdeführer ist der vorinstanzlichen Klassifizierung des Unfalls vom 29. April 2002 im Lichte der dargelegten Rechtsprechung (Erw. 3.4.1) beizupflichten. Nicht gefolgt werden kann dem letztinstanzlich erneut vorgebrachten Einwand, das fragliche Ereignis sei den schweren Unfällen zuzuordnen (vgl. dazu die Übersicht in RKUV 1995 Nr. U 215 S. 90). Mit der Vorinstanz ist – entgegen der Sachverhaltsdarstellung in dem von der Bezirksanwaltschaft D. gegen den Baukranführer erlassenen Strafbefehl vom 14. Januar 2003 – eine direkt an der Unfallstelle eingetretene, objektive Erstickungs- und damit unmittelbare Lebensgefahr zu verneinen. Der Beschwerdeführer trat nach dem Unfall wach, ansprechbar, mit Sauerstoffsättigung von 97% bei Raumluft und kreislaufstabil ins Spital C. ein; erst nach zunehmender Weichteilschwellung und misslungenem Intubationsversuch der Ärzte wurde bei perakuter Dekompensation mit Luftnot und Ausbreitung des Hautemphysems ein notfallmässiger Luftröhrenschnitt nötig (Bericht des Spitals C. vom 29. Mai 2002). Die sich nicht direkt auf die Gewalteinwirkung beziehenden weiteren, vom Beschwerdeführer begründungsweise vorgebrachten Umstände betreffen nicht die – allein objektiv und nicht nach den subjektiven Wahrnehmungen des Versicherten zu beurteilende – Unfallschwere als solche, worunter in erster Linie die zerstörenden und verletzenden Kräfte fallen, sondern sind jenen Begleitumständen zuzurechnen, die im Rahmen der mittelschweren Unfällen als eigenständiges Adäquanzkriterium zu berücksichtigen sind (vgl. RKUV 1999 Nr. U 335 S. 209 Erw. 3b/bb).

3.5

3.5.1 m Falle eines schwereren Ereignisses im mittleren Bereich bzw. eines solchen im Grenzbereich zu den schweren Unfällen genügt es rechtsprechungsgemäss zur Bejahung des adäquaten Kausalzusammenhangs, dass nur eines der adäquanzrechtlich massgebenden Kriterien nach BGE 115 V 140 Erw. 6c/aa (besonders dramatische Begleitumstände oder besondere Eindringlichkeit des Unfalls; Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzung, insbesondere ihre erfahrungsgemässe Eignung, psychische Fehlentwicklungen auszulösen; ungewöhnlich lange Dauer der ärztlichen Behand-

lung; körperliche Dauerschmerzen; ärztliche Fehlbehandlung, welche Unfallfolgen erheblich verschlimmert; schwieriger Heilungsverlauf und erhebliche Komplikationen; Grad und Dauer der physisch bedingten Arbeitsunfähigkeit) erfüllt ist, namentlich wenn es in besonders ausgeprägter Weise vorliegt (vgl. BGE 115 V 140 Erw. 6c/bb; vgl. auch BGE 123 V 100 Erw. 2c).

3.5.2 Der Beschwerdeführer erlitt – bei erheblicher Gewalteinwirkung auf den Hals – ein stumpfes Kehlkopftrauma mit zweifacher Krikoidfraktur und partiellem Abriss der Luftröhre rechts. Die Verletzung betrifft mithin die unmittelbar überlebensnotwendigen Atemorgane. Wenn auch eine akute Erstickungsgefahr unmittelbar nach dem Unfall noch nicht bestand, hätte doch eine leichte Verzögerung der ärztlichen Behandlung zum Tod des Beschwerdeführers führen können. Nach den am Unfalltag erfolgten operativen Eingriffen im Spital C. sowie im Spital X. musste der Beschwerdeführer bis am 2. Mai 2002 auf der Intensivstation überwacht werden, und erst am zehnten postoperativen Tag konnte allmählich mit dem Kostaufbau begonnen werden. Der perorale Nahrungsaufbau sowie die Stimmrehabilitation gestalteten sich angesichts der Schwere der Verletzung und deren möglichen Folgen zwar als zufriedenstellend, und die Atmungsfunktion wurde von den Ärzten einige Wochen nach dem Unfall als gut eingestuft; eine Schluck- und Sprachstörung mit Heiserkeit blieb jedoch bestehen. Im Bericht des Dr. med. G., Facharzt FMH für Ohren-, Nasen- und Halskrankheiten, SUVA-Abteilung Arbeitsmedizin, vom 2. Dezember 2002 wurde festgehalten, dass der Versicherte lange Zeit intubiert worden sei und dies nicht selten zu schweren Spätfolgen an Kehlkopf und Luftröhre führen könne (Knorpelnekrose, chronische Knorpelentzündung, Schleimhauteiterungen, Empyem); überdies werde in der HNO-Heilkunde relativ häufig beobachtet, dass eine (krankheits-/verletzungsbedingt) veränderte Stimme zu einer gedämpften Stimmung führen könne.

Vor diesem Hintergrund ist die am 29. April 2002 erlittene Verletzung als schwerwiegend genug einzustufen, um ihre Eignung, psychische Fehlentwicklungen auszulösen, zu bejahen. Mit der Erfüllung dieses Kriteriums ist der adäquate Kausalzusammenhang zwischen den aktuell geklagten Beschwerden und dem Unfall vom 29. April 2002 gegeben (Erw. 3.5.1 hievon, in fine), mit andern Worten dem Ereignis rechtlich massgebende Bedeutung für die aktuelle Beeinträchtigung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit zuzusprechen. Die von der Beschwerdegegnerin verfügte und vorinstanzlich bestätigte Einstellung sämtlicher Leistungen per 30. September 2003 erfolgte demnach zu Unrecht.

Versicherter Verdienst im Rahmen eines Saison-Arbeitsvertrages

U 556 Urteil des EVG vom 18. Mai 2005 i. Sa. S. (U 396/04)

- **Versicherter Verdienst im Rahmen eines Saison-Arbeitsvertrages** (Art. 15 Abs. 2 UVG; Art. 22 und Art. 24 [in der bis 31. Dezember 1997 gültig gewesenen Fassung] sowie Art. 147a UVV):

Eine im Zeitpunkt des Unfalls vereinbarte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ist bei der Ermittlung der normalen Beschäftigungsdauer zu berücksichtigen. Unerheblich ist, dass der Beschwerdeführer in den Vorjahren lediglich während vier bis sieben Monaten erwerbstätig war, weil es sich dabei um eine andere Erwerbstätigkeit (Hilfspfleger in einer Klinik) gehandelt hat, der Beschwerdeführer erst ab September 1990 in der Schweiz erwerbstätig war und nichts dafür spricht, dass er nicht eine volle Saisontätigkeit angestrebt hat.

- **Gain assuré dans le cadre d'un contrat de travail d'un saisonnier** (art. 15, al. 2, LAA; art. 22 et 24 [dans la version en vigueur jusqu'au 31 décembre 1997] ainsi qu'art. 147a OLAA):

Lorsqu'on établit la durée normale de l'activité, il faut tenir compte de la poursuite des rapports de travail déjà convenue au moment de l'accident. Peu importe que le recourant n'ait eu une activité lucrative que pendant quatre à sept mois les années précédentes parce qu'il s'agissait alors d'une autre activité lucrative (aide-infirmier dans une clinique), que le recourant n'ait travaillé en Suisse que depuis le mois de septembre 1990 et qu'aucun élément ne montre qu'il n'aspirait pas à une pleine activité saisonnière.

- **Guadagno assicurato nell'ambito di un contratto di lavoro stagionale** (art. 15 cpv. 2 LAINF; art. 22 e art. 24 [nella versione in vigore fino al 31 dicembre 1997] nonché art. 147a OAINF):

Una continuazione del rapporto di lavoro stabilita al momento dell'infortunio va presa in considerazione per la determinazione della durata normale di occupazione. È irrilevante il fatto che il ricorrente negli anni precedenti abbia esercitato un'attività lucrativa solo durante un periodo di quattro a sette mesi, poiché si trattava di un'attività diversa (inserviente ospedaliero presso una clinica), che il ricorrente abbia svolto un'attività lucrativa in Svizzera soltanto da settembre del

1990 e nulla fa supporre che non abbia aspirato a un'attività stagionale completa.

I.

A.

Der 1966 geborene S. war vom 15. Dezember 1992 bis 30. April 1993 als Hilfskraft im Bergrestaurant X. auf der Alp Y. bei Z. angestellt und bei den Helvetia Versicherungen (heute: Helsana Versicherungen AG, nachstehend: Helsana) obligatorisch gegen die Folgen von Berufs- und Nichtberufsunfällen versichert. Am 12. Mai 1993 erlitt er in Slowenien einen Verkehrsunfall, bei dem er sich ein schweres Polytrauma mit multiplen Frakturen an den oberen und unteren Extremitäten sowie weitere Verletzungen zuzog. Nach einem Spitalaufenthalt von rund vier Monaten in Slowenien erfolgte die weitere Behandlung in der Schweiz. Trotz mehrerer Operationen und einer länger dauernden Rehabilitationsbehandlung verblieben als Unfallfolgen eine erhebliche Beeinträchtigung der Gehfähigkeit sowie Funktionseinschränkungen im Bereich des linken Armes und der linken Hand; ferner wurden eine Persönlichkeitsveränderung sowie leichte kognitive Störungen festgestellt. Am 28. Mai 2002 sprach die Helsana dem Versicherten eine Integritätsentschädigung aufgrund eines Integritätsschadens von 100% zu. Mit einer weiteren Verfügung vom 23. Oktober 2002 gewährte sie mit Wirkung ab 1. Oktober 1999 eine Invalidenrente aufgrund einer Erwerbsunfähigkeit von 82% und eines versicherten Jahresverdienstes von Fr. 10'800.–, wobei die Rente im Hinblick auf die dem Versicherten ausgerichtete Rente der Invalidenversicherung als Komplementärrente festgesetzt wurde. Den für die Rentenfestsetzung massgebenden versicherten Jahresverdienst ermittelte die Helsana aufgrund des in der Unfallmeldung angegebenen Lohnes von Fr. 2'200.– im Monat, umgerechnet auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses und unter Berücksichtigung jährlicher Lohnerhöhungen bis zum Rentenbeginn im Jahr 1999. Auf Einsprache hin erhöhte sie den versicherten Verdienst auf Fr. 12'706.30, indem sie weitere Lohnbestandteile sowie zusätzliche Arbeitstage berücksichtigte (Entscheid vom 9. September 2003).

B.

Die dagegen erhobene Beschwerde, mit welcher S. die Festsetzung der Rente aufgrund eines höheren versicherten Verdienstes beantragte, hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Bern in dem Sinne gut, dass es den massgebenden versicherten Verdienst auf Fr. 12'861.– festsetzte (Entscheid vom 27. September 2004).

C.

S. lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben mit dem Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass bei der Berechnung des versicherten Verdienstes von einem Arbeitsverhältnis von neun Monaten (Saisonarbeitsverhältnis) auszugehen sei.

Die Helsana und das Bundesamt für Gesundheit (BAG) verzichten auf Vernehmung.

II.

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

1.

Im kantonalen Entscheid werden die für die Anwendbarkeit des am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 und der zugehörigen Verordnung (ATSV) vom 11. September 2002 insbesondere bei Dauerleistungen geltenden Regeln zutreffend dargelegt (vgl. auch BGE 130 V 445 ff.). Ergänzend ist festzustellen, dass das ATSG keine einheitliche Umschreibung des für die Leistungsberechnung massgebenden Verdienstes enthält und diesbezüglich weiterhin die spezialgesetzlichen Bestimmungen Geltung haben (vgl. *Kieser*, ATSG-Kommentar, Rz 21 der Vorbemerkungen). Anwendbar bleiben im vorliegenden Fall die Bestimmungen von Art. 15 UVG und Art. 22 sowie 24 UVV. Weil sich der Unfall vor In-Kraft-Treten der Ordnungsänderung vom 15. Dezember 1997 (AS 1998 151) ereignet hat, findet der bis 31. Dezember 1997 gültig gewesene Wortlaut der Verordnung Anwendung (Art. 147a UVV).

2.

2.1 Nach Art. 15 Abs. 2 UVG gilt als versicherter Verdienst für die Bemessung der Renten der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogene Lohn. Er entspricht dem für die AHV massgebenden Lohn mit den in Art. 22 Abs. 2 UVV genannten Ausnahmen. Gemäss Art. 22 Abs. 4 UVV in der bis 31. Dezember 1997 gültig gewesenen Fassung 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 (Satz 1). Dauerte das Arbeitsverhältnis nicht das ganze Jahr, so wird der in dieser Zeit bezogene Lohn auf ein volles Jahr umgerechnet (Satz 2). Bei einem Versicherten,

der eine Saisonbeschäftigung ausübt, ist die Umrechnung auf die normale Dauer dieser Beschäftigung beschränkt (Satz 3). Mit der auf den 1. Januar 1998 in Kraft getretenen Verwaltungsänderung vom 15. Dezember 1997 wurde der letzte Satz dahingehend neu gefasst, dass bei einer zum Voraus befristeten Beschäftigung eine Umrechnung auf die vorgesehene Dauer beschränkt bleibt. Nach der Rechtsprechung bildet Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV eine Sonderregel sowohl im Verhältnis zu Satz 1 als auch zu Satz 2 des Absatzes, indem bei Saisonbeschäftigten weder der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogene Lohn massgebend (Satz 1) noch der bis zum Unfall bezogene Lohn auf ein Jahr umzurechnen ist (Satz 2). Als Sonderregel zu Satz 2 hat Satz 3 lediglich den für die Umrechnung massgebenden Zeitraum zum Gegenstand. Bei der Umrechnung ist von dem im Zeitpunkt des Unfalls bestehenden Arbeitsverhältnis auszugehen und darf ein allfälliges früheres, noch innerhalb des Jahres vor dem Unfall liegendes Arbeitsverhältnis nicht berücksichtigt werden (Urteil H. vom 24. Juli 2001, U 16/01).

2.2 Art. 24 UVV regelt den massgebenden Lohn in Sonderfällen. Abs. 2 der Bestimmung sieht vor, dass bei einem Rentenbeginn mehr als fünf Jahre nach dem Unfall oder dem Ausbruch der Berufskrankheit der Lohn massgebend ist, den der Versicherte ohne den Unfall oder die Berufskrankheit im Jahr vor dem Rentenbeginn bezogen hätte, sofern er höher ist als der letzte vor dem Unfall oder dem Ausbruch der Berufskrankheit erzielte Lohn. Die Bestimmung bezweckt die Anpassung des versicherten Verdienstes an die normale Lohnentwicklung im angestammten Tätigkeitsbereich. Arbeitsverhältnisse, die erst nach dem Unfall angetreten werden, fallen ausser Betracht, ebenso tatsächliche oder bloss hypothetische berufliche Veränderungen oder Karriereschritte, die zu einem höheren Einkommen führen bzw. geführt hätten. Denn es soll lediglich verhindert werden, dass die versicherte Person zufolge Verzögerung in der Rentenfestsetzung einen Nachteil erleidet, wenn die Löhne steigen (BGE 127 V 172 Erw. 3b; RKUV 2004 Nr. U 522 S. 532 Erw. 6.1). Dies gilt in gleicher Weise, wenn ein Sonderfall nach Art. 22 Abs. 4 UVV vorliegt (RKUV 1999 Nr. U 340 S. 404 ff.). Art. 24 Abs. 2 UVV stellt, obgleich er Sonderfälle regelt, keine Spezialbestimmung dar, die Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV vorgeht. Bei der Anwendung von Art. 24 Abs. 2 UVV bleibt die Beschränkung der Umrechnung auf die normale Dauer der Saisonbeschäftigung im Sinne von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV daher vorbehalten (BGE 118 V 303 Erw. 3b).

3.

3.1 Nach Auffassung der Vorinstanz kann im vorliegenden Fall nicht von einer normalen Beschäftigungsdauer als Saison-Arbeitnehmer ausgegangen werden, weshalb bei der Festsetzung des massgebenden versicherten

Verdienstes gemäss Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV auf die beabsichtigte tatsächliche Beschäftigungsdauer abzustellen sei. Dabei sei vom letzten Arbeitsverhältnis vor dem Unfall auszugehen, welches vom 11. Dezember 1992 bis 30. April 1993 gedauert habe. Dass laut Arbeitsvertrag vom 29. April 1993 ein weiterer Arbeitseinsatz vom 1. Juli bis 10. Oktober 1993 vereinbart gewesen sei, habe unberücksichtigt zu bleiben. Nach der Rechtsprechung sei von dem in der Saison, in welcher sich der Unfall ereignet habe («Unfallsaison»), erzielten Lohn auszugehen, welcher gemäss Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV auf die normale Beschäftigungsdauer umzurechnen sei. Diese Bestimmung sei praxismässig auch auf Kurzaufenthalter anwendbar, wo von einer normalen Beschäftigungsdauer oft nicht gesprochen werden könne. Die seit 1. Januar 1998 gültige Fassung dieser Bestimmung spreche denn auch nicht mehr von der normalen Beschäftigungsdauer, sondern von der vorgesehenen Dauer der Beschäftigung und gelte für sämtliche im Voraus befristeten Beschäftigungen (Urteil H. vom 24. Juli 2001, U 16/01). Im vorliegenden Fall sei davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis bis Ende April 1993 begrenzt gewesen sei. Das mit dem Arbeitsvertrag vom 29. April 1993 vereinbarte neue Arbeitsverhältnis und der daraus resultierende Lohn hätten bei der Bemessung des versicherten Verdienstes unberücksichtigt zu bleiben.

3.2 Der Beschwerdeführer hatte in der fraglichen Zeit unbestrittenermassen den Status eines Saison-Arbeitnehmers und konnte als solcher während höchstens neun Monaten im Jahr einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz nachgehen. Effektiv war er in der Zeit vor dem Unfall nie in diesem Umfang erwerbstätig gewesen. Laut IK-Auszug beschränkten sich seine Arbeitseinsätze auf vier bis sieben Monate im Kalenderjahr. Das letzte Arbeitsverhältnis vor dem Unfall dauerte nach den Angaben des Arbeitgebers vom 15. Dezember 1992 (gemäss Beschwerdeführer: 11. Dezember 1992) bis 30. April 1993. Dabei handelte es sich um ein auf das Ende der Wintersaison befristetes Arbeitsverhältnis. Noch vor Ablauf des Arbeitsverhältnisses wurde indessen ein neuer Arbeitsvertrag für die Dauer vom 1. Juli bis 10. Oktober 1993 (Sommersaison) geschlossen. Der Beschwerdeführer hat damit bereits vor dem Unfall vom 12. Mai 1993 über eine vertragliche Zusicherung zur Weiterbeschäftigung am bisherigen Arbeitsplatz verfügt. Dies zu den gleichen Bedingungen wie im ursprünglichen Vertrag. Ungeachtet dessen, dass der Beschwerdeführer für die Zeit vom 1. Mai bis 30. Juni 1993 über keinen Anstellungsvertrag verfügte, weil der Betrieb saisonbedingt geschlossen war, rechtfertigt es sich, die beiden Anstellungen als einheitliches Arbeitsverhältnis zu betrachten, wovon auch die Vorinstanz ausgeht. Anstellungsverhältnisse mit saisonbedingten Unterbrüchen im Frühjahr und Spätherbst haben für das Gastgewerbe in der Voralpen- und Alpenregion als üblich zu gelten. Im vorliegenden Fall ist daher von einer normalen Beschäftigungsdauer von acht

Monaten (11. Dezember 1992 bis 10. Oktober 1993 = zehn Monate, abzüglich des saisonbedingten Unterbruchs von zwei Monaten) auszugehen. Zu einem andern Schluss führt auch das im vorinstanzlichen Entscheid erwähnte Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts H. vom 24. Juli 2001 (U 16/01) nicht. In jenem Fall ging es darum, ob bei der Festsetzung der für den versicherten Verdienst von Saison-Arbeitnehmern massgebenden normalen Beschäftigungsdauer allein auf das Arbeitsverhältnis zurzeit des Unfalls abzustellen oder ob auch ein allfälliges früheres Arbeitsverhältnis innerhalb eines Jahres vor dem Unfall zu berücksichtigen ist, was verneint wurde. Hier geht es dagegen um die Frage, ob eine im Zeitpunkt des Unfalls vereinbarte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei der Ermittlung der normalen Beschäftigungsdauer zu berücksichtigen ist, was nach dem Gesagten zu bejahen ist. Unerheblich ist, dass der Beschwerdeführer in den Vorjahren lediglich während vier bis sieben Monaten erwerbstätig war, weil es sich dabei um eine andere Erwerbstätigkeit (Hilfspfleger in einer Klinik) gehandelt hat, der Beschwerdeführer erst ab September 1990 in der Schweiz erwerbstätig war und nichts dafür spricht, dass er nicht eine volle Saisontätigkeit angestrebt hat. Der vor dem Unfall bezogene Lohn ist indessen nicht – wie mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt – auf die für das Saisonverhältnis gültig gewesene Höchstdauer von neun Monaten, sondern auf die effektiv vereinbarte Beschäftigungsdauer von acht Monaten umzurechnen. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin werden damit weder nachträgliche Einkommensentwicklungen berücksichtigt noch geht es um die Berücksichtigung von Lohnerhöhungen über die allgemeine Lohnentwicklung hinaus. Vielmehr wird lediglich berücksichtigt, dass das zunächst auf Ende April befristete Arbeitsverhältnis bereits vor dem Unfall für die Zeit vom 1. Juli bis 10. Oktober 1993 verlängert worden war. Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer das Arbeitsverhältnis auch ohne den Unfall nicht fortgesetzt hätte, liegen nicht vor.

4.

4.1 Die Helsana ist bei der Festsetzung des massgebenden versicherten Verdienstes von dem gemäss Lohnabrechnungen in der Zeit vom 11. Dezember 1992 bis 30. April 2003 bezogenen Lohn von insgesamt Fr. 11'806.30, einschliesslich Feiertags- und Ferienentschädigung, ausgegangen und hat für die Jahre 1994 bis 1999 einen Zuschlag von jährlich Fr. 150.– gerechnet, was zu einem versicherten Verdienst von Fr. 12'706.30 führte. Die Vorinstanz ist dieser Berechnungsweise gefolgt, hat sie jedoch insofern berichtigt, als der Zuschlag auch auf der Ferien- und Feiertagsentschädigung zu berechnen und in Bezug auf den Monat Dezember 1992 zu berücksichtigen ist, dass der Versicherte ab 11. Dezember 1992 gearbeitet hat. Unter zusätzlicher Berücksichtigung von zwei weiteren Lohnpositionen im Betrag von insgesamt Fr.

250.– und dem Zuschlag für die Lohnentwicklung von Fr. 804.70 ermittelte sie einen versicherten Verdienst von Fr. 12'861.–. Der Beschwerdeführer macht sinngemäss geltend, der Unfallversicherer und die Vorinstanz gingen faktisch vom Mindestlohn aus, welcher gemäss Landes-Gesamtarbeitsvertrag (L-GAV) 98 des Gastgewerbes für Mitarbeiter ohne Berufslehre in der Zeit vom 1. Oktober 1998 bis 31. Dezember 1999 Fr. 2'350.– betragen habe. Es sei aber nicht anzunehmen, dass er während acht Jahren auf dem Lohnminimum geblieben wäre. Der Arbeitgeber habe denn auch angegeben, dass er im Jahr 2000 einen Lohn von Fr. 4'000.– im Monat ausbezahlt hätte. Dazu sei noch der Anteil des 13. Monatslohnes hinzuzurechnen, womit sich bezogen auf das Saisonarbeitsverhältnis ein versicherter Verdienst von rund Fr. 40'000.– ergebe.

4.2 Dem ist nach dem Gesagten (Erw. 2.2 hievor) entgegenzuhalten, dass Art. 24 Abs. 2 UVV lediglich den Ausgleich der Lohnentwicklung bezweckt und die Berücksichtigung allfälliger beruflicher Veränderungen oder von Karriereschritten nicht zulässt (BGE 127 V 172 Erw. 3b). Nicht zu beanstanden ist, dass Unfallversicherer und Vorinstanz im Ergebnis vom Minimallohn gemäss L-GAV ausgegangen sind, ist doch anzunehmen, dass der Beschwerdeführer effektiv einen Lohn im Bereich des Minimalansatzes bezogen hat. Gemäss den vom Bundesamt für Statistik (BFS) periodisch herausgegebenen Zahlen zur Lohnentwicklung stand der Nominallohnindex für das Gastgewerbe im Jahre 1999 auf 105,2 Punkten bei einem Index von 100 im Jahre 1993 (BFS, Lohnentwicklung 2000, S. 31 Tab. T1.93). Wird vom Vertragslohn des Beschwerdeführers für 1992/93 von Fr. 2'200.– ausgegangen, so ergibt sich für 1999 ein Lohn von Fr. 23'14.40, was knapp unter dem Minimalansatz gemäss L-GAV von Fr. 2'350.– für Mitarbeiter ohne Berufslehre liegt. Unfallversicherer und Vorinstanz haben die Lohnentwicklung somit zutreffend berücksichtigt. Auch bezüglich der zu berücksichtigenden Lohnbestandteile besteht kein Anlass, vom angefochtenen Entscheid abzugehen, welcher diesbezüglich unbestritten geblieben ist. Er ist, wie dargelegt, jedoch insoweit abzuändern, als eine Umrechnung des Lohnes auf eine Beschäftigungsdauer von acht Monaten zu erfolgen hat (Erw. 3.2 hievor), zu welchem Zweck die Sache an den Unfallversicherer zurückzuweisen ist.

