

RKUV / RAMA / RAMI 5 / 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: 5/2005

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 12.05 1670kombi 66EXT05001

Gedruckt auf chlorfrei gebleichtem Papier

Dezember 2005 / décembre 2005 / dicembre 2005

Inhalt

Sommaire

Sommario

■ Krankenversicherung/Assurance-maladie/Assicurazione malattia

339 ■ Festsetzung des Pflegeheimtarifs 2004 für die Gemeinschaft Solothurnischer Alters- und Pflegeheime

KV 338 Entscheid des Bundesrates vom 11. Mai 2005 in Sachen santésuisse gegen den Regierungsrat des Kantons Solothurn

352 ■ Esonero dall'obbligo assicurativo

KV 339 Sentenza dal TFA dell'8 aprile 2005 (K 68/02)

353 ■ Obligation d'assurance

KV 340 Arrêt du TFA du 3 mai 2005 (K 165/04)

355 ■ Protection des données; transmissions du dossier médical par le médecin-conseil (ATF 131 II 413)

KV 341 Arrêt de la Ire Cour de droit public du Tribunal fédéral du 9 mai 2005 (1A.190+191/2004)

356 ■ Begriff der Arbeitsunfähigkeit in der sozialen Krankenversicherung

KV 342 Urteil des EVG vom 11. Juli 2005 (K 42/05)

358 ■ Compensazione nei rapporti fra assicurati e casse malati

KV 343 Urteil des EVG vom 22 luglio 2005 (K 114/03)

360 ■ Versicherungspflicht ; Beurteilung der Wohnsitzfrage

KV 344 Urteil des EVG vom 2. August 2005 (K 34/04)

366 ■ Construction mammaire

KV 345 Arrêt du TFA du 17 août 2005 (K 4/04)

372 ■ Traitement à l'étranger

KV 346 Arrêt du TFA du 19 août 2005 (K 78/05)

380 ■ Tragweite der gesetzlichen Vergleichsmöglichkeit im Beschwerdeverfahren vor dem kantonalen Sozialversicherungsgericht

KV 347 Urteil des EVG vom 30. August 2005 (K 29/05)

386 ■ Mitteilungen

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

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

388 ■ Rückfall/Leistungseinstellung

U 557 Urteil des EVG vom 20. Mai 2005 i. Sa. J. (U 244/04)

391 ■ Anspruch auf rechtliches Gehör

U 558 Urteil des EVG vom 24. Mai 2005 i. Sa. A. (U 53/05)

393 ■ Qualité pour former opposition

U 559 Arrêt du 24 mai 2005 en la cause M. (U 18/05)

398 ■ Prospektive Festsetzung der Arbeitsfähigkeit im Rahmen der Zusprechung von Taggeldern

U 560 Urteil des EVG vom 8. Juni 2005 i. Sa. R. (U 3/04)

400 ■ Bonus-Malus-System

U 561 Urteil des EVG vom 15. Juni 2005 i. Sa. B. (U 118/04)

405 ■ Mitteilungen

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

Festsetzung des Pflegeheimtarifs 2004 für die Gemeinschaft Solothurnischer Alters- und Pflegeheime

*KV 338 Entscheid des Bundesrates vom 11. Mai 2005 in Sachen
santésuisse gegen den Regierungsrat des Kantons Solothurn*

- **Bis zum Inkrafttreten der Übergangsbestimmung zum KVG ist eine Überschreitung des Rahmentarifs nach Artikel 9a Absatz 2 KLV bei vollständiger Kostentransparenz zulässig (Erw. 6.1).**

Volle Kostentransparenz ist nur dann anzunehmen, wenn eine gute Kostenstellenrechnung sowie eine vollständige, qualitativ gute, ausreichend detaillierte Kostenträgerrechnung (inkl. Leistungserfassung) vorhanden sind (Erw. 6.2; Anwendung der Praxis auf dem Gebiet der stationären Spitaltarife).

Die für die Tarifgestaltung zu ermittelnden Kosten müssen aus einer für das jeweilige Heim spezifischen Kostenrechnung resultieren. Eine Verteilung der relevanten Kosten aus der Finanzbuchhaltung mittels fixer für alle Institutionen gültiger Schlüssel auf die «Kostenträger» erfüllt die Anforderungen des KVG an die Kostentransparenz nicht (Erw. 8.2).

Es ist nicht zulässig mittels einer einfachen Gruppierung der Pflegestufen in vier Stufen, einen Vergleich mit dem Rahmentarif zu ziehen (E. 9.1; Bestätigung der Rechtsprechung).

Vorliegend wird trotz unvollständiger Kostentransparenz ausnahmsweise eine leichte Überschreitung des Rahmentarifs toleriert (Erw. 9.1).

Solange die Instrumente zu einer einheitlichen Erfassung der Kosten nicht verlangt werden können, wird ein für alle Heime einheitlicher Tarif vom Bundesrat vorderhand toleriert (Erw. 9.2; Bestätigung der Rechtsprechung).

Wenn den Krankenversicherern wegen der fehlenden Kostentransparenz die Vergütung der Leistungen der Grundversicherung nicht vollständig auferlegt werden können, dürfen die nicht gedeckten Kosten nicht den Versicherten in Rechnung gestellt werden (Erw. 10; Bestätigung der Rechtsprechung).

- Un dépassement du tarif-cadre, fixé à l'art. 9a, al. 2, OPAS, est admissible jusqu'à l'entrée en vigueur de la disposition transitoire de la LAMal, dans le cas où la transparence des coûts est complète (cons. 6.1).

Une transparence des coûts complète exige une bonne comptabilité par centre de coûts ainsi qu'une comptabilité par unités finales d'imputation complète, qualitativement bonne, suffisamment détaillée, y compris un classement des prestations (cons. 6.2, application de la pratique relative au domaine des tarifs hospitaliers).

Les coûts à calculer pour l'établissement des tarifs doivent découler d'une comptabilité analytique spécifique à chaque établissement. La répartition – au moyen de clés fixes valables pour toutes les institutions – des coûts de la comptabilité financière sur les «unités finales d'imputation» ne remplit pas les exigences de la LAMal en matière de transparence des coûts (cons. 8.2).

Il n'est pas admis de faire une comparaison avec le tarif-cadre en regroupant simplement les niveaux de soins en quatre niveaux (cons. 9.1, confirmation de la jurisprudence).

Dans le cas présent, un léger dépassement du tarif-cadre est exceptionnellement toléré, bien que la transparence des coûts ne soit pas complète (cons. 9.1).

Tant que les instruments pour un calcul uniforme des coûts ne peuvent être exigés, un tarif uniforme valable pour tous les établissements est, entre-temps, toléré par le Conseil fédéral (cons. 9.2, confirmation de la jurisprudence).

Lorsqu'il n'est pas possible aux assureurs-maladie, faute de transparence des coûts, de rembourser entièrement toutes les prestations de l'assurance de base, les coûts qui ne sont pas couverts ne peuvent pas être facturés aux assurés (cons. 10, confirmation de la jurisprudence).

- Fino all'entrata in vigore della disposizione transitoria della LAMal, è ammesso il superamento della tariffa limite, di cui all'articolo 9a capoverso 2 OPre, se è garantita la completa trasparenza dei costi (cons. 6.1).

Una completa trasparenza dei costi esige una buona contabilità per centro di costo e una contabilità per unità finali di imputazione completa, di buona qualità e sufficientemente dettagliata, compresa la registrazione delle prestazioni (cons. 6.2, applicazione della prassi relativa all'ambito delle tariffe ospedaliere).

I costi da calcolare per la determinare le tariffe devono risultare da una contabilità analitica specifica a ogni istituto. I requisiti che la LAMal pone alla trasparenza dei costi non sono adempiuti se i costi risultanti dalla contabilità finanziaria sono ripartiti sulle «unità finali d'imputazione» mediante chiavi fisse valide per tutte le istituzioni (cons. 8.2).

Non è lecito fare un paragone con la tariffa limite semplicemente raggruppando i livelli dei bisogni di cure in quattro livelli (cons. 9.1; conferma della giurisprudenza).

Nel presente caso, nonostante che la trasparenza dei costi non sia completa, è tollerato eccezionalmente un lieve superamento della tariffa limite (cons. 9.1).

Fintanto che non è possibile esigere strumenti per il calcolo uniforme dei costi, il Consiglio federale tollera una tariffa uniforme per tutti gli istituti (cons. 9.2; conferma della giurisprudenza).

Se, a causa della mancanza di trasparenza dei costi, non può essere imposta agli assicuratori-malattie l'assunzione completa delle prestazioni dell'assicurazione di base, i costi non coperti non possono essere fatturati agli assicurati (cons. 10; conferma della giurisprudenza).

I.

Übersicht/*Condensé*

Am 26. Januar 2004 hat der Regierungsrat des Kantons Solothurn den Pflegeheimtarif für das Jahr 2004 für die Gemeinschaft Solothurnischer Alters- und Pflegeheime (GSA) neu festgesetzt. Dieser Tarif überschreitet den Rahmentarif nach Artikel 9a Absatz 2 der Verordnung über Leistungen in

der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 29. September 1995 (KLV; SR 832.112.31).

Mit Eingabe vom 24. Februar 2004 führt santésuisse Beschwerde an den Bundesrat und beantragt die Aufhebung des Regierungsratsbeschlusses. Es sei festzustellen, dass der bisherige Tarif weiterhin zur Anwendung komme. Eventualiter sei rückwirkend ab 1. Januar 2004 der Rahmentarif gemäss Artikel 9a Absatz 2 KLV als anwendbar zu erklären.

Le 26 janvier 2004, le Conseil d'Etat du canton de Soleure a fixé le tarif des établissements médico-sociaux pour l'année 2004 pour l'Association des établissements médico-sociaux du canton de Soleure. Ce tarif dépasse les tarifs-cadre selon l'art. 9a al. 2 de l'Ordonnance sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie du 29 septembre 1995 (OPAS; RS 832.112.31).

Le 24 février 2004 santésuisse a recouru auprès du Conseil fédéral, en demandant l'annulation de l'arrêté du Conseil d'Etat. Le tarif en vigueur devrait continuer à être appliqué. Subsidairement, les tarifs-cadre selon l'art. 9a al. 2 OPAS devraient être déclarés applicables avec effet rétroactif au 1er janvier 2004.

II.

Der Bundesrat hat die Beschwerde aus folgenden Erwägungen gutgeheissen:

...

5. Vorliegend gilt zu beurteilen, ob die von der GSA vorgelegte Kostenberechnung den Anforderungen der Artikel 49 Absatz 6 KVG und Artikel 50 KVG in Verbindung mit Artikel 9a KLV genügt.

5.1 Nach Artikel 49 Absatz 6 KVG ermitteln die Spitäler ihre Kosten und erfassen ihre Leistungen nach einheitlicher Methode; sie führen hierzu eine Kostenstellenrechnung und eine Leistungsstatistik.

Die Kantonsregierungen und, wenn nötig, der Bundesrat ordnen Betriebsvergleiche zwischen Spitälern an (Art. 49 Abs. 7 KVG). Ergibt der Betriebsvergleich, dass die Kosten eines Spitals deutlich über den Kosten vergleichbarer Spitäler liegen, oder sind die Unterlagen eines Spitals ungenügend, so können die Versicherer den Vertrag nach Artikel 46 Absatz 5 KVG kündigen

und der Genehmigungsbehörde (Art. 46 Abs. 4) beantragen, den Tarif auf das richtige Mass zurückzuführen. Eine transparente und objektiv nachvollziehbare Tarifgestaltung setzt indes aussagekräftige Unterlagen voraus; nur so lässt sich die vom KVG angestrebte Kostendämpfung verwirklichen.

Diese beiden Bestimmungen finden gemäss Artikel 50 KVG sinngemäss auch auf die Pflegeheime Anwendung.

5.2 Der deutsche Wortlaut des Artikels 49 Absatz 6 KVG gibt allerdings nicht den wahren Sinn dieser Bestimmung wieder, denn die vom Gesetz geforderte Kostentransparenz kann allein mittels Kostenstellenrechnung und Leistungsstatistik nicht erreicht werden. Entsprechend dem französischen und italienischen Wortlaut, wonach zur Ermittlung der Spitalkosten nebst der Leistungsstatistik «une comptabilité analytique» beziehungsweise «una contabilità analitica» geführt werden muss, sind die Spitäler gemäss Artikel 49 Absatz 6 KVG gehalten, nebst der Leistungsstatistik eine Betriebsabrechnung vorzulegen, welche die Kostenrechnung (bestehend aus der Kostenarten-, Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung) sowie die Ermittlung des Betriebserfolges umfasst.

5.3 Die gestützt auf Artikel 49 Absatz 6 KVG erlassene Verordnung über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler und Pflegeheime in der Krankenversicherung vom 3. Juli 2002 (VKL, SR 832.104) trat erst am 1. Januar 2003 in Kraft. Die Pflegeheime haben die Tarife gestützt auf die Berechnungsgrundlagen des Jahres 2002 ermittelt. Die Rügen der Beschwerdeführerin, die Berechnungsgrundlagen der Beschwerdegegnerin würden die Anforderungen der VKL nicht erfüllen, stossen somit ins Leere.

6.1 Der Bundesrat hat in mehreren Entscheiden zur selben Materie sowie zur Gestaltung von Spitaltarifen zu entscheiden gehabt, wie in der Übergangszeit vorzugehen sei. Er stellte dabei den Grundsatz auf, dass die Annäherung der Tarife an die volle Kostendeckung einerseits und die Anforderung an den Nachweis der Kosten andererseits im Gleichschritt steigen müssen. Der Bundesrat hielt fest, dass die Pflegeheime im eigenen Interesse die ihnen entstehenden Pflegekosten transparent auszuweisen hätten, um die zu vereinbarenden oder festzusetzenden Tarife zu rechtfertigen. Dem per 1. Januar 1998 in Kraft gesetzten Rahmentarif komme dabei die Funktion von Leitplanken zu, die verhindern sollten, dass auf Grund ungesicherter Kostangaben die auf die Versicherten zu überwälzenden Deckungsbeiträge in wirtschaftlich nicht zumutbarer Weise in die Höhe schnellen würden. Es stelle sich jedoch die Frage, ob es sich unter Umständen rechtfertigen

würde, eine zweifelsfrei transparente, auf einer genauen Kostenstellenrechnung gründende und überprüfbare Kostenberechnung der Pflegeheime in der Übergangszeit einer «einheitlichen» im Sinne des Artikels 49 Absatz 6 KVG gleichzustellen. Im betreffenden Entscheid musste der Bundesrat diese Frage jedoch nicht entscheiden, da die entsprechende Kostenberechnung solchen Anforderungen nicht zu genügen vermochte (vgl. unveröffentlichter Bundesratsentscheid vom 21. Oktober 1998 betreffend Nichtgenehmigung des Vertrages zwischen der Interessengemeinschaft Obwaldner Alterseinrichtungen sowie dem Kantonsspital Obwalden und Kantonalverband Obwaldner Krankenversicherer, S. 21, E. 7.2 f., mit weiteren Hinweisen auf die bisherige Rechtsprechung).

Gemäss Übergangsbestimmung zum KVG, welche am 1. Januar 2005 in Kraft getreten ist, dürfen bis zum Inkrafttreten einer neuen Regelung für die Kostenübernahme der Leistungen der Krankenpflege zu Hause, ambulant oder im Pflegeheim in Abweichung von Artikel 25 Absatz 2 Buchstabe a der auf Grund von Artikel 104a vom Department festgesetzte Rahmentarif nicht überschritten werden (Satz 1). Vorbehalten sind dabei diejenigen Tarife und Tarifverträge, die am 1. Januar 2004 bereits den Rahmentarif überschritten haben (Satz 2). Sie werden auf der am 1. Januar 2004 geltenden Höhe begrenzt (Satz 3). Ab diesem Zeitpunkt ist eine Überschreitung des Rahmentarifs somit selbst bei vollständiger Transparenz der Kostenberechnungsgrundlage grundsätzlich nicht mehr möglich. Dies bedeutet, dass vor Inkrafttreten dieser Bestimmung eine Überschreitung des Rahmentarifs bei vollständiger Kostentransparenz zulässig sein musste. Erfüllen die Solothurner Alters- und Pflegeheime die Anforderungen des KVG an die Kostentransparenz, kann der Tarif 2004 somit über dem Rahmentarif festgesetzt werden. Sind diese Anforderungen jedoch nicht erfüllt, darf er grundsätzlich die Höhe der Höchstwerte des Rahmentarifs nicht überschreiten.

6.2 Demnach stellt sich die Frage, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um vollständige Kostentransparenz zu erreichen. Gemäss Praxis des Bundesrates liegt volle Kostentransparenz dann vor, wenn eine gute Kostenstellenrechnung sowie eine vollständige, qualitativ gute, ausreichend detaillierte Kostenträgerrechnung (inkl. Leistungserfassung) vorhanden sind (vgl. RKUV 6/1997 366 ff., E. 10; RKUV 1/2004 28 ff., nicht publizierte E. 10.2, S. 29 f.; sowie unveröffentlichter Bundesratsentscheid vom 2. Juli 2003 betreffend Walliser Spitaltarif 2001, S. 23, E. 5.2.2). Da dieser Grundsatz im Zusammenhang mit der Beurteilung von Spitaltarifen entwickelt worden ist, ist zu prüfen, ob er auch für die Berechnungsgrundlagen der Pflegeheime gilt. Die VKL legt für die Spitäler und für die Pflegeheime einheitliche Anforderungen an die Kostenberechnungsgrundlagen fest. Obwohl diese Verordnung

erst am 1. Januar 2003 in Kraft getreten ist und wie erwähnt, vorliegend nicht angewendet werden kann, können die neuen Bestimmungen trotzdem als Anhaltspunkte für die Beurteilung des Tarifs herangezogen werden. Der Gesetzgeber will sowohl im Spital- wie auch im Pflegeheimbereich eine einheitliche Ermittlung der Kosten und Erfassung der Leistungen herbeiführen. Insofern dürfen auch die Anforderungen an die Transparenz während der Übergangszeit nicht unterschiedlich festgelegt werden. Dementsprechend ist auch für die Berechnungsgrundlagen der Pflegeheime volle Kostentransparenz nur dann anzunehmen, wenn eine gute Kostenstellenrechnung sowie eine vollständige, qualitativ gute, ausreichend detaillierte Kostenträgerrechnung (inkl. Leistungserfassung) vorhanden sind.

7.1 Die Kostenberechnung der Alters- und Pflegeheime des Kantons Solothurn beruht auf dem Resident Assessment Instrument/Ressource Utilization Group (RAI/RUG), welches auf den 1. Januar 2000 im Kanton Solothurn flächendeckend eingeführt worden ist. RAI (Resident Assessment Instrument) ist ein umfassendes System zur Bewohnerbeurteilung, Pflegeplanung, Qualitätssicherung und Kostensteuerung im stationären Langzeitbereich. Kernstück des Systems ist das Minimum Data Set (MDS). Es geht davon aus, dass eine umfassende Bewohnerbeurteilung ein wichtiges Fundament für die weiteren Schritte des Pflegeplanungsprozesses darstellt. Das MDS besteht aus Merkmalen, die beim Pflegeheimbewohner, meist bezogen auf die letzten sieben Tage, beobachtet oder in Ausnahmen auch gefragt werden. Als Ergänzung des RAI wurden die Pflegeaufwandgruppen (Ressource Utilization Groups, RUGs) entwickelt, um die MDS-Datenbasis auch für die aufwandmässige Bewertung der einzelnen Bewohner verwenden zu können. Zusammen mit den Pflegeaufwandgruppen unterstützt das RAI/RUG die wesentlichen Funktionen eines bewohnerzentrierten Pflegemanagements (vgl. dazu Resident Assessment Instrument RAI/RUG, Kurzdokumentation, Überarbeiteter Auszug aus RAI-Handbuch Version 2.0).

7.2 Der angefochtene Regierungsratsbeschluss Nr. 2004/235 vom 26. Januar 2004 stützt sich auf den am gleichen Tag ergangene Beschluss Nr. 2004/236, welcher den Beschluss vom 1. November 2003 (RRB Nr. 2003/2017) modifizierte. Mit besagtem Beschluss Nr. 2004/236 wurde festgehalten, dass auf Grund der Datenlage der Referenzwert der ersten Stufe PAA festzulegen und gleichzeitig festzusetzen sei, wie hoch daran der Anteil an nicht kassenpflichtigen Leistungen (Betreuungsanteil) und an kassenpflichtigen Leistungen (Pflegeanteil) sei. Der Regierungsrat gehe von einem Referenzwert PAA von 22 Franken (Höchsttaxe) aus. Davon mache 25% nicht kassenpflichtige Leistungen (psycho-soziale Begleitung und

Betreuung, Haushalt, Alltagsverrichtungen, Verwaltung) und 75% kassenpflichtige Pflegeleistungen aus. Die nicht kassenpflichtigen Leistungen seien dabei im Rahmen der Taxgestaltung strikte von den Pflegeleistungen zu trennen. Insofern resultiere eine Pflögetaxe PAA von 16.50 Franken.

Der Referenzwert PAA wird auf Grund der Kostenberechnungen der einzelnen Heime ermittelt. Die Kosten werden nach einheitlichen Schlüsseln auf Pension, Betreuung und Pflege (18,2%, 3,3% und 78,5%) verteilt. Diese Aufteilung ergibt sich auf Grund einer interkantonalen Zeitstudie der Firma Q-Sys, welcher Erhebungen aus 18 Heimen der Schweiz zu Grunde liegen. Sämtliche Referenzwerte aller Institutionen werden zusammengetragen und daraus das kantonale Mittel gezogen. Dieser Mittelwert wird um 20% erhöht, um die Höchstattaxe festzulegen. Aus welchen Gründen der Regierungsrat im Beschluss vom 26. Januar 2004 (RRB Nr. 2004/236) einen weiteren Abzug von 25% für psycho-soziale Begleitung und Betreuung, Haushalt, Alltagsverrichtungen, Verwaltung vorsieht, ist nicht ersichtlich. Während die Solothurner Alters- und Pflegeheime von einem kassenpflichtigen Pflegekostenanteil von 78,5% ausgehen, erachtet der Regierungsrat einen Anteil von 75% als gerechtfertigt. Insofern hätte er lediglich einen Abzug von 3,5% (78,5% - 75%) vornehmen müssen. Da, wie nachfolgend dargelegt wird, die Beschwerde der santésuisse gutzuheissen ist, kann diese Frage jedoch offen bleiben.

Sämtliche weiteren Taxen der höher liegenden Beurteilungsstufen (PBC bis RTT) werden mittels des PAA-Wertes und der Indizes berechnet. Gemäss den Ausführungen des Amtes für Gemeinden und soziale Sicherheit des Kantons Solothurn würden die Indizes laufend angepasst. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Indizes nur einen Einfluss auf die Verteilung der Kosten auf die verschiedenen Stufen hätten, jedoch keinen direkten Einfluss auf die Frage, wie hoch die Pflegekosten, welche über den Tarif abgedeckt würden, sein sollen.

8. Nachfolgend ist zu untersuchen, ob die in der vorhergehenden Erwägung dargestellte Kostenberechnung der GSA die Voraussetzungen einer transparenten, auf einer genauen Kostenrechnung gründenden Kostenberechnung erfüllt.

8.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Heime verfügten über keine Kostenträgerrechnung. Eine Verteilmethode der Kostenarten auf die Kostenstellen nach einem prozentualen Schlüssel widerspreche dem Verursacherprinzip und mache deutlich, dass im Kanton Solothurn keine flächendeckende

Kostenstellenrechnung vorliege, ansonsten müssten die Kostenarten nicht aufgeschlüsselt werden. Es sei damit offensichtlich, dass auf der Basis einer reinen Kostenartenrechnung (Finanzbuchhaltung) eine Kostenstellen- und eine Kostenträgerrechnung nacherstellt worden sei. Die pauschale Schlüsselung des Pflegepersonals, wonach 78,5% auf die «Pflege» entfallen würde, sei nicht nachvollziehbar, auch wenn der Regierungsrat diesen Wert leicht nach unten auf 75% korrigiert habe. Insbesondere könne ein solcher Schlüssel nicht pauschal für alle Heime angewendet werden. In jedem Heim würden die Anteile für Pflege und Betreuung sehr unterschiedlich ausfallen, je nachdem, wie die einzelnen Pflegeabteilungen organisiert seien.

Der Kanton macht diesbezüglich geltend, eine pauschale Aufschlüsselung stelle die einzig praktikable Lösung dar. Sonst müssten die Krankenversicherer mit jedem Heim einzeln einen Tarifvertrag abschliessen, was kaum in ihrem Interesse liegen dürfte.

Auch die GSA bestreitet die Ausführungen der Beschwerdeführerin und hält fest, dass die Kostenrechnungen flächendeckend eingeführt worden seien.

Das BAG verweist in dieser Hinsicht auf den Schlussbericht der interkantonalen Zeitstudie der Firma Q-Sys, welcher festhalte, dass zwischen den einzelnen teilnehmenden Heimen erhebliche Unterschiede in der Struktur der Tätigkeiten bestehen würden, welche einerseits auf Unterschiede im Case-Mix, andererseits aber auch auf unterschiedliche Formen der Organisation, Arbeitsteilung und Dienstleistungsproduktion zurückzuführen seien. Gemäss den von den Parteien ausgearbeiteten Verhandlungsunterlagen (Grundlagen zur Verhandlung der Krankenkassenbeiträge 2004-2007 vom 3. Juli 2003, erstellt von der Verhandlungsdelegation der GSA und der Verhandlungsdelegation von *santésuisse*) seien denn auch die heimspezifischen Werte als Verteilschlüssel gefordert worden. Zudem werde dieser Grundsatz der heimspezifischen Verteilschlüssel im Handbuch des Forums präzisiert. Trotz dieser Vorgaben seien bei der Berechnung der Pflegeheimtarife des Kantons Solothurn für alle Heime dieselben Verteilschlüssel verwendet worden. Auf diese Weise würden die Eigenschaften des Heimes in Bezug auf Organisation der Arbeit und Anteil der pflegebedürftigen Patienten nicht berücksichtigt. Die Aufgabenverteilung des Personals sei vom Case-Mix und vom Angebot des Heimes abhängig. Die schwer pflegebedürftigen Patientinnen und Patienten würden im Verhältnis zum Total der Leistungen Pension, Aktivierung, Betreuung und Pflege einen grösseren Anteil an Pflegeleistungen beanspruchen als weniger pflegebedürftige Patientinnen und Patienten. Weiter gebe es Heime, die mehr Aktivierungstätigkeiten anbieten würden als andere. Insofern würden nicht die spezifischen Kosten der einzelnen Heime

ermittelt, weshalb keine transparente und gesetzeskonforme Kostenrechnung vorliege. Zudem seien beispielsweise die Kosten für das Personal für Alltagsgestaltung (Konto Nr. 321), welche gemäss «Kostenrechnung Forum» als nicht KVG-pflichtig bezeichnet würden, trotzdem zu 79% der Pflege belastet worden.

Auch die Preisüberwachung hält in der Empfehlung vom 9. Dezember 2003 fest, dass zwar alle Solothurner Heime über eine Finanzbuchhaltung verfügen würden, die Kostenstellenrechnung jedoch noch nicht flächendeckend eingeführt worden sei. Sie erachtet die Berechnung der GSA für nicht vollkommen transparent. Daran hält sie auch im Beschwerdeverfahren fest.

8.2 Aus dem Grundsatz, dass die Pflegeheimtarife dem tatsächlichen Pflegeaufwand Rechnung tragen müssen, ergibt sich, dass bei der Tarifgestaltung der Aufwand der einzelnen Heime zu berücksichtigen ist. Dafür spricht auch, dass gemäss Artikel 49 Absatz 7 KVG Betriebsvergleiche durchgeführt werden können, was nur möglich ist, wenn die Kosten pro Institution zu ermitteln sind. Vorliegend werden die relevanten Kosten jedoch aus der Finanzbuchhaltung mittels fixer für alle Institutionen gültiger Schlüssel auf die «Kostenträger» verteilt. Den Eigenheiten der einzelnen Heime wird dementsprechend nicht Rechnung getragen. Da im Kanton Solothurn für alle Heime die gleichen Verteilschlüssel gelten, ergeben sich aus den Berechnungen der Pflegeheime nicht die tatsächlichen Kosten der jeweiligen Institution. Ferner werden für die Verteilung sämtlicher Kostenpositionen dieselben Schlüssel für die Bereiche Pension (18,2%), Betreuung (3,3%) und Pflege (78,5%) verwendet. Beispielsweise wird sowohl der Lohn für Pflegepersonal wie auch der Aufwand für medizinischen Bedarf nach den Schlüsseln 18,2%, 3,3% und 78,5% (Pension, Betreuung und Pflege) verteilt. Die ermittelten Kosten resultieren somit nicht aus einer für das jeweilige Heim spezifischen Kostenrechnung, sondern aus einer Ermittlung der Pflegekosten, welche unter Anwendung von Standardschlüsseln für alle Heime erfolgt ist. Insofern weisen die Solothurner Alters- und Pflegeheime keine Kostenträgerrechnung im Sinne des KVG auf.

Es liegt daher weder eine einheitliche Kostenrechnung nach Artikel 49 Absatz 6 KVG vor, noch eine, die auf Grund ihrer Transparenz einer solchen allenfalls gleichgestellt werden könnte. Die Beschwerde ist daher bereits aus diesen Gründen gutzuheissen. Die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin müssen somit nicht geprüft werden.

9. Folgerichtig ist der durch den Regierungsrat festgesetzte Tarif 2004, welcher den Rahmentarif deutlich überschreitet, aufzuheben. Es stellt sich somit die Frage, welcher Tarif für das Jahr 2004 gelten soll.

9.1 Santésuisse beantragt eine Weitergeltung des bisherigen Tarifs 2003. Auch das BAG beantragt die Gutheissung der Beschwerde, äussert sich indessen nicht explizit zur Festsetzung des Tarifs für das Jahr 2004. Die Preisüberwachung empfiehlt einen Transparenzabzug von 10% auf dem durch den Regierungsrat festgesetzten Tarif 2004.

Gemäss den obigen Ausführungen (vgl. oben E. 6.1) darf der Tarif 2004 grundsätzlich maximal auf der Höhe der Höchstwerte des Rahmentarifs festgesetzt werden. Ein Vorgehen, wie es die Preisüberwachung vorschlägt, ist demnach von vornherein nicht zulässig. Dies mag im Vergleich mit der Tariffestsetzung im Spitalbereich stossend erscheinen, da dort entsprechend der Intransparenz bei der Rechnungslegung ein Abzug zwischen 4% und 15% vorgenommen würde. Diese unterschiedliche Behandlung im Spitalbereich und im Pflegeheimbereich ist jedoch vom Gesetzgeber klar gewollt. Sie kann nur über den gesetzgeberischen Weg geändert werden.

Auch der Tarif 2003 liegt laut santésuisse leicht über dem Rahmentarif. Zur Verifizierung der teilweisen Überschreitung hat santésuisse eine Berechnung eingereicht, gemäss welcher die 12 Pflegestufen nach RAI/RUG schematisch auf vier Stufen verteilt werden (Pflegestufen 1, 2, 3 in die erste Stufe; Pflegestufen 4, 5, 6 in die zweite Stufe; Pflegestufen 7, 8, 9 in die dritte Stufe; Pflegestufen 10, 11, 12 in die vierte Stufe). Weder die GSA noch der Regierungsrat des Kantons Solothurn bestreiten diese Berechnung.

Der Bundesrat hat in seinem Entscheid vom 20. Dezember 2000 betreffend Waadtländer Pflegeheimtarif festgehalten, dass es nicht zulässig sei, mittels einer einfachen Gruppierung der Pflegestufen in vier Stufen, einen Vergleich mit dem Rahmentarif zu ziehen. Der Bundesrat stellte stattdessen auf eine Berechnung der interkantonale Kommission PLAISIR ab (vgl. RKUV 5/2001 471 ff., E. 8.3.2; Volltext publiziert unter

http://www.bag.admin.ch/kv/rkuv/d/2001/rkuv0105_kv186.pdf [pdf-Datei]).

Vorliegend fehlt das entsprechende Zahlenmaterial, um die 12 Pflegestufen entsprechend dem erwähnten Bundesratsentscheid in vier Stufen darzustellen. Ob und in welchem Ausmass der Tarif 2003 die Höchstwerte des Rahmentarifs überschreitet, kann demnach nicht genau überprüft werden. Aus den Unterlagen ist jedoch ersichtlich, dass der Tarif 2003 für die höchste Pflegestufe (SEP) 90 Franken beträgt und dass im Vergleich zu den zwei nächsttieferen Pflegestufen in der Höhe von 82 Franken und 74 Franken nur

wenige Patienten in diese Stufe eingeordnet sind. Dies deutet darauf hin, dass der gewichtete Wert der vierten Stufe mit grosser Wahrscheinlichkeit unter 80 Franken liegt.

Da der Bundesrat im erwähnten Bundesratsentscheid betreffend Waadtländer Pflegeheimtarif eine Überschreitung des Rahmentarifs in der vierten Stufe (Fr. 70) um rund 10 Franken toleriert hat, ist auch vorliegend die Festsetzung des Tarifs 2004 analog dem Tarif 2003 zu akzeptieren (vgl. RKUV 5/2001 471 ff., E. 8.3.2; Volltext publiziert unter http://www.bag.admin.ch/kv/rkuv/d/2001/rkuv0105_kv186.pdf [pdf-Datei]). Dies rechtfertigt sich auch deshalb, weil die Solothurner Alters- und Pflegeheime ihre Kosten anhand einer Kostenstellenrechnung ermittelt haben, welche im Vergleich zu anderen vom Bundesrat bereits beurteilten Fällen eine bessere Qualität aufweist. Ferner billigt die Beschwerdeführerin dieses Vorgehen.

9.2 Im vorliegenden Fall galten im Jahr 2003 für die Leistungen in den Alters- und Pflegeheimen des Kantons Solothurn einheitliche Pauschalen. Fraglich ist, ob ein solcher Gruppentarif vor dem KVG standhält.

Gemäss Artikel 50 KVG können Versicherer mit Pflegeheimen pauschale Vergütungen vereinbaren; wie bei den Spitälern (Art. 49 Abs. 1 KVG) sind dabei aber grundsätzlich die anrechenbaren Kosten des Pflegeheims gemeint, für welches konkret ein Tarif festgesetzt wird. Gegen einen einheitlichen Tarif spricht, dass auch bei Pflegeheimen Betriebsvergleiche durchgeführt werden können und der Tarif eines eindeutig über den Kosten vergleichbarer Pflegeheime liegenden Heims reduziert werden kann (Art. 50 KVG in Verbindung mit Art. 49 Abs. 7 KVG).

Nach der Praxis des Bundesrates (vgl. RKUV 1998 2/3 188, E. 6.1) schliesst die Pflicht, dem tatsächlichen Pflegeaufwand Rechnung zu tragen, eine gewisse Pauschalisierung nicht aus; Ausnahmen sind allerdings nur dort zulässig, wo Pflegeheime bei entsprechender Struktur vergleichbare Kosten aufweisen. Soweit dies der Fall ist, dürfen daher gemeinsame Pauschalen festgesetzt werden und verstossen so genannte Gruppentaxen nicht gegen Artikel 50 KVG.

Im vorliegenden Fall fehlen die nötigen Daten, um die Zulässigkeit dieser Gruppentaxen beurteilen zu können, denn ohne Kostenrechnungen und Leistungsstatistiken sind die Kosten der Pflegeheime auch nicht wirklich vergleichbar (vgl. oben E. 8.2). Solange die Instrumente zu einer einheitlichen Erfassung der Kosten nicht verlangt werden können und keine Berechnungs-

grundlagen vorliegen, welche die Anforderungen des KVG an die Kostentransparenz erfüllen, wird daher ein für alle Heime einheitlicher Tarif vom Bundesrat vorderhand toleriert (vgl. unveröffentlichter Bundesratsentscheid vom 7. Dezember 1998 betreffend Zürcher Pflegeheimtarif 1997, S. 23, E. 7).

9.3 Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Beschwerde von santésuisse gutzuheissen und für die Alters- und Pflegeheimen des Kantons Solothurn ein dem Tarif 2003 analoger Tarif für das Jahr 2004 festzusetzen ist.

...

10. Gemäss Artikel 44 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). Dieser Grundsatz ist auch dann anwendbar, wenn den Krankenversicherern wegen der fehlenden Kostentransparenz die Vergütung der Leistungen der Grundversicherung nicht vollständig auferlegt werden kann. Die nicht gedeckten Kosten dürfen nicht den Versicherten in Rechnung gestellt werden. Ein solches Vorgehen wäre zweifellos gesetzwidrig. Es obliegt somit den Leistungserbringern, ihre Leistungen mit einer geringeren Entschädigung zu erbringen, oder den Gemeinwesen, zur Vervollständigung der Finanzierung der Pflegeheime Subventionen zu entrichten. Bei der Einführung des Rahmentarifs von Artikel 9a KLV hat der Bundesrat den Kantonsregierungen mitgeteilt, die Übernahme der nicht gedeckten Kosten durch die Kantone für einen vorübergehenden Zeitraum von ein paar Jahren würde eine angemessene und willkommene Geste darstellen (vgl. RKUV 5/2001 471 ff., E. 10; Volltext publiziert unter http://www.bag.admin.ch/kv/rkuv/d/2001/rkuv0105_kv186.pdf [pdf-Datei]).

...

Esonero dall'obbligo

KV 339 Sentenza dell'8 aprile 2005 (K 68/02)

- **La possibilità di domandare l'esonero dall'obbligo assicurativo ai sensi dell'art. 6 cpv. 3 OAMal non è riservata ai soli ex funzionari di organizzazioni internazionali aventi la loro sede in Svizzera. Anche gli ex impiegati di organizzazioni internazionali con sede all'estero possono chiedere tale beneficio (cons. 3).**
- **Die Möglichkeit, um eine Ausnahme von der Versicherungspflicht im Sinne von Art. 6 Abs. 3 KVV zu ersuchen, besteht nicht nur für ehemalige Beamte und Beamtinnen internationaler Organisationen mit Sitz in der Schweiz. Auch ehemalige Angestellte internationaler Organisationen mit Sitz im Ausland können dies verlangen (Erw. 3).**
- **La possibilité de demander l'exemption de l'assurance obligatoire au sens de l'art. 6 al. 3 OAMal n'est pas réservée aux seuls anciens fonctionnaires d'organisations internationales ayant leur siège en Suisse. Les anciens fonctionnaires d'organisations internationales ayant leur siège à l'étranger peuvent aussi demander d'être exemptés de l'obligation de s'assurer (cons. 3).**

Nota della redazione: La sentenza è prevista per la pubblicazione nella raccolta ufficiale del Tribunale federale.

Anmerkung der Redaktion: Das Urteil ist zur Publikation in der Amtlichen Sammlung des Bundesgerichts vorgesehen.

Note de la rédaction: Le présent arrêt sera publié dans le recueil officiel du Tribunal Fédéral.

Obligation d'assurance

KV 340 Arrêt du TFA du 3 mai 2005 (K 165/04)

- Lorsque l'intéressé n'a pas fait usage de son droit d'option découlant de l'ALCP, le problème de son domicile en relation avec l'obligation d'assurance selon la LAMal et d'une éventuelle exemption en vertu du droit communautaire ne se pose pas (cons. 2).

Voies de droit contre une décision de refus d'entrer en matière sur une demande tendant à l'octroi de subsides à titre de réduction des primes de l'assurance-maladie:

La réglementation cantonale en matière de réduction des primes de l'assurance-maladie, édictée sur la base de l'art. 65a LAMal, constitue en principe du droit cantonal autonome, à l'instar de celle qui se fonde sur l'art. 65 LAMal. Aussi, la voie du recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral des assurances n'est-elle pas ouverte contre un jugement cantonal de dernière instance rendu en application d'une telle réglementation (cons. 3 et 4).

- Hat jemand von seinem sich aus dem FZA ergebenden Wahlrecht nicht Gebrauch gemacht, stellen sich die Wohnsitzfrage im Hinblick auf das Versicherungsobligatorium nach KVG und die Frage nach einer allfälligen Befreiung hievon auf Grund des Gemeinschaftsrechts nicht (Erw. 2).

Rechtswege gegen einen auf ein Gesuch um Prämienverbilligung in der Krankenversicherung hin ergangenen Nichteintretensentscheid: Die auf Art. 65a KVG gestützte kantonale Regelung der Prämienverbilligung in der Krankenversicherung bildet grundsätzlich – gleich wie die auf Art. 65 KVG beruhende – autonomes kantonales Recht. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Eidgenössische Versicherungsgericht gegen einen in Anwendung einer solchen Regelung ergangenen kantonal letztinstanzlichen Entscheid ist daher nicht zulässig (Erw. 3 und 4).

- Se l'interessato non ha fatto uso del suo diritto d'opzione risultante dall'ALC, non si pone la questione del suo domicilio per stabilire l'obbligo assicurativo secondo la LAMal e di un'eventuale esenzione in virtù del diritto comunitario (cons. 2).

Rimedi giuridici contro una decisione di non entrata in materia emessa in seguito a una domanda di riduzione dei premi dell'assicurazione malattia:

L'ordinamento cantonale in materia di riduzione dei premi dell'assicurazione malattia, fondato sull'art. 65a LAMal, costituisce di principio diritto cantonale autonomo al pari di quello fondato sull'art. 65 LAMal. Pertanto, il ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale delle assicurazioni non è ammissibile contro un giudizio cantonale di ultima istanza reso in applicazione di una simile regolamentazione (cons. 3 e 4).

Anmerkung der Redaktion: Das Urteil ist zur Publikation in der Amtlichen Sammlung des Bundesgerichts vorgesehen.

Note de la rédaction: Le présent arrêt sera publié dans le recueil officiel du Tribunal Fédéral.

Nota della redazione: La sentenza è prevista per la pubblicazione nella raccolta ufficiale del Tribunale federale.

Protection des données; transmissions du dossier médical par le médecin-conseil

KV 341 Arrêt de la Ire Cour de droit public du Tribunal fédéral du 9 mai 2005 (1A.190+191/2004)

- **Transmission, par le médecin-conseil de l'assureur, du dossier médical de l'assuré à un médecin consultant spécialisé: Une telle transmission est autorisée par l'art. 84 LAMal (cons. 2.1). Sauf exceptions non réalisées en l'espèce, elle ne nécessite ni le consentement de l'assuré, ni une information préalable (cons. 2.4).**
- **Weiterleitung des medizinischen Dossiers des Versicherten durch den Vertrauensarzt des Versicherers an einen externen Spezialisten: Eine derartige Weiterleitung ist nach Art. 84 KVG zulässig (E. 2.1). Von hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen, benötigt sie weder das Einverständnis des Versicherten noch dessen vorgängige Information (E. 2.4).**
- **Trasmissione a uno specialista dell'incarto medico dell'assicurato da parte del medico di fiducia dell'assicuratore: Una simile trasmissione è permessa dall'art. 84 LAMal (cons. 2.1). Salvo eccezioni non realizzate in concreto, essa non presuppone il consenso dell'assicurato né la sua preventiva informazione (cons. 2.4).**

Anmerkung der Redaktion: Das Urteil ist in der Amtlichen Sammlung des Bundesgerichts unter BGE 131 II 413 publiziert.

Note de la rédaction: Le présent arrêt est publié dans le recueil officiel du Tribunal Fédéral sous ATF 131 II 413.

Nota della redazione: La sentenza è pubblicata nella raccolta ufficiale del Tribunale federale sotto DTF 131 II 413.

Begriff der Arbeitsunfähigkeit in der sozialen Krankenversicherung

KV 342 Urteil des EVG vom 11. Juli 2005 (K 42/05)

- Die im ATSG enthaltene Definition der Arbeitsunfähigkeit entspricht dem bisherigen von der Rechtsprechung dazu entwickelten Begriff und den Grundsätzen in der Krankenversicherung (Erw. 1.3).

Mit der Normierung von Art. 6 Satz 2 ATSG wurde die diesbezügliche bisherige Rechtsprechung im Krankentaggeldbereich erfasst, weshalb insbesondere die Praxis zur langen Dauer und zur Anpassungszeit sowie zur Zumutbarkeit eines Berufswechsels (BGE 114 V 286 Erw. 1c) weiterhin Gültigkeit hat.

- La définition de l'incapacité de travail qui figure dans la LPGA correspond à la notion développée jusqu'ici par la jurisprudence et aux principes de l'assurance-maladie (cons. 1.3).

Lors de l'introduction de l'art. 6, 2^e phrase LPGA dans la loi, la jurisprudence actuelle rendue dans le domaine des indemnités journalières de l'assurance-maladie a été prise en considération. C'est pourquoi la pratique relative à la longue durée, au temps d'adaptation et au caractère raisonnable d'un changement de profession est toujours en vigueur (ATF 114 V 286 cons. 1c).

- La definizione di incapacità al lavoro enunciata nella LPGA coincide con quella formulata finora dalla giurisprudenza e con i principi vigenti nell'ambito dell'assicurazione malattie (cons. 1.3).

Nell'articolo 6 secondo periodo LPGA è stata ripresa la pertinente giurisprudenza attuale nel settore dell'indennità giornaliera e, pertanto, la prassi relativa alla lunga durata e al periodo di adattamento nonché all'esigibilità del cambiamento di professione mantiene la sua validità (DTF 114 V 286 cons. 1 c).

Auszug aus den Erwägungen:

1.3 In BGE 130 V 343 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht anlässlich der Prüfung eines Rentenanspruchs in der Invalidenversicherung erkannt, dass es sich bei den in Art. 3-13 ATSG enthaltenen Legaldefinitionen in aller

Regel um eine formellgesetzliche Fassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den entsprechenden Begriffen vor In-Kraft-Treten des ATSG handelt und sich inhaltlich damit keine Änderung ergibt, weshalb die hiezu entwickelte Rechtsprechung übernommen und weitergeführt werden kann (vgl. BGE 130 V 343, Erw. 3.1, 3.2 und 3.3). In RKUV 2004 Nr. U 529 S. 572 wurde erkannt, dass dies auch für die Begriffe der Arbeitsunfähigkeit, der Erwerbsunfähigkeit und der Invalidität sowie der Bestimmung des Invaliditätsgrades bei erwerbstätigen Versicherten in der Unfallversicherung gilt.

Davon ist auch in der obligatorischen Krankenversicherung auszugehen, wobei hinsichtlich der allgemeinen, mit der Einführung des ATSG verfolgten Zielsetzung wie auch in Bezug auf die Entstehungsgeschichte der einzelnen, hievore genannten Legaldefinitionen dabei auf den erwähnten BGE 130 V 343, namentlich dessen Erw. 2.2 (Allgemeines), 3.1 und 3.1.1 (Art. 6 ATSG [Arbeitsunfähigkeit]), 3.2 und 3.2.1 (Art. 7 ATSG [Erwerbsunfähigkeit]) sowie 3.3 und 3.3.1 (Art. 8 Abs. 1 ATSG [Invalidität]), verwiesen werden kann. Betreffend den hier in Frage stehenden Begriff der Arbeitsunfähigkeit ist für den Bereich der Krankenversicherung zu vermerken, dass sich diese unter anderem beim Taggeldanspruch (Art. 72 KVG) ausdrücklich auf die Arbeitsunfähigkeit bezieht. In diesem Zusammenhang gilt die in Art. 6 ATSG festgelegte Umschreibung des Begriffs (vgl. BBI 1999 V 4687 f., 4696), wobei bereits unter dem bisherigen Recht auf die in allen Sozialversicherungszweigen analog verstandene Definition der Arbeitsunfähigkeit abgestellt wurde, nämlich der Arbeitsunfähigkeit als eine Einbusse an funktionellem Leistungsvermögen (BGE 114 V 286 Erw. 1c), wobei nicht die medizinisch-theoretische Schätzung massgebend ist (BGE 111 V 239 Erw. 1b¹), sondern die Frage, in welchem Mass die versicherte Person aus gesundheitlichen Gründen im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich nicht mehr nutzbringend tätig sein kann (vgl. Erw. 1.1 hievore; *Ueli Kieser*, ATSG-Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, Zürich 2003, Rz 2, 3 und 17 zu Art. 6). Demnach haben auch im Krankenversicherungsbereich nach KVG die von der Rechtsprechung zum Begriff der Arbeitsunfähigkeit herausgebildeten Grundsätze unter der Herrschaft des ATSG prinzipiell weiterhin Geltung.

Zudem wurde mit der Normierung des Art. 6 Satz 2 ATSG, wonach bei langer Dauer der Arbeitsunfähigkeit auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt wird, die diesbezügliche bisherige Rechtsprechung im Bereich der Krankentaggeldversicherung erfasst (vgl. Protokoll der ständerätlichen Kommission für soziale Sicherheit und Gesund-

¹ siehe RKUV 1986 Nr. K 664

heit vom 16. August 1999, 17; Erw. 1.1 hievor), weshalb sich auch in diesem Bereich weder hinsichtlich des Begriffs der langen Dauer, noch der erforderlichen Anpassungszeit von drei bis fünf Monaten (BGE 114 V 289f.), noch der vorausgesetzten Zumutbarkeit eines Berufswechsels eine Modifizierung der bisherigen Judikatur ergibt (*Kieser*, a.a.O., Rz 8-14 zu Art. 6).

Compensazione nei rapporti fra assicurati e casse malati

KV 343 Sentenza del 22 luglio 2005 (K 114/03)

- **La giurisprudenza pubblicata in DTF 110 V 183², resa vigente la LAMI, che nega agli assicurati la facoltà, concessa per contro alle casse malati, di procedere alla compensazione di prestazioni assicurative scadute con contributi rimasti impagati, è mantenuta anche sotto l'imperio della LAMal (cons. 8).**
- **Die im BGE 110 V 183³ publizierte Rechtsprechung nach dem damals geltenden KUVG, wonach die Versicherten im Gegensatz zu den Krankenkassen nicht die Möglichkeit haben, fällige Versicherungsleistungen mit unbezahlten Selbstbehalten zu verrechnen, gilt auch unter dem System des KVG (Erw. 8).**
- **La jurisprudence de l'ATF 110 V 183⁴, rendu lorsque la LAMA était en vigueur, qui n'octroyait pas aux assurés – mais en revanche aux caisses maladie – la possibilité de procéder à la compensation des prestations assurées échues avec les primes impayées est également applicable sous le régime de la LAMal (cons. 8).**

Estratto dei considerandi:

...

² vedi RAMI 1985 n. K 611

³ siehe RKUV 1985 Nr. K 611

⁴ voir RAMA 1985 n° K 611

8.

Nella più volte citata sentenza pubblicata in DTF 110 V 183, resa vigente la LAMI, questa Corte, alla ricerca di una soluzione uniforme per i vari settori delle assicurazioni sociali, aveva stabilito – come già s'è visto – che gli assicurati, contrariamente alle casse malati, non potevano procedere alla compensazione di prestazioni con contributi rimasti impagati. Il Tribunale aveva in sostanza ricondotto il motivo di tale disparità fra assicurati e assicuratori al fatto che la sola amministrazione disponeva del potere decisionale ai sensi dell'art. 5 PA e che l'assicurato, tramite l'istituto della compensazione, avrebbe avuto la possibilità di provocare una decisione della cassa in un ambito diverso da quello contestato (premi invece di prestazioni; cfr. pag. 186 in fine).

Orbene, la menzionata giurisprudenza merita di essere mantenuta anche sotto l'imperio della LAMal. Né dai lavori preparatori di quest'ultima legge, né da quelli della LPGA emergono indicazioni per un cambiamento della consolidata prassi che esclude la compensazione in favore degli assicurati in materia d'assicurazione contro le malattie. Inoltre va rilevato che le conseguenze della soluzione contraria appaiono piuttosto imprevedibili. La possibilità di potersi avvalere della compensazione, che equivarrebbe in pratica alla sospensione del pagamento dei premi da parte degli assicurati, ogni qualvolta una prestazione è contestata e dev'esserne pertanto chiarita la fondatezza tramite le usuali procedure previste dalla legge (art. 80 LAMal; art. 49, 51, 52 e 56 LPGA), potrebbe in effetti significare paralizzare l'operato delle casse malati, che, vista la durata delle procedure (anche esecutive), potrebbero vedersi private per lungo tempo del necessario finanziamento e perciò cessare di funzionare, senza poter sciogliere, a seguito dell'assicurazione obbligatoria, il rapporto assicurativo.

Su questo punto il ricorso deve quindi essere respinto.

...

Versicherungspflicht; Beurteilung der Wohnsitzfrage

KV 344 Urteil des EVG vom 2. August 2005 (K 34/04)

- **Umschreibung der Voraussetzungen des Wohnsitzes nach Art. 23 ff. ZGB und Art. 20 IPRG (Erw. 3 und 4.4).**
- **Description des conditions relatives au domicile selon les art. 23 ss CC et 20 LDIP (cons. 3 et 4.4).**
- **Descrizione dei presupposti relativi al domicilio secondo l'articolo 23 e seguenti CC e l'articolo 20 LPG (cons. 3 e 4.4).**

I.

A.

A. (geboren 1955) reiste am 10. August 1991 erstmals in die Schweiz ein und arbeitete an verschiedenen Orten, teils mit, teils ohne Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung. Seit April 1995 war er für die Temporärfirma I. bei der Einsatzfirma R. tätig, ohne über eine Aufenthalts- oder Arbeitsbewilligung zu verfügen. Am 26. Dezember 1998 erlitt er eine schwere Hirnblutung, die einen fast einjährigen Spitalaufenthalt erforderlich machte. A. erhielt am 9. Juni 1999 rückwirkend per 16. Februar 1999 eine Aufenthaltsbewilligung Kurzaufenthalter «L»; am 8. Dezember 1999 verliess er die Schweiz.

Mit Schreiben vom 23. April 1999 ersuchte A. bei der CSS Versicherung (heute: CSS Kranken-Versicherung AG; nachfolgend: CSS) um Aufnahme in die obligatorische Krankenpflegeversicherung. Die CSS lehnte sein Gesuch mit Verfügung vom 3. Dezember 1999, bestätigt mit Einspracheentscheid vom 21. März 2000, ab.

Die hiegegen erhobene Beschwerde wies das Versicherungsgericht Basel-Stadt (heute: Sozialversicherungsgericht Basel-Stadt) mit Entscheid vom 20. Dezember 2000 ab.

A. liess Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen, welche das Eidgenössische Versicherungsgericht mit Urteil vom 24. Dezember 2002 (K 38/01) in dem Sinne guthiess, als es den kantonalen Entscheid aufhob und die Sache an die Vorinstanz zurückwies, damit diese nach erfolgter Abklärung neu entscheide.

B.

Mit Entscheid vom 10. Dezember 2003 hiess das Sozialversicherungsgericht Basel-Stadt die Beschwerde des A. gut, hob den Einspracheentscheid vom 21. März 2000 auf und wies die Sache zum Erlass eines neuen Einspracheentscheids im Sinne der Erwägungen an die CSS zurück.

C.

Die CSS führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben; eventualiter sei die Sache zur genaueren Abklärung des zivilrechtlichen Wohnsitzes an das kantonale Gericht zurückzuweisen. A. schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Gesundheit, Abteilung Kranken- und Unfallversicherung, verzichtet auf eine Vernehmlassung.

II.

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

...

2.

Streitig ist, ob der Beschwerdegegner im Zeitpunkt des Beitrittgesuches Wohnsitz in der Schweiz im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KVG hatte. Zu prüfen ist demnach, ob er die Voraussetzungen des Wohnsitzbegriffs von Art. 23 ff. ZGB erfüllt und somit der obligatorischen Krankenpflegeversicherung unterstellt ist (vgl. BGE 129 V 77 mit Hinweisen).

3.

Gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG bestimmt sich der Wohnsitz ausländischer Staatsangehöriger danach, wo sie sich mit der Absicht des dauernden Verbleibens aufhalten. Dabei deckt sich der Wohnsitzbegriff nach Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG mit jenem nach Art. 23 Abs. 1 ZGB (BGE 120 III 8 Erw. 2a, 119 II 169 Erw. 2b, je mit Hinweisen); Abweichungen ergeben sich lediglich daraus, dass im Rahmen des IPRG die Bestimmungen über den abgeleiteten (Art. 25 ZGB) und den fiktiven Wohnsitz (Art. 24 Abs. 1 ZGB) sowie die Vermutung von Art. 26 ZGB nicht anwendbar sind (Art. 20 Abs. 2 IPRG; *Staehein*, in: *Honsell/Vogt/Geiser*, Zivilgesetzbuch I, 2. Aufl., Basel 2002, N 4 zu Art. 23 und N 2 zu Art. 24).

Der Wohnsitz einer Person befindet sich an dem Orte, an welchem sie sich mit der Absicht des dauernden Verbleibens aufhält (Art. 23 Abs. 1 ZGB). Er setzt demnach objektiv den physischen Aufenthalt und subjektiv die Absicht des dauernden Verbleibens voraus; letztere ist nur soweit von Bedeutung, als sie nach aussen erkennbar ist (BGE 127 V 238 Erw. 1 mit Hinweisen, 125 V 78 Erw. 2a¹; *Brückner*, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, Rz. 320; *A. Bucher*, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Aufl., Basel 1999, Rz. 360; *E. Bucher*, Berner Kommentar, Bern 1976, N 8 zu Art. 23 ZGB; *Staehelein*, a.a.O., N 5 zu Art. 23). Massgebend ist somit der Ort, wo sich der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen befindet (BGE 127 V 238 Erw. 1, 125 V 77 Erw. 2a, 125 III 102 Erw. 3, je mit Hinweisen; *Brückner*, a.a.O., Rz. 318; *A. Bucher*, a.a.O., Rz. 360 sowie 373 ff.; *Staehelein*, a.a.O., N 5 zu Art. 23). Der Lebensmittelpunkt befindet sich im Normalfall am Wohnort, d.h. wo man schläft, die Freizeit verbringt und wo sich die persönlichen Effekten befinden, wo man üblicherweise einen Telefonanschluss und eine Postadresse hat (*Brückner*, a.a.O., Rz. 319 und 322; *A. Bucher*, a.a.O., Rz. 364 f.; *Hausheer/Aebi-Müller*, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1999, Rz. 09.28; *Staehelein*, a.a.O., N 6 zu Art. 23). Die nach aussen erkennbare Absicht muss auf einen dauernden – d.h. im Sinne von «bis auf Weiteres» – Aufenthalt ausgerichtet sein (*Brückner*, a.a.O., Rz. 328; *A. Bucher*, a.a.O., Rz. 361 sowie 370 ff.; *E. Bucher*, a.a.O., N 22 zu Art. 23; *Hausheer/Aebi-Müller*, a.a.O., Rz. 09.29; *Staehelein*, a.a.O., N 8 zu Art. 23). *Staehelein* postuliert diesbezüglich eine Mindestdauer von einem Jahr (a.a.O., N 8 zu Art. 23 mit Hinweisen). Allerdings schliesst die Absicht, einen Ort später wieder zu verlassen, einen Wohnsitz nicht aus (BGE 127 V 241 Erw. 2c, 125 III 102 Erw. 3; *E. Bucher*, a.a.O., N 22 f. zu Art. 23 ZGB; *Staehelein*, a.a.O., N 8 zu Art. 23). Bei verheirateten Personen bestimmt sich der Wohnsitz gesondert für jeden Ehegatten (*A. Bucher*, a.a.O., Rz. 377; *Hausheer/Aebi-Müller*, a.a.O., Rz. 09.57; *Staehelein*, a.a.O., N 10 zu Art. 23); so etwa bei Ehegatten, die sich infolge faktischer Trennung nicht mehr regelmässig sehen (*Brückner*, a.a.O., Rz. 363). Bei Wochenaufenthalten mit Familie wird der Arbeitsort zum Wohnsitz, wenn die Familie bloss noch in grossen oder unregelmässigen Abständen besucht wird (*Staehelein*, a.a.O., N 11 zu Art. 23; vgl. auch *A. Bucher*, a.a.O., Rz. 376). Bei Ausländern mit Aufenthaltsbewilligung liegt der Wohnsitz in der Schweiz, selbst wenn die Person jedes Jahr nach Hause reist (*E. Bucher*, a.a.O., N 38 zu Art. 23 ZGB; *Staehelein*, a.a.O., N 17 zu Art. 23). Saisonniers hingegen, welche neun Monate in der Schweiz arbeiten und für drei Monate zu ihrer Familie in die Heimat reisen, haben ihren Wohnsitz erst in der Schweiz, wenn sie die Voraussetzungen für die Umwandlung der Saisonbewilligung in eine Aufent-

¹ siehe RKUV 1999 Nr. 74 S. 295 ff.

haltsbewilligung erfüllen oder zu erfüllen im Begriff sind; gemäss Doktrin ist bei einem jede Saison wiederkehrenden Saisonnier ab Beginn der zweiten Saison ein Wohnsitz in der Schweiz anzunehmen (*Brückner*, a.a.O., Rz. 366; *Hausheer/Aebi-Müller*, a.a.O., Rz. 09.30; *Staehelin*, a.a.O., N 18 zu Art. 23; vgl. auch SVR 2000 IV Nr. 14 S. 45 Erw. 3d in fine sowie BGE 113 V 264 Erw. 2b mit Hinweisen, wo allerdings – entgegen der zivilrechtlichen Lehre und Rechtsprechung sowie BGE 129 V 79 Erw. 5.2² und BGE 125 V 77 Erw. 2a – der fremdenpolizeilich geregelte Aufenthalt im Rahmen der Sozialversicherungen noch Voraussetzung war; vgl. auch die Kritik dazu bei *E. Bucher*, a.a.O., N 24 f. und 38 zu Art. 23 ZGB). Nicht massgeblich, sondern nur Indizien für die Beurteilung der Wohnsitzfrage sind die Anmeldung und Hinterlegung der Schriften, die Ausübung der politischen Rechte, die Bezahlung der Steuern, fremdenpolizeiliche Bewilligungen sowie die Gründe, die zur Wahl eines bestimmten Wohnsitzes veranlassen (BGE 129 V 79 Erw. 5.2, 127 V 241 Erw. 2c, 125 III 101 Erw. 3, 125 V 78 Erw. 2a, je mit Hinweisen; *A. Bucher*, a.a.O., Rz. 365 und 375; *E. Bucher*, a.a.O., N 25 ff. und 35 ff. zu Art. 23 ZGB; *Hausheer/Aebi-Müller*, a.a.O., Rz. 09.28; *Staehelin*, a.a.O., N 23 f. zu Art. 23).

Die Frage, wann eine Person mit Wohnsitz im Ausland ihren ausländischen Wohnsitz aufgegeben hat, richtet sich nach Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG; dies ist der Fall, wenn sie den Ort des bisherigen Lebensmittelpunktes definitiv verlassen hat, wobei unerheblich ist, ob nach dem ausländischen Recht der ausländische Wohnsitz noch weiterbesteht (BGE 96 I 395 Erw. 4d, 87 II 9 Erw. 2, 74 III 18; *E. Bucher*, a.a.O., N 34 ff., insbesondere N 37 zu Art. 24 ZGB; *Staehelin*, a.a.O., N 8 zu Art. 24). Die Aufgabe des einmal begründeten Wohnsitzes ist im internationalen Verhältnis wesentlich einfacher als im innerstaatlichen (BGE 119 II 169 Erw. 2b). Sie ist auch dann anzunehmen, wenn die Person zwar weiterhin einen ausländischen Wohnsitz hat, die Beziehungen dazu jedoch stark gelockert erscheinen (*Hausheer/Aebi-Müller*, a.a.O., Rz. 09.51; in diesem Sinne auch schon *E. Bucher*, a.a.O., N 37 zu Art. 24 ZGB).

4.

4.1 Die Vorinstanz ging auf Grund der Strafakten (insbesondere der Verzeigung des Beschwerdegegners vom 1. Juli 1999) sowie des Schreibens des Sozialdienstes des Kantonsspitals X. vom 19. Januar 1999, welches sich auf die Aussage von P. von der Einsatzfirma R. stützte, davon aus, dass der Beschwerdegegner jeweils 9 bis 10 Monate bei der erwähnten Firma gearbeitet und den Rest des Jahres bei seiner Familie in Mazedonien verbracht

² siehe RKUV 2003 Nr. 238 S. 57 ff.

habe. Nach der Lehre begründe ein Saisonnier, dessen Aufenthalt sich in der Schweiz wiederhole, einen Wohnsitz, ungeachtet davon, ob er über fremdenpolizeiliche Aufenthalts- und Arbeitsbewilligungen verfüge. Es gebe keinen Grund, den Beschwerdegegner anders als einen sich illegal in der Schweiz aufhaltenden Saisonnier zu behandeln, weshalb der schweizerische Wohnsitz nach Art. 23 Abs. 1 ZGB zu bejahen sei.

4.2 Die Ansicht des Beschwerdegegners, die Vorinstanz hätte die Voraussetzungen des Wohnsitzes nach Art. 23 ff. ZGB gar nicht mehr prüfen dürfen, nachdem die CSS im Einspracheentscheid sowohl den Aufenthalt sowie die Absicht des dauernden Verbleibens als erfüllt betrachtet habe und dieser somit weder Anfechtungs- noch Streitgegenstand sei, ist nicht zutreffend. Zwar hat die CSS in ihrem Einspracheentscheid wie auch in ihrer ersten vorinstanzlichen Stellungnahme den Wohnsitz im Sinne von Art. 23 Abs. 1 ZGB bejaht, doch ist sie dabei davon ausgegangen, illegal in der Schweiz Anwesende können nicht unter das Obligatorium fallen. In diesem Zusammenhang hat das Eidgenössische Versicherungsgericht entschieden, im Rahmen des Obligatoriums der Krankenpflegeversicherung sei der zivilrechtliche Wohnsitzbegriff nach Art. 23 ff. ZGB massgebend (BGE 129 V 77 mit Hinweisen). Die Frage, ob die Voraussetzungen an den massgebenden Begriff erfüllt sind, haben Verwaltung und Gericht von Amtes wegen und ohne Bindung an die Parteivorbringen zu prüfen (vgl. Art. 87 lit. d KVG in der bis 31. Dezember 2002 geltenden Fassung bzw. Art. 61 lit. d des seit 1. Januar 2003 in Kraft stehenden ATSG).

4.3 ...

4.4 Infolge der weniger strengen Voraussetzungen an die Aufgabe eines ausländischen Wohnsitzes (oben Erw. 3) ist davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner zum massgeblichen Zeitpunkt auf Grund seines gelockerten Verhältnisses zu seinem Heimatland dort über keinen Wohnsitz mehr verfügte. Zwar ist bei verheirateten Personen mit Kindern der Ort, an welchem sich die Familie befindet, ein wichtiger Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Wohnsitzes im Sinne von Art. 23 Abs. 1 ZGB. Entgegen der Ansicht der CSS ist dieser Ort jedoch nicht in jedem Falle ausschlaggebend. So können einerseits Ehegatten ohne Weiteres getrennte Wohnsitze haben. Andererseits befindet sich der Wohnsitz von Wochenaufenthaltern, welche ihre Familie nur in grossen oder unregelmässigen Abständen sehen, am Arbeitsort; diese Grundsätze haben umso mehr Berechtigung bei Personen, die sich den grössten Teil des Jahres getrennt von ihren Familien zu Erwerbszwecken in der Schweiz aufhalten, insbesondere wenn diese Aufteilung von Arbeitsstelle und ausländischem Wohnort der Familienmitglieder

über Jahre andauert. Es ist somit nur folgerichtig, wenn bei Saisoniers, welche regelmässig in die Schweiz wiederkehren, nach einer gewissen Zeit Wohnsitz in der Schweiz angenommen wird, ungeachtet davon, ob die Voraussetzungen zum Erhalt der Aufenthaltsbewilligung erfüllt sind. Diese Ansicht steht auch in Einklang mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung, wonach fremdenpolizeiliche Bewilligungen keine Voraussetzung, sondern nur ein Indiz für die Beantwortung der Frage nach dem Wohnsitz sind. Ebenso wenig spielt der Grund für die Einreise in die Schweiz eine Rolle; denn die Motive, die einer Wohnsitznahme zugrunde liegen, sind für die Bestimmung des Wohnsitzes nicht massgeblich. Auch steht die Absicht, später wieder ins Heimatland zurückzukehren, der Wohnsitznahme in der Schweiz nicht im Wege.

5.

Nach dem Gesagten ist der im Rahmen der sozialen Krankenversicherung massgebende zivilrechtliche Wohnsitz des Beschwerdegegners und damit seine Unterstellung unter das Obligatorium der Krankenpflegeversicherung zu bejahen. Da die CSS vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht nur die Unterstellung unter das Obligatorium, nicht aber die Anwendung der Grundsätze über den Zeitpunkt der Aufnahme in die Versicherung bei verspäteter Anmeldung (Art. 5 Abs. 2 KVG; Art. 8 KVV) bestreitet, kann diesbezüglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Anzuführen bleibt, dass die CSS bei der Erhebung des Prämienzuschlags allenfalls Art. 8 Abs. 2 KVV zu berücksichtigen haben wird.

Construction mammaire

KV 345 Arrêt du TFA du 17 août 2005 (K 4/04)

- **Le traitement chirurgical d'un défaut esthétique sous la forme d'une hypoplasie bilatérale très prononcée (seins tubéreux) constitue une prestation à la charge des caisses-maladie (cons. 5).**
- **Die chirurgische Behandlung eines ästhetischen Mangels in Form einer sehr ausgeprägten bilateralen Hypoplasie (tuberöse Brust) stellt eine krankenkassenpflichtige Leistung dar (Erw. 5).**
- **Il trattamento chirurgico di un difetto estetico, consistente in una ipolapsia bilaterale molto pronunciata (mammelle tuberose), costituisce una prestazione a carico delle casse malati (cons. 5).**

I.

A.

A., née en 1986, est affiliée à la Mutuelle Valaisanne (ci-après : la Mutuelle) notamment pour l'assurance obligatoire des soins. Par lettre du 7 décembre 2001, la doctoresse F., gynécologue, a informé la Mutuelle que l'assurée présentait une importante malformation mammaire (hypoplasie bilatérale très marquée avec forme tubulaire et hypertrophie aréolaire relative) qui la perturbait fortement sur le plan psychique. La prescription de la pilule pour augmenter le volume de la glande mammaire n'avait donné aucun résultat, si bien qu'il y avait, d'après ce médecin, une indication médicale à une correction mammaire. A cette lettre était joint l'avis du docteur M., spécialiste en chirurgie plastique et reconstructive, selon lequel l'état de A. «n'était pas acceptable pour une jeune fille» et justifiait une opération immédiate, même si on ne pouvait exclure ultérieurement la nécessité de retouches.

Ayant examiné l'assurée, le docteur O., médecin-conseil de la Mutuelle, a conclu qu'elle présentait des «troubles psychologiques de circonstance» liés à sa malformation mammaire «sans aucun doute inesthétique», mais aucun symptôme à caractère de maladie nécessitant un traitement (rapport du 19 février 2002). Sur cette base, la Mutuelle a fait part de son refus de prendre en charge l'intervention envisagée, au motif que celle-ci relevait de la chirurgie esthétique et ne constituait donc pas une prestation obligatoirement à charge des caisses-maladie (lettre du 28 février 2002). A. a manifesté son désaccord avec la position de son assureur-maladie et produit d'autres

documents médicaux (des docteurs C., pédopsychiatre, Z., gynécologue, et I., spécialiste en chirurgie plastique et reconstructive). Le 24 février 2003, la Mutuelle a rendu une décision dans le sens de ses précédentes déclarations. Saisie d'une opposition, elle l'a écartée dans une nouvelle décision du 8 mai 2003. Entre-temps, l'opération a été pratiquée le 18 mars 2003 au Centre de chirurgie esthétique et réparatrice de l'Hôpital X. par le docteur I.

B.

Par jugement du 2 décembre 2003, le Tribunal cantonal valaisan des assurances a admis le recours formé par A. contre la décision sur opposition du 8 mai 2003, et condamné la Mutuelle à rembourser la totalité des frais de l'intervention, par 8'078 fr., sous déduction d'une éventuelle franchise résiduelle et de la quote-part due par l'assurée.

C.

La Mutuelle interjette recours de droit administratif contre ce jugement, dont elle requiert l'annulation. Elle invite le Tribunal fédéral des assurances à dire qu'elle n'est pas tenue de prendre en charge les frais liés à l'opération de construction mammaire subie par A..

Celle-ci conclut au rejet du recours, tandis que l'Office fédéral de la santé publique a renoncé à se déterminer.

II.

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

1.

Le jugement entrepris expose correctement la notion de maladie (cf. art. 3 LPG), les conditions dans lesquelles l'assurance-maladie obligatoire prend en charge les coûts des prestations dispensés par un médecin (art. 25 al. 1, art. 25 al. 2 let. a et art. 32 LAMal), ainsi que la portée du principe de la liste des prestations figurant à l'Annexe 1 à l'OPAS (voir sur ce point ATF 129 V 173 cons. 4¹).

2.

La question de la prise en charge par l'assurance-maladie obligatoire d'une correction chirurgicale sur les seins a donné lieu à une jurisprudence abon-

¹ voir RAMA 2003 n° KV 240 p. 64 ss

dante du Tribunal fédéral des assurances. Dans ce contexte, le tribunal s'est surtout attaché à délimiter les cas qui relèvent de la chirurgie esthétique où le but principal de l'intervention est de rendre la poitrine plus belle ou plus conforme aux mensurations idéales, de ceux qui – bien que l'aspect esthétique n'en soit pas absent – doivent être considérés comme ayant valeur de maladie d'après la loi et, par conséquent, être couverts par l'assurance-maladie.

2.1 Ainsi, l'opération de réduction du sein – qui ne figure pas dans le catalogue de l'OPAS – est une prestation à la charge des caisses-maladie si l'hypertrophie mammaire est à l'origine de troubles ayant eux-mêmes valeur de maladie au sens juridique. Une indication médicale à une intervention est admise à partir du moment où une réduction de poids d'environ 500 grammes ou plus de chaque côté est exécutée ou envisagée et pour autant que l'assurée souffre de douleurs dues à l'hypertrophie et ne présente pas d'adiposité, le critère déterminant étant l'existence d'un lien de causalité entre l'hypertrophie et les troubles physiques ou psychiques (ATF 130 V 301 cons. 3², 121 V 211³; voir aussi RAMA 2000 no KV 138 p. 357).

2.2 Quant à l'implantation de prothèses mammaires à la suite de l'ablation d'un sein, elle constitue une mesure thérapeutique à charge des caisses-maladie depuis un arrêt de principe rendu par le Tribunal fédéral des assurances sous l'empire de la LAMA (ATF 111 V 229⁴). Dans cet arrêt, le tribunal a rappelé qu'une opération servait non seulement à la guérison proprement dite de la maladie ou des suites immédiates d'un accident, mais aussi à l'élimination d'autres atteintes, secondaires, dues à la maladie ou à un accident, notamment en permettant de corriger les altérations externes de certaines parties du corps – en particulier le visage – visibles et spécialement sensibles sur le plan esthétique; aussi longtemps que subsistait une imperfection de ce genre, due à la maladie ou à un accident, ayant une certaine ampleur et à laquelle une opération de chirurgie esthétique pouvait remédier, l'assurance devait prendre en charge cette intervention, à condition qu'elle eût à répondre également des suites immédiates de l'accident ou de la maladie et pour autant que fussent respectés les limites usuelles, ainsi que le caractère économique du traitement. Considérant, d'une part, que l'amputation médicalement indiquée d'un sein constituait une atteinte secondaire due à la maladie ou à un accident et, d'autre part, que la reconstruction mammaire par voie chirurgicale était propre à rétablir le mieux possible l'intégrité physique de

² voir RAMA 2004 n° KV 293 p. 330 ss

³ voir RAMA 1996 n° K 974 p. 16 ss

⁴ voir RAMA 1986 n° K 669 p. 121 ss

l'assurée, le tribunal a jugé qu'une telle intervention avait désormais un caractère obligatoire. Elle est maintenant mentionnée comme prestation obligatoire sous le ch. 1.1 de l'annexe à l'OPAS (chirurgie générale).

2.3 Dans un arrêt publié à la RAMA 2000 no KV 113 p. 126, la Cour de céans a encore fourni une précision quant aux critères permettant de circonscrire le droit aux prestations en matière d'opérations mammaires. Elle a déclaré, en obiter dictum, que «mis à part l'éventualité d'une amputation, on ne saurait a priori exclure des situations où la correction chirurgicale de défauts esthétiques de la poitrine puisse être considérée comme une mesure obligatoirement à charge des assureurs-maladie (par ex. en cas d'agénésie ou d'hypertrophie mammaire); mais il s'agit de cas où il existe un défaut esthétique tout à fait hors du commun» (p. 131, cons. 4c).

3.

3.1 En l'espèce, A. présentait une hypoplasie des seins très marquée (seins tubéreux) avec une hypertrophie de la région aréolaire. Il s'agit d'une anomalie morphologique qui provient d'un déficit de la croissance mammaire et qui se caractérise par des petits seins à base d'implantation thoracique étroite avec un large mamelon et une hernie de la glande mammaire du travers de l'aréole; la chirurgie constitue en règle générale le seul traitement possible pour corriger de manière satisfaisante ce type de difformité de la poitrine (voir *Denoël/Soubirac/Lopez/Grolleau/Chavion*, Les seins tubéreux: une mise au point, in : *Revue Médicale*, Liège 2002, p. 655-660; *Catherine Duflos-Cohade*, Pathologie mammaire pubertaire, in : *Kinder- und Adolescentengynäkologie*, Berne 1994, p. 51-62). L'intervention du docteur I. sur A. a consisté dans une construction mammaire par la mise en place d'un implant rétropectoral par voie axillaire ainsi qu'à une correction de l'aréole procidente du sein tubéreux sous la forme d'une dermo-mastopexie intra-aréole.

3.2 Bien que le médecin-conseil de la recourante ait exprimé l'opinion que l'état psychique dans lequel A. se trouvait avant l'opération n'avait pas atteint un seuil diagnostique (rapport du 19 février 2002), on peut constater à la lecture des autres pièces versées au dossier que la prénommée souffrait déjà de complexes psychologiques importants altérant de manière significative son comportement social. La description qu'en a fait la doctoresse C. est à cet égard révélatrice: A. est une personne tourmentée, repliée sur elle-même et obsédée par l'état de ses seins, s'habillant en noir dans des vêtements toujours amples et se tenant voûtée, les épaules rentrées, afin de camoufler au maximum sa malformation, se changeant en cachette pour éviter les moqueries de ses camarades de classe et dormant mal la nuit car la «boule» formée par chacun de ses mamelons est douloureuse. La psychiatre conclut :

une opération des seins est «la seule solution pour éviter à A. de sombrer dans un état dépressif obsessionnel» (rapport du 10 octobre 2002). Cette conclusion est corroborée par les autres médecins traitants de l'assurée, en particulier la doctoresse Z., laquelle a également relevé la présence de douleurs dorsales dues à la mauvaise posture de l'assurée et ayant nécessité un traitement de chiropraxie (rapport du 21 octobre 2002).

4. En substance, les premiers juges se sont inspirés des principes développés par la jurisprudence en cas d'hypertrophie mammaire. Sur la base des rapports des doctresses Z. et C., ils ont admis l'existence d'une atteinte psychologique et dorsale (hyperlordose) s'inscrivant dans un lien de causalité avec l'hypoplasie de l'assurée. Ils ont en outre pris en considération le fait qu'il s'agissait chez elle d'un défaut esthétique hors du commun.

Pour la Mutuelle, le cas de A. ne présente aucune atteinte qualifiée à la santé correspondant à la notion juridique de maladie. L'hypoplasie ne relèverait pas d'un processus pathologique. D'autre part, l'existence de troubles de nature psychiatrique ou somatique liés à cette malformation ne serait pas établie au degré de vraisemblance requis.

5.

5.1 L'opération de construction mammaire à laquelle A. s'est soumise n'est pas mentionnée comme telle dans le catalogue de l'OPAS, ce qui ne dit encore rien sur l'obligation ou non des caisses-maladie de la prendre en charge. Dans le cas particulier, cette mesure a visé avant tout le rétablissement chez l'intimée de l'apparence caractéristique d'une poitrine féminine qui lui faisait totalement défaut (le docteur I. a apparenté le status de l'assurée à une amastie ou à une mutilation post-masectomie, ce que viennent confirmer les photos préopératoires figurant au dossier). Eu égard à son caractère particulièrement grave et anormal, il y a lieu de qualifier l'hypoplasie présentée par l'intimée – que la science médicale range d'ailleurs parmi les pathologies mammaires pubertaires (cf. *Catherine Duflos-Cohade*, op. cit.; également *Keith Edmonds*, *Practical Paediatric and Adolescent Gynecology*, *Butterworths* 1989, p. 95-101) – comme étant un défaut hors du commun ayant valeur de maladie et de reconnaître une indication médicale à un traitement chirurgical (art. 3 LPGA). On est loin ici d'une imperfection esthétique d'une partie du corps dans le cadre de son développement naturel (comme par exemple des seins trop petits ou trop gros par rapport à la norme idéale) dont la correction ne saurait être mise à la charge de l'assurance obligatoire des soins (voir *Gebhard Eugster*, *Krankenversicherung*, in : *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit*, ch. 85).

5.2 On peut aussi, comme les premiers juges, établir un parallèle avec l'hypertrophie mammaire et ses conséquences sur l'état de santé des assurées. Dans le cas présent, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, une malformation aussi marquée et visible qui touche les caractères sexuels secondaires d'une personne – et donc le sentiment profond de l'identité personnelle – est de nature, surtout à l'adolescence, à provoquer une atteinte psychique durable si elle n'est pas traitée de façon adéquate. En outre, le fait que ce type de malformation est rarissime parmi la population constitue un facteur de surcharge psychologique supplémentaire pour la personne qui en souffre. La littérature médicale fait largement état d'une telle évolution négative chez de jeunes adolescentes présentant une hypoplasie prononcée comme celle de A. (voir notamment *Keith Edmonds*, op. cit. et *Denoël/Soubirac/Lopez/Grolleau/Chavoïn*, op. cit.). Et si, à en juger des déclarations du docteur O., A. ne souffre pas encore d'une atteinte psychique aiguë, il existe des indices sérieux montrant qu'une aggravation de son état psychique eût été pratiquement inéluctable. Or, dans ces circonstances, on ne saurait raisonnablement attendre une détérioration prévisible et peut-être difficilement réversible de la santé psychique pour constater la nécessité de corriger le défaut esthétique dont elle est affectée.

Partant, c'est à bon droit que la juridiction cantonale a condamné la Mutuelle à prendre en charge les frais de l'intervention subie par l'intimée. Le recours est mal fondé.

Assurance maladie, prestation obligatoire, traitement à l'étranger

KV 346 Arrêt du TFA du 19 août 2005 (K 78/05)

- **Lorsqu'une mesure thérapeutique disponible en Suisse n'entraîne pas de risque important et notablement plus élevé pour le patient par rapport à l'alternative de traitement à l'étranger, la prise en charge, par l'assurance obligatoire des soins, des coûts d'une opération fournie à l'étranger doit être niée. Le fait que le traitement proposé à l'étranger et non disponible en Suisse diminue les risques de récurrence dans une mesure difficile à évaluer n'est pas suffisant pour justifier sa prise en charge par l'assurance obligatoire des soins.**
- **Ist eine in der Schweiz zur Verfügung stehende therapeutische Massnahme verglichen mit einer alternativen Behandlung im Ausland für den Patienten nicht mit einem wesentlichen und deutlich höheren Risiko verbunden, muss eine Kostenübernahme durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung für eine im Ausland durchgeführte Operation abgelehnt werden. Der Umstand, dass eine in Betracht gezogene, in der Schweiz nicht angebotene Behandlung im Ausland das Rückfallrisiko in einem nur schwer eruierbaren Ausmass vermindert, genügt als Rechtfertigung für eine Kostenübernahme durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung nicht.**
- **Se un provvedimento terapeutico disponibile in Svizzera non comporta dei rischi importanti e notevolmente più elevati per il paziente rispetto all'alternativa di trattamento all'estero, l'assunzione, a carico dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie, delle spese di un'operazione fornita all'estero dev'essere negata. Il fatto che il trattamento proposto all'estero e non disponibile in Svizzera riduca i rischi di recidiva in una misura difficilmente valutabile non è sufficiente per giustificare l'assunzione a carico dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie.**

I.

A.

J., né en 1953, marié et père de trois enfants, est affilié auprès de La Caisse Vaudoise (ci-après: la caisse) pour l'assurance obligatoire des soins, une assurance combinée en cas d'hospitalisation, ainsi qu'une assurance complémentaire pour risques spéciaux.

Souffrant d'un adénocarcinome du rectum, il a été adressé par le docteur A., spécialiste FMH en chirurgie, au service de radio-oncologie de l'Hôpital X. aux fins d'évaluer l'indication d'une radio-chimiothérapie préopératoire. Les médecins de cet établissement ont proposé au patient une radiothérapie préopératoire, soit un schéma standard monofractionné associé à 5-FU, ou bien une participation à l'étude de radiothérapie bifractionnée associée à Iressa (rapport du 12 septembre 2003 des docteurs L. et R. du service de radio-oncologie de l'Hôpital X.). Souhaitant consulter à nouveau son oncologue, il a été examiné le 5 septembre 2003 par le docteur P. (spécialiste FMH en médecine interne, oncologie-hématologie).

Par courrier du 25 novembre 2003, J. a informé le médecin-conseil de la caisse qu'il avait demandé un deuxième avis à la Clinique Y. de Z. (Etats-Unis). En raison du «staging» de la tumeur à 4, l'équipe médicale de cet établissement lui avait proposé, au moment de l'intervention chirurgicale, une radiothérapie intraopératoire, non disponible en Suisse. Selon les médecins de la clinique, ce type de radiothérapie diminue les risques de rechute considérablement si, au moment de l'intervention, il s'avère que la tumeur infiltre en direction de la prostate. Le traitement à la Clinique Y. était devisé à 35'000 \$ plus 8'000 \$ pour la radiothérapie intraopératoire. L'assuré demandait en conséquence à la caisse de prendre en charge les frais de cette intervention.

Après avoir pris l'avis de son médecin-conseil, la caisse a informé l'assuré, par lettre du 1er décembre 2003, qu'elle ne participerait pas à la prise en charge de l'intervention aux Etats-Unis. Elle a confirmé sa position par décision du 12 décembre 2003 confirmée sur opposition le 3 août 2004.

Le 17 décembre 2003, l'assuré s'est fait opérer à la Clinique Y. par le docteur H., avec traitement de radiothérapie intraopératoire. Il a repris un traitement de chimiothérapie à Genève jusqu'au 30 juin 2004.

Dans une attestation du 7 janvier 2004, le docteur G. (spécialiste en radiothérapie-oncologie à la Clinique Y.) a indiqué que, sur la base de l'examen histopathologique final, le risque de récurrence locale sans radiothérapie intraopératoire aurait été de 50 pour cent ou plus élevé. L'adjonction de la radiothérapie intraopératoire diminue le risque de récurrence locale de façon significative du niveau de plus ou moins 50 pour cent au niveau de 7 à 12 pour cent. Selon ce médecin, ce résultat a des implications sur l'espérance de vie et la qualité de vie et justifiait la décision de l'assuré de se faire opérer à la Clinique Y.

B.

J. a recouru contre la décision sur opposition du 3 août 2004 devant le Tribunal cantonal des assurances sociales de la République et Canton de Genève.

Le tribunal a d'une part considéré l'écriture de l'assuré comme une demande en paiement visant à la prise en charge des frais litigieux au titre de l'assurance complémentaire souscrite par l'intéressé. Par jugement du 11 avril 2005, il a rejeté cette demande, au motif que les conditions générales d'assurance ne prévoyaient pas la prise en charge de traitements à l'étranger dans le cas d'un assuré qui s'y rend dans le but de se faire soigner (ch. 2 du dispositif).

Le tribunal a d'autre part considéré cette écriture comme un recours visant le remboursement des frais au titre de l'assurance obligatoire des soins. Après avoir procédé à l'audition notamment des docteurs P. et L., il a, par ce même jugement, partiellement admis le recours, annulé la décision sur opposition et renvoyé la cause à la caisse pour nouvelle décision au sens des motifs. Il a en outre alloué une indemnité de dépens de 2'000 fr. à l'assuré (ch. 3 à 6 du dispositif). Selon les considérants de ce jugement, la caisse est condamnée à prendre en charge les frais de traitement arrêtés (après conversion) à 59'969 fr. en vertu de l'assurance obligatoire des soins, charge à elle d'examiner s'il convient de déduire une participation aux coûts, en fonction du contrat du recourant.

C.

La caisse interjette un recours de droit administratif dans lequel elle conclut à la réforme du jugement cantonal en ce sens qu'elle n'est pas tenue de prendre en charge les frais du traitement subi par l'assuré aux Etats-Unis.

L'intimé conclut principalement à l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, à son rejet. L'Office fédéral de la santé publique ne s'est pas déterminé.

II.

Par les considérants suivants, le Tribunal fédéral des assurances a admis le recours et a annulé les chiffres 3 à 6 du jugement du Tribunal cantonal des assurances sociales du 11 avril 2005 :

...

2.

La LAMal régit l'assurance-maladie sociale, qui comprend l'assurance obligatoire des soins et une assurance facultative d'indemnités journalières (art. 1a al. 1 LAMal; avant l'entrée en vigueur de la LPGA, le 1er janvier 2003, voir l'ancien art. 1 al. 1 LAMal [RO 1995 p. 1328]). En revanche, les assurances complémentaires pratiquées par les assureurs-maladie sont soumises au droit privé et régies par la LCA (art. 12 al. 2 et 3 LAMal). Les litiges qui pourraient survenir dans ce domaine entre assureurs et assurés sont donc du ressort du juge civil et ne peuvent pas faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral des assurances (cf. art. 47 LSA; ATF 124 III 232 cons. 2b, 124 V 135 cons. 3, 123 V 328 cons. 3a¹). Le fait que certains cantons – dont celui de Genève – ont désigné, pour trancher les litiges relatifs aux assurances complémentaires, la même autorité que le tribunal des assurances qui est compétent pour connaître des contestations entre assurés et assureurs dans l'assurance sociale ne suffit pas pour ouvrir la voie du recours de droit administratif pour ce type de litiges. Il n'y a donc pas lieu d'examiner le cas sous l'angle de l'assurance complémentaire d'hospitalisation souscrite par l'intimé.

3.

3.1 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 prévus 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'alinéa 1er de cette disposition, le Département fédéral de l'intérieur (DFI) 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 DFI, suivant en cela des recommandations de la Commission fédérale des prestations générales, s'est abstenu d'établir une liste, opération qui n'était pas réalisable en pratique (voir ATF 128 V 76² sous let. D).

¹ voir RAMA 1998 n° KV 22 p. 49 ss

² voir RAMA 2002 n° KV 207 p. 120 ss

Dans l'arrêt cité aux 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 pris en compte (ATF 128 V 80 cons. 4).

3.2 L'efficacité, l'adéquation et l'économicité de traitements fournis en Suisse par des médecins est présumée (cf. art. 33 al. 1 LAMal a contrario; RAMA 2000 n° KV 132 p. 283 sv. cons. 3). Une exception au principe de la territorialité selon l'art. 36 al. 1 OAMal en corrélation avec l'art. 34 al. 2 LAMal n'est admissible que dans deux éventualités du point de vue de la LAMal. Ou bien il n'existe aucune possibilité de traitement de la maladie en Suisse; ou bien il est établi, dans un cas particulier, qu'une mesure thérapeutique en Suisse, par rapport à une alternative de traitement à l'étranger, comporte pour le patient des risques importants et notamment plus élevés (RAMA 2003 n° KV 253 p. 231 cons. 2). Il s'agira, en règle ordinaire, de traitements qui requièrent une technique hautement spécialisée ou de traitements complexes de maladies rares pour lesquelles, en raison précisément de cette rareté, on ne dispose pas en Suisse d'une expérience diagnostique ou thérapeutique suffisante (*Gebhard Eugster*, *Krankenversicherung*, in: *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR]*, *Soziale Sicherheit*, ch. 180). En revanche, quand des traitements appropriés sont couramment pratiqués en Suisse et qu'ils correspondent à des protocoles largement reconnus, l'assuré n'a pas droit à la prise en charge d'un traitement à l'étranger en vertu de l'art. 34 al. 2 LAMal. C'est pourquoi les avantages minimes, difficiles à estimer ou encore contestés d'une prestation fournie à l'étranger, ne constituent pas des raisons médicales au sens de cette disposition; il en va de même du fait qu'une clinique à l'étranger dispose d'une plus grande expérience dans le domaine considéré (RAMA 2003 n° KV 253 p. 231 cons. 2).

Une interprétation stricte des raisons médicales doit être de mise (cf. *Guy Longchamp*, *Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale*, thèse, Lausanne 2004, p. 262; dans le même sens *Eugster*, op. cit., ch. 180). Il convient en effet d'éviter que les patients ne recourent à grande échelle à une forme de «tourisme médical» à la charge de l'assurance-maladie obligatoire. A cet égard, il ne faut pas perdre de vue que le système de la LAMal est fondé sur le régime des conventions tarifaires avec

les établissements hospitaliers. Une partie du financement des hôpitaux repose sur ces conventions (art. 49 LAMal). Ce serait remettre en cause ce financement – et la planification hospitalière qui lui est intrinsèquement liée – que de reconnaître aux assurés le droit de se faire soigner aux frais de l'assurance obligatoire dans un établissement très spécialisé à l'étranger afin d'obtenir les meilleures chances de guérison possibles ou de se faire traiter par les meilleurs spécialistes à l'étranger pour le traitement d'une affection en particulier. A terme, cela pourrait compromettre le maintien d'une capacité de soins ou d'une compétence médicale en Suisse, essentiel pour la santé publique (cf. par analogie, s'agissant des impératifs susceptibles d'être invoqués pour justifier une entrave à la libre prestation des services dans l'Union Européenne en matière de soins hospitaliers: arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes [CJCE] du 13 mai 2003, *Müller-Fauré* et *Van Riet*, rec. I p. 4509, points 72 ss et du 12 juillet 2001, *Smits* et *Peerboms*, rec. I p. 5473, points 72 ss). C'est une des raisons d'ailleurs pour laquelle l'assuré n'a pas droit, en l'absence de raisons médicales, au remboursement d'un montant équivalent aux frais qui auraient été occasionnés si le traitement avait eu lieu en Suisse. En ce sens l'assuré ne peut pas se prévaloir du droit à la substitution de la prestation (voir ATF 126 V 332 cons. 1b).

3.3 En l'espèce, il ressort des déclarations des docteurs P. et L. que le traitement de la tumeur dont était porteur l'intimé est pratiqué en Suisse sous la forme d'une radiothérapie destinée à détruire une partie de la tumeur avant l'intervention chirurgicale. Cette radiothérapie est dosée de telle manière que les tissus ne soient pas trop endommagés au moment de l'acte chirurgical. L'intervention chirurgicale est généralement suivie d'une chimiothérapie.

Le traitement prodigué à l'intimé comportait en plus une radiothérapie intraopératoire, qui permet, pendant l'intervention, d'ajouter de manière plus ciblée une dose de radiothérapie et d'obtenir un meilleur effet sans augmenter la toxicité. Ce traitement combiné n'est pas pratiqué en Suisse. Il n'a pas été introduit à l'Hôpital X. pour des raisons essentiellement logistiques et financières. En effet, il est nécessaire de disposer en salle opératoire d'un appareil spécialement conçu dans ce but thérapeutique et stérilisé. La particularité technique de l'appareil est d'approcher la région concernée directement sans irradier les organes de voisinage sensibles.

Toujours selon les déclarations de ces spécialistes, il existe un traitement standard en Suisse. S'agissant de la radiothérapie intraopératoire, elle diminue, dans certaines circonstances, le risque local de récurrence. Il n'est guère

possible de quantifier cette diminution. A cet égard, les deux médecins entendus en procédure cantonale se montrent plutôt circonspects. Selon le docteur P., plus la tumeur est avancée et plus le risque de rechute est important. Un bénéfice de 40 pour cent (selon les indications fournies par le docteur G.) paraît élevé. Il semble néanmoins logique qu'il y ait une diminution du risque avec la radiologie intraopératoire. La tumeur de l'intimé a été classée T3 (c'est-à-dire l'infiltration en profondeur sur une échelle maximum de 4) et N1 (correspondant à une tumeur qui infiltre les ganglions). Le risque de rechute locale pour une tumeur classée T3 N1 est de l'ordre de 20 à 30 pour cent à la suite d'un traitement pratiqué en Suisse. Selon le docteur P., le traitement tel que décrit par la Clinique Y. «semble amener un plus» dans le traitement du genre de tumeur dont a souffert le patient. Ce médecin ajoute qu'il s'agit d'une maladie grave, affectant un patient jeune. Il conclut en ces termes: «Il me semble que la démarche de J. se défend dans le but d'améliorer les chances de succès du traitement; mon expérience personnelle ne me permet pas de déconseiller une telle démarche».

Pour le docteur L., il existait un doute au sujet de l'infiltration de la prostate, de telle sorte que le patient a choisi «un traitement maximaliste». D'après la littérature médicale, le risque de récurrence locale est diminué par le traitement de radiothérapie intraopératoire, lequel s'applique d'ailleurs à plusieurs genres de cancers. C'est un traitement efficace dans des situations particulières. Sans invasion de la prostate, les risques de récurrence de la tumeur sont inférieurs à 10 pour cent. Avec invasion, les risques sont de 15 à 25 pour cent. On espère gagner au moins 5 pour cent avec un traitement de radiothérapie intraopératoire. Le médecin qualifie de «trop optimistes» les taux de réduction du risque de récurrence indiqués par le docteur G. La radiothérapie en général divise le risque de récurrence avec un facteur 2. Ce médecin conclut que, dès l'instant où il subsistait un doute au sujet de l'infiltration de la prostate, le choix du patient «était peut-être justifié par rapport à un but visant à diminuer les risques de récurrence».

3.4 On peut déduire de ces déclarations qu'il n'existait pas de raison médicale impérieuse pour que le patient se fit traiter aux Etats Unis. C'est d'ailleurs de sa propre initiative et non sur prescription ou recommandation de ses médecins traitants suisses que l'intimé s'est rendu aux Etats-Unis (ressortissant américain dont la mère vit à Z., il s'est enquis personnellement d'un avis à la Clinique Y. de cette ville). On peut certes admettre que, de manière générale, la radiothérapie intraopératoire était de nature à réduire les risques de récurrence, sans que l'on puisse véritablement quantifier cet avantage. En réalité, comme l'ont souligné les médecins, le patient, par mesure de précaution, a voulu s'assurer du meilleur traitement qui soit disponible.

Mais il n'est pas possible de retenir qu'un traitement en Suisse – dont le caractère approprié n'est pas discutable – comportait des risques notablement plus élevés que le traitement litigieux. Le fait que la radiothérapie intraopératoire est un élément positif supplémentaire dans le traitement considéré dans son ensemble n'est pas suffisant au regard de la jurisprudence susmentionnée pour justifier sa prise en charge par l'assurance obligatoire des soins.

4.

Tant l'intimé que les médecins qui l'ont soigné en Suisse ont mis l'accent sur le fait que l'assuré voulait mettre le maximum de chances de son côté, étant donné son âge et le fait qu'il est père de trois jeunes enfants. Cependant, en matière de droit aux prestations, la LAMal ne fait aucune distinction en fonction de la situation familiale. La loi est en effet orientée sur la maladie du patient et les soins nécessaires pour traiter cette maladie. Une différenciation du droit aux prestations en fonction de la charge de famille serait non seulement contraire à la loi mais procéderait d'une discrimination inadmissible (voir à ce sujet *Gabrielle Steffen*, Droit aux soins et rationnement, Approche d'une définition des soins nécessaires, thèse Neuchâtel, 2002, p. 294 sv.). Quant à l'âge, il peut entrer en ligne de compte par le biais de l'art. 32 LAMal, sous l'angle de l'efficacité des traitements (voir ATF 125 V 95). Certaines dispositions de l'annexe à l'OPAS font référence à l'âge du patient (voir par exemple le ch. 1.1). Mais, de manière plus générale, l'âge ne justifie pas de distinction quant à la prise en charge de prestations (*Steffen*, op. cit., p. 277).

Tragweite der gesetzlichen Vergleichsmöglichkeit im Beschwerdeverfahren vor dem kantonalen Sozialversicherungsgericht (Art. 50 ATSG)

KV 347 Urteil des EVG vom 30. August 2005 (K 29/05)

- **Vergleichsweise Einigungen zwischen Versicherten und Versicherungsträgern sind im Beschwerdeverfahren nicht nur bei reinen Streitigkeiten über sozialversicherungsrechtliche Leistungen zulässig, sondern auch im Falle von Streitigkeiten über gegenseitige Ansprüche (Sozialversicherungsleistungen und -beiträge) (Erw. 1-4).**
- **Une entente entre assurés et assureurs dans le cadre d'une procédure de recours n'est pas seulement admissible en cas de litiges portant exclusivement sur des prestations des assurances sociales, mais également lorsque sont en jeu des prétentions réciproques (prestations et cotisations d'assurances sociales) (cons. 1-4).**
- **Accordi transattivi tra assicurati e assicuratori sono possibili nell'ambito di una procedura di ricorso non solo in caso di controversie vertenti esclusivamente su prestazioni assicurative ma anche in presenza di vertenze relative a reciproche pretese (contributi e prestazioni assicurative) (cons. 1-4).**

I.

A.

B. war mit seiner Familie bei der SWICA Krankenversicherung AG (nachfolgend SWICA) einerseits obligatorisch krankpflege-, andererseits freiwillig taggeldversichert, wobei er nach KVG ein Taggeld von Fr. 166.– und nach VVG ein solches von Fr. 34.–, beide je zahlbar ab dem 61. Tag der Arbeitsunfähigkeit, vereinbart hatte. Im Zusammenhang mit einem Krankheitsfall ab Oktober 2001 entstanden zwischen ihm und seinem Krankenversicherer Meinungsverschiedenheiten über Höhe und Dauer der den Taggeldzahlungen zu Grunde zu legenden Arbeitsunfähigkeiten, weshalb er sich am 4. Juli 2003 klageweise an das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich wandte mit dem Rechtsbegehren auf Zusprechung von Taggeldern nach KVG und VVG. Diese Auseinandersetzung nahm B. zum Anlass, seinerseits die für die verschiedenen Versicherungsarten geschuldeten Prämien nicht mehr zu bezahlen, weshalb die SWICA ihn am 13. Mai 2003 für den Betrag von Fr.

3407.20 (ausstehende KVG-Prämien) betrieb. Mit Verfügung vom 6. Juni 2003 und Einspracheentscheid vom 29. Juli 2003 hob die SWICA den Rechtsvor-schlag im Umfange von Fr. 2308.75 auf, wogegen B. am 27. August 2003 (ebenfalls) beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Beschwerde erhob.

B.

Im Rahmen einer Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung vom 20. Januar 2005 schlossen die Parteien einen Vergleich, der alle offenen Punkte (Taggeldansprüche gegenüber den beiden Versicherungen; Kostenvergütungen aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung; ausstehende Prämien) ausräumte. Gestützt auf diesen Vergleich schrieb das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich den Prozess als durch Vergleich erledigt ab (Verfügung vom 20. Januar 2005).

C.

Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag, es sei die Verfügung vom 20. Januar 2005 aufzuheben «und im Sinne der nachstehenden Überlegungen neu zu entscheiden». Auf die einzelnen Vorbringen wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen. Das kantonale Gericht äussert sich in ablehnendem Sinne zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde. B. beanstandet in seiner Vernehmlassung bestimmte Punkte bezüglich der Formulierung des Vergleichs sowie der Durchführung der Vergleichsverhandlung, während die SWICA auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliesst.

II.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, soweit es darauf eingetreten ist, aus den folgenden Erwägungen abgewiesen:

1.

Wie das kantonale Gericht am Ende seiner Vernehmlassung zutreffend bemerkt, ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig, soweit sie die vergleichsweise Regelung der im Rahmen der Zusatzversicherung nach VVG strittig gewesenen Punkte beanstandet. Diesbezüglich gründet der angefochtene vorinstanzliche Entscheid nicht auf Bundessozialversicherungsrecht, weshalb insofern auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht eingetreten werden kann (Art. 128 OG).

2.

Materiell zu prüfen bleibt allein, ob das kantonale Gericht dadurch Bundesrecht verletzt hat, dass es gestützt auf die vergleichsweise Einigung der Parteien hinsichtlich der sozialversicherungsrechtlichen Streitpunkte (im Wesentlichen: Höhe und Dauer der Taggeldzahlungen; zur Verrechnung gebrachte Beitragsausstände) das vor ihm anhängig gemachte Beschwerdeverfahren als durch Vergleich erledigt abschrieb.

2.1 Nach dem auf den 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Art. 50 ATSG (im Bereich der sozialen Krankenversicherung anwendbar gemäss Art. 1 Abs. 1 KVG) können Streitigkeiten über sozialversicherungsrechtliche Leistungen durch Vergleich erledigt werden (Abs. 1). Laut Abs. 2 hat der Versicherungsträger den Vergleich in Form einer anfechtbaren Verfügung zu eröffnen. Die Abs. 1 und 2 gelten sinngemäss im Einsprache- und in den Beschwerdeverfahren (Abs. 3 der genannten Gesetzesnorm). Im Rahmen dieser Bestimmung, welche nur auf das letztinstanzliche Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht nicht anwendbar ist (Art. 62 Abs. 1 ATSG; Urteil L. vom 15. Juni 2005, U 50/03), hat dieses seine frühere gefestigte Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Vergleichen, zu deren gerichtlicher Genehmigung und zu den Wirkungen der Verfahrensabschreibung bestätigt (RKUV 2004 Nr. U 513 S. 286; RDAT 2003 II Nr. 59 S. 238).

2.2 Art. 50 ATSG bildet somit die gesetzliche Grundlage zur Beendigung sozialversicherungsrechtlicher Verfahren durch Vergleich, sei es im Verfügungs-, Einsprache- oder im Verfahren vor dem kantonalen Sozialversicherungsgericht gemäss Art. 57 ATSG. Zu beurteilen bleibt die Frage nach der Tragweite der durch den Gesetzgeber eingeräumten Vergleichsmöglichkeiten.

3.

3.1 Soweit das BAG beanstandet, die Vorinstanz habe es unterlassen, den abgeschlossenen Vergleich im Rahmen der ihr zustehenden Kognition auf seine Übereinstimmung mit der Sach- und Rechtslage zu überprüfen und dementsprechend zu genehmigen, wird in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde überspitzt formalistisch argumentiert. Aus den Akten geht hervor, dass der in der Abschreibungsverfügung verurkundete Vergleich mit Hilfe der Referentin in der auf den 20. Januar 2005 anberaumten Verhandlung zu Stande gekommen ist. Es handelt sich der Sache nach um einen gerichtlichen Vergleich, weil er unter der Verfahrensleitung der zuständigen Richterin abgeschlossen wurde. In dieser Situation noch eine davon verselbstständigte gerichtliche Überprüfung und Genehmigung zu verlangen, ergibt keinen Sinn. Es besteht kein Anlass – auch nicht unter Berücksichtigung der vom Versi-

cherten in seiner Vernehmlassung erhobenen Kritik –, an der Übereinstimmung der getroffenen Lösung mit der einschlägigen Sach- und massgeblichen Rechtslage zu zweifeln.

3.2 Damit bleibt zum Hauptargument des BAG Stellung zu nehmen, der Vergleich hätte so nicht ergehen dürfen, weil er sich nicht nur auf sozialversicherungsrechtliche Leistungen bezieht, sondern sich auch auf die vom Versicherten veranlassten Prämienausstände erstreckt. In der Tat bilden auch die Prämien Gegenstand der vergleichsweise getroffenen Einigung, woran nichts ändert, dass der Versicherte seine Beitragspflicht im Grunde nie bestritten, sondern die Prämien nur im Hinblick auf die ausstehenden Taggeldzahlungen zurückbehalten hatte. Die Regelung der offenen Prämienforderungen des Krankenversicherers ist Bestandteil des Vergleichs.

4.

4.1 Der Wortlaut von Art. 50 Abs. 1 ATSG ist – entgegen anders lautenden Stimmen in der Doktrin (vgl. *Turtè Baer*, Die Streiterledigung durch Vergleich im Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG, in: SZS 46/2002 S. 430 ff., S. 446) – klar, soweit er die Vergleichszulässigkeit auf «sozialversicherungsrechtliche Leistungen» («prestations des assurances sociales») beschränkt. Daran ändert nichts, dass die italienische Fassung dieser Bestimmung zu weit ausgefallen ist, indem dort ganz allgemein von Streitigkeiten «nell'ambito delle assicurazioni sociali» die Rede ist. Wie sich den nachfolgenden Ausführungen (unter Erw. 4.2) entnehmen lässt, handelt es sich bei dieser Abweichung von den beiden andern Sprachfassungen um ein offenkundiges redaktionelles Versehen. Unter sozialversicherungsrechtlichen Leistungen ist die Gesamtheit der Geld- oder Sachleistungen (Art. 14 f. ATSG) zu verstehen, welche ein Versicherungsträger nach Massgabe der im Gebiet der jeweiligen Sozialversicherung geltenden Gesetzes- und Verordnungsvorschriften bei Eintritt eines Versicherungsfalles zu erbringen hat (BGE 122 V 136 Erw. 1, 120 V 448 Erw. 2a/bb). Die Praxis zu Art. 132/134 OG kann im Rahmen von Art. 50 Abs. 1 ATSG weitergeführt werden, weil keinerlei Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Gesetzgeber vom Begriff der sozialversicherungsrechtlichen Leistungen gemäss ständiger Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts abrücken wollte.

4.2 Die Bedeutung der erst im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens in Abs. 1 von Art. 50 ATSG aufgenommenen Beschränkung auf sozialversicherungsrechtliche Leistungen geht aus den Materialien, wie sie bei *Ueli Kieser*, Kommentar zum ATSG, N 1 und 8 zu Art. 50 und *Turtè Baer* (a.a.O., S. 444 unten f.) nachgezeichnet werden, mit aller Deutlichkeit hervor: Es sollten die Durchführungsorgane, insbesondere die Ausgleichskassen, von Druckversu-

chen freigehalten werden, welche sich im Beitragsbereich aus der Zahlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit der ihnen angeschlossenen Arbeitgeber ergeben könnten (Amtl. Bull. 1999 N 1244-1246). Sowohl die Vergleichsmöglichkeit für Sozialversicherungsleistungen als auch der Ausschluss von Vergleichen für Sozialversicherungsbeiträge stehen nach dem Wortlaut von Art. 50 Abs. 1 ATSG, der auf Grund der Materialien dem Rechtssinne entspricht, fest. Nicht zu beantworten ist hier die durch den Gesetzeswortlaut nicht vorab entschiedene Frage, wie es sich mit Anordnungen, Verpflichtungen oder sonstigen Rechtsverhältnissen verhält, welche weder den sozialversicherungsrechtlichen Leistungen noch den sozialversicherungsrechtlichen Beiträgen zuzuweisen sind: Kollektive Beiträge aus dem jeweiligen Versicherungsfonds an Institutionen (in der AHV/IV/AIV), die Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber den Arbeitgebern, anderen Durchführungsorganen oder deren Gründerverbänden usw.

4.3 Damit hängt die Bundesrechtmässigkeit der vorinstanzlichen Verfahrensabschreibung zufolge gerichtlichen Vergleichs davon ab, ob Abs. 3 von Art. 50 ATSG, welcher für das Einsprache- und das Beschwerdeverfahren eine «sinngemässe» Geltung der Abs. 1 und 2 dieser Gesetzesbestimmung vorschreibt, an der (in den Erw. 4.1 und 4.2 hievor) dargelegten Beschränkung der Vergleichsmöglichkeit auf sozialversicherungsrechtliche Leistungen gemäss Abs. 1 etwas ändert.

4.3.1 Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich von Sinn und Zweck sowie der dem Text zu Grunde liegenden Wertung. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt (BGE 130 II 71 Erw. 4.2, 130 V 232 Erw. 2.2, 295 Erw. 5.3.1, 428 Erw. 3.2, 475 Erw. 6.5.1, 484 Erw. 5.2, je mit Hinweisen).

4.3.2 Der Wortlaut von Abs. 3 des Art. 50 ATSG ist insofern unklar, als sich die Frage nicht eindeutig beantworten lässt, worauf sich die Wendung "gelten sinngemäss" («s'appliquent par analogie», «sono applicabili per analogia») bezieht. Das BAG stellt sich stillschweigend auf den Standpunkt, die (bloss) analogieweise, d.h. einen gewissen Spielraum belassende Heranziehung der Abs. 1 und 2 von Art. 50 ATSG gelte ausschliesslich für die Modalitäten der gesetzlichen Vergleichsmöglichkeit, wogegen der Ausschluss von Vergleichen für Sozialversicherungsbeiträge auch im Rahmen von Abs. 3 strikte zu beachten sei. Demgegenüber äussert die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung die Ansicht, der Begriff «sinngemäss» beziehe sich auch auf den Inhalt der Vergleichsmöglichkeit gemäss Art. 50 Abs. 1 ATSG. Unter dem Blickwinkel

einer rein grammatikalischen Auslegung wären beide Auffassungen vertretbar. Von der Gesetzssystematik her lässt sich für die hier interessierende Frage ebenfalls keine eindeutige Antwort ableiten. Mit Blick auf die grundlegenden Unterschiede zwischen Einsprache- und Beschwerdeverfahren ist lediglich klar, dass Abs. 3 von Art. 50 ATSG die sinngemässe Geltung der vorangehenden Absätze einerseits im Einsprache- und andererseits im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren je für sich allein betrachtet vorschreibt, ohne dass die Art und Weise oder die Tragweite der analogieweisen Heranziehung in den beiden Verfahrensarten übereinzustimmen braucht. Die historische Auslegung von Art. 50 Abs. 1 ATSG hat gezeigt (Erw. 4.2 hievor), dass die Beschränkung der Vergleichszulässigkeit auf Sozialversicherungsleistungen und der damit einhergehende ausdrückliche Ausschluss von Vergleichen hinsichtlich Sozialversicherungsbeiträgen auf die Durchführungsstellen ausgerichtet ist, welche der Gesetzgeber vor Druckversuchen schützen wollte. Diese gesetzgeberische Regelungsabsicht stösst beim Beschwerdeverfahren im Sinne von Art. 50 Abs. 3 ATSG ins Leere, weil die Gerichte von vornherein keinen solchen Interventionsrisiken ausgesetzt sind. Abgesehen von der dargelegten – im Verwaltungsjustizverfahren gerade ausgeschlossenen – Missbrauchsgefahr werden in den Materialien keinerlei Gründe für eine Einschränkung der Zulässigkeit von Vergleichen nach deren Gegenstand angeführt (vgl. auch *Ueli Kieser*, a.a.O., N 10 zu Art. 50). Schliesslich liefert die teleologische Betrachtungsweise hinsichtlich der hier zu beantwortenden Auslegungsfrage Klarheit: Es entspricht nämlich dem ureigenen Wesen des gerichtlichen Vergleichs, die in Abs. 3 von Art. 50 ATSG gewählte Wendung «gelten sinngemäss» auch auf den materiellrechtlichen Inhalt der in Abs. 1 eingeräumten Vergleichsmöglichkeit zu beziehen und deren Anwendungsbereich für das kantonale Sozialversicherungsgericht insofern über reine Leistungsstreitigkeiten hinaus zu erweitern, als vergleichsweise Einigungen zwischen Versicherten und Versicherungsträgern über gegenseitige Ansprüche (Sozialversicherungsleistungen und -beiträge) im Beschwerdeverfahren ebenfalls als zulässig erachtet werden. Mit Sinn und Zweck dieses dem kantonalen Gericht nunmehr ausdrücklich in die Hand gegebenen gesetzlichen Prozessermittlungsmittels wäre es nicht vereinbar, wenn in Fällen wie dem vorliegenden die Möglichkeit eines gerichtlichen Vergleichs von vornherein entfiel, weil die Streitigkeit zwischen den Beteiligten nicht nur Versicherungsleistungen, sondern zusätzlich auch Beiträge an die in Frage stehende Sozialversicherung beschlägt. Ausgeschlossen ist eine vergleichsweise Einigung im kantonalen Beschwerdeverfahren, wenn sich der Streit ausschliesslich um Sozialversicherungsbeiträge dreht.

Mitteilungen

Communications

Comunicazioni

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

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

1079	Isérables	Caisse-Maladie d'Isérables (fusion avec Krankenversicherung EASY SANA, K 774)	03.10.2005
1285	Adliswil	Krankenkasse Color Metal Zürich (Übernahme durch die Kranken- versicherung EASY SANA, K 774)	27.07.2005

Neue Versicherer/Nouveaux assureurs/Nuovi assicuratori:

1569	Lausanne	Sanatop (rayon d'activité: toute la Suisse)	01.01.2006
1570	Muri b. Bern	Vivacare (Tätigkeitsgebiet: ganze Schweiz, ausgenommen die Kantone AI, AR, GE, GL, GR, JU, NE, TG)	01.01.2006

Tätigkeitsgebiet/Rayon d'activité/Raggio d'attività:

1507 Le Châble	AMB Assurances toute la Suisse (anciennement canton de valais)	01.01.2006
----------------	--	------------

Namensänderung/Changement de nom/Cambiamento di nome:

23 Baden	Aquilana Versicherungen (bisher Krankenkasse Aquilana)	01.01.2006
----------	---	------------

Rückfall; Leistungseinstellung

U 557 Urteil des EVG vom 20. Mai 2005 i. Sa. J. (U 244/04)

- **Rückfall (Art. 6 Abs. 1 UVG; Art. 11 UVV; Art. 10 Abs. 1 lit d UVG; 19 Abs. 1 UVG):**

Das vorhersehbare Wiederauftreten von Beschwerden aus einem stationären Gesundheitsschaden stellt kein Wiederaufflackern einer vermeintlich geheilten Krankheit und damit keinen Rückfall dar.

Leistungseinstellung (Art. 10 Abs. 1 lit d UVG, und Art. 19 Abs. 1 UVG):

Von einer namhaften Besserung des Gesundheitszustandes, wie sie der Anspruch auf Heilbehandlung voraussetzt, kann dann nicht gesprochen werden, wenn eine therapeutische Massnahme (in casu: jährliche Kuraufenthalte) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nur die sich aus einem stationären Gesundheitsschaden ergebenden Beschwerden für eine begrenzte Zeit zu lindern vermag.

- **Rechute (art. 6, al. 1, LAA; art. 11 OLAA; art. 10, al. 1, let. d, LAA; art. 19, al. 1, LAA):**

La réapparition prévisible de douleurs en cas d'atteinte à la santé stationnaire ne constitue pas une résurgence d'une maladie que l'on pensait guérie et n'est donc pas une rechute.

Suspension des prestations (art. 10, al. 1, let. d, LAA et art. 19, al. 1, LAA):

On ne saurait parler d'une sensible amélioration de l'état de santé, comme exigée pour la continuation du traitement médical, lorsque la probabilité prépondérante est que la mesure thérapeutique (en l'espèce: une cure annuelle) ne peut que soulager momentanément des douleurs provenant d'une atteinte stationnaire à la santé.

- **Ricaduta (art. 6 cpv. 1 LAINF; art. 11 OAINF; art. 10 cpv. 1 lett d LAINF; art. 19 cpv. 1 LAINF):**

La ricomparsa prevedibile di disturbi causati da un danno alla salute stazionario non rappresenta il riaffiorare di una malattia presuntamente curata e quindi non costituisce una ricaduta.

Sospensione delle prestazioni (art. 10 cpv. 1 lett d LAINF, e art. 19 cpv. 1 LAINF):

Non si può parlare di un sensibile miglioramento dello stato di salute come richiesto dal diritto a cure mediche, quando una misura terapeutica (in caso: soggiorni di cura annuali) riesce con probabilità preponderante soltanto ad attenuare per un periodo limitato i disturbi causati da un danno alla salute stazionario.

Auszug aus den Erwägungen:

...

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin leidet als Folge des Unfalles vom 24. August 1985 an einem chronischen Cervicalsyndrom. Aus den medizinischen Akten ergibt sich sodann, dass die seit der Rückfallmeldung ab 1990 jährlich durchgeführten Kuraufenthalte jeweils nur zu einer vorübergehenden und vor der nächsten Kurbehandlung abgeklungenen Linderung der aus dieser Gesundheitsschädigung resultierenden Beschwerden (Schmerzen und Einschränkung der Beweglichkeit) führten. Ein therapeutischer Fortschritt im Sinne einer Besserung des stationären Grundleidens war nicht zu verzeichnen. Zwar darf der Gesundheitszustand der versicherten Person nur prognostisch und nicht auf Grund retrospektiver Feststellungen beurteilt werden (Urteil M. vom 5. Juli 2001, U 412/00, Erw. 2a mit Hinweis auf das unter der Herrschaft des KUVG ergangene Urteil S. vom 11. Februar 1982, U 8/81 [zusammengefasst in Rechtsprechungsbeilage zum SUVA-Jahresbericht 1982 Nr. 2 S. 3]; in RKUV 1994 Nr. 190 S. 140 ff. nicht wiedergegebene Erw. 4a des Urteils K. vom 26. Januar 1994, U 52/93; vgl. auch BGE 111 V 25 Erw. 3c in fine). Auf Grund der zahlreichen ärztlichen Berichte ist indessen auch prospektiv nicht wahrscheinlich, dass mittels weiterer Kuraufenthalte ein günstigeres Ergebnis als mit den bisherigen erzielt werden kann. Von einer namhaften Besserung des Gesundheitszustandes, wie sie für den Anspruch auf Heilbehandlung vorausgesetzt wird, kann aber dann nicht gesprochen werden, wenn eine therapeutische Massnahme nur die sich aus einem stationär bleibenden Gesundheitsschaden ergebenden Beschwerden für eine begrenzte Zeit zu mildern vermag.

3.2 Für eine abweichende Behandlung der in Art. 10 Abs. 1 lit. d UVG geltenden Nach- und Badekuren besteht entgegen der in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vertretenen Auffassung keine rechtliche Grundlage. Das

Erfordernis der zu erwartenden namhaften Besserung des Gesundheitszustandes gilt in gleicher Weise für diese wie für die anderen Formen der Heilbehandlung.

Soweit die Beschwerdeführerin weiter geltend macht, die rezidivierenden Schmerzzustände stellten Rückfälle dar, welche jeweils wiederum einen Leistungsanspruch auslösten, ist ihr ebenfalls nicht zu folgen. Das vorhersehbare Wiederauftreten von Beschwerden aus einem stationären Gesundheitszustand kann nicht dem den Rückfall kennzeichnenden Wiederaufflackern einer vermeintlich geheilten Krankheit (Art. 11 UVV in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 UVG; vgl. auch BGE 118 V 296 f. Erw. 2c; RKUV 1994 Nr. U 206 S. 327 Erw. 2) gleichgesetzt werden.

3.3 Die «Zürich» hat somit die weitere Übernahme der Kuraufenthalte zu Recht abgelehnt.

Anspruch auf rechtliches Gehör

U 558 Urteil des EVG vom 24. Mai 2005 i. Sa. A. (U 53/05)

- **Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 6 Abs. 1 UVG):**

War im Administrativ- und im kantonalen Beschwerdeverfahren nur der natürliche Kausalzusammenhang streitig, ist das kantonale Gericht gehalten, den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, wenn es beabsichtigt, die Anspruchsvoraussetzung des adäquaten Kausalzusammenhangs zu beurteilen. Unterlässt es dies, liegt eine schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, die einer Heilung im letztinstanzlichen Verfahren nicht zugänglich ist (Erw. 3).

- **Droit d'être entendu (art. 29, al. 2, Cst; art. 6, al. 1, LAA):**

Si, dans la procédure administrative et dans la procédure cantonale de recours, seule était litigieuse la question de l'existence du lien de causalité naturelle, le tribunal cantonal est tenu de donner aux parties l'occasion de se prononcer s'il entend juger de l'existence du lien de causalité adéquate. S'il ne le fait pas, il y a une violation grave du droit d'être entendu, vice qui ne peut pas être réparé dans la procédure de dernière instance (cons. 3).

- **Diritto di essere sentito (art. 29 cpv. 2 Cost.; art. 6 cpv. 1 LAINF):**

Se nella procedura amministrativa e nella procedura di ricorso cantonale era contestato solo il nesso causale naturale, il tribunale cantonale è tenuto a dare alle parti la possibilità di prendere posizione, se intende valutare le condizioni di diritto del nesso causale adeguato. In caso di omissione da parte del tribunale cantonale, sussiste una grave violazione del diritto di essere sentito che non può essere sanata nella procedura di ultima istanza (cons. 3).

Auszug aus den Erwägungen:

...

3.

Der Beschwerdeführer macht zu Recht geltend, dass die Adäquanz des Kausalzusammenhangs zwischen dem Unfallereignis und dem psychischen Leiden mit Einschränkung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit im gesamten Administrativverfahren nie zur Diskussion stand. Die Allianz berief sich sowohl in der Verfügung wie im Einspracheentscheid nur auf das Fehlen des natürlichen Kausalzusammenhangs und stellte mit dieser Begründung die bis anhin ausgerichteten Leistungen auf Ende Juli 2001 ein. Auch wenn der Leistungsanspruch ab diesem Datum Streit- und Anfechtungsgegenstand (vgl. BGE 125 V 414 Erw. 1a mit Hinweisen) bildet, und die beanspruchten Taggelder nur weiter auszurichten sind, wenn Unfall und psychisch bedingte Arbeitsunfähigkeit in einem natürlichen und adäquaten Verhältnis von Ursache und Wirkung stehen, konnte vom Versicherten in guten Treuen nicht verlangt werden, dass er in der Beschwerdeschrift an die Vorinstanz eingehend zur Adäquanzfrage Stellung nimmt, nachdem sich die Allianz im angefochtenen Einspracheentscheid ausdrücklich nur zur natürlichen Kausalität geäußert hatte. Wenn die Vorinstanz gestützt auf das von ihr in Auftrag gegebene psychiatrisch-neurologische Gutachten des Dr. med. B. vom 17. August 2004 die natürliche Kausalität im Gegensatz zur Allianz bejahte und aus diesem Grund die zusätzliche Anspruchsvoraussetzung der adäquaten Kausalität zu beurteilen beabsichtigte, hätte sie dies nur nach vorgängiger Anhörung der Parteien tun dürfen. Denn es handelte sich um einen neuen rechtlichen Gesichtspunkt, zu welchem der Beschwerdeführer und übrigens auch die Allianz – aus ihrer jeweiligen Sicht mit gutem Grund – bislang nicht Stellung zu nehmen brauchten. Indem das kantonale Gericht davon abgesehen hat, dem Beschwerdeführer vor Erlass des angefochtenen Entscheides Gelegenheit zur Stellungnahme zur Rechtsfrage der Adäquanz des Kausalzusammenhangs zu geben, hat es dessen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Diese Gehörsverletzung wiegt schwer und ist einer Heilung nicht zugänglich, auch wenn das Eidgenössische Versicherungsgericht die streitige Frage umfassend prüfen kann, da es sich um die den Rechtsstreit allein entscheidende Frage handelt. Seine Parteirechte bleiben dem Beschwerdeführer nur gewahrt, wenn er seinen Standpunkt zur adäquaten Kausalität in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht allein im letztinstanzlichen Verfahren, sondern zunächst vor dem kantonalen Versicherungsgericht vortragen kann. Dieses wird daher nach Anhörung der Parteien zur Adäquanzfrage über die Beschwerde neu befinden.

Qualité pour former opposition

U 559 Arrêt du 24 mai 2005 en la cause M. (U 18/05)

- **Qualité pour former opposition (art. 52 al. 1 et art. 59 LPGA; art. 103 let. a OJ):**

De même que dans la procédure portant sur une décision de refus de rente de l'assurance-invalidité (voir ATF 130 V 560), l'employeur n'a pas qualité pour s'opposer à une décision d'allocation de rente de l'assureur-accidents. (cons. 5 et 6)

- **Einsprachelegitimation (Art. 52 Abs. 1 und Art. 59 ATSG; Art. 103 lit. a OG):**

Gleich wie bei einer eine Rentenverweigerung der Invalidenversicherung betreffenden Verfügung (s. BGE 130 V 560) ist der Arbeitgeber nicht legitimiert, gegen eine Verfügung über die Zusprechung einer Rente des Unfallversicherers Einsprache zu erheben. (Erw. 5 und 6)

- **Legittimazione a interporre opposizione (art. 52 cpv. 1 e art. 59 LPGA; art. 103 lett. a OG):**

Come per la procedura avente per oggetto una decisione di diniego di rendita dell'assicurazione per l'invalidità (v. DTF 130 V 560), il datore di lavoro non è legittimato ad opporsi a una decisione di assegnazione di rendita dell'assicuratore contro gli infortuni. (cons. 5 e 6)

Extrait des considérants :

...

5.

5.1 L'intimée prétend déduire sa qualité pour former opposition de la convention collective de travail qu'elle a conclue avec les associations du personnel intéressées. Son intérêt réside dans le fait que si la rente d'invalidité versée par la CNA à l'assuré est plus élevée que le montant reconnu dans la décision du 11 mars 2003, la créance en salaire du travailleur s'en trouvera réduite d'autant.

5.2 En ce qui concerne plus particulièrement l'assurance-accidents, la jurisprudence a jusqu'à présent admis que l'employeur qui a payé les primes d'assurance et avancé le salaire d'un employé en cas d'accident est touché par une décision contestant à ce dernier la qualité d'assuré ou niant l'existence d'un événement accidentel; il a par conséquent un intérêt digne de protection à la voir annulée (ATF 106 V 222 consid. 1; RAMA 1989 no U 73 p. 239 cons. 1b).

Tout récemment, dans une affaire qui concernait également les CFF, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que l'employeur n'avait pas qualité pour former opposition à une décision de refus de rente de l'assurance-invalidité du simple fait que l'allocation d'une rente aurait pour effet de réduire son obligation de payer le salaire ou de lui permettre d'exiger le versement en mains de tiers (ATF 130 V 560). Dans cette affaire, les CFF invoquaient – comme ici – la même convention collective qui les oblige à verser le salaire pendant deux ans à la suite d'une incapacité de travail. Le Tribunal fédéral des assurances a considéré que l'assurance-invalidité était une assurance pour l'ensemble de la population et donc indépendante de rapports de travail: l'intérêt économique invoqué par l'employeur n'était ni direct ni immédiat. A la différence de la jurisprudence en matière d'assurance-accidents, il n'existe pas, a souligné le tribunal, de lien étroit et concret entre l'assurance-invalidité et les rapports de travail, l'assurance-accidents étant quant à elle une assurance en faveur des travailleurs (art. 1a LAA).

5.3 Le problème se pose dès lors de savoir s'il convient de suivre en l'espèce la jurisprudence découlant de l'ATF 130 V 560 ou celle citée ci-dessus en matière d'assurance-accidents.

5.3.1 Le droit de recours que la jurisprudence a reconnu à l'employeur dans le domaine de l'assurance-accidents est étroitement lié, d'une part, au contrat de travail, spécialement aux obligations découlant des art. 324a et 324b CO, et, d'autre part, à l'indemnité journalière de l'assurance-accidents (*Alexandra Rumo-Jungo*, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 3ème éd. Zurich 2003, p. 416).

5.3.2 Selon l'art. 324b CO, si le travailleur est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler qui ne provient pas de sa faute mais est dû à des raisons inhérentes à sa personne, l'employeur ne doit pas le salaire lorsque les prestations d'assurance dues pour le temps limité couvrent les quatre cinquièmes au moins du salaire afférent à cette période (al. 1). Si les presta-

tions d'assurance sont inférieures, l'employeur doit payer la différence entre celles-ci et les quatre cinquièmes du salaire (al. 2). Dès lors, dans l'hypothèse où l'assurance-accidents refuse d'intervenir, l'employeur a un devoir légal de verser le salaire, conformément à l'art. 324a CO.

Le salaire dû par l'employeur selon les art. 324a et 324b CO a pour but de couvrir la perte de gain consécutive à un empêchement de travailler pour une durée limitée. L'indemnité journalière de l'assurance-accidents est une prestation à caractère temporaire qui vise à compenser la perte de salaire en raison d'une incapacité de travail. Aux conditions requises, elle est remplacée par une rente dès qu'il n'y a plus lieu d'attendre de la continuation du traitement médical une sensible amélioration de l'état de l'assuré et que les éventuelles mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité ont été menées à terme (art. 19 al. 1 LAA). En cas de refus de l'assureur-accidents de prendre en charge le cas, la jurisprudence a donc admis jusqu'à présent que l'employeur peut avoir un intérêt direct pour former opposition afin que l'assuré obtienne une indemnité journalière qui a pour vocation de se substituer au salaire qu'il serait tenu de verser ou d'avancer.

5.3.3 La rente de l'assurance-accidents a une toute autre fonction que l'indemnité journalière. Elle vise à compenser l'invalidité, c'est à dire l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée (art. 8 al. 1 LPGA). Sous réserve de révision avant l'âge de 65 ans pour les hommes et de 62 ans pour les femmes (art. 22 LAA), elle a un caractère viager. Dans la plupart des cas, le temps limité selon l'art. 324b CO (en fonction des années de service) ou selon un régime conventionnel plus favorable au travailleur est éteint quand naît un droit à la rente d'invalidité selon la LAA (voir *Philippe Gnaegi*, Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie, thèse Neuchâtel, 1996, p. 244). Le plus souvent, d'ailleurs, le contrat de travail a déjà été résilié. En effet, le temps écoulé entre l'accident et le passage au régime de la rente a continuellement augmenté au cours des dernières décennies. Entre 1998 et 2002, cet intervalle était en moyenne de 4,7 années (Statistique des accidents LAA 1998-2002, dix-septième période quinquennale d'observation de la SUVA et troisième période quinquennale d'observation de tous les assureurs LAA, Lucerne 2004, p. 69). La rente de l'assureur-accidents n'est pas plus en rapport avec la relation de travail qu'une rente de l'assurance-invalidité. En outre, l'intérêt économique de l'employeur à former opposition ne porte que sur une partie infime de l'objet du litige s'agissant d'une décision portant sur une rente viagère. En définitive, sous l'angle de l'intérêt du tiers (employeur) qui est requis pour former opposition, la situation juridique en matière de rentes de l'assurance-accidents est semblable à celle qui prévaut pour la rente de l'assurance-

invalidité. Elle commande par conséquent une même solution. Pour cette raison déjà, il convient de dénier à l'employeur la qualité pour former opposition : l'intérêt ne se trouve pas dans un rapport suffisamment étroit et direct avec l'objet du litige.

6.

6.1 Une extension du droit d'opposition de l'employeur aux cas de décisions de rente de l'assurance-accidents se justifie d'autant moins qu'elle poserait problème sous l'angle de la protection des données (voir ATF 130 V 569 consid. 4.4; RAMA 2002 no U 464 p. 435 consid. 4b/cc et RAMA 2003 no U 495 p. 400 consid. 5.4.1). En particulier, cette extension serait difficilement compatible avec les art. 328 et 328b CO, relatifs à la protection de la personnalité du travailleur, et de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD; RS 235.1), entrée en vigueur le 1er juillet 1993 (voir aussi ATF 123 III 134 consid. 3b/cc). Ainsi, selon l'art. 328b première phrase CO, introduit dans la loi par le ch. 2 de l'annexe à la novelle du 19 juin 1992, l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du travail (*Kurt Pärli*, Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung, Problematische Bearbeitung von Arbeitnehmergesundheitsdaten bei der Begründung des privatwirtschaftlichen Arbeitsverhältnisses, in REAS 2004 p. 32; voir aussi *Matthias Horschik*, Krankentaggeldversicherung und Datenschutz, in: *Datenschutz im Gesundheitswesen*, Forum droit de la santé, Zurich 2001, p. 154). La protection de l'art. 328b CO s'exerce non seulement pendant les rapports de travail, mais également après la fin de ceux-ci, sans limitation de temps (*Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, Commentaire du contrat de travail, 3ème édition, Lausanne 2004, note 4 ad art. 328b).

6.2 La reconnaissance du droit de l'employeur de former opposition lui conférerait en même temps les droits d'une partie à la procédure, en particulier le droit de prendre connaissance du dossier. En matière de rentes d'invalidité, le dossier contient notoirement des données sensibles relatives à l'état de santé de l'assuré (rapports médicaux, expertises médicales). Même si, comme en l'espèce, le travailleur a pu, dans un premier temps, donner son accord à la consultation du dossier par son employeur, ses droits à la protection de la personnalité entreraient inévitablement en conflit avec les droits de partie de l'employeur au stade de la procédure probatoire. Il en serait ainsi, par exemple, si l'autorité – tenue de par la loi d'établir d'office les faits – venait à ordonner une expertise médicale ou à requérir le dossier d'un autre assureur social, par exemple l'assurance-invalidité. Ces motifs, tirés de la protection des données, plaident également contre un intérêt méritant d'être

protégé de l'employeur à former opposition à une décision de rente de l'assurance-accidents. On peut d'ailleurs se demander s'ils ne justifieraient pas un réexamen de la jurisprudence en matière d'assurance-accidents cité plus haut (supra cons. 5.2). Cette question peut toutefois demeurer indécise en l'espèce.

Prospektive Festsetzung der Arbeitsfähigkeit im Rahmen der Zusprechung von Taggeldern

U 560 Urteil des EVG vom 8. Juni 2005 i. Sa. R. (U 3/04)

- **Prospektive Festsetzung der Arbeitsfähigkeit im Rahmen der Zusprechung von Taggeldern (Art. 16 UVG):**

Die prospektive Festsetzung der Arbeitsfähigkeit ist – wie praxisgemäss beim Rentenanspruch – auch bei der Zusprechung von Taggeldern zulässig. Jedoch ist sie einer Überprüfung ex post zugänglich, wobei im Einsprache- und Beschwerdeverfahren insbesondere geltend gemacht werden kann, die Prognose habe sich aufgrund der tatsächlichen Entwicklung als falsch erwiesen. (Erw. 2.2)

- **Constatation prospective de la capacité de travail dans le cadre de l'allocation d'indemnités journalières (art. 16 LAA):**

La constatation prospective de la capacité de travail est – comme le prévoit la jurisprudence en matière de droit à une rente – également admissible dans le cadre de l'allocation d'indemnités journalières. Toutefois, elle est susceptible d'être vérifiée après coup notamment lorsqu'il est invoqué dans la procédure d'opposition ou de recours que les pronostics se sont révélés faux par rapport à l'évolution effective. (cons. 2.2)

- **Determinazione prospettiva della capacità al lavoro nell'ambito della concessione di indennità giornaliera (art. 16 LAINF):**

La determinazione prospettiva della capacità al lavoro è – secondo la prassi del diritto alla rendita – ammessa anche per la concessione di indennità giornaliera. Tuttavia questa determinazione può fare l'oggetto di un esame ex post; nella procedura di opposizione e di ricorso può soprattutto essere rivendicato che la previsione si è rilevata errata a causa dell'evoluzione effettiva (cons. 2.2).

Auszug aus den Erwägungen:

...

2.2 Rechtsprechungsgemäss stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den Sachverhalt ab, wie er sich bis zum Zeitpunkt des streitigen Einspracheentscheides zugetragen hat (BGE 129

V 169 Erw. 1 mit Hinweis). Der (materielle) Einspracheentscheid tritt an die Stelle der angefochtenen Verfügung und die Einspracheinstanz hat allfällige Entwicklungen des Sachverhaltes bis zum Erlass des Einspracheentscheides mitzuberücksichtigen (*Ueli Kieser*, ATSG-Kommentar: Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, Zürich 2003, N 25 zu Art. 52). Hier stellt sich unter diesem Aspekt die Frage, ob eine prospektive Festsetzung der Arbeitsfähigkeit, wie die SUVA sie gestützt auf den Bericht ihres Kreisarztes vorgenommen hat, zulässig ist. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat diese Frage im Zusammenhang mit der Zusprechung von Renten der obligatorischen Unfallversicherung in ständiger Praxis bejaht (RKUV 1993 Nr. U 173 S. 145 f., 1987 Nr. U 18 S. 309 f. Erw. 2a; vgl. auch SZS 1985 S. 206 [in BGE 111 V 36 nicht publizierte Erw. 2a des Urteils M. vom 16. Januar 1985]). Gleiches muss für den Taggeldanspruch gelten. Im Einsprache- beziehungsweise Beschwerdeverfahren kann demnach überprüft werden, ob sich die Prognose auf fassbare Anhaltspunkte stützen kann, oder ob sie falsch ist (SZS 1985 S. 206). Des Weiteren kann die versicherte Person geltend machen, dass sich die Prognose aufgrund der tatsächlichen Entwicklung als falsch erwiesen habe (RKUV 1987 Nr. U 18 S. 309 f. Erw. 2b). Diesfalls hat der Versicherer die tatsächliche Entwicklung der Arbeitsfähigkeit im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes (BGE 125 V 195 Erw. 2, 122 V 158 Erw. 1a, je mit Hinweisen; vgl. BGE 130 I 183 Erw. 3.2) abzuklären.

...

Bonus-Malus-System

U 561 Urteil vom 15. Juni 2005 i. Sa. B. (U 118/04)

- **Bonus-Malus-System (Art. 92 Abs. 2 und 5 und 61 Abs. 2 UVG; Art. 113 Abs. 1 UVV):**

Die linear zur Lohnsumme des Unternehmers steigende Gewichtung des Gesamtkosten-Risikosatzes bis zu dessen alleiniger Berücksichtigung ab einer Lohnsumme von Fr. 15 Mio. erweist sich als rechtmässig (Erw. 4).

Keine prämienvirksame Berücksichtigung der Rückstellungen; keine Rückerstattung des nicht berücksichtigten Teils der Rückstellungen (Erw. 5).

- **Système bonus/malus (art. 92, al. 2 et 5, et 61, al. 2, LAA ; art. 113, al. 1, OLAA) :**

La seule prise en compte à partir d'une masse salariale de 15 millions de francs du taux de risque « coûts globaux » pour la pondération, pondération qui augmente linéairement par rapport à la masse salariale de l'entreprise, est licite (cons. 4).

La prise en compte des réserves n'a pas d'effet sur les primes, la partie des réserves qui n'est pas considérée n'est pas restituée (cons. 5).

- **Sistema bonus-malus (art. 92 cpv. 2 e 5 e 61 cpv. 2 LAINF; art. 113 cpv. 1 OAINF):**

È lecito tener conto della quota di rischio dei costi globali, che cresce in modo lineare con l'aumento della massa salariale fino al punto in cui rimane l'unico fattore preso in considerazione, a partire da una massa salariale di 15 mio di franchi (cons. 4).

La considerazione delle dotazioni supplementari non influisce sui premi; la parte delle dotazioni supplementari di cui non si è tenuto conto non è restituita (cons. 5).

Auszug aus den Erwägungen:

...

4.

In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird die Festlegung des Prämientarifs für die Berufsunfallversicherung für 2002 auf der Basis des Bonus-Malus-Systems im Grundsatz nicht in Frage gestellt. Hingegen wird geltend gemacht, es sei nicht einsichtig, weshalb der Gesamtkosten-Risikosatz in Abhängigkeit von der Unternehmensgrösse linear berücksichtigt werde und erst bei Betriebseinheiten mit einer Lohnsumme von mindestens Fr. 15 Mio. einziges Entscheidkriterium sei. Dies sei mit einer Expertise zu belegen. Denn dadurch seien kleinere Arbeitgeber mit geringen Unfallkosten gegenüber grossen Firmen in willkürlicher Weise benachteiligt. Dies treffe vorliegend auch auf sie zu.

4.1 Die Festlegung der Prämien innerhalb einer Klasse ungeachtet der Unternehmensgrösse allein auf der Grundlage der Gesamtkosten würde bei kleineren Betrieben ein erheblich höheres Schwankungsrisiko mit sich bringen. Denn die regelmässig sehr hohe Kosten verursachenden Rentenfälle treten zwar innerhalb einer als zu 100% ausgewogen unterstellten Risikoklasse in jedem Betrieb gleich häufig auf (= sogenannte Rentengeneigntheit, z.B. bei einem Betrieb mit 100 Mitarbeitern jährlich 1 Fall; bei einem Betrieb mit 10 Mitarbeitern alle 10 Jahre ein Fall; gesagtes gilt in gleicher Weise für die Unfallgeneigntheit als solche [Anzahl Unfälle pro Einheit]). Die Auswirkungen des einzelnen Unfalls, insbesondere eines Rentenfalls, auf die Gesamtkosten des Betriebs innerhalb einer bestimmten Bemessungsperiode sind indessen unterschiedlicher Natur und massgeblich (linear) von der Unternehmensgrösse abhängig. Wenn daher ungeachtet der Lohnsumme einer Firma oder Betriebseinheit allein auf die Gesamtkosten abgestellt würde, genügte gerade bei kleineren Unternehmungen ein einziger schwerer Unfall mit Rentenfolge, um die Prämie für die Zukunft in unverhältnismässig hohem Ausmass ansteigen zu lassen, was nicht im Interesse der Firma sein kann, die auf eine gewisse Voraussehbarkeit der Prämienentwicklung zählen können muss. Die bei kleineren Betrieben zusätzlich zu berücksichtigenden Faktoren «Fallhäufigkeit pro 1 Mio. Lohnsumme» und «Taggeld-Risikosatz» gewähren hier einen gewissen Ausgleich, da auch sie zwar als Kennzahlen für das (künftige) Risiko des Betriebs gewissen Zufallsschwankungen unterliegen, diese aber in aller Regel sowohl in masslicher wie auch in zeitlicher Hinsicht von jenen des Gesamtkosten-Risikosatzes abweichen. Es ist daher sachlich nachvollziehbar, dass die SUVA mit der parallel zur Lohnsumme ansteigenden Gewichtung des Gesamtkosten-Risikosatzes allzu grosse jährliche Prämien Schwankungen gerade bei kleineren und mittelgrossen Arbeitgebern zu verhindern versucht. Dies rechtfertigt sich umso mehr, weil die statistische Aussagekraft über das zukünftige Unfallrisiko sich mit abnehmender Unternehmensgrösse reduziert. Umgekehrt kann ab einer be-

stimmten Lohnsumme des Betriebs aus demselben Grund auf die Zuhilfenahme weiterer Kennzahlen neben jener des Gesamtkosten-Risikosatzes verzichtet werden.

4.2 In welchem Umfang letztlich die Gesamtkosten in Abhängigkeit von der Betriebsgrösse bei der Prämienberechnung zu berücksichtigen sind, ist Ermessenssache. Dass der Gesamtkostenrisikosatz erst ab einer Lohnsumme von Fr. 15 Mio. alleiniges Festsetzungskriterium der Prämie ist, erscheint genauso wenig als willkürlich, wie dessen zur Lohnsumme des Unternehmens abnehmende Gewichtung, die bei der Beschwerdeführerin 11% beträgt. Zumindest ist keine Verletzung von Bundesrecht erkennbar. Zusätzliche Abklärungen in diese Richtung würden zu keinem anderen Ergebnis führen, weshalb darauf zu verzichten ist.

5.

Die Beschwerdeführerin fordert weiter, der von der SUVA ausgewiesene versicherungstechnische Überschuss in der Höhe von Fr. 277'621.– wie auch betriebsbezogene Rückstellungen seien prämienreduzierend zu berücksichtigen; der nicht berücksichtigte Teil sei ihr darüber hinaus zurückzuerstatten, da die Firma zwischenzeitlich (seit 1. April 2003) keine Gipsler mehr beschäftige und daher inskünftig keinen Nutzen mehr davon habe.

5.1 Ob die erst seit dem 1. April 2003 geänderten Betriebsverhältnisse (Verkauf des Gipsergeschäfts; nur noch eine kaufmännische Angestellte) vorliegend überhaupt zu berücksichtigen sind, nachdem der Einspracheentscheid bereits am 9. September 2002 ergangen ist, erscheint fraglich (vgl. BGE 129 V 4). Indessen sind die Einwände, selbst wenn sie zu hören wären, unbegründet, wie zu zeigen sein wird.

5.2

5.2.1 Sinn und Zweck der gesetzlich verbrieften Rückstellung (Art. 90 Abs. 1 UVG in Verbindung mit Art. 110 UVV) ist es, mögliche Kosten bereits anerkannter, aber noch nicht abgeschlossener Unfälle (einschliesslich laufender Rentenkosten) abzudecken. Eine prämienwirksame Berücksichtigung der Rückstellungen fällt daher ausser Betracht, zumal sie vorliegend keineswegs unverhältnismässig hoch sind.

5.2.2 Bezüglich des geltend gemachten Prämienüberschusses ist zunächst auf die bis Ende 2001 geltende Praxis der SUVA zu verweisen. Danach wurden Prämienüberschüsse oder -fehlbeträge bei der Prämienbemessung in einem begrenzten Ausmass über den Faktor des individuellen Risikoaus-

gleichs berücksichtigt. Mit der Tarifänderung per 1. Januar 2002 schaffte die Versicherung den individuellen Risikoausgleich in der Klasse 44D generell ab.

Wenn die SUVA mit dieser neuen Regelung dem Grundsatz nach die Solidarität innerhalb der Risikogemeinschaft stärken will, so ist dies nicht zu beanstanden. Nach wie vor erlaubt das Bonus-Malus-System mit der individuellen Berücksichtigung der Fallhäufigkeit pro Fr. 1 Mio. Lohnsumme, des Taggeld-Risikosatzes sowie des Gesamtkosten-Risikosatzes ausreichend Möglichkeiten, die Prämie innerhalb einer Klasse und auch Stufe gemessen am Unfallrisiko des einzelnen Betriebs unterschiedlich auszugestalten. Wie von der Vorinstanz bereits dargetan, bewegt sich die Prämienbemessung im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung immer im Spannungsfeld zwischen Solidarität und Risikogerechtigkeit, und der SUVA steht bei der Festsetzung der Prämientarife ein weiter Ermessensspielraum zu.

Im konkreten Fall ist die Nicht-Berücksichtigung des geltend gemachten technischen Überschusses von Fr. 277'621.– im Sinne eines Prämien reduzierenden individuellen Kriteriums aus rechtlicher Sicht ebenso wenig zu beanstanden. Denn dieser Betrag vermag bereits allfällige Kosten, die ein einziger Unfall mit Invaliditätsfolge auslösen würde, kaum zu decken und ist daher auch nicht aussergewöhnlich hoch. Auch fand der individuelle Risikoausgleich bereits in der Vergangenheit in nur beschränktem Umfang Berücksichtigung: Für 2001 führte etwa der technische Überschuss in der Höhe von Fr. 388'444.– zu einer Reduktion der Risikoprämie von 0,12%. Eine ermessensmissbräuchliche und damit rechtsfehlerhafte Einschätzung, die allein nach Art. 104 lit. a OG gerügt werden kann, liegt nicht vor.

5.3

5.3.1 Was die Rückforderung anbelangt, so übersieht die Firma, dass auch nach dem Ausscheiden eines Betriebs aus der Risikogemeinschaft Heilkosten und Taggelder sowie Rentenkosten für Personen anfallen können, die zum Unfallzeitpunkt bei der Beschwerdeführerin angestellt und damit über sie versichert waren. In diesem Sinne ist die Aussage der Vorinstanz zu verstehen, die Rückstellungen seien Teil des Versicherungsaufwands. Damit ist der Argumentation der Beschwerdeführerin die Grundlage entzogen, die Rückstellungen seien mit dem Ausscheiden aus der Risikogemeinschaft gegenstandslos geworden. Im Übrigen ist auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen.

5.3.2 Eine Rückerstattung des technischen Überschusses steht ebenfalls ausser Frage. Zwar verlangt der Gesetzgeber ein versicherungstechnisches Gleichgewicht zwischen Prämien und Aufwand. Diese Forderung bezieht sich

indessen nicht auf den einzelnen Betrieb, sondern auf die Risikogemeinschaft als gesamtes, deren Mitglied er ist (Art.113 Abs. 1 UVV in Verbindung mit Art. 92 Abs. 2 UVG). Daraus folgt, dass es immer wieder Firmen geben wird, die zu einem Zeitpunkt aus der Risikogemeinschaft ausscheiden, in der die individuellen Prämien aktuell die bezogenen Leistungen übersteigen. Dies ist dem Versicherungssystem inhärent und ist vom einzelnen Mitglied der Versichertengemeinschaft hinzunehmen, genau so wie bei einer individuellen technischen Unterdeckung zum Zeitpunkt des Ausscheidens nichts nachzuschliessen ist. Umgekehrt ist beim Eintritt in eine Risikogemeinschaft auch kein Einkauf erforderlich. Ein individueller Anspruch auf den (technischen) Überschuss besteht demnach nicht. Er verbleibt der Risikogemeinschaft. Ist auf Grund der Risikoerfahrung eine Änderung in der Klassen- und Stufenzuteilung angezeigt, kann der Versicherer dies von sich aus oder auf Antrag des Betriebsinhabers jeweils auf den Beginn des Rechnungsjahrs ändern (Art. 92 Abs. 5 UVG). Dergestalt wird verhindert, dass eine Firma über Jahre hinweg signifikant zu hohe Prämien leistet und damit einen im Vergleich zu den übrigen Mitgliedern der Risikogemeinschaft unangemessen hohen technischen Überschuss anhäuft.

Mitteilungen
Communications
Comunicazioni

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

Streichung aus dem Register/Radiation du registre/Cancellazione dall'registro:

10 006 «La Suisse» 01.01.2005
La Suisse, Société d'assurance contre les accidents
La Suisse, Unfall-Versicherungs-Gesellschaft
La Suisse, Società di assicurazioni contro gli infortuni
Av. de Rumine 13
1001 Lausanne

