

# RKUV/RAMA/RAMI 1/2006

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: 1/2006

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 031 323 00 60

E-Mail: [jeannette.buri@bag.admin.ch](mailto:jeannette.buri@bag.admin.ch)

Vertrieb/Distribution/Distribuzione:

BBL, Vertrieb Publikationen, CH-3003 Bern

OFCL, Diffusion publications, CH-3003 Berne

UFCL, Distribuzione pubblicazioni, CH-3003 Berna

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

<http://www.bag.admin.ch/kv/bestellen/d/index.htm>

Auflage/Tirage/Tiratura: 1400

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: 318.997.1/06D

BAG-Publikationsnummer: BAG KUV 3.06 1400kombi 66EXT06001

Gedruckt auf chlorfrei gebleichtem Papier

März 2006 / mars 2006 / marzo 2006

# Inhalt

## Sommaire

## Sommario

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

#### **3 ■ Aufprall beim Scooterfahren**

KV 351 Urteil des EVG vom 4. November 2005 (K 90/03)

#### **6 ■ Befreiung von der obligatorischen Krankenversicherung.**

KV 352 Urteil des EVG vom 2. November 2005 (K 129/03)

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

KV 353 Arrêt du TFA du 21 décembre 2005 (K 73/05)

#### **19 ■ Ospedalizzazione fuori Cantone e assunzione della differenza dei costi**

KV 354 Sentenza dal TFA del 22 dicembre 2005 (K 194/00)

#### **28 ■ Verwaltungsgerichtsbeschwerde betreffend Spitalliste**

KV 355 Urteil des EVG vom 28. Dezember 2005 (K 71/05)

#### **40 ■ Verzugs- und Vergütungszinsen**

KV 356 Urteil des EVG vom 12. Januar 2006 (K 40/05)

#### **46 ■ Convention tarifaire restaurant le système du tiers payant**

KV 357 Arrêt du TFA du 13 janvier 2006 (K 145/05)

#### **55 ■ Leistungspflicht bei plastisch-chirurgischen Eingriffen; ästhetischer Mangel**

KV 358 Urteil des EVG vom 17. Januar 2006 (K 135/04)

#### **60 ■ Mitteilungen/Communications/Comunicazioni**

Rechtspflege in Krankenversicherungssachen/Jurisprudence en matière  
d'assurance-maladie/Giurisprudenza in materia d'assicurazione malattie

## ■ Unfallversicherung/Assurance-accidents/Assicurazione infortuni

### 61 Auswirkungen der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung für den Unfallversicherer (BGE 131 V 362)

U 567 Urteil des EVG vom 2. September 2005 i. Sa. V. (U 26/05)

### 65 ■ Elemente der hypothetischen Entwicklung des Valideneinkommens

U 568 Urteil des EVG vom 13. September 2005 i. Sa. R. (U 87/05)

### 69 ■ Taggeldbemessung

U 569 Urteil des EVG vom 20. September 2005 i. Sa. Z. (U 152/04)

### 74 ■ Versicherter Verdienst bei Rückfällen; Bemessung des Invaliditätsgrades

U 570 Urteil des EVG vom 22. September 2005 i. Sa. I. (U 357/04)

### 82 ■ Übergang vom Taggeld- zum Invalidenrentenanspruch

U 571 Urteil des EVG vom 30. September 2005 i. Sa. M. (U 294/04)

### 84 ■ Bris de dents

U 572 Arrêt du TFA du 18 octobre 2005 en la cause D.L. (U 367/04)

### 87 ■ Suspension des délais de recours fixés en mois

U 573 Arrêt du TFA du 20 octobre 2005 en la cause D.P. (U 127/04)

### 95 ■ Modification du supplément de prime pour les frais administratifs

U 574 Arrêt du TFA du 24 octobre 2005 en la cause X. (U 196/05)

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

U 575 Urteil des EVG vom 24. Oktober 2005 i. Sa. M. (U 257/04)

### 109 ■ Mitteilungen/Communications/Comunicazioni

Rechtspflege in der Unfallversicherung/Jurisprudence en matière d'assurance-accidents/Giurisprudenza in materia d'assicurazione infortuni

Empfehlungen der ad hoc Kommission Schaden UVG im Internet/  
Recommandations de la Commission ad hoc sinistres LAA : publication sur Internet/Pubblicazione su internet delle raccomandazioni della Commissione ad hoc sinistri LAINF

# Aufprall beim Scooterfahren

*KV 351 Urteil des EVG vom 4. November 2005 (K 90/03)*

- **Das Aufschlagen mit dem Kiefer am Lenkrad eines Putsch-Autos stellt keinen Unfall im Rechtssinn dar; es liegt kein rechtserheblicher Unterschied vor zu den in RKUV 1996 Nr. U 253 S. 199 und RKUV 1998 Nr. U 311 S. 468 publizierten Fällen (Erw. 3.3).**
- **Le fait de heurter sa mâchoire contre le volant d'une auto tamponneuse ne représente pas un accident au sens juridique; il n'y a pas de différence pertinente par rapport aux cas publiés dans RAMA 1996 no U 253 p. 199 et RAMA 1998 no U 311 p. 468 (cons. 3.3).**
- **Urtare la mascella contro il manubrio di uno scooter (auto-scontro) non è considerato un infortunio ai sensi del diritto poiché non sussiste alcuna differenza giuridicamente rilevante rispetto ai casi pubblicati in RAMI 1996 n. U 253 pag. 199 e in RAMI 1998 n. U 311 pag. 468 (cons. 3.3).**

Auszug aus den Erwägungen:

...

### 3.

**3.1** Dem in RKUV 1996 Nr. U 253 S. 199 publizierten Fall lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Die Versicherte besuchte eine Vergnügungsbahn (Snowjet), welche in einer Richtung rotierte. Auf der rotierenden Fläche waren mehrere kleine Wägelchen montiert, welche ihrerseits wieder in verschiedenen Richtungen rotierten und dabei heftig hin und her schaukelten. Beim Richtungswechsel entstand jeweils ein heftiger Ruck. Die Versicherte zog sich dabei eine Distorsion der Halswirbelsäule zu. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat erwogen, dass ein in verschiedene Richtungen drehendes sowie hin und her schaukelndes Wägelchen auf einer rotierenden Vergnügungsbahn mit sich ändernden Geschwindigkeiten den Benutzer beträchtlichen Beschleunigungs-, Brems-, Dreh-, Schaukel- und Schleuderbewegungen aussetze, was die Attraktion solcher Fahrten ausmache. Es gehöre zu deren programmgemäsem Ablauf, dass der Körper und namentlich auch die auf Distorsionen besonders anfällige Halswirbelsäule grossen Zentrifugalkräften ausgesetzt werde. In dieser den Körper stark belastenden Situation zufolge häufiger und rascher Änderungen der Bewegungsabläufe

der Vergnügungsbahn könne grundsätzlich nichts Ungewöhnliches erblickt werden. Die unerwartete Folge der Bahnfahrt konnte angesichts des objektiv programmässigen Bewegungsablaufes und damit des fehlenden Ungewöhnlichkeitscharakters nicht auf einen Unfall im Rechtssinne zurückgeführt werden.

**3.2** In der Folge hat das Eidgenössische Versicherungsgericht in dem in RKUV 1998 Nr. U 311 S. 468 publizierten Fall entschieden, dass die Distorsion der Halswirbelsäule, welche sich der Versicherte im Autoscooter beim Zusammenprall mit einem anderen Scooter zugezogen hat, ebenfalls nicht der Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors zuzuschreiben sei. Bei solchen Vergnügungsfahrten werde die Kollision mit anderen Teilnehmern gesucht und in Kauf genommen, dass ein Aufprall unerwartet erfolge.

**3.3** Der vorliegende Fall unterscheidet sich insofern von den zitierten, als hier im Ablauf des Ereignisses ein zusätzliches Element hinzutritt. Infolge eines Aufpralls mit einem anderen Scooter schlug die Versicherte mit dem Kiefer am Lenkrad des eigenen Scooters auf. Zu prüfen bleibt, ob dies eine andere Qualifikation des Vorfalles rechtfertigt.

Zunächst liegt, wie in Erwägung 3.1 und 3.2 ausgeführt, im Zusammenstoss zwischen zwei Scootern nichts Ungewöhnliches, da im Gegenteil Kollisionen mit andern Teilnehmern gerade gesucht werden. Dass die Versicherte in der Folge den Mund am Lenkrad angeschlagen hat, kann dieses Ereignis – d.h. den Zusammenstoss der beiden Scooter – nicht zum Unfall machen, würde man damit doch ergebnisorientiert differenzieren. Der Umstand des Anschlagens kann aber auch nicht als eigenständiger Unfall qualifiziert werden. Zwar gilt der Unfallbegriff bei äusseren Einwirkungen in der Regel als erfüllt: So wird beim Zusammenstoss zweier Autos die Ungewöhnlichkeit nicht in Frage gestellt, auch wenn der Vorgang alltäglich ist und die Autofahrer/innen deshalb mit einem solchen Geschehen rechnen müssen (RKUV 1999 Nr. U 333 S. 199 Erw. 3c); umgekehrt liegt bei einem Autounfall ohne Kollision kein Unfall vor (Urteile M. vom 25. März 2004, U 131/03, und B. vom 3. August 2000, U 349/99: Vollbremsungen führten zu einem Schleudertrauma bzw. zu einer Hyperflexions-Bewegung der Halswirbelsäule). Die äussere Einwirkung liegt auch hier vor. Jedoch ist zu beachten, dass die Verletzung beim Anschlagen an das Lenkrad durch die heftige Körperbewegung verursacht worden ist, welche wiederum der gewollte Zusammenstoss mit dem anderen Scooter ausgelöst hat. Das Anschlagen lässt sich mit anderen Worten nicht isolieren, sondern der Ablauf ist – in sachverhaltlicher wie in rechtlicher Hinsicht – als Einheit zu betrachten. Wird der Zusammenstoss der Scooter nicht als Unfall im Rechtssinne qualifiziert, so kann dies auch nicht für die in

der Folge aufgetretene Verletzung durch das Aufschlagen mit dem Mund gelten. Wenn der durch den Aufprall ausgelöste Bewegungsablauf des Körpers durch ein Hindernis, das Lenkrad, gestört wird, so war dies zwar zweifellos weder gewollt noch geplant. Trotzdem liegt keine Programmwidrigkeit vor, die eine Ungewöhnlichkeit des Geschehens begründen würde (anders etwa die Verletzung eines Eishockeyspielers durch den Check gegen eine Bande, BGE 130 V 117<sup>1</sup>). Denn die beim Aufprall am Lenkrad zugezogene Verletzung wurde ebenfalls durch den gesuchten Zusammenstoss mit dem anderen Scooter verursacht. Es handelt sich hier nicht um eine natürliche Körperbewegung, die durch einen äusseren Faktor gestört wurde. Vielmehr wurde die Körperbewegung ausgelöst durch einen gewollten Zusammenstoss mit einem anderen Scooter. Damit wird der Körper bewusst einer Einwirkung von beträchtlichen Kräften ausgesetzt. Gleichzeitig wird er dadurch in einen Bewegungsablauf versetzt, der sich nicht kontrollieren lässt – was beim Scooterfahren mit den Zusammenstössen auch bezweckt wird. Damit kann von vornherein nicht von einem vorgesehenen, programmgemässen Bewegungsablauf gesprochen werden, der in der Folge planwidrig gestört wird. Zweck der Vergnügungsfahrt ist vielmehr, sich einem unkoordinierten, unprogrammierten und damit auch ungewöhnlichen Bewegungsablauf auszusetzen. Zumindest ein Anschlagen des Kiefers am Lenkrad liegt dabei jedenfalls nicht ausserhalb des Alltäglichen und Üblichen. Dass ein Schaden eingetreten ist, kann ebenfalls nicht zu einer Qualifikation als Unfall führen, kommt es doch nicht auf die Wirkung des äusseren Faktors an (BGE 122 V 233 Erw. 1<sup>2</sup>). Daran ändern schliesslich auch die von den Beschwerde Führenden geltend gemachten Sicherheitsvorkehrungen nichts, dienen sie doch bloss dazu, Verletzungen wenn möglich zu vermeiden; die Einwirkung des äusseren Faktor macht ihn dadurch nicht ungewöhnlich.

<sup>1</sup> siehe RKUV 2004 Nr. U 509 S. 270 ff.

<sup>2</sup> siehe RKUV 1996 Nr. U 257 S. 242 ff.

# Befreiung von der obligatorischen Krankenversicherung

*KV 352 Urteil des EVG vom 2. November 2005 (K 129/03)*

- Ein kantonales Departement, das als untere kantonale Beschwerdebehörde entschieden hat und dessen Verfügung durch das kantonale Verwaltungsgericht aufgehoben wurde, ist nicht berechtigt, Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Eidgenössischen Versicherungsgericht zu erheben (BGE 110 V 127<sup>1</sup>). An dieser Rechtslage hat sich mit dem In-Kraft-Treten des KVG anfangs 1996 nichts geändert. Es besteht nach wie vor kein genügend enger Bezug des beschwerdeführenden Kantons zum Streitgegenstand.

Die aufsichtsrechtlich motivierte Befugnis zur Ergreifung einer Behördenbeschwerde kommt ausschliesslich dem Eidgenössischen Departement des Innern zu (BGE 124 V 296; vgl. auch BGE 127 V 149).

- Un département cantonal, qui a statué en tant qu'autorité cantonale inférieure de recours et dont la décision a été annulée par le tribunal administratif du canton, n'a pas qualité pour former un recours de droit administratif au Tribunal fédéral des assurances (ATF 110 V 127<sup>2</sup>). L'entrée en vigueur de la LAMal en 1996 n'a en rien modifié la situation légale en question. Il n'existe toujours pas de lien suffisamment étroit à l'objet du litige du canton recourant.

La compétence au regard du droit de la surveillance de saisir une autorité de recours appartient exclusivement au Département fédéral de l'intérieur (ATF 124 V 296 ; voir également ATF 127 V 149).

<sup>1</sup> siehe RKUV 1984 Nr. K 604 S. 323 ff.

<sup>2</sup> voir RAMA 1984 n° K 604 p. 323 ss

- **Un dipartimento cantonale, che ha statuito in qualità di autorità cantonale inferiore di ricorso e la cui decisione è stata annullata dal tribunale amministrativo del Cantone, non ha veste per interporre un ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale delle assicurazioni (DTF 110 V 127<sup>3</sup>). L'entrata in vigore della LAMal nel 1996 non ha comportato modifiche nella legislazione in questione. Continua a non sussistere un legame sufficientemente stretto tra il contenzioso e il Cantone ricorrente**

**La competenza sancita dal diritto della vigilanza per interporre un ricorso di autorità spetta esclusivamente al Dipartimento federale dell'interno (DTF 124 V 296; cfr. anche DTF 127 V 149).**

I.

**A.**

[...] Am 10. Dezember 2002 verfügte das Einwohneramt der Stadt X. (Krankenkassenkontrollstelle), die Familie [R.] habe – mit Blick auf das Inkraft-Treten des Abkommens vom 21. Juni 1999 über die Personenfreizügigkeit (FZA) – den Nachweis der Versicherung bei einer schweizerischen Krankenkasse beizubringen. Diese Verfügung wurde vom Stadtrat und vom kantonalen Departement für Finanzen und Soziales geschützt (Rekursentscheide vom 21. Januar und vom 7. April 2003).

**B.**

Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau hob den Entscheid des Departements in Gutheissung der dagegen erhobenen Beschwerde am 20. August 2003 auf.

**C.**

Der Kanton Thurgau führt, vertreten durch das Departement für Finanzen und Soziales, Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, der Entscheid des kantonalen Verwaltungsgerichts sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Familie (Beschwerdegegner) unter die Krankenversicherungspflicht in der Schweiz falle, weil weder aufgrund des FZA noch des schweizerischen Krankenversicherungsrechts ein Befreiungsgrund vorliege.

...

<sup>3</sup> vedi RAMI 1984 n. K 604 p. 323 segg.

## II.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht ist aus den folgenden Erwägungen auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht eingetreten:

### 1.

Eine Streitsache kann nur materiell beurteilt werden, wenn sämtliche Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind (BGE 124 V 298 Erw. 1). Vorliegend ist fraglich, ob der Kanton Thurgau zur Ergreifung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert ist. Das Gemeinwesen leitet eine Beschwerdebefugnis im Wesentlichen aus der Sorge um eine rechtsgleiche Anwendung des Art. 2 KVV und um die «Durchsetzung des Versicherungsobligatoriums als Instrument zur Gewährleistung der Solidarität» ab. Vorinstanz und Beschwerdegegner beantragen, es sei auf die Beschwerde des Kantons Thurgau mangels Legitimation nicht einzutreten.

### 2.

Zu prüfen ist, ob der durch das Departement für Finanzen und Soziales handelnde Kanton Thurgau gesetzlich zur Behördenbeschwerde ermächtigt ist. Massgebend für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht ist Art. 132 in Verbindung mit Art. 103 lit. a-c OG.

**2.1** Art. 103 lit. b OG regelt die Beschwerdebefugnis der zuständigen Bundesbehörden. Diese ist gegeben, sofern ein (spezifisches öffentliches) Interesse an der Lösung des Streitfalls zu vermuten ist (BGE 124 V 299 Erw. 1c, 114 V 242 Erw. 3b; vgl. *Attilio R. Gadola*, Die Behördenbeschwerde in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes – ein «abstraktes» Beschwerderecht?, in: AJP 1993 S. 1460 f.). Die Bestimmung sieht allein die Beschwerdeberechtigung des in der Sache zuständigen Departements oder der zuständigen Dienstabteilung der Bundesverwaltung vor. Aufgrund dieses Legitimationstitels können eidgenössische Aufsichtsbehörden, welche im öffentlichen Interesse über die richtige und einheitliche Rechtsanwendung in ihrem Zuständigkeitsgebiet zu wachen haben, eine letztinstanzliche justizielle Kontrolle veranlassen (vgl. BGE 127 II 35 Erw. 1b). Hinsichtlich des bundesrechtlich abschliessend geordneten Krankenversicherungsobligatoriums (Art. 3 KVG; Art. 1 bis 6 KVV) kommt die aufsichtsrechtlich motivierte Befugnis zur Ergreifung einer Behördenbeschwerde ausschliesslich dem Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) zu (BGE 124 V 296; vgl. auch BGE 127 V 149).

**2.2** Gemäss Art. 103 lit. c OG ist darüber hinaus jede andere Person, Organisation oder Behörde beschwerdeberechtigt, wenn dies im Bundesrecht so

vorgesehen ist. Mangels spezialgesetzlicher Anordnung kann sich der Beschwerdeführer auch nicht auf diese Bestimmung stützen.

**2.3** Nach Art. 103 lit. a OG ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidgenössische Versicherungsgericht berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.

**2.3.1** Die Rechtsprechung betrachtet als schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 103 lit. a OG jedes praktische oder rechtliche Interesse, welches eine von einer Verfügung betroffene Person an deren Änderung oder Aufhebung geltend machen kann. Das schutzwürdige Interesse besteht somit im praktischen Nutzen, den die Gutheissung der Beschwerde dem Verfügungsadressaten verschaffen würde, oder – anders ausgedrückt – im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welchen die angefochtene Verfügung mit sich bringen würde. Das rechtliche oder auch bloss tatsächliche Interesse braucht somit mit dem Interesse, das durch die von der beschwerdeführenden Person als verletzt bezeichnete Norm geschützt wird, nicht übereinzustimmen. Immerhin wird verlangt, dass die Person durch die angefochtene Verfügung stärker als jedermann betroffen sei und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehe (BGE 130 V 202 Erw. 3, 127 V 3 Erw. 1b, 82 Erw. 3a/aa).

**2.3.2** Die in Art. 103 lit. a OG (und Art. 48 lit. a VwVG; vgl. BGE 127 V 82 Erw. 3 i.i.) aufgeführten Legitimationsvoraussetzungen sind zwar in erster Linie auf Privatpersonen zugeschnitten. Nach der Rechtsprechung schliesst dies indessen nicht aus, dass sich auch ein Gemeinwesen zur Begründung seiner Beschwerdebefugnis auf diese Bestimmung berufen kann. Dies gilt einerseits dann, wenn das Gemeinwesen gleich oder ähnlich wie ein Privater betroffen ist, was insbesondere dann der Fall ist, wenn seine vermögensrechtlichen Interessen in Frage stehen. Um die Legitimation begründen zu können, muss diese Wirkung konkret sein und eine direkte Folge des angefochtenen Aktes darstellen. Andererseits ist ein Gemeinwesen legitimiert, wenn es durch die angefochtene Verfügung in seinen hoheitlichen Befugnissen berührt ist, im betreffenden Bereich über Autonomie verfügt und ein spezifisches schutzwürdiges eigenes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat. Dagegen begründet das bloss allgemeine Interesse an einer richtigen Auslegung und Durchsetzung des objektiven Bundesrechts allein keine Beschwerdebefugnis des Gemeinwesens, zumal diesem Anliegen mit Art. 103 lit. b und c OG Rechnung getragen wird. Insbesondere ist die in einem Rechtsmittelverfahren unterlegene

Vorinstanz nicht legitimiert; es genügt nicht, dass eine Behörde in einem Bereich, in welchem sie zur Rechtsanwendung zuständig ist, eine bestimmte Rechtsauffassung vertritt, die in Widerspruch steht zu derjenigen einer anderen zuständigen bzw. übergeordneten Instanz (BGE 131 II 62, 127 II 38 Erw. 2d und e, 127 V 83 Erw. 3a/bb, 125 II 194 Erw. 2a/aa, 123 II 375 Erw. 2d, je mit Hinweisen; *Häfelin/Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz 1954 und 1785; *Isabelle Häner*, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz 825 ff.; *Pierre Moor*, La qualité pour agir des autorités et collectivités dans les recours de droit public et de droit administratif, in: Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de *Jean-François Poudret*, Lausanne 1999, S. 104 f. und 116 ff.; *Kölz/Häner*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz 922 und 566 ff.; *Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 171 f.; kritisch zum Kriterium der «Privatbetroffenheit» *Gadola*, a.a.O., S. 1468 f.).

**2.3.3** Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat im Jahre 1984, noch unter der Herrschaft des KUVG, entschieden, dass ein kantonales Departement, das als untere Beschwerdebehörde entschieden hat und dessen Verfügung durch das kantonale Verwaltungsgericht aufgehoben wurde, nicht berechtigt ist, gestützt auf Art. 103 lit. a OG Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu führen (BGE 110 V 127). An dieser Rechtslage hat sich mit dem Inkraft-Treten des KVG anfangs 1996 nichts geändert. Es besteht nach wie vor kein genügend enger Bezug des beschwerdeführenden Kantons zum Streitgegenstand.

**2.3.3.1** Zunächst liegt die Einlegung des Rechtsmittels nicht im unmittelbaren und konkreten eigenen finanziellen Interesse des Kantons Thurgau (vgl. zur Kasuistik ARV 2005 S. 150 Erw. 4; SVR 2000 IV Nr. 14 S. 42 Erw. 3a): Der bestehende Versicherungsschutz deckt den für die obligatorische Versicherung massgebenden Leistungskatalog gemäss KVG jedenfalls ab, wie die von den Beschwerdegegnern beigebrachten Unterlagen ihres deutschen Krankenversicherers belegen. Selbst wenn entgegen diesen klaren Zusicherungen ungedeckte Krankheitskosten entstünden, würde sich ein allfälliges subsidiäres Entstehen für die entsprechenden Kosten durch die öffentliche Hand (Sozialhilfe) als potentielles Risiko, nicht aber als direkte und konkrete Folge des angefochtenen Aktes darstellen, wie es zur Begründung der Beschwerdebefugnis erforderlich ist (Erw. 2.3.2 hievor).

**2.3.3.2** Im Zentrum der Argumentation des Beschwerdeführers steht das Anliegen der Solidarität in der obligatorischen Krankenversicherung (vgl. Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991,

BBl 1992 I 125 f.). Zur Annahme einer Beschwerdeberechtigung wäre zunächst vorausgesetzt, dass der Kanton im Bereich von Versicherungsobligatorium und Versicherungspflicht über Autonomie verfügt, wie es vor Inkraft-Treten des KVG noch der Fall war; das neue Recht sieht indes – im Gegensatz zur früheren Gesetzeslage – ein bundesweites Versicherungsobligatorium vor (Art. 3 Abs. 1 KVG; BBl 1992 I 99 und 141). Ein eigener Gestaltungsspielraum der Kantone besteht somit nicht mehr; namentlich sind die Ausnahmen von der Versicherungspflicht im Bundesrecht abschliessend geregelt (Art. 3 Abs. 2 KVG und Art. 2 KVV). Den Kantonen kommt bloss noch Vollzugs- und Kontrollzuständigkeit zu, indem sie für die Einhaltung der bundesrechtlichen Versicherungspflicht und für die Entscheidung über Ausnahmege-suche zu sorgen haben (Art. 6 KVG; Art. 10 Abs. 2 KVV). Bei materiellrechtlichen kantonalen Bestimmungen im Zusammenhang mit der Überwachung der Versicherungspflicht und der Zwangszuweisung handelt es sich um unselbstständiges kantonales Ausführungsrecht zu Bundesrecht (*Gebhard Eugster*, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Basel 1998, Rz 24). Vorliegend fehlt es nach dem Gesagten nicht nur am originären Wirkungskreis, sondern auch am für die Legitimation des Gemeinwesens zusätzlich erforderlichen spezifischen eigenen Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids, möchte der Beschwerdeführer doch vorab einer – seiner Rechtsauffassung nach – gleichmässigen Anwendung des Gesetzes zum Durchbruch verhelfen. Damit vertritt der Kanton Thurgau ein allgemeines öffentliches Interesse, das keine hinlängliche Grundlage für die Beschwerdebefugnis bildet.

**2.4** Ist der Kanton Thurgau im vorliegenden Zusammenhang unter keinem Titel beschwerdebefugt, kann die Sache nicht zur materiellen Prüfung entgegen-genommen werden.

...

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

*KV 353 Arrêt du TFA du 21 décembre 2005 (K 73/05)*

- **En matière d'indemnités journalières, les assureurs-maladie sont en droit de prévoir une disposition statutaire ou réglementaire selon laquelle leurs assurés ont l'obligation de s'annoncer à l'assurance-invalidité après une année d'incapacité de travail. In casu, le refus définitif de toute prestation à l'assuré qui s'est plié avec retard à cette exigence a été jugé disproportionné (cons. 5).**
- **Die Krankenversicherer sind berechtigt, im Bereich der Taggeldversicherung eine statutarische oder reglementarische Bestimmung vorzusehen, wonach die Versicherten verpflichtet sind, sich nach einer einjährigen Arbeitsunfähigkeit bei der Invalidenversicherung anzumelden. Im vorliegenden Fall wurde die definitive Verweigerung der Leistungen an den Versicherten, der dieser Anforderung zu spät nachgekommen ist, als unverhältnismässig eingestuft (Erw. 5).**
- **In materia di indennità giornaliere, gli assicuratori-malattia hanno il diritto di prevedere negli statuti o nei regolamenti una disposizione che obblighi i loro assicurati ad annunciarsi all'assicurazione invalidità dopo un anno d'incapacità lavorativa. In casu, il rifiuto definitivo di corrispondere qualsiasi prestazione all'assicurato che ha adempiuto in ritardo il suddetto requisito è stato giudicato sproporzionato (cons. 5).**

I.

**A.**

R. travaillait comme responsable de restaurant au service de l'établissement X.. A ce titre, il était au bénéfice d'une assurance d'indemnités journalières selon la LAMal, avec un délai d'attente de trente jours, conclue par un contrat collectif entre son employeur et la caisse-maladie et accidents de la Société suisse des Hôteliers HOTELA (ci-après : HOTELA). A partir du 6 juin 2002, il a été dans l'incapacité totale de travailler. Il a bénéficié des indemnités journalières assurées de 151 fr. à partir du 6 juillet 2002. L'incapacité de travail s'est prolongée en 2003. Les rapports de travail ont été résiliés avec effet au 30 juin 2003. L'intéressé a été transféré dans l'assurance individuelle avec effet au 1<sup>er</sup> juillet 2003.

Le 25 juin 2003, la caisse a invité l'assuré à s'annoncer sans délai à l'assurance-invalidité. A cet effet, elle lui a fixé un délai de deux mois en l'avertissant qu'à défaut, elle se verrait obligée de réexaminer «notre droit aux prestations». Le 3 juillet 2003, l'assuré a répondu qu'il n'avait pas encore pu obtenir un rendez-vous de son médecin traitant. Il demandait à la caisse de lui accorder un délai jusqu'à fin septembre 2003 pour présenter une «éventuelle demande».

Constatant que l'assuré n'avait toujours pas présenté de demande de prestations à l'assurance-invalidité, la caisse lui a impartit, pour ce faire, un ultime délai échéant au 31 octobre 2003 (lettre du 17 octobre 2003).

L'assuré ne s'étant pas exécuté à l'échéance de ce délai, HOTELA a rendu une décision, le 7 novembre 2003, par laquelle elle a mis fin au versement des indemnités journalières avec effet au 1er octobre 2003.

Le 12 novembre 2003, l'assuré a fait parvenir à HOTELA une copie de la demande de rente d'invalidité qu'il avait déposée le même jour. Par lettre du 20 novembre 2003, il a mis la caisse en demeure de lui verser, dans les meilleurs délais, les indemnités journalières qui lui étaient dues depuis octobre 2003.

Le 21 novembre 2003, HOTELA a invité R. à se soumettre à une expertise médicale qu'elle a confiée au docteur L., spécialiste FMH en médecine interne. L'assuré s'est présenté à la consultation de ce médecin le 5 décembre 2003. Dans son rapport du 15 décembre suivant, le docteur L. a posé les diagnostics de dépression réactionnelle à un conflit professionnel, de lombalgies chroniques sur discopathie L4-L5 et de diabète de type II. Il a estimé que l'intéressé avait été totalement incapable de travailler depuis le 6 juin 2002 jusqu'à la date de l'expertise. L'incapacité pouvait encore se prolonger, selon ce médecin, jusqu'en mars 2004; l'état maladif actuel ne justifiait pas une incapacité définitive et une reprise professionnelle devait être ensuite prévue.

Considérant l'écriture du 20 novembre 2003 comme opposition, la caisse a rendu une nouvelle décision, le 23 décembre 2003, par laquelle elle a confirmé sa décision précédente. Tout en admettant que l'assuré présentait une incapacité de travail depuis le 6 juin 2002, elle a considéré que, malgré les mises en demeure qui lui avaient été adressées, il s'était annoncé tardivement à l'assurance-invalidité. Pour ce motif et conformément à ses dispositions réglementaires, elle s'estimait en droit de refuser le versement de prestations à compter du 1er octobre 2003.

**B.**

Statuant le 7 avril 2005 sur le recours formé par l'assuré contre cette décision, le Tribunal cantonal des assurances sociales du canton de Genève l'a admis. Il a annulé la décision sur opposition du 23 décembre 2003 et renvoyé la cause à la caisse pour qu'elle statue dans les plus brefs délais sur les droits de l'assuré, conformément aux conclusions de l'expertise.

**C.**

HOTELA interjette un recours de droit administratif dans lequel elle conclut, à l'annulation de ce jugement.

R. conclut au rejet du recours et au versement par la caisse d'indemnités journalières entières du 1er octobre 2003 au 31 mars 2004 et d'indemnités réduites de 50 pour cent pour la période du 1er avril 2004 au 5 juillet 2004, soit un montant total de 37'094 fr. Il demande en outre qu'HOTELA soit condamnée à payer une amende pour recours téméraire.

L'Office fédéral de la santé publique ne s'est pas déterminé sur le recours.

**II.**

Par les considérants suivants, le Tribunal fédéral des assurances a partiellement admis le recours de droit administratif et a renvoyé la cause à HOTELA pour nouvelle décision conformément aux considérants :

**1.**

La question est de savoir si la recourante était en droit de mettre fin au versement de l'indemnité journalière au motif que l'intimé ne s'était pas annoncé à l'assurance-invalidité dans les délais successifs qu'elle lui avait impartis à cet effet.

**2.**

**2.1** Selon l'art. 72 al. 3 LAMal, les indemnités journalières doivent être versées pour une ou plusieurs maladies, durant au moins 720 jours dans une période de 900 jours. D'autre part, selon l'art. 29 al. 1 let. b LAI, le droit à la rente d'invalidité au sens de l'art. 28 LAI prend naissance au plus tôt à la date dès laquelle l'assuré a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40 pour cent au moins pendant une année sans interruption notable (art. 6 LPGa).

**2.2** La coordination entre les indemnités journalières et les rentes est réglée à l'art. 68 LPGa. D'après cette disposition, sous réserve de surindemnisation, les indemnités journalières et les rentes de différentes assurances sociales sont cumulées. Il y a surindemnisation dans la mesure où les prestations sociales légalement dues dépassent, du fait de la réalisation du risque, à la fois le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé, les frais supplémentaires et les éventuelles diminutions de revenu subies par les proches (art. 69 al. 2 LPGa). En cas de surindemnisation provenant du cumul d'indemnités journalières et d'une rente, ce sont les premières qui sont réduites jusqu'à concurrence de la limite de la surindemnisation (art. 69 al. 3 LPGa a contrario). En ce qui concerne plus particulièrement les indemnités journalières de l'assurance-maladie, cet ordre de priorité (relative) prévalait déjà avant l'entrée en vigueur de la LPGa et d'ailleurs également aussi sous le régime de la LAMA (art. 26 al. 1 LAMA; cf. ATF 120 V 62 consid. 2<sup>1</sup>).

**2.3** L'assureur-maladie a donc tout intérêt à ce que l'assuré s'annonce à l'assurance-invalidité, puisque le versement éventuel d'une rente de cette assurance conduit à une réduction de ses propres prestations. En outre, il peut recevoir, en tout ou partie, les prestations arriérées de l'assurance-invalidité en compensation de sa créance en surindemnisation. En effet, les assureurs-maladie qui ont alloué des indemnités journalières durant une période pendant laquelle un assuré peut prétendre une rente d'invalidité à titre rétroactif sont habilités à réclamer à l'intéressé le montant de la surindemnisation. A cet effet, ils peuvent réclamer la restitution du montant de leur créance directement aux organes de l'assurance-invalidité, lesquels déduisent ce montant de la somme correspondant aux mensualités de rentes arriérées (art. 20 al. 2 LAVS en corrélation avec l'art. 50 LAI). Par ce moyen, les assureurs-maladie ont la garantie de recevoir directement de l'administration de l'assurance-invalidité les prestations allouées rétroactivement par cette institution qui pourraient conduire à une surindemnisation (ATF 105 V 294<sup>2</sup>). Par ailleurs, l'assuré peut être mis au bénéfice de mesures de réadaptation et percevoir à ce titre des indemnités journalières de l'assurance-invalidité (cf. art. 110 LAMal).

### 3.

Pour refuser le versement des prestations au-delà du 31 octobre 2003, la recourante s'appuie sur l'art. 31 de son règlement de l'assurance des indemnités journalières en cas de maladie, ainsi libellé: «Après une année d'incapacité de travail, la personne assurée a l'obligation de déposer une demande de

<sup>1</sup> voir RAMA 1994 n° K 940 p. 168 ss

<sup>2</sup> voir RJAM 1980 n° 410

rente à l'office AI de son canton de domicile». Elle invoque également l'art. 32 al. 2 let. a de ce même règlement, selon lequel les prestations sont refusées lorsque la personne assurée ne s'acquitte pas de ses obligations dans les délais fixés par HOTELA ou ne suit pas les instructions qui lui sont données. Elle se prévaut enfin de l'art. 43 al. 3 LPGA, relatif à l'obligation de l'assuré de renseigner et de collaborer à l'instruction de la cause, sous peine de non-entrée en matière ou de décision en l'état du dossier.

#### **4.**

**4.1** Sous le régime de la LAMA, l'art. 17 al. 3 de l'ordonnance III sur l'assurance-maladie (Ord. III) prévoyait que les caisses-maladie pouvaient subordonner le versement de leurs prestations à l'annonce du cas auprès de l'assurance-invalidité. Selon la jurisprudence rendue en application de cette disposition, il convenait toutefois, pour empêcher des démarches inutiles, de limiter l'application de cette disposition aux cas où il existait une chance d'obtenir des prestations de l'assurance-invalidité (voir RJAM 1971 p. 149 n° 3). Aussi bien les caisses-maladie ne pouvaient-elles se référer à l'art. 17 al. 3 Ord. III que s'il n'existait pas de doute important sur la concordance de l'incapacité de travail certifiée médicalement et l'incapacité de gain au sens de l'assurance-invalidité. En l'absence d'un tel doute, lorsque l'assuré n'avait pas annoncé le cas conformément à l'art. 17 al. 3 Ord. III, la caisse était autorisée à refuser les indemnités journalières qu'il demandait. Par ailleurs, le retrait d'une annonce à l'assurance-invalidité pouvait, d'après la jurisprudence, correspondre à la renonciation à des prestations (voir RAMA 1984 n° K 574 p. 84 et n° K 575 p. 89; 1992 n° K 897 p. 141).

**4.2** L'art. 17 al. 3 Ord. III a été abrogé avec l'entrée en vigueur de la LAMal. Aucune disposition du même type ne figure dans cette loi ou dans son ordonnance d'exécution. D'autre part, la LPGA, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, règle à son art. 23 la renonciation à prestations d'assurance en ces termes:

- 1 L'ayant droit peut renoncer à des prestations qui lui sont dues. La renonciation peut être en tout temps révoquée pour l'avenir. La renonciation et la révocation font l'objet d'une déclaration écrite.
- 2 La renonciation et la révocation sont nulles lorsqu'elles sont préjudiciables aux intérêts d'autres personnes, d'institutions d'assurance ou d'assistance ou lorsqu'elles tendent à éluder des dispositions légales.
- 3 L'assureur confirme par écrit à l'ayant droit la renonciation et la révocation. L'objet, l'étendue et les suites de la renonciation et de la révocation doivent être mentionnés dans la confirmation.

Cette disposition ne vise que les cas par lesquels une renonciation intervient par écrit (sur les conditions de la renonciation selon l'art. 23 LPGA, voir *Ghislaine Frésard-Fellay*, De la renonciation aux prestations d'assurance sociale [art. 23 LPGA/ATSG], in : Responsabilité civile et assurance [REAS], 5/2002, p. 337 ss). Elle ne règle pas la question d'une renonciation tacite résultant du fait que l'assuré n'exerce pas son droit aux prestations conformément à l'art. 29 al. 1 LPGA (*Ueli Kieser*, ATSG-Kommentar, Zurich 2003, n° 6 ss ad art. 23). En ce qui concerne l'annonce tardive, elle peut entraîner la péremption des droits de l'assuré. Ainsi, en matière d'assurance-invalidité, si l'assuré présente sa demande plus de douze mois après la naissance du droit, les prestations, en dérogation à l'art. 24 al. 1 LPGA, ne sont allouées que pour les douze mois précédant le dépôt de la demande (art. 48 al. 2, première phrase, LAI).

En l'espèce, on se trouve en dehors du cas de figure envisagé par l'art. 23 LPGA. Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner ici quels seraient les incidences d'une renonciation écrite au sens de cette disposition sur les obligations de l'assureur-maladie.

## 5.

**5.1** En matière d'indemnités journalières selon la LAMal, la loi laisse aux assureurs le pouvoir de régler dans leurs conditions générales d'assurance certaines questions qui relèvent essentiellement des prescriptions d'ordre. En tant qu'institutions chargées d'appliquer l'assurance-maladie sociale, les assureurs-maladie sont toutefois tenus de se conformer aux principes généraux, notamment constitutionnels, régissant toute activité administrative, ce qui implique en particulier le respect de l'égalité de traitement et du principe de proportionnalité (voir p. ex. ATF 129 V 53 consid. 1.1<sup>3</sup>).

En l'occurrence, une prescription relative à l'obligation de l'assuré de s'annoncer à l'assurance-invalidité après une année d'incapacité de travail, telle que prévue à l'art. 31 du règlement de la recourante, apparaît admissible, en particulier au regard de la liberté laissée aux assureurs d'élaborer leurs conditions d'assurance en matière d'indemnités journalières. Il s'agit d'une injonction raisonnable, compte tenu du bénéfice que pourrait retirer l'assuré d'éventuelles mesures de réadaptation ordonnée par l'assurance-invalidité après le dépôt de sa demande et des incidences qu'une telle annonce peut avoir sur l'étendue des obligations de l'assureur-maladie.

<sup>3</sup> voir RAMA 2002 n° KV 228 p. 447 ss

**5.2** Par la décision litigieuse, la recourante a refusé le versement de toute prestation à partir du 1er octobre 2003 en application de l'art. 32 al. 2 let. a de son règlement. Le refus de toute prestation d'assurance apparaît excessif au regard du principe de la proportionnalité. Pour rester dans les limites de ce principe, la recourante aurait dû prononcer, en lieu et place d'un refus de prestations, la suspension des indemnités journalières aussi longtemps que l'assuré n'avait pas respecté son obligation de s'annoncer. Dès lors que la recourante avait accordé à l'intimé un délai au 31 octobre 2003 pour s'annoncer à l'assurance-invalidité (cf. courrier de la recourante du 17 octobre 2003) et que celui-ci s'est exécuté le 12 novembre suivant, la seule sanction admissible revenait à suspendre temporairement les indemnités journalières pour la période du 1er au 11 novembre 2003.

Quant à l'art. 43 al. 3 LPGA invoqué par la recourante, il ne lui est d'aucun secours, puisque cette disposition concerne les conséquences de la violation par l'assuré de ses devoirs de renseignement ou de collaboration à l'instruction et non pas l'obligation de s'annoncer à un tiers assureur.

**6.**

Au vu de ce qui précède, le recours n'est que très partiellement fondé. La cause doit être renvoyée à la caisse à laquelle il appartiendra de fixer le montant des prestations qui sont encore dues à l'intimé.

**7.**

Etant donné la nature du litige qui porte sur l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, la procédure est gratuite (art. 134 OJ). Attendu qu'elle a agi en sa qualité d'organisme chargé de tâches de droit public, la recourante ne saurait prétendre une indemnité de dépens pour l'instance fédérale (art. 159 al. 2 OJ; ATF 128 V 133, 126 V 150 consid. 4a). L'intimé, représentée par une avocate, obtient dans une large mesure gain de cause, de sorte qu'il a droit une indemnité de dépens réduite à la charge de la recourante.

**8.**

Une partie n'a pas le droit d'exiger que des sanctions disciplinaires au sens de l'art. 31 OJ soient prises à l'encontre de son adversaire, même si rien ne l'empêche d'attirer l'attention du tribunal sur des procédés téméraires (*Poudret*, COJ I, n. 1 ad art. 31). Par conséquent, la conclusion de l'intimé tendant à la condamnation de la recourante à une amende pour plaideur téméraire est irrecevable en tant que telle. Au surplus, il n'apparaît aucunement que le recours procède d'un manquement aux règles de la bonne foi justifiant une sanction disciplinaire.

# Ospedalizzazione fuori Cantone e assunzione della differenza dei costi

*KV 354 Sentenza del 22 dicembre 2005 (K 194/00)*

- **Il chiaro tenore dell'art 41 cpv 3 LAMal esclude che, nel determinare singolarmente la partecipazione ai costi del Cantone di domicilio, le tariffe e i prezzi posti a fondamento della singola fatturazione possano essere sottoposti, in maniera generale e astratta, a un esame di ammissibilità e proporzionalità (cons. 3.2).**
- **Der klare Wortlaut von Art. 41 Abs. 3 KVG schliesst aus, dass die Tarife und Preise, die für die Erstellung der einzelnen Rechnung angewendet wurden, bei der individuellen Festlegung der Kostenbeteiligung des Wohnkantons einer generellen und abstrakten Zulässigkeits- und Verhältnismässigkeitsprüfung unterzogen werden (Erw. 3.2).**
- **La teneur claire de l'art. 41, al. 3, LAMAL exclut que, dans la détermination individuelle de la participation du canton de résidence aux coûts, les tarifs et les prix sur la base desquels la facturation concrète a été faite puissent être soumis, de manière générale et abstraite, à un examen d'admissibilité et de proportionnalité (cons. 3.2).**

Estratto dei considerandi:

## 1.

**1.1** Oggetto del contendere è l'entità dell'importo che l'EOC [Ente Ospedaliero Cantonale] è tenuto a rimborsare all'Helsana per la degenza di L.. Controverse sono in particolare le modalità di fatturazione stabilite dal tariffario zurighese e poste a fondamento della fattura saldata dall'Helsana, nei confronti della quale l'EOC ha sollevato diverse eccezioni – in gran parte tutelate dalla Corte cantonale – originariamente opponibili al fornitore delle prestazioni. Non contestati sono per contro i motivi medici giustificanti il ricovero fuori Cantone dell'interessata né il principio in base al quale il Cantone di domicilio dell'assicurata è chiamato ad assumersi una quota parte per tale degenza.

**1.2** Con l'entrata in vigore, il 1° gennaio 2003, della legge federale sulla parte generale del diritto delle assicurazioni sociali (LPGA) del 6 ottobre 2000, sono state apportate diverse modifiche all'ordinamento in materia di assicurazione

contro le malattie. Nel caso in esame, tuttavia, si applicano le disposizioni in vigore fino al 31 dicembre 2002, poiché da un punto di vista temporale sono di principio determinanti le norme in vigore al momento della realizzazione dello stato di fatto (in concreto: la degenza ospedaliera a Zurigo nel maggio 1998) che deve essere valutato giuridicamente o che produce conseguenze giuridiche (DTF 130 V 329).

## **2.**

**2.1** I fornitori di prestazioni stendono le loro fatture secondo tariffe o prezzi (art. 43 cpv. 1 LAMal). Le tariffe e i prezzi sono stabiliti per convenzione tra gli assicuratori e i fornitori di prestazioni (convenzione tariffale) oppure dalle autorità competenti nei casi previsti dalla legge (art. 43 cpv. 4 prima frase LAMal). Se non esiste alcuna convenzione tariffale per una cura ambulatoriale dell'assicurato fuori del suo luogo di domicilio o di lavoro e relativi dintorni oppure per la cura ospedaliera o semiospedaliera dell'assicurato fuori del suo Cantone di domicilio, il governo del Cantone in cui il fornitore di prestazioni è installato in modo permanente stabilisce la tariffa (art. 47 cpv. 2; cfr. pure RAMI 2004 no. KV 266 pag. 25, in cui si ribadisce che, in virtù del principio della territorialità, per la fissazione della tariffa è competente il governo del Cantone dove si trova l'ospedale, sia per i pazienti domiciliati nel Cantone che per quelli provenienti da altri Cantoni).

**2.2** L'assunzione, nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie, delle spese in caso di trattamento stazionario è regolata dall'art. 41 LAMal. Tale norma dispone, per quanto di rilievo nella presente vertenza, che, se per motivi d'ordine medico, l'assicurato ricorre a un altro fornitore di prestazioni, la remunerazione è calcolata secondo la tariffa applicabile a questo fornitore di prestazioni. Sono in particolare considerati motivi d'ordine medico i casi d'urgenza e quelli in cui le necessarie prestazioni non possono essere dispensate nel Cantone di domicilio dell'assicurato o in un ospedale fuori da questo Cantone che figura nell'elenco allestito dal Cantone di domicilio dell'assicurato, giusta l'art. 39 cpv. 1 lett. e, se si tratta di cura ospedaliera o semiospedaliera (cpv. 2). Se, per motivi di ordine medico, l'assicurato ricorre ai servizi di un ospedale pubblico, o sussidiato dall'ente pubblico, situato fuori dal suo Cantone di domicilio, il Cantone di domicilio assume la differenza tra i costi fatturati e quelli corrispondenti alle tariffe applicabili agli abitanti del Cantone ove si trova il suddetto ospedale. In questo caso, il diritto di regresso giusta l'articolo 79 si applica per analogia al Cantone di domicilio. Il Consiglio federale disciplina i particolari (cpv. 3,

obbligo di compensazione o di assunzione della differenza dei costi: DTF 130 V 218 consid. 1.1.1<sup>1</sup>).

L'obbligo del Cantone di domicilio di assumersi la differenza dei costi giusta la normativa di cui si tratta sussiste, di principio, anche qualora l'assicurato soggiorni nel reparto semiprivato o privato di un ospedale, essendo sufficiente al riguardo che l'istituto di cura – o il rispettivo reparto – sia al beneficio, quale fornitore di prestazioni, di un'autorizzazione ai sensi dell'art. 39 cpv. 1 LAMal e che il trattamento in un nosocomio situato fuori dal Cantone di domicilio dell'assicurato si sia reso necessario per motivi d'ordine medico (DTF 123 V 290<sup>2</sup>).

**2.3** Le cause aventi per oggetto l'interpretazione e l'applicazione dell'art. 41 cpv. 3 LAMal rientrano nel campo del diritto delle assicurazioni sociali ai sensi dell'art. 128 OG. Competente a dirimerle in ultima istanza è quindi il Tribunale federale delle assicurazioni (DTF 130 V 219 consid. 2.1, 123 V 290).

Il pagamento imposto al Cantone di domicilio dell'assicurato secondo l'art. 41 cpv. 3 LAMal costituisce una prestazione finanziaria a scopo vincolato ai sensi del diritto sui sussidi, la quale non rientra nella nozione di prestazioni assicurative giusta l'art. 132 OG (DTF 123 V 292). Il Tribunale federale delle assicurazioni deve pertanto limitarsi ad esaminare se il giudizio di primo grado abbia violato il diritto federale, compreso l'eccesso o l'abuso del potere d'apprezzamento, oppure se l'accertamento dei fatti sia manifestamente inesatto, incompleto od avvenuto violando norme essenziali di procedura (art. 132 OG in relazione con gli art. 104 lett. a e b e 105 cpv. 2 OG).

**2.4** Nella lite concernente il pagamento della differenza dei costi previsto dall'art. 41 cpv. 3 LAMal, accanto al Cantone di domicilio, è in primo luogo l'assicurato, nella sua veste di debitore della remunerazione dovuta per le, prestazioni effettuate dall'ospedale (sistema del terzo garante), ad avere qualità di parte. Qualità di parte ha pure l'assicuratore, qualora, conformemente ad una convenzione stipulata con l'ospedale interessato, sia debitore dell'intera remunerazione o abbia, quale garante, pagato la fattura per la degenza (sistema del terzo pagante; DTF 123 V 298 seg. consid. 4; cfr. pure DTF 130 V 219 consid. 2.3 e la sentenza del 26 aprile 2005 in re S., K 39/04, consid. 3.1.2).

<sup>1</sup> vedi RAMI 2004 n. KV 281 p. 202 segg.

<sup>2</sup> vedi RAMI 1998 n. KV 20 p. 13 segg.

**2.5** Secondo l'art. 129 cpv. 1 lett. b OG il ricorso di diritto amministrativo non è ammissibile contro decisioni in materia di tariffe. Tuttavia secondo la giurisprudenza, il ricorso di diritto amministrativo è irricevibile solo se presentato contro decisioni di fissazione o approvazione di un tariffario nel suo insieme oppure nel caso in cui è diretto contro clausole tariffali particolari in quanto tali. Il ricorso di diritto amministrativo è invece ammissibile avverso decisioni prese nel caso concreto in applicazione di una tariffa. Nondimeno, anche in questa evenienza, il Tribunale federale delle assicurazioni non può pronunciarsi su tutte le posizioni tariffarie in questione, e nemmeno sulla relazione intercorrente tra le stesse, esso dovendosi piuttosto limitare a controllare la legalità della posizione tariffaria incriminata, applicata in un caso ben determinato (DTF 131 V 69 consid. 1<sup>3</sup>, 126 V 344 consid. 1<sup>4</sup>, 125 V 104 consid. 3b<sup>5</sup> e giurisprudenza citata).

### **3.**

**3.1** Come dimostrano peraltro anche le dichiarazioni rese sia in sede di risposta che in occasione dello scritto 31 agosto 2003, secondo cui il presente caso configurerebbe una causa «pilota» per un grande numero di vertenze analoghe, le eccezioni sollevate dall'EOC, e tutelate in buona parte dalla Corte cantonale, tendono, a ben vedere – anche se non direttamente, bensì in via pregiudiziale, nell'ambito di una procedura di assunzione della differenza dei costi, rispettivamente di rimborso –, a un'impugnazione del tariffario zurighese in quanto tale. Ora, simile modo di procedere non merita protezione. Non si può infatti ammettere che il Cantone Ticino, che peraltro nemmeno ha tentato – sempre che ne fosse legittimato – di adire la via del ricorso diretto al Consiglio federale (art. 53 LAMal) contro la determinazione, da parte del Consiglio di Stato zurighese, della tariffa per i pazienti extracantonali, possa ora sottoporre la stessa a un esame di natura generale-astratta facendo capo a una procedura (quella appunto del pagamento della differenza dei costi giusta l'art. 41 cpv. 3 LAMal) non preposta a questo tipo di verifica.

**3.2** Il tenore letterale dell'art. 41 cpv. 3 LAMal è chiaro in tutte le sue versioni linguistiche. Dovuta è la differenza tra i costi fatturati («in Rechnung gestellten Kosten», «les coûts facturés») e quelli corrispondenti alle tariffe applicabili agli abitanti del Cantone ove si trova l'ospedale in questione. Simile formulazione esclude che, nel determinare singolarmente la partecipazione ai costi del Cantone di domicilio, le tariffe e i prezzi posti a fondamento della singola fatturazione possano essere sottoposti, in maniera generale e astrat-

<sup>3</sup> vedi RAMI 2005 n. KV 323 p. 97 segg.

<sup>4</sup> vedi RAMI 2001 n. KV 149 p. 58 segg.

<sup>5</sup> vedi RAMI 1999 n. KV 77 p. 310 segg.

ta, a un esame di ammissibilità e proporzionalità. I tribunali, infatti, nell'ambito della procedura di cui all'art. 41 cpv. 3 LAMal, nemmeno dispongono dei mezzi necessari per esaminare la correttezza di tariffe (parzialmente) risultanti anche da considerazioni di natura politica e quindi difficilmente accessibili a controllo giurisdizionale (DTF 116 V 133 consid. 2a).

**3.3** Normalmente, la prassi in caso di ospedalizzazione extracantonale prevede che il medico curante dell'assicurato inoltra una domanda al competente servizio cantonale (per il Cantone Ticino: all'Ufficio del medico cantonale) tramite un apposito modulo ufficiale ideato dalla Conferenza dei direttori cantonali della sanità. Sulla base delle indicazioni fornite, il servizio cantonale decide sull'emissione della garanzia finanziaria dei costi di degenza a carico del Cantone (cfr. ad es. il Messaggio 20 marzo 1996, no. 4504, del Consiglio di Stato del Cantone Ticino concernente alcuni emendamenti al disegno di Legge cantonale di applicazione della legge, federale sull'assicurazione malattie). Se rilascia la chiesta garanzia mediante il predetto formulario, sul quale dev'essere indicato l'ospedale di destinazione, il Cantone non può più rimettere successivamente in discussione la tariffa applicata. Ora, è pur vero che nel caso concreto, a causa dell'allora pronunciato «Aufnahmestopp» degli ospedali universitari zurighesi, agli atti vi è unicamente la domanda di garanzia, ma non anche la garanzia stessa. Ciò non toglie tuttavia che avendo comunque il Cantone Ticino designato il menzionato nosocomio nel proprio elenco ospedaliero e avendolo così di principio riconosciuto quale ospedale di destinazione per i suoi pazienti, esso non ne può contestare le tariffe nell'ambito della procedura di cui all'art. 41 cpv. 3 LAMal.

**3.4** Occorre quindi pure considerare che la fatturazione configura «soltanto» un parametro per la determinazione della differenza dei costi a carico del Cantone secondo l'art. 41 cpv. 3 LAMal. La fatturazione, emessa sulla base di una specifica tariffa, precede l'avvio della procedura di cui all'art. 41 cpv. 3 LAMal la quale non può essere utilizzata per risolvere controversie per le quali sono a disposizione altri rimedi giuridici (quelli cantonali giusta gli art. 86 e 89 LAMal, con possibilità di ricorso al Tribunale federale delle assicurazioni, ed eventualmente quello federale di cui all'art. 53 LAMal). Fatturazione da parte del fornitore di prestazioni e obbligo di assunzione della differenza dei costi da parte del Cantone di domicilio sono due cose differenti che vanno distinte tra loro, dal profilo della competenza come pure della procedura.

**3.5** Non va inoltre dimenticato che l'art. 49 cpv. 1 LAMal fissa delle quote di copertura unicamente per gli abitanti del Cantone di sede dell'ospedale. Tale norma e la protezione tariffale che ne deriva non sono per contro invocabili per l'ospedalizzazione di pazienti extracantonali. Diversamente, l'obbligo di

assunzione della differenza dei costi sancito dall'art. 41 cpv. 3 LAMal non avrebbe alcun senso. La normativa prevista dall'art. 49 cpv. 1 LAMal determina unicamente, ma pur sempre, che le tariffe per pazienti provenienti da un altro Cantone nel reparto comune d'ospedali pubblici o sussidiati dall'ente pubblico possono essere più elevate rispetto a quelle valide per gli abitanti del Cantone di sede del nosocomio. In relazione ai pazienti extracantonali i Cantoni sono liberi, nei limiti fissati dalla legge, di stabilire delle tariffe e dei prezzi a copertura dei costi (cfr. pure DTF 123 V 306 seg. e BU CS 1992 1308, dove si fa appello alla ragionevolezza dei Cantoni per la determinazione di tali tariffe).

Ad ogni buon conto, con riferimento al caso di specie, si osserva che, nella sua decisione del 13 agosto 1997, il Consiglio federale, dopo avere tenuto conto anche della presa di posizione (successiva, in sede ricorsuale) del sorvegliante dei prezzi (sul suo ruolo nell'ambito del controllo tariffale dal profilo dell'equità e dell'economicità [art. 43 cpv. 3 e art. 46 cpv. 4 LAMal] cfr. DTF 123 V 287<sup>6</sup> e 306), ha stabilito una quota di copertura per i soli abitanti del Cantone del 46 % e, quindi, una tassa di fr. 450.– in caso di trattamento presso l'Ospedale X.. Il che corrisponde a un importo di fr. 978.– per una quota di copertura del 100 %. Ora, la «Grundtaxe per pazienti svizzeri («Schweizerische Patienten») è stata fissata in fr. 998.– (decisione 30 novembre 1995 della «Gesundheitsdirektion» del Cantone Zurigo «über die ab 1. Januar geltenden Taxen in den kantonalen Krankenhäusern»), e quindi, senza necessità di correttivo da parte del giudice, solo in maniera leggermente superiore rispetto a quella applicabile ai pazienti cantonali. Da risolvere rimarrebbe pertanto unicamente la questione di sapere se le cosiddette «Zusatztaxen» che, conformemente alla «Taxordnung der kantonalen Krankenhäuser» del 1° aprile 1992, sono state ulteriormente computate, debbano essere pagate dal Cantone Ticino. Come detto, la protezione tariffale dell'art. 49 cpv. 1 LAMal non è applicabile in caso di ospedalizzazione extracantonale. Di principio, pertanto, nulla si opporrebbe a un addebito, a carico dell'EOC, di tali «Zusatztaxen».

**3.6** Dato quanto precede, si deve ritenere che le tariffe zurighesi per pazienti extracantonali che l'EOC cerca ora di rimettere in discussione sono legalmente valide e applicabili.

#### **4.**

Di transenna si rileva inoltre che anche qualora si volesse qualificare la presente vertenza quale ricorso avverso una decisione presa nel caso concre-

<sup>6</sup> vedi RAMI 1998 n. KV 19 p. 6 segg.

to in applicazione di una tariffa (consid. 2.5), l'esito non muterebbe. In tale evenienza, il Tribunale federale delle assicurazioni sarebbe infatti comunque unicamente abilitato a controllare la legalità della posizione tariffaria incriminata (DTF 131 V 69 consid. 1 con riferimenti).

**4.1** Indipendentemente dalla circostanza che il sorvegliante dei prezzi abbia o meno, su tale preciso aspetto, potuto esprimere il proprio parere (art. 14 LSPr; sull'applicabilità della LSPr alle tariffe stabilite secondo la LAMal cfr. ad es. DTF 123 V 287 consid. 6b con riferimenti), la tariffa contestata (relativa ai pazienti extracantonali) non potrebbe essere dichiarata illegale e inapplicabile.

**4.2** Simile parere non avrebbe infatti comunque vincolato l'autorità competente, la quale, per quanto disposto dall'art. 14 cpv. 2 LSPr, avrebbe anche potuto scostarsene. Inoltre, pur tutelando questo presupposto l'interesse anche di quei Cantoni, che, senza partecipare direttamente alla determinazione delle tariffe, ne risulta(va)no quantomeno toccati in qualità di potenziali debitori ai sensi dell'art. 41 cpv. 3 LAMal (DTF 123 V 306), esso interesse si sarebbe sovrapposto a quello degli assicuratori malattia chiamati a rispondere per trattamenti extracantonali non indicati dal profilo medico, ma pur sempre assicurati. Orbene, in caso di determinazione tariffale inadeguata ci si poteva legittimamente attendere che quantomeno gli assicuratori malattia facessero uso della possibilità di ricorso di cui all'art. 53 LAMal. Se ciò non è stato fatto, non vi è motivo per riesaminare nell'ambito di altre procedure, in via pregiudiziale, una fatturazione conforme a tali tariffe.

**4.3** A ciò si aggiunge che il presente complesso tariffario è stato emanato prima dell'entrata in vigore, il 1° gennaio 1996, della LAMal. Ora, benché anche allora la prassi riconoscesse l'applicabilità di principio della LSPr a simili tariffe (cfr. ad es. GAAC 56/1992 no. 44 pag. 341, e no. 45 pag. 354), è solo in seguito a una circolare del 9 aprile 1996 inviata a tutti i Cantoni che il Sorvegliante dei prezzi sembra essersi ripromesso di fare (maggiormente) uso del suo diritto di raccomandazione esortando la comunicazione di tutte le tariffe prima della loro emanazione, rispettivamente prima della loro approvazione (RAMI 1997 no. KV 5 pag. 136). È di fatto solo con l'introduzione dell'obbligo assicurativo della LAMal e a seguito dell'esplosione dei costi che la posizione del Sorvegliante dei prezzi ha assunto, nel presente ambito, una rilevanza particolare (cfr. ad es. pure il rapporto annuo 1996 del Sorvegliante dei prezzi, pag. 16, stante il quale quest'ultimo si sarebbe pronunciato per la prima volta, nel trascorso anno, a proposito di specifiche tariffe ospedaliere nell'ambito dell'assicurazione malattia). Prima dell'entrata in vigore della LAMal la sua (mancata) consultazione non rivestiva per contro la stessa importanza (anche poco dopo l'entrata in vigore della LAMal, il Consiglio federale ha dato prova

di una certa flessibilità, ammettendo ad es. la possibilità di sanare la mancata precedente consultazione del Sorvegliante dei prezzi nell'ambito della procedura di ricorso: RAMI 1997 no. KV 8 pag. 232).

Questa osservazione acquista maggior valore nel caso di specie se si considera che la contestazione della parte resistente riguarda in definitiva le disposizioni relative alla «Zusatztaxe», emanate nel 1992 («Taxordnung der kantonalen Krankenhäuser» del 1° aprile 1992), rispettivamente nel 1994 («Verfügung der Gesundheitsdirektion über den Vollzug der Taxordnung der kantonalen Krankenhäuser» del 30 novembre 1994). Per quanto concerne invece la «Grundtaxe» relativa ai pazienti svizzeri, già si è detto (consid. 3.5) che essa è stata fissata solo in maniera leggermente superiore, e quindi senza necessità di correttivo da parte del giudice, rispetto alla tariffa applicabile ai pazienti cantonali.

**4.4** Alla luce delle suesposte considerazioni, il Tribunale federale delle assicurazioni non ritiene di conseguenza possibile e necessario mettere in discussione, nell'ambito della presente procedura di applicazione dell'art. 41 cpv. 3 LAMal, la validità della tariffa in parola per il fatto che il Sorvegliante dei prezzi non sarebbe stato consultato.

## **5.**

Per il resto si osserva che il Cantone Ticino – che peraltro continua a fare figurare sul suo elenco degli istituti autorizzati ad esercitare a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie l'Ospedale X. (v. Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi del 2 novembre 2001 [BU 50/2001, pag. 349 e 354]; cfr. pure il nuovo decreto legislativo 29 novembre 2005 concernente l'elenco degli istituti autorizzati ad esercitare a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie [FU 96/2005, del 2 dicembre 2005, pag. 7971 segg.]) – non è obbligato a subire passivamente le tariffe e i prezzi – ritenuti sproporzionati – applicati dal Cantone Zurigo per pazienti extracantonali. Il Cantone Ticino può ad es. contrastare le conseguenze della perequazione finanziaria di cui all'art. 41 cpv. 3 LAMal mediante la conclusione di accordi ospedalieri intercantonali. A ciò si aggiunge che ogni Cantone, in presenza dell'indicazione medica, può in buona parte influenzare, anche dal profilo finanziario, la prassi dei ricoveri dei suoi abitanti in istituti ospedalieri fuori Cantone grazie all'intervento del proprio servizio medico. Di nessun ausilio si rivela per contro, come giustamente fatto notare dall'autorità di vigilanza in sede di osservazioni al ricorso, l'ammissione di un ospedale extracantonale nel proprio elenco ospedaliero, tale circostanza non modificando in alcun modo l'obbligo di assunzione della differenza dei costi.

**6.**

Accogliendo, in buona parte, le eccezioni sollevate dall'EOC avverso il sistema tariffario del Cantone Zurigo, i primi giudici hanno ecceduto nel proprio potere d'apprezzamento. La pronuncia cantonale dev'essere di conseguenza modificata e la domanda ricorsuale ammessa, l'EOC dovendo rimborsare all'Helsana fr. 10'424.60, importo risultante dalla differenza tra i costi fatturati dall'Ospedale X. a carico dell'assicurazione malattie obbligatoria (fr. 12'674.60) e quelli corrispondenti alla tariffa applicabile agli abitanti del Cantone Zurigo (fr. 450 giornalieri per cinque giorni, pari a un importo complessivo di fr. 2'250.-).

...

# Verwaltungsgerichtsbeschwerde betreffend Spitalliste

*KV 355 Urteil des EVG vom 28. Dezember 2005 (K 71/05)*

- **Bestätigung der Rechtsprechung nach BGE 126 V 172<sup>1</sup>, wonach die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen einen ablehnenden Beschwerdeentscheid des Bundesrates betreffend eine Spitalliste unzulässig ist und die Nichtaufnahme (bzw. hier: die Aufnahme mit weniger als der beantragten Bettenzahl) eines Spitals in die kantonale Spitalliste auch ausserhalb des Anwendungsbereiches von Art. 6 Ziff. 1 EMRK liegt. Dies gilt ebenso in Bezug auf Betten, die ausschliesslich für zusatzversicherte Patienten in Privatspitälern vorgesehen sind.**
- **Confirmation de la jurisprudence établie par l'ATF 126 V 172<sup>2</sup> selon laquelle, d'une part, le recours de droit administratif n'est pas ouvert contre une décision (sur recours) négative du Conseil fédéral en matière de liste des hôpitaux et, d'autre part, le refus d'inclure un hôpital dans la liste des hôpitaux cantonale (respectivement ici : une admission avec moins de lits que le nombre demandé) n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 6 par. 1 CEDH. Cela vaut aussi en cas de lits uniquement prévus pour des patients au bénéfice d'une assurance complémentaire dans des hôpitaux privés.**
- **Conferma della giurisprudenza in DTF 126 V 172<sup>3</sup> secondo cui non è aperta la via del ricorso di diritto amministrativo avverso una pronuncia negativa resa su ricorso dal Consiglio federale in materia di elenchi degli stabilimenti ospedalieri, da un lato, e giusta la quale il rifiuto di ammettere un ospedale nell'elenco cantonale degli stabilimenti (rispettivamente, in concreto, l'ammissione con un numero di letti inferiore a quello richiesto) non rientra nel campo d'applicazione dell'art. 6 n. 1 CEDU, dall'altro lato. Ciò vale pure per quel che concerne letti previsti unicamente per pazienti che dispongono di un'assicurazione complementare in ospedali privati.**

<sup>1</sup> siehe RKUV 2000 Nr. KV 122 S. 202 ff.

<sup>2</sup> voir RAMA 2000 n° KV 122 p. 202 ss

<sup>3</sup> vedi RAMI 2000 n. KV 122 p. 202 segg.

I.

**A.**

Mit Beschluss vom 16. Dezember 1997 hatte der Regierungsrat des Kantons Y. eine Spitalliste erlassen, in die auch die von der Klinik X. AG betriebene Klinik X. (nachfolgend: Klinik) mit 50 Betten, zuzüglich Säuglings- und Spezialbetten, aufgenommen wurde. Nachdem die Klinik verschiedentlich bekundet hatte, zum Auffangen saisonaler Schwankungen bis zu 66 Betten zu betreiben, eröffnete die Gesundheitsdirektion des Kantons Y. ein Verfahren zur Frage der Planbettenzahl. In diesem Verfahren vertrat die Klinik die Auffassung, im Bereich der Zusatzversicherungen hätten die Privatspitäler Anspruch auf Aufnahme in die Spitalliste. Mit Beschluss vom 27. Mai 2003 erwog der Regierungsrat, soweit die Klinik mit 66 Betten saisonale Schwankungen auffangen wolle, sei darin eine unzulässige Umgehung der Spitalliste zu erblicken. Er beschloss, der Planbettenbestand von 50 Betten entspreche der maximalen Anzahl Betten über alle Versicherungsklassen, welche die Klinik betreiben dürfe, unabhängig von Liegeklasse, Versicherungsdeckung und Patientenströmen. Zugleich forderte er die Klinik auf, den Kapazitätsbeschränkungen gemäss Spitalliste innert vier Monaten uneingeschränkt Beachtung zu schenken.

**B.**

Gegen diesen Beschluss erhob die Klinik X. AG am 1. Juli 2003 Beschwerde an den Schweizerischen Bundesrat und beantragte Aufhebung des angefochtenen Beschlusses. Eventualiter sei die Sache zur neuen Behandlung an den Regierungsrat zurückzuweisen, verbunden mit der Feststellung, dass dessen Beschluss in Widerspruch zu den Grundsätzen des Spitalplanungsverfahrens gemäss Art. 39 KVG stehe, und dass die Klinik auf Grund der geltenden Spitalliste von 1997 berechtigt sei, mehr als 50 Planbetten (exklusive Säuglings- und Spezialbetten) zu betreiben, soweit damit nicht die Zahl von 50 Betten für die ausschliesslich obligatorisch Krankenpflegeversicherten überstiegen werde. Der Bundesrat wies die Beschwerde mit Entscheid vom 13. April 2005 ab und gewährte der Klinik ab diesem Datum eine Anpassungsfrist von vier Monaten.

**C.**

Die Klinik X. AG führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragt, soweit die Beschwerde vom 1. Juli 2003 betreffend, sei der Entscheid des Bundesrates vollumfänglich aufzuheben, und es sei festzustellen, dass dem Kanton Y. im Bereich der «Zusatzversicherungsbetten» keine Planungshoheit zustehe. Eventualiter sei die Sache zur neuen Behandlung an den Bundesrat zurückzuweisen, verbunden mit der Feststellung, dass der angefochtene

Entscheid in Widerspruch zu den Grundsätzen des Spitalplanungsverfahrens gemäss Art. 39 KVG stehe, und dass die Klinik auf Grund der geltenden Spitalliste von 1997 berechtigt sei, mehr als 50 Planbetten zu betreiben, soweit damit nicht die Zahl von 50 Betten für die ausschliesslich obligatorisch Krankenpflegeversicherten überstiegen werde. In prozessualer Hinsicht beantragt die Klinik, vorab sei über die Frage des Eintretens auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu entscheiden; allenfalls sei im Meinungsaustausch mit dem Schweizerischen Bundesgericht Beschluss über die Frage der Zuständigkeit zu fassen. Zudem sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu gewähren, eventualiter sei dem Feststellungsbegehren im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu entsprechen.

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement und das Bundesamt für Gesundheit verzichten auf eine Stellungnahme. Die Gesundheitsdirektion des Kantons Y. namens des Regierungsrates sowie *santésuisse* beantragen, auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen; das Gesuch um aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen sei abzuweisen.

#### **D.**

Mit prozessleitender Verfügung vom 17. Oktober 2005 hat der Vorsitzende der III. Kammer des Eidgenössischen Versicherungsgerichts das Gesuch um aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen abgewiesen.

#### **E.**

Mit Replik vom 25. November 2005 bekräftigt die Klinik X. AG ihren Standpunkt und ergänzt ihre Anträge.

### **II.**

Das Eidgenössische Versicherungsgericht ist aus den folgenden Erwägungen auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht eingetreten.

#### **1.**

Gegen Beschlüsse einer Kantonsregierung über die Spitalliste kann Beschwerde an den Bundesrat erhoben werden (Art. 53 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 39 KVG). Das Eidgenössische Versicherungsgericht beurteilt auf dem Gebiete der Sozialversicherung – unter Vorbehalt der in Art. 129 OG genannten Ausnahmen, wozu Verfügungen über Spitallisten nicht gehören – letztinstanzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und die

Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand haben (sowie entsprechende Feststellungen und die Abweisung bzw. das Nichteintreten auf solche Begehren; Art. 128 in Verbindung mit Art. 97 Abs. 1 OG). Zulässig sind Verwaltungsgerichtsbeschwerden indessen nur, wenn sie sich gegen Verfügungen von Vorinstanzen, die in Art. 98 lit. b-h OG abschliessend genannt sind, richten (Art. 128 OG; BGE 125 II 424 Erw. 4c). Dazu gehört der Bundesrat nicht. Auch die staatsrechtliche Beschwerde steht nicht offen (Art. 84 Abs. 1 und 2 OG). Gegen Verfügungen des Bundesrates ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht somit nur im hier nicht gegebenen Fall von Art. 98 lit. a OG zulässig, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidgenössische Versicherungsgericht ist ganz ausgeschlossen (vgl. BGE 126 V 179 Erw. 5c).

## **2.**

In Kenntnis dieser Rechtslage bekräftigt die Beschwerdeführerin ihren Standpunkt, dass gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK ein gerichtlicher Rechtsschutz möglich sein müsse, und darum die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ungeachtet des entgegenstehenden innerstaatlichen Rechts zulässig sei.

**2.1** Das Bundesgericht ist in BGE 125 II 417 entgegen dem innerstaatlichen Recht auf eine Beschwerde gegen einen Entscheid des Bundesrates eingetreten, weil auf Grund von Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine gerichtliche Überprüfung möglich sein müsse (a.a.O., Erw. 4d). Voraussetzung für ein derartiges Vorgehen ist, dass es sich bei der im Streit liegenden Rechtssache um eine zivilrechtliche Angelegenheit im Sinne dieser Bestimmung handelt (BGE 131 I 14 Erw. 1.1). **2.2** In Bezug auf die Nichtaufnahme in die kantonale Spitalliste hat das Eidgenössische Versicherungsgericht in BGE 126 V 182 Erw. 6d ausgeführt, es liege diesbezüglich kein «Anspruch» im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vor, weshalb eine entsprechende Streitigkeit nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung falle. Im Unterschied zu dem damals zu beurteilenden Fall beantragt hier die Beschwerdeführerin nicht die Aufnahme in eine Spitalliste A oder die Zulassung als Leistungserbringerin für obligatorisch Krankenpflegeversicherte, sondern sie bestreitet die Kompetenz der Kantone, im Rahmen der Spitalplanung die ausschliesslich für zusatzversicherte Personen vorgesehene Bettenzahl zu begrenzen.

## **2.3**

**2.3.1** Nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen eine gerichtliche Beurteilung möglich ist. Der Begriff der zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen ist dabei nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts entsprechend der Praxis der Strassburger Organe und

unabhängig vom Landesrecht auszulegen (BGE 131 V 469 Erw. 2.4; 130 I 394 Erw. 5.1; 129 I 210 mit Hinweisen).

**2.3.2** Die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK setzt voraus, dass ein «Anspruch» (französisch: «droit», italienisch: «diritto», englisch: «right») besteht. Die EMRK enthält nicht selber Rechte im Sinne dieser Bestimmung, sondern stellt darauf ab, ob das landesinterne Recht solche Rechte anerkennt (BGE 125 I 216 Erw. 7a mit Hinweisen; *Haefliger/Schürmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 136). Dazu ist erforderlich, dass Existenz, Inhalt, Umfang oder Art der Ausübung von aus dem innerstaatlichen Recht ableitbaren subjektiven Rechten oder Verpflichtungen privatrechtlicher Natur im Streit liegen; die Streitigkeit muss echt und ernsthafter Natur sein und deren Ausgang sich für den zivilrechtlichen Anspruch als unmittelbar entscheidend erweisen; bloss weit entfernte Auswirkungen reichen nicht aus (Urteil S. AG und andere c. Schweiz vom 31. August 2004, 46841/99; BGE 131 I 14 Erw. 1.2, 130 I 323 Erw. 3.1.1, 394 Erw. 5.1). Dass die Behörden bei der Beurteilung der Voraussetzungen, unter denen ein Recht ausgeübt werden kann, einen gewissen Beurteilungsspielraum haben, schliesst die Annahme eines Anspruchs nicht aus (Urteile H. g. Belgien vom 30. November 1987, Serie A Bd. 127, § 43, *Mats Jacobsson* g. Schweden vom 28. Juni 1990, Serie A Bd. 180, § 32). Fällt hingegen die Behörde einen Ermessensentscheid in einem Bereich, in dem überhaupt kein Rechtsanspruch besteht, so liegt kein Anspruch im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vor (BGE 127 I 121 f. Erw. 5b/bb mit Hinweisen auf Anwendungsfälle). Der blosser Umstand, dass auch die Ermessensausübung gewissen rechtlichen Schranken unterliegt, vermag die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht zu begründen (BGE 125 II 312 Erw. 5b). So hat zum Beispiel der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK verneint in einem Streit um die Erteilung einer Radiokonzession, weil nach Art. 10 Abs. 2 RTVG kein Anspruch auf eine solche Konzession besteht (a.a.O. Urteil S. AG). Ebenso wenig ist Art. 6 Ziff. 1 EMRK anwendbar auf die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen für die Benützung des öffentlichen Grundes (BGE 125 I 217 Erw. 7b), obwohl solche Entscheide Auswirkungen auf die wirtschaftliche Tätigkeit von Unternehmen haben können und dabei verfassungsmässige Grundsätze wie zum Beispiel die Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden oder die Wettbewerbsneutralität zu beachten sind (BGE 128 I 145 Erw. 4.1 mit Hinweisen). Der blosser Umstand, dass eine staatliche Tätigkeit Reflexwirkungen auf die Ausübung einer rechtlich geschützten Tätigkeit hat, führt noch nicht zur Annahme einer zivilrechtlichen Streitigkeit, jedenfalls solange dadurch die bestimmungsgemässe Ausübung dieser Tätigkeit nicht verunmöglicht oder in unzumutbarer Weise erschwert wird (BGE 131 I 17 Erw. 1.3.5, 125 I 420 Erw.

2b). So fällt zum Beispiel ein Entscheid über die materielle Beurteilung von Prüfungsergebnissen nicht unter Art. 6 Ziff. 1 EMRK, auch wenn davon die Möglichkeit abhängt, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit ausüben zu können (BGE 131 I 470 ff. Erw. 2.6-2.9; BGE 128 I 294 Erw. 2.7; nicht veröffentlichtes Urteil 2P.113/2003 vom 15. September 2003 Erw. 4.2). Die von der Beschwerdeführerin unter Hinweis auf *Andreas Kley-Struller* (in AJP 1999 S. 1492 f., im Rahmen einer Besprechung von BGE 125 II 417) geäußerte Auffassung, Art. 6 EMRK verlange keinen innerstaatlichen Rechtsanspruch, widerspricht sowohl dem Wortlaut der EMRK als auch der Rechtsprechung.

## 2.4

**2.4.1** Die Schweiz kennt ein dualistisches System der Krankenversicherung: Die für die gesamte Bevölkerung obligatorische Krankenpflegeversicherung (nachfolgend auch: Grundversicherung) deckt als Sozialversicherung die Grundbedürfnisse (Art. 1a, 3 und 24 ff. KVG). Die Prämientarife unterliegen einer staatlichen Genehmigung (Art. 61 Abs. 5 KVG). Für Personen in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen wird die Prämie durch staatliche Mittel verbilligt (Art. 65-66 KVG). Daneben gibt es eine freiwillige Zusatzversicherung, welche weitergehende Bedürfnisse abdeckt und ausschliesslich dem Privatrecht untersteht. Spitäler unterhalten in der Regel eine allgemeine Abteilung, in welcher die durch die Grundversicherung finanzierten Leistungen erbracht werden (Art. 25 Abs. 2 lit. e KVG), und Privat- oder Halbprivatabteilungen, in denen die durch Zusatzversicherungen finanzierten weiteren Leistungen erbracht werden. Art. 39 Abs. 1 KVG verpflichtet die Kantone zu einer Spitalplanung und zur Erstellung einer Spitalliste. Die Bedeutung der Spitalliste liegt darin, dass nur Spitäler, welche darauf verzeichnet sind, ihre Leistungen zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abrechnen können (Art. 35 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG). Dies gilt auch für Privatspitäler. Der Sinn dieser Bestimmung liegt namentlich darin, die Zahl der für Leistungen zu Lasten der sozialen Krankenversicherung zugelassenen Spitäler oder Spitalbetten zu begrenzen, um Überkapazitäten zu vermeiden und den Kostenanstieg einzudämmen (Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, BBl 1992 I 167; BGE 126 V 176 Erw., 4a; *Maurer*, Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel 1996, S. 69 f.; *Thomas. Mattig*, Grenzen der Spitalplanung aus verfassungsrechtlicher Sicht, Zürich 2003, S. 30). Der Entscheid, ob ein Spital in die Spitalliste aufzunehmen sei, hat demnach eine wesentliche gesundheits- und sozialpolitische, aber regelmässig auch regional-, beschäftigungs- und allgemeinpolitische Bedeutung. Es handelt sich dabei um einen primär politischen Entscheid. Dementsprechend gibt das Gesetz den einzelnen Spitälern keinen Rechtsanspruch auf Aufnahme in die Spitalliste; es fehlt weitgehend an rechtlichen Kriterien für den Entscheid, welche Spitäler in die Spitalliste

aufzunehmen sind. Vielmehr haben die zuständigen kantonalen Behörden einen erheblichen Ermessensspielraum (BGE 126 V 182 Erw. 4b und 6d; Entscheid des Bundesrates vom 19. Dezember 2001 in Sachen Privatklinik P. [RKUV 2002 Nr. KV 219 S. 301 Erw. 2.1]); *Gebhard Eugster*, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Basel 1998, S. 127 f.; *Thomas Mattig*, a.a.O., Zürich 2003, S. 130).

**2.4.2** Umstritten ist, ob dies auch gilt in Bezug auf Spitalbetten, die ausschliesslich für Zusatzversicherte Patienten vorgesehen sind. Dass nach Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG die privaten Trägerschaften angemessen in die Planung einzubeziehen sind, begründet noch keinen Rechtsanspruch auf Aufnahme in die Liste. Zwar hat der Bundesrat die Ansicht vertreten, dass für Halbprivat- und Privatabteilungen, für welche eine kantonale Betriebsbewilligung erteilt worden sei, ein Rechtsanspruch auf Aufnahme in die Spitalliste des Standortkantons bestehe (RKUV 1999 Nr. KV 84 S. 363 Erw. 4.3; ähnlich auch RKUV 1998 Nr. KV 54 S. 542 f. Erw. II.3.2.3.2 f.). Später hat er jedoch präzisiert, dass sich diese Praxis nur auf bestehende Institutionen bezieht, die bereits nach altem Recht als Heilanstalt anerkannt waren; für die Aufnahme neuer Halbprivat- und Privatabteilungen gelte dasselbe wie für die allgemeinen Abteilungen, dass nämlich eine Aufnahme in die Spitalliste nur nach Massgabe der Spitalplanung zulässig sei (RKUV 2002 Nr. KV 219 S. 306 f. Erw. 3.3). Dies ist zumindest in Bezug auf die Aufnahme neuer Abteilungen richtig: Zwar gehört – wie die Beschwerdeführerin insoweit mit Recht vorbringt – der Bereich der Zusatzversicherung nicht zur sozialen Krankenversicherung und untersteht an sich nicht der Spitalplanung, sondern dem Privatrecht und der Wirtschaftsfreiheit (Botschaft a.a.O., BBl 1992 I S. 140; RKUV 1998 Nr. KV 54 S. 537 Erw. II.3.1; RKUV 2002 Nr. KV 219 S. 231 f. Erw. II.3.1). Indessen haben auch Zusatzversicherte bei Spitalbehandlung einen Anspruch auf einen Sockelbeitrag aus der Grundversicherung; das heisst, dass die soziale Krankenversicherung denjenigen Betrag bezahlen muss, den sie leisten müsste, wenn sich der Versicherte in der allgemeinen Abteilung behandeln liesse (BGE 123 V 304 Erw. 6b/dd<sup>4</sup>; RKUV 2004 Nr. KV 281 S. 211 Erw. 4.1). Deshalb muss sich *insoweit* die Spitalplanung auch auf Spitäler und Spitalbetten beziehen, in denen Zusatzversicherte untergebracht werden; denn andernfalls könnte die Spitalplanung beliebig umgangen werden: Es könnten ohne Begrenzung durch die Spitalplanung Zusatzversicherte aufgenommen werden, bei denen der Sockelbetrag durch die Grundversicherung bezahlt werden müsste. Der mit der Spitalplanung angestrebte Zweck – nämlich die Kosteneindämmung in der sozialen Krankenversicherung durch Begrenzung des Angebots – könnte damit vereitelt werden. Die Planungskompetenz besteht

<sup>4</sup> siehe RKUV 1998 Nr. KV 20 S. 13 ff.

deshalb nicht in Bezug auf die Privatspitäler und Zusatzversicherungen als solche, wohl aber in Bezug auf die dadurch ausgelösten Leistungen der Grundversicherung.

**2.4.3** Insgesamt ergibt sich, dass nach schweizerischem Recht kein Anspruch darauf besteht, dass Privat- und Halbprivatabteilungen privater Spitäler in die Spitalliste aufgenommen werden. Selbst wenn der genannten bundesrätlichen Auffassung gefolgt wird, wonach vorbestehende Heilanstalten einen solchen Anspruch haben, kann die Beschwerdeführerin daraus nichts ableiten, da sie selber vorbringt, ihr sei die definitive Betriebsbewilligung erst am 2. Juni 1999 erteilt worden.

**2.5** Die Beschwerdeführerin leitet das Vorliegen eines zivilrechtlichen Anspruchs im Sinne der EMRK daraus ab, dass es um die Zulässigkeit einer der Wirtschaftsfreiheit unterstehenden Tätigkeit gehe, nämlich des Betriebs von Spitalbetten im privatrechtlich und privatversicherungsrechtlich geregelten Bereich.

**2.5.1** Als zivilrechtlich gelten insbesondere das Recht auf private Erwerbstätigkeit und die Ausübung von Eigentumsrechten (BGE 130 I 397 Erw. 5.3 mit Hinweisen; BGE 129 I 108 Erw. 2.3.3). Eine Streitigkeit über die Bewilligung oder Einschränkung einer gewerblichen Tätigkeit fällt deshalb in den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Urteil *Gautrin* g. Frankreich vom 20. Mai 1998, Recueil 1998-III, S. 1009, § 33; BGE 126 I 230 Erw. 2a/aa, 125 I 420 Erw. 2b; *Michele de Salvia*, Compendium de la CEDH, Kehl 1998, S. 124 ff.), was insbesondere auch für die freiberufliche ärztliche Tätigkeit gilt (Urteil *Kraska* g. Schweiz vom 19. April 1993, Série A, Bd. 254-B, §§ 23, ff.). Unbestritten unterliegt auch der Betrieb von Privatspitälern an sich der Wirtschaftsfreiheit (*Mattig*, a.a.O., S. 121 f.; *Paul Richli*, Die Spitalliste – Ein Planungsinstrument mit staats- und verwaltungsrechtlichen Geburtsgebrechen?, Festschrift für *Martin Lendi*, Zürich 1998, S. 407 ff., 412).

**2.5.2** Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin geht es im vorliegenden Streit aber nicht um die Zulassung einer gewerblichen Tätigkeit als solcher. Wie ausgeführt, steht die Spitalliste im Zusammenhang mit den Bestimmungen über die Zulassung von Leistungserbringern zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Art. 35 ff. KVG). Die Aufnahme eines Spitals in die Spitalliste bedeutet einzig, dass es sich dabei um einen zugelassenen Leistungserbringer handelt, welcher KVG-pflichtige Kostenvergütungsansprüche auslöst, wenn sich ein Versicherter von ihm behandeln

lässt (BGE 127 V 405 Erw. 2b/cc<sup>5</sup>). Umgekehrt bedeutet die Nichtaufnahme keineswegs, dass der Betrieb des betreffenden Spitals unzulässig wäre, sondern einzig, dass es, seine Leistungen nicht zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abrechnen darf. Der Regierungsrat beansprucht auch gar nicht, mit seiner Spitalplanung ausserhalb der sozialen Krankenversicherung in den Betrieb der Beschwerdeführerin einzugreifen, sondern beschränkt die Wirkung seines Entscheides entsprechend der dargelegten Rechtslage einzig auf die Abrechnung zu Lasten der sozialen Krankenversicherung. Die Nichtaufnahme der streitigen Betten in die Spitalliste bedeutet demnach nicht, dass die Beschwerdeführerin diese Betten nicht führen dürfte, sondern bloss, dass für die in diesen Betten untergebrachten Patienten keine Beiträge aus der Grundversicherung geleistet werden. Die Sozialversicherung ist als solche der Wirtschaftsfreiheit weitgehend entzogen; diese gibt insbesondere keinen Anspruch darauf, in beliebiger Höhe Leistungen zu Lasten der sozialen Krankenversicherung zu generieren (BGE 130 I 42 f.; BGE 122 V 95 f. Erw. 5b/bb/aaa<sup>6</sup>). Die Beschwerdeführerin ist somit durch den Entscheid, die streitigen Betten nicht in die Spitalliste aufzunehmen, nicht in einer durch die Wirtschaftsfreiheit geschützten Tätigkeit *rechtlich* eingeschränkt.

**2.5.3** Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass die Beschwerdeführerin dadurch in ihrer Tätigkeit *faktisch* erheblich eingeschränkt wird, da die meisten Patienten Spitäler meiden, in denen die Behandlung nicht (mindestens teilweise) von der Grundversicherung bezahlt wird (*Mattig*, a.a.O., S. 130). Es verhält sich ähnlich wie bei den Ärzten, die vom Zulassungsstopp gemäss Art. 55a KVG betroffen sind: Ihnen wird nicht die Ausübung ihrer Tätigkeit untersagt, sondern bloss die Abrechnung zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (BGE 130 I 41 Erw. 4.2), was grundsätzlich nicht der Wirtschaftsfreiheit unterliegt, allerdings faktisch die Tätigkeit der Ärzte erheblich einschränkt. Im Bereich von Art. 55a KVG hat das Bundesgericht erwogen, die nicht zugelassenen Ärzte könnten sich infolge dieser faktischen Erschwerung ihrer privatwirtschaftlichen Tätigkeit auf den aus der Wirtschaftsfreiheit abgeleiteten Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden berufen (ähnlich in seiner Kritik an BGE 122 V 95 *Mattig*, a.a.O., S. 122 f.; *Richli*, a.a.O., S. 413 f.), wobei allerdings zu beachten sei, dass die betreffende privatwirtschaftliche Tätigkeit über ein System erfolge (nämlich die soziale Krankenversicherung), welches als solches der Wirtschaftsfreiheit weitgehend entzogen sei; der Wirtschaftsfreiheit komme dabei im Wesentlichen die Bedeutung zu, sicherzustellen, dass eine Zugangsregelung nur nach

<sup>5</sup> siehe RKUV 2002 Nr. KV 199 S. 37 ff.

<sup>6</sup> siehe RKUV 1996 Nr. K 980 S. 119 ff.

sachlich haltbaren, den Grundsätzen des Wettbewerbs unter Konkurrenten Rechnung tragenden Kriterien erfolge (BGE 130 I 42 f.).

**2.5.4** Diese Überlegungen sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Zulassungsstopp nach Art. 55a KVG Ärzte berührt, die grundsätzlich privatwirtschaftlich tätig sind und zwischen denen deshalb ein wirtschaftlicher Wettbewerb besteht. In Bezug auf die Spitäler verhält es sich insofern anders, als Spitalleistungen zu einem erheblichen Teil von öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitälern erbracht werden, die insoweit von vornherein nicht der Wirtschaftsfreiheit unterstehen; auch der spitalplanerische Entscheidung, ein privatrechtlich konstituiertes, aber öffentlich subventioniertes Spital nicht mehr oder unter anderen Voraussetzungen zu subventionieren, berührt dieses Spital nicht in seinen verfassungsmässigen Rechten, sondern in einer öffentlichen Aufgabe (BGE 121 I 222 Erw. 3c; nicht veröffentlichtes Urteil 2P.310/1999 vom 9. Februar 2000 Erw. 3b). Öffentliche Aufgaben unterstehen grundsätzlich nicht der Wirtschaftsfreiheit. Ein Anspruch auf Wettbewerbsneutralität zwischen staatlichen und privaten Einrichtungen besteht nur, wenn der Gesetzgeber eine staatliche Tätigkeit den gleichen Regeln unterstellt wie private Betriebe, nicht aber dort, wo der Staat im öffentlichen Interesse eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt (nicht veröffentlichtes Urteil 2P.67/2004 vom 23. September 2004 Erw. 1.5; vgl. auch Art. 3 Abs. 1 lit. b Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251] und dazu BGE 129 II 514 f. Erw. 3.3.1). Das Spitalwesen ist als Ganzes der Wirtschaftsfreiheit weitgehend entzogen, indem die Spitäler zu einem erheblichen Teil staatlich finanziert werden (Art. 49 Abs. 1 KVG). Eine Ungleichbehandlung von öffentlichen und öffentlich finanzierten Spitälern einerseits, Privatspitälern andererseits ist gesetzlich gewollt. Einen freien und unverfälschten Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Spitälern gibt es nach geltendem Gesetz von vornherein nicht, ebenso wenig einen aus der Wirtschaftsfreiheit abgeleiteten Anspruch auf Gleichbehandlung von staatlichen und privaten Spitälern (vgl. BGE 129 II 530 Erw. 5.4.9; *Thomas Eichenberger*, Wettbewerb aus der Sicht der Spitäler, in: *Hürlimann/Poledna/Rübel*, Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitsrecht, Zürich 2000, S. 133 ff., 139 ff.). In Frage kommt ein solcher Anspruch nur zwischen verschiedenen Privatspitälern. Indessen macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, sie werde gegenüber anderen zugerischen Privatspitälern in Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden benachteiligt. Es steht somit nicht einmal in diesem eingeschränkten Sinn eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit zur Diskussion (vgl. nicht veröffentlichtes Urteil 2P.67/2004 vom 23. September 2004 Erw. 1.8).

**2.6** Zu Unrecht leitet die Beschwerdeführerin aus der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (dazu BGE 119 V 379, 115 V 254) ab, dass Art. 6 Ziff. 1 EMRK auf dem Gebiet der Sozialversicherung generell anwendbar sei. Anwendbar ist Art. 6 gemäss dieser Rechtsprechung auf (subjektive) Ansprüche von Versicherten gegenüber der Sozialversicherung sowie auf die Verpflichtung, Beiträge zu bezahlen (BGE 131 V 70 Erw. 3.3<sup>7</sup>, 122 V 50 Erw. 2a; nicht veröffentlichtes Urteil 2P.103/2001 vom 6. November 2001 Erw. 3). Das bedeutet indessen nicht, dass sozialversicherungsrechtliche Streitigkeiten ausnahmslos Ansprüche über zivile Rechte darstellen. Auch hier gilt der Grundsatz, dass Ansprüche Privater einer gerichtlichen Beurteilung unterliegen, nicht hingegen die politische Frage, wofür der Staat (bzw. Die staatliche Sozialversicherung) ihre Mittel einsetzen soll. So hat zwar die Europäische Kommission für Menschenrechte im Entscheid i.S. *Blochmann* g. Bundesrepublik Deutschland vom 18. Juli 1986 (D.R. 48, 204) den Streit über die Kürzung eines Zahnarzthonorars zu Lasten der sozialen Krankenversicherung als Anwendungsfall von Art. 6 Ziff. 1 EMRK betrachtet mit der Begründung, das Verhältnis zwischen dem Arzt und dem Patienten sei im Wesentlichen zivilrechtlich. Dabei ging es aber bloss um die Höhe des Honorars für eine unbestritten zulässige und kassenpflichtige Tätigkeit, nicht um die Frage, ob die Tätigkeit überhaupt kassenpflichtig sei. Im Entscheid i.S. *Karni* g. Schweden (D.R. 62, 79) hat demgegenüber die Kommission die Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK verneint, als ein Arzt von der Liste der in der sozialen Krankenversicherung zugelassenen Ärzte gestrichen wurde. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin war dafür nicht ausschlaggebend, dass der Betreffende mit seiner Nichtzulassung «bloss nicht einverstanden» gewesen sei, aber keine Rechtsverletzung geltend gemacht habe. Die Kommission stellte vielmehr darauf ab, dass die dort zur Diskussion stehende schwedische Gesetzgebung einerseits unter bestimmten (in casu nicht vorliegenden) Umständen einen Anspruch auf Aufnahme vorsah, im Übrigen aber die Zulassung nur auf Empfehlung des «Medical care principal» zulies und eine solche nicht vorlag (a.a.O., Rz. 90 ff.). Dieses System der Empfehlung durch den «Medical care principal» hatte die Funktion, das Ausgabenwachstum der Sozialversicherung zu begrenzen (a.a.O., Rz. 34) und gab den Medical care principals einen bestimmenden Einfluss auf die Zulassung privater Ärzte (a.a.O., Rz. 38). Diese Regelung war demnach in ihrer Motivation und Ausgestaltung vergleichbar mit der Spitalliste nach schweizerischem Recht. Die Anwendung der dort von der Kommission praktizierten Grundsätze führt auch im vorliegenden Fall dazu, dass die Nichtaufnahme der streitigen Betten in die Spitalliste nicht in den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK fällt.

<sup>7</sup> siehe RKUV 2005 Nr. KV 323 S. 97 ff.

**2.7** Die Hinweise der Beschwerdeführerin auf Literaturstellen sind unbehelflich: *Rainer Schweizer* (Europäische Menschenrechtskonvention [EMRK] und schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Festschrift 75 Jahre EVG, Bern 1992, S. 19 ff., 38) vertritt zwar die Auffassung, die Zulassung von Ärzten und Medizinalpersonen nach Art. 21 KUVG oder Art. 53 UVG sei zivilrechtlich im Sinne der EMRK; er begründet dies damit, dabei gelte neben der Rahmenordnung des KUVG und des UVG auch privatrechtliches Vertrags- und Wettbewerbsrecht, was indessen bei der Spitalliste nach Art. 39 KVG nicht zutrifft. *Ruth Herzog* gibt in der von der Beschwerdeführerin zitierten Stelle (Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Bern 1995, S. 228 Fn. 684) ohne eigenen Kommentar die soeben erwähnte Ansicht von *Rainer Schweizer* wieder. *Thomas Mattig* (a.a.O., S. 143) lässt offen, ob es bei der Aufnahme in die Spitalliste um zivilrechtliche Ansprüche geht.

### **3.**

Aus Art. 29a BV (in der Fassung vom 12. März 2000) kann die Beschwerdeführerin von vornherein nichts ableiten, da diese Bestimmung noch nicht in Kraft ist.

### **4.**

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist nach dem Gesagten unzulässig. Da dieses Ergebnis mit der bisherigen Rechtsprechung sowohl des Eidgenössischen Versicherungsgerichts als auch des Bundesgerichts im Einklang steht, besteht entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerin kein Anlass zur Durchführung des Verfahrens nach Art. 16 in Verbindung mit 127 Abs. 2 OG.

### **5.**

(Kosten, Parteientschädigung)

# Verzugs- und Vergütungszinsen

*KV 356 Urteil des EVG vom 12. Januar 2006 (K 40/05)*

- **Auch nach In-Kraft-Treten des ATSG besteht keine gesetzliche Grundlage für die Erhebung von Verzugs- oder Vergütungszinsen auf ausstehenden Kostenbeteiligungen des Versicherten (Erw. 4).**

**Aus Art. 26 Abs. 2 ATSG kann keine Verzugszinspflicht auf Rückerstattungen von Leistungen abgeleitet werden (Erw. 4.3).**

- **Même après l'entrée en vigueur de la LPGA, il n'y a aucune base légale pour la perception d'intérêts de retard ou d'indemnisation sur les montants dus par les assurés à titre de participation aux coûts (cons. 4).**

**On ne saurait tirer de l'art. 26, al. 2, LPGA aucune obligation de payer des intérêts moratoires sur les remboursements de prestations (cons. 4.3).**

- **Anche dopo l'entrata in vigore della LPGA non sussiste alcuna base legale per la riscossione di interessi di mora o di interessi compensativi sulle partecipazioni ai costi non corrisposte dall'assicurato (cons. 4).**

**Dall'articolo 26 capoverso 2 LPGA non può essere desunto l'obbligo di pagare un interesse di mora sulle prestazioni da restituire (cons. 4.3).**

I.

**A.**

T. war bei der Sanitas Grundversicherungen AG obligatorisch krankenpflege-versichert. Mit Zahlungsbefehl Nr. .../Betreibungsamt X. vom 3. März 2004 betrieb ihn die Sanitas für ausstehende Kostenbeteiligungen gemäss Abrechnungen vom 20. Dezember 2002 bis 2. Juli 2003 (Behandlungen und Medikamentenbezug aus der Zeit vom 21. August 2002 bis 21. Februar 2003) im Gesamtbetrag von Fr. 520.50 nebst Zins zu 5 % seit 16. April 2003 und Fr. 30.– Umtriebsentschädigung. Den von T. erhobenen Rechtsvorschlag beseitigte die Sanitas mit Verfügung vom 30. März 2004. Daran hielt sie auf

Einsprache des Versicherten hin fest (Einspracheentscheid vom 11. Mai 2004).

**B.**

T. reichte Beschwerde ein mit dem Rechtsbegehren, der Einspracheentscheid sei aufzuheben. Die weiteren Anträge auf Vereinigung des Verfahrens mit einem anderen Rechtsstreit und auf Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung wies das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen mit Zwischenentscheid vom 16. August 2004 ab. Auf die hiegegen von T. erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde trat das Eidgenössische Versicherungsgericht mit Urteil vom 28. September 2004 (K 102/04) wegen formalen Ungenügens des Rechtsmittels nicht ein. Mit Entscheid in der Sache vom 17. Januar 2005 hiess das kantonale Gericht die Beschwerde in der Sache teilweise gut, indem es dem Krankenversicherer Verzugszins nur auf Kostenbeteiligungen im Betrag von Fr. 226.55 und erst ab 8. November 2004 (recte gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen: 8. November 2003) zusprach; im Übrigen bestätigte es den Einspracheentscheid und erteilte entsprechend in der Betreibung Nr. ... für Kostenbeteiligungen, Verzugszins und Umtriebsentschädigung die definitive Rechtsöffnung.

**C.**

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt T. die Aufhebung des kantonalen Entscheides. Im Weiteren verlangt er den Ausstand bestimmter Mitarbeiter des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes und ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Die Sanitas schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Gesundheit verzichtet auf eine Vernehmlassung. Mit ergänzender Eingabe vom 28. Dezember 2005 beantragt T., sämtliche Gerichtsaktivitäten einzustellen, bis die Schuldregulierung durch den gerichtlichen Sachwalter abgeschlossen sei.

II.

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

...

**2.**

Bei der [...] – hauptsächlich – zu prüfenden Frage, ob und bejahendenfalls in welcher Höhe die versicherte Person sich an den Kosten der für sie vom

Krankenversicherer erbrachten Leistungen zu beteiligen hat, handelt es sich um einen Versicherungsleistungsstreit (Urteil I. vom 18. März 2005, K 154/04, Erw. 3). Die Überprüfungsbefugnis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts ist daher nicht auf die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens beschränkt, sondern sie erstreckt sich auch auf die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung; das Gericht ist dabei nicht an die vorinstanzliche Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gebunden und kann über die Begehren der Parteien zu deren Gunsten oder Ungunsten hinausgehen (Art. 132 OG). Ausserdem ist das Verfahren kostenlos (Art. 134 OG). Gleiches gilt in Bezug auf zur Kostenbeteiligung akzessorische Forderungen, wie Verzugszins, Mahngebühren und Umtriebsspesen (ausdrücklich für Verzugszins auf verspätet ausbezahlte Versicherungsleistungen: BGE 101 V 114; Urteil S. vom 30. August 1989, H 23/89, [in ZAK 1990 S. 41 nicht veröffentlichte] Erw. 2; vgl. auch Urteile B. vom 9. September 2005, U 59/04, Erw. 4, und E. vom 1. Dezember 2004, I 671/03, Erw. 5.1).

### 3.

Im angefochtenen Entscheid sind die – soweit hier relevant und geprüft durch das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) inhaltlich nicht geänderten – Bestimmungen und Grundsätze über die Kostenbeteiligung des Versicherten und deren Durchsetzung mittels des Vollstreckungsverfahrens zutreffend dargelegt. Dies gilt namentlich auch in Bezug auf die – vor In-Kraft-Treten des ATSG ergangene, weiterhin anwendbare (RKUV 2004 Nr. KV 306 S. 465 Erw. 5.3.3 [Urteil M. vom 26. August 2004, K 68/04]) – Rechtsprechung über die Erhebung von angemessenen Mahngebühren und Umtriebsspesen beim Verzug in der Zahlung von Kostenbeteiligungen (BGE 125 V 276). Darauf wird verwiesen. Das kantonale Gericht hat in nicht zu beanstandender Anwendung dieser Rechtsgrundlagen auf den gegebenen Sachverhalt die von der Sanitas verlangten Kostenbeteiligungen und Umtriebsentschädigung und deren Vollstreckung auf dem Betreibungswege grundsätzlich wie auch masslich bestätigt. Was in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorgebracht wird, rechtfertigt kein anderes Ergebnis. Der generelle Anstieg der von den Krankenversicherern erhobenen Prämien in den letzten Jahren hat keinen Einfluss auf die nach der rechtlichen Ordnung dem Versicherten auferlegten Beteiligungen an den Kosten der beanspruchten Leistungen. Der Beschwerdeführer beruft sich weiter auf eine mit der Sanitas getroffene Vereinbarung, mit welcher sämtliche Verfahren und Forderungen gegenüber ihm und seiner Familie erledigt sein sollen. Dass sich der Versicherer tatsächlich zu einem Verzicht auf die zur Diskussion stehenden Kostenbeteiligungen nebst Um-

triebsentschädigung bereit erklärt hätte, was dieser bestreitet, wird vom Beschwerdeführer aber nicht dargetan und findet in den Akten keine Stütze.

#### **4.**

Zu prüfen bleibt die Frage des Verzugszinses. Gemäss Einspracheentscheid vom 11. Mai 2004 soll der Beschwerdeführer auf den gesamten ausstehenden Kostenbeteiligungen von Fr. 520.50 Verzugszins zu 5 % ab 16. April 2003 bezahlen. Die Vorinstanz hat Verzugszinsen auf den Kostenbeteiligungen von gesamthaft Fr. 226.55 für die ab 1. Januar 2003 beanspruchten Leistungen bestätigt. Sie stützt sich dabei auf Art. 26 Abs. 1 ATSG. Den Beginn des Zinsenlaufes hat sie auf den 8. November 2003, in welchem Zeitpunkt eine Mahnung durch den Versicherer erfolgte, festgesetzt.

**4.1** Nach der vor In-Kraft-Treten des ATSG ergangenen Rechtsprechung waren im Bereich der Sozialversicherung Verzugszinsen, sofern sie nicht ausdrücklich gesetzlich vorgesehen waren, nur ausnahmsweise und unter bestimmten Voraussetzungen geschuldet (BGE 119 V 81 ff. Erw. 3 und 4 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 130 V 334 Erw. 6.1, 127 V 446 f. Erw. 4; noch nicht in der Amtlichen Sammlung veröffentlichtes Urteil B. vom 17. August 2005, U 383/04, Erw. 1.2). Eine Verzugszinspflicht auf Prämienforderungen der Krankenversicherer wurde, abgesehen vom hier nicht interessierenden Sonderfall der Prämienanteilszahlung für die Unfalldeckung gemäss Art. 10 Abs. 2 KVG, mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage in der Regel verneint. Ausnahmen sah die Rechtsprechung nur in besonders krassen Einzelfällen vor (RKUV 1999 Nr. KV 88 S. 441 f. [in BGE 125 V 276 nicht veröffentlichte] Erw. 2a mit Hinweisen). Nichts anderes konnte in Bezug auf – im Gesetz ebenfalls nicht vorgesehene – Verzugszinsen auf Kostenbeteiligungen der Versicherten gelten. Diesen Grundsätzen hat die Vorinstanz Rechnung getragen, indem sie eine Verpflichtung des Versicherten zur Bezahlung von Verzugszinsen auf den vor In-Kraft-Treten des ATSG angefallenen Kostenbeteiligungen mangels eines Ausnahmefalles im genannten Sinne verneinte.

**4.2** Mit Art. 26 ATSG ist eine allgemeine, auch für die soziale Krankenversicherung geltende Verzugs- und Vergütungszinspflicht aufgenommen worden, welche sich sowohl auf Beiträge wie auch auf Leistungen bezieht (vgl. *Kieser*, ATSG-Kommentar, N 1 zu Art. 26). Diese Regelung gilt gestützt auf Art. 1 Abs. 1 KVG (in der seit 1. Januar 2003 geltenden Fassung) auch in der sozialen Krankenversicherung, wobei die Sonderregelung gemäss Art. 10 Abs. 2 KVG (vgl. Erw. 4.1 hievore) bewusst beibehalten wurde (vgl. BBI 1999 V 4580).

**4.2.1** Die Vorinstanz hat Art. 26 Abs. 1 ATSG angewendet. Diese Bestimmung sieht indessen Verzugs- und Vergütungszinsen nur für Beitragsforderungen und Beitragsrückerstattungsansprüche vor. Beiträge im Sinne von Art. 26 Abs. 1 ATSG sind diejenigen Zahlungen, welche im Hinblick auf eine Versicherungsdeckung zu erbringen sind oder zu Unrecht geleistet wurden (*Thomas Locher*, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl., Bern 2003, § 43 N 16; vgl. auch Kieser, ATSG-Kommentar, N 7 zu Art. 26). Dabei wird im KVG (und teilweise in anderen Sozialversicherungszweigen) weiterhin der Begriff Prämie anstelle von Beitrag verwendet (*Locher*, a.a.O., § 43 N 16; Kieser, a.a.O., N 7 und 32 zu Art. 26; vgl. auch RKUV 2004 Nr. KV 306 S. 465 Erw. 5.3.4 [Urteil M. vom 26. August 2004, K 68/04]; *Gebhard Eugster*, ATSG und Krankenversicherung: Streifzug durch Art. 1-55 ATSG, in: SZS 2003 S. 225). Kostenbeteiligungen dienen nun aber nicht der Begründung und höchstens mittelbar dem Erhalt der Versicherungsdeckung und fallen somit nicht unter den Beitragsbegriff gemäss Art. 26 Abs. 1 ATSG. Davon ging auch der Verordnungsgeber aus, indem er in Art. 90 KVV (in der seit 1. Januar 2003 geltenden Fassung) zwar bei der Regelung der Vollstreckung nebst den Prämienforderungen auch die Kostenbeteiligungen erwähnt (Abs. 3 ff.), zugleich aber lediglich für die Prämien einen Verzugszinssatz festgesetzt hat (Abs. 2). Art. 26 Abs. 1 ATSG kann somit nicht als Grundlage für die Erhebung von Verzugs- oder Vergütungszinsen auf Kostenbeteiligungen dienen.

**4.2.2** Gleiches gilt für Art. 26 Abs. 2 ATSG. Diese Bestimmung sieht eine Verzugszinspflicht nur zu Lasten der Sozialversicherungen auf deren Leistungen vor und ist damit auf den gegebenen Sachverhalt nicht anwendbar.

**4.3** Zu erwähnen bleibt, dass gemäss der zutreffenden Auffassung von *Kieser* (a.a.O., N 17 zu Art. 26) und *Locher* (a.a.O., § 43 Rz 13) aus Art. 26 Abs. 2 ATSG keine Verzugszinspflicht auf Rückerstattungen von Leistungen hergeleitet werden kann. *Eugster* (a.a.O., S. 225) ist insoweit gleicher Meinung. Er postuliert aber, das bisherige Verzugszinsverbot könne ab Inkraft-Treten des ATSG nicht mehr als allgemeiner Grundsatz der Sozialversicherung gelten. Vielmehr komme der allgemeine Rechtsgrundsatz der Verzugszinspflicht im öffentlichen Recht zur Anwendung, weshalb auf der Rückerstattung unrechtmässig bezogener Leistungen ab 1. Januar 2003 Verzugszinsen geschuldet seien. Demgegenüber vertritt *Kieser* (a.a.O., N 17 zu Art. 26) die Auffassung, der Gesetzgeber habe mit Art. 26 Abs. 2 ATSG eine Vergütungszinspflicht für die Rückerstattung von Leistungen abgelehnt und es liege namentlich auch keine echte Gesetzeslücke vor. Welche der beiden Meinungen zutrifft, muss nicht abschliessend geprüft werden, da die zur Diskussion stehenden Kostenbeteiligungen nicht einer Rückerstattung von unrechtmässig bezogenen Leistungen gleichzusetzen sind. Die Ausführungen von

Eugster geben aber immerhin Anlass zur Feststellung, dass der Gesetzgeber im ATSG über die Verzugs- und Vergütungszinsen jedenfalls auf Beiträgen/Prämien und Kostenbeteiligungen umfassend legiferiert hat und eine davon abweichende, auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz gestützte Verzugszinspflicht hier nicht zum Tragen kommen kann.

...

# Convention tarifaire instaurant le système du tiers payant

*KV 357 Arrêt du TFA du 13 janvier 2006 (K 145/05)*

- **Litige au sujet de la personne du débiteur des honoraires d'un fournisseur de prestations – in casu d'un pharmacien – lorsque l'assureur fait valoir qu'une limitation thérapeutique du médicament dans la liste des spécialités n'a pas été respectée (cons. 3 à 6).**

**En principe, un tribunal arbitral doit déclarer irrecevable une demande d'un assureur tendant à faire constater qu'il ne doit pas rembourser un fournisseur – in casu un pharmacien – qui a dispensé des prestations (demande en constatation de droit négative ; cons. 2)**

- **Streitigkeit über die Person des Schuldners von Honoraren eines Leistungserbringers – in casu eines Apothekers –, wenn der Versicherer geltend macht, der therapeutischen Limitierung eines in der Spezialitätenliste enthaltenen Medikamentes sei nicht Rechnung getragen worden (Erw. 3 bis 6).**

**Grundsätzlich hat ein Schiedsgericht das Begehren eines Versicherers um Feststellung, dass er einen Leistungserbringer – in casu einen Apotheker –, der Leistungen erbracht hat, nicht entschädigen muss, als unzulässig zu erklären (negatives Feststellungsbegehren; Erw. 2).**

- **Lite vertente sul tema di determinare il debitore degli onorari di un fornitore di prestazioni – in casu di un farmacista – qualora l'assicuratore faccia valere che una limitazione terapeutica di un medicamento prevista nell'elenco delle specialità non è stata osservata (cons. 3 a 6).**

**Di massima un tribunale arbitrale deve dichiarare irricevibile una domanda di un assicuratore intesa a far constatare che esso non deve rimborsare un fornitore – in casu un farmacista – che ha dispensato prestazioni (domanda d'accertamento negativo; cons. 2).**

I.

**A.**

Le 30 janvier 2001, la Société suisse des pharmaciens (SSPh) et le Concordat des assureurs-maladie suisses (CAMS; devenu entre temps Santésuisse) ont signé une convention tarifaire. Cette convention a notamment pour but de régler la collaboration entre le CAMS et les assureurs conventionnés d'une part et, d'autre part, la SSPh et les pharmaciens conventionnés, en particulier les modalités de rémunération basées sur les prestations.

La convention instaure le système du tiers payant prévu par l'art. 42 al. 2 LAMal, en ce sens que le débiteur des pharmaciens conventionnés pour les prestations visées dans la convention est l'assureur conventionné concerné. Elle s'étend à «toutes les prestations prévues par la LAMal dans le cadre de l'assurance-maladie obligatoire, à la charge des assureurs conventionnés lors de la remise de médicaments de la liste des spécialités A et B qui sont fournis par un pharmacien conventionné à une personne assurée dans le cadre de l'assurance-maladie obligatoire» (art. 4).

La caisse maladie-accidents PHILOS a adhéré à cette convention. A. exploite la Pharmacie X. audit lieu (ci-après: la Pharmacie). Il a également adhéré à la convention.

**B.**

**B.a**

R. et G. sont toutes deux affiliées pour l'assurance obligatoire des soins à PHILOS.

Le 30 avril 2002, sur prescription de son médecin traitant, R. s'est fait remettre par la Pharmacie un emballage de XENICAL (84 capsules de 120 mg). Le 26 juillet 2002, la Pharmacie a envoyé à PHILOS la facture y relative.

Les 4 juillet, 16 août et 4 septembre 2002, G. s'est fait délivrer par la Pharmacie, sur prescription de son médecin traitant, un même emballage de XENICAL, ainsi que trois emballages de COLOSAN MITE (un emballage de 500 g et deux emballages de 1000 g). Le 8 octobre 2002, la Pharmacie a demandé le remboursement de ces médicaments à PHILOS.

**B.b**

La caisse-maladie a refusé de rembourser à la Pharmacie les frais d'achat du XENICAL, au motif que les critères thérapeutiques fixés dans la Liste des spécialités (LS) n'étaient pas remplis. En ce qui concerne le COLOSAN MITE,

elle a admis de rembourser l'emballage de 500g, mais non les emballages de 1000 g, qui ne figuraient pas sur la liste des spécialités.

**C.**

Le 27 décembre 2002, la Pharmacie a saisi la Commission paritaire arbitrale instituée par l'art. 14 de la convention du 30 janvier 2001. Dans une prise de position du 30 avril 2003, la commission paritaire a estimé qu'il appartenait à l'assureur de rembourser à la Pharmacie les factures litigieuses. Elle a considéré que, conformément à la convention tarifaire, le pharmacien conventionné était seulement tenu de contrôler les limitations quantitatives et non les limitations thérapeutiques. Elle a par ailleurs indiqué que la limitation quantitative pour la remise du COLOSAN MITE, limitée à 500 g, n'avait pas été respectée.

**D.**

Le 20 novembre 2003, PHILOS a saisi le Tribunal arbitral des assurances du canton de Genève en lui demandant de déclarer «non recevable» la prétention en remboursement de la Pharmacie. Celle-ci a conclu au rejet de la demande.

Statuant le 12 août 2005, le Tribunal arbitral a condamné PHILOS à rembourser à la Pharmacie les deux factures litigieuses de XENICAL, à charge pour la caisse d'en réclamer éventuellement le remboursement aux assurées intéressées. Il a d'autre part constaté que PHILOS n'était pas tenue de prendre en charge le coût des emballages de 1000 g de COLOSAN MITE prescrits à G..

**E.**

PHILOS interjette un recours de droit administratif contre ce jugement. Elle conclut à l'annulation de celui-ci et demande au tribunal de dire que la facturation du médicament XENICAL aux assurées concernées incombe à la Pharmacie.

L'intimée conclut au rejet du recours. Les deux assurées intéressées ne se sont pas déterminées. Quant à l'Office fédéral de la santé publique, il ne s'est pas non plus exprimé.

II.

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

## 1.

Le Tribunal fédéral des assurances examine d'office les conditions de validité et de régularité de la procédure, soit en particulier le point de savoir si c'est à juste titre que la juridiction cantonale est entrée en matière sur un recours ou, comme en l'espèce, sur une action devant le Tribunal arbitral cantonal au sens de l'art. 89 LAMal (ATF 125 V 23 consid. 1a<sup>1</sup>, 122 V 322 consid. 1).

## 2.

Les litiges entre assureurs et fournisseurs de prestations sont jugés par un tribunal arbitral (art. 89 al. 1 LAMal). Le tribunal arbitral compétent est celui du canton dont le tarif est appliqué ou du canton dans lequel le fournisseur de prestations est installé à titre permanent (art. 89 al. 2 LAMal).

**2.1** En principe, l'objet d'une demande en justice ne peut porter que sur des questions juridiques actuelles dont les conséquences touchent concrètement le justiciable. La jurisprudence admet cependant la recevabilité d'une action en constatation si le demandeur a un intérêt digne de protection à la constatation immédiate de rapports de droit litigieux et ne peut obtenir en sa faveur un jugement condamnatore (ATF 119 V 13 consid. 2a et les références). Cette jurisprudence s'applique également en présence d'une action devant le Tribunal arbitral, en particulier dans un litige entre un assureur et un fournisseur de prestations (RAMA 2005 no KV 312 p. 5 consid. 5 [K 66/02]).

**2.2** Dans le cas particulier, la demande de la caisse ouverte devant le Tribunal arbitral visait à faire constater par ce dernier qu'elle ne devait pas rembourser les factures litigieuses. Il s'agissait d'une demande en constatation de droit négative. Or, une telle action est soumise aux mêmes conditions que l'action en constatation de droit positive. Dès lors que le droit matériel fédéral accorde une action au demandeur qui a un intérêt digne de protection à la constatation, il doit aussi protéger le défendeur contre une telle action lorsque cet intérêt fait défaut: nul ne doit être obligé sans nécessité à intervenir en justice comme défendeur (ATF 110 II 354 consid. 1b; *Fabienne Hohl*, Procédure civile, tome I, Berne 2001, p. 46, ch. 145). Demeurent réservées les exceptions prévues par le droit fédéral (cf. p. ex. l'art. 83 al. 2 LP).

On peut certes envisager, dans certaines circonstances, que la possibilité d'être actionné, par exemple en responsabilité et pour des sommes très importantes, représente une incertitude insupportable pour celui qui pourrait être sujet à une telle demande en réparation, si bien qu'on lui reconnaisse un

<sup>1</sup> voir RAMA 1999 n° KV 67 p. 137 ss

intérêt à intenter une action en constatation de droit négative si celle-ci apparaît comme un moyen approprié de lever le doute (arrêt du Tribunal fédéral du 26 mai 2003 [4C. 7/2003] consid. 6.3, traduit dans Praxis 2003 no 213 p. 1160). Dans le cas particulier, cette éventualité n'est à l'évidence pas réalisée.

**2.3** Il s'ensuit que le Tribunal arbitral aurait dû déclarer irrecevable la demande de la caisse portée devant lui. Le fait que, dans son avis, la commission paritaire a indiqué aux parties qu'elles avaient la possibilité de saisir le tribunal arbitral, si elles n'étaient pas d'accord avec sa proposition, n'y saurait rien changer: cette indication n'est pas de nature à entraîner un renversement du rôle procédural des parties ni à conférer un intérêt pour agir qui fait défaut selon le droit fédéral (sur le rôle de la commission paritaire, voir *Ueli Kieser*, Formelle Fragen der pauschalen Rückforderung gegenüber Leistungserbringern in: Schaffhauser/Kieser [Hrsg.], Wirtschaftlichkeitskontrolle in der Krankenversicherung, Saint-Gall 2001, p. 125 sv.). Aussi bien conviendrait-il, pour ce motif, d'annuler le jugement attaqué et de déclarer la demande irrecevable. Dans la procédure cantonale, la défenderesse n'a toutefois pas pris de conclusion dans ce sens. Tant le principe de l'économie de la procédure que celui de la proportionnalité justifient qu'il soit statué sur le fond.

### **3.**

Sur le fond, la question est de savoir si la recourante est tenue de rembourser à l'intimée les montants facturés par celle-ci pour la délivrance d'emballages de XENICAL à R. et à G.. La recourante le conteste en faisant valoir que ce médicament figure dans la LS avec une limitation thérapeutique qui n'était pas réalisée dans le cas de ces deux patientes. Selon elle, il serait illégal de rembourser au pharmacien une prestation non obligatoire selon la LAMal, en laissant à la caisse le soin de réclamer aux assurées le remboursement d'une prestation indue.

### **4.**

L'admission dans la LS peut être assortie d'une limitation; celle-ci peut notamment se rapporter à la quantité ou aux indications médicales (art. 73 OAMal).

A l'époque des faits (2002), le XENICAL était inscrit (admission provisoire) sur la LS pour le traitement de l'obésité avec la limitation thérapeutique suivante (voir à ce sujet RAMA 2003 no KV 262 p. 311 [K 46/03]):

«Ne concerne que les traitements de patients obèses avec un IMC supérieur à 35. Le traitement doit être arrêté au bout de six mois si la perte de poids ne correspond pas à

au moins dix pour cent du poids corporel mesuré au début de la médication. Prise en charge des coûts après accord préalable du médecin-conseil de l'assureur».

L'IMC (indice de masse corporelle) ou BMI (Body Mass Index) représente le quotient du poids corporel (kg) par la taille au carré (m<sup>2</sup>).

## 5.

**5.1** Il est constant que les parties à la procédure ont adhéré à la convention passée entre la SSPh et le CAMS, qui instaure le système du tiers payant pour les factures de pharmacie à la charge de l'assurance obligatoire des soins.

**5.2** Le système du tiers payant (par opposition au système du tiers garant) est prévu à l'art. 42 al. 2 LAMal, selon lequel assureurs et fournisseurs de prestations peuvent convenir que l'assureur est le débiteur de la rémunération. Il s'agit d'une forme de reprise de dette contractuelle de l'assureur vis-à-vis du fournisseur de prestations, qui a pour effet de libérer l'assuré de sa dette à l'égard de ce dernier (*Gebhard Eugster*, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, no 327). Dans ce système, l'assuré envoie les factures à son assureur ou ce dernier les reçoit directement du fournisseur de prestations. L'assureur est alors tenu d'indemniser la personne qui fournit les prestations. L'assureur est le débiteur direct du fournisseur. Ce système est particulièrement avantageux pour le patient lorsque les montants à payer sont élevés, comme en cas d'hospitalisation ou pour les assurés qui font régulièrement appel aux services des pharmaciens, surtout pour la délivrance de médicaments coûteux (Guy Longchamp, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale, thèse Lausanne 2004, p. 257 et note de bas de page 706). En cas de traitement hospitalier notamment, les conventions tarifaires prévoient, en règle ordinaire, un système de tiers payant *conditionnel* afin de permettre à l'assureur de vérifier si toutes les conditions d'une prise en charge par l'assurance-maladie obligatoire sont remplies: l'assureur dispose d'un certain délai, fixé dans la convention, pour signifier son refus de rembourser directement au fournisseur une prestation, si les conditions requises ne sont pas remplies (Eugster, op. cit., p. 175 note de bas de page 789).

**5.3** Le régime instauré en l'espèce par les parties dans la convention tarifaire (cf. art. 4) ne concerne que des prestations obligatoires, soit les médicaments figurant sur la LS A (remise sur ordonnance médicale non renouvelable) et B (remise sur ordonnance médicale). En effet, une convention instituant le système du tiers payant ne peut pas déroger à la loi. En particulier, elle ne peut pas imposer à l'assurance dite de base une obligation de prise en charge

pour des prestations qui ne sont pas obligatoires selon la LAMal. Le système du tiers payant ne fait que substituer la personne du débiteur vis-à-vis du fournisseur de prestations.

La convention liant les parties ne prévoit pas que l'assureur dispose d'un certain délai pour vérifier si toutes les conditions d'une prise en charge par l'assurance-maladie obligatoire sont réalisées et, éventuellement, refuser de rembourser directement le fournisseur de prestations. Selon cet accord, le pharmacien conventionné est tenu à l'égard du patient de contrôler la couverture de base pour l'assurance au début de chaque année civile, lors de l'ouverture d'une facture, puis tous les trois mois (art. 10 al. 2). L'assureur est libéré de ses obligations à l'égard du pharmacien pour les prestations fournies après que l'assureur conventionné a communiqué au pharmacien qu'il ne subsiste plus d'obligation de prestations vis-à-vis d'un assuré ou que les prestations sont suspendues (art. 13 al. 1). La convention prévoit par ailleurs une taxe-pharmacien qui couvre diverses prestations, comme la vérification de l'ordonnance, les renouvellements d'ordonnance, la vérification du dosage d'utilisation et des limitations éventuelles, le contrôle des interactions, le contrôle des facteurs de risque et des contre-indications, ainsi qu'une prise de contact avec le médecin prescripteur, un contrôle des abus et du respect des interdictions opposées au patient, ainsi que divers conseils à ce dernier (art. 6). Comme l'ont constaté aussi bien les premiers juges que la commission paritaire, un contrôle des limitations éventuelles porte ici uniquement sur des aspects quantitatifs, en particulier le dosage d'utilisation. La recourante ne prétend du reste pas le contraire.

L'annexe 5 à la convention, relative aux modalités de la fourniture des prestations, prévoit certes qu'en cas de dépassement des limitations de la LS, le pharmacien informe l'assuré et – en cas de non-respect durable – également le médecin prescripteur du fait que l'assureur ne prendra pas en charge les factures y relatives. Mais, comme le constate à juste titre le Tribunal arbitral, ces dispositions se rapportent au volume des prestations, c'est-à-dire, ici également, aux seules limitations quantitatives (taille de l'emballage, quantité remise). Au demeurant, même en cas de dépassement du volume des prestations, entraînant une information de l'assuré et, éventuellement, du médecin prescripteur, le pharmacien ne perd pas nécessairement son droit au remboursement direct par l'assureur des médicaments prescrits par le médecin. En tout cas l'annexe citée ne le prévoit pas explicitement.

En revanche, un contrôle des limitations *thérapeutiques* de la LS n'est pas prévu. De ce point de vue, le pharmacien est tenu d'exécuter les prescripti-

ons du médecin. On conçoit au demeurant difficilement que le pharmacien – si tant est qu'il en ait la possibilité – soit habilité à vérifier le respect de limitations thérapeutiques, par exemple, comme en l'espèce, le BMI du patient et/ou la perte de poids corporel mesurée depuis le début de la médication.

Vu ce qui précède, on doit considérer qu'en vertu de la convention, l'assureur a l'obligation de rembourser au pharmacien le médicament délivré à l'assuré, à la condition qu'il s'agisse d'une prestation obligatoire ou qu'en dépit des contrôles effectués conformément à la convention, le pharmacien n'ait pas pu reconnaître que le médicament en question ne relevait pas d'une prestation obligatoire.

**5.4** Sur un plan plus général, le système du tiers payant offre la garantie au fournisseur de prestations qu'il sera remboursé en cas d'exécution de ses obligations conforme à la convention. Le principe et l'efficacité même d'une convention tarifaire instaurant le système du tiers payant reposent sur cette garantie. L'intérêt des patients est d'obtenir sur la base de celle-ci les médicaments prescrits par le médecin traitant, sans autre justification thérapeutique à l'égard du pharmacien. Supposé admissible ou tout simplement possible (*supra* consid. 5.3), un contrôle des limitations thérapeutiques par le pharmacien pourrait inciter celui-ci, s'il éprouve des doutes à ce sujet, à exiger un paiement direct du patient et, à défaut, à refuser de délivrer le médicament. Cette conception créerait une brèche dans la cohérence du régime du tiers payant en réservant au fournisseur la possibilité d'adopter de cas en cas un régime individuel du tiers payant quand il n'aurait pas l'assurance d'être directement remboursé par l'assureur. Cela dénaturerait, en définitive, le sens et le but du système du tiers payant voulu par les parties à la convention.

## **6.**

En l'espèce, il n'existe pas d'éléments suffisants pour admettre que le non-respect de la limitation thérapeutique était reconnaissable pour l'intimée. C'est donc à bon droit que le Tribunal arbitral a condamné la recourante à rembourser à l'intimée le montant des emballages de XENICAL prescrits aux deux assurées intéressées. Le recours de droit administratif se révèle mal fondé.

## **7.**

Il reste que l'assureur est en droit de refuser le paiement de prestations non obligatoires même s'il est le débiteur direct du fournisseur en vertu de la convention (cf. aussi l'art. 56 al. 2, première phrase, LAMal). C'est le médecin

qui est responsable en premier lieu des prescriptions (en ce qui concerne un cas de restitution à raison d'un traitement non économique, voir ATF 130 V 377<sup>2</sup>). Le médecin a également un devoir d'information à l'égard du patient (ATF 119 II 456). Si une limitation médicale n'est pas respectée, c'est au patient qu'il incombe de rembourser la caisse. Dans ce cas, le patient pourrait éventuellement se retourner contre le médecin en cas de violation du devoir d'informer. Ces questions n'ont toutefois pas à être tranchées ici.

## **8.**

Vu la nature du litige, la procédure est onéreuse (art. 134 OJ a contrario). Succombant, la recourante supportera les frais de justice (art. 156 OJ). Elle versera en outre une indemnité de dépens à l'intimée, qui obtient gain de cause (art. 159 al. 1 OJ).

<sup>2</sup> voir RAMA 2004 n° KV 294 p. 336 ss

# Leistungspflicht für plastisch-chirurgische Vorkehren; ästhetischer Mangel

*KV 358 Urteil des EVG vom 17. Januar 2006 (K 135/04)*

- **Voraussetzungen für die Leistungspflicht für eine operative Entfernung einer Fettschürze mittels einer Abdominalplastik.**

**Der ausschliesslich ästhetische Mangel ist kein Kriterium für die Leistungspflicht der OKP (Erw. 2.3).**

- **Conditions auxquelles l'assurance obligatoire des soins prend en charge les frais de l'opération effectuée en vue d'éliminer une couche de graisse au moyen d'une plastie abdominale.**

**Le défaut exclusivement esthétique n'est pas un critère pour l'obligation de prendre en charge le traitement (cons. 2.3).**

- **Condizioni da soddisfare affinché sussista l'obbligo di rimborso delle prestazioni da parte dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie nel caso di rimozione dell'addome pendulo mediante plastica addominale.**

**Il difetto esclusivamente estetico non costituisce un criterio che giustifichi l'obbligo di versare prestazioni (cons. 2.3).**

## **A.**

Die 1968 geborene C. ist bei der Krankenkasse KPT obligatorisch krankenpflegeversichert. Sie litt bei einer Körpergrösse von 160 cm an starkem Übergewicht bis maximal 105 kg, was einem Body Mass Index (BMI) von 41 entspricht. Auf ärztliches Anraten reduzierte sie das Gewicht durch Gymnastik und bewusstes Essen auf 75 kg (BMI 29). Die Gewichtsabnahme führte zu einer Hautfalte (Fettschürze) am Bauch. C. fasste eine operative Entfernung der Fettschürze mittels einer Abdominalplastik ins Auge und liess am 24. Januar 2003 über die Hausärztin die KPT um Kostengutsprache ersuchen. Mit Verfügung vom 14. November 2003 lehnte der Krankenversicherer die Gewährung von Leistungen für die vorgesehene Operation ab, da diese nicht der Behandlung von physischen oder psychischen Beschwerden mit Krankheitswert diene. Daran hielt die KPT auf Einsprache der Versicherten hin fest (Einspracheentscheid vom 14. Januar 2004).

...

Auszug aus den Erwägungen:

## 1.

...

Richtig wiedergegeben ist im angefochtenen Entscheid auch die, teils noch unter dem KUVG ergangene, soweit geprüft und von Interesse unter der Herrschaft des seit 1. Januar 1995 resp. 1. Juni 1996 geltenden KVG (vgl. BGE 130 V 301 Erw. 2 mit Hinweisen) und des am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen ATSG weiterhin massgebende Rechtsprechung über die Leistungspflicht für plastisch-chirurgische Vorkehren. Hervorzuheben ist, dass ein ausschliesslich ästhetischer Mangel nicht zu dem durch das KVG versicherten (Krankheits-)Risiko zählt (BGE 111 V 231 Erw. 1a<sup>1</sup>; Urteile V. vom 22. Juni 2005, K 50/05, Erw. 2.2, und T. vom 24. Dezember 2002, K 87/02, Erw. 1.2). Unter bestimmten Voraussetzungen hat der Krankenversicherer aber die Kosten der operativen Behandlung sekundärer krankheits- oder unfallbedingter Beeinträchtigungen, namentlich äusserliche Verunstaltungen vor allem an sichtbaren und in ästhetischer Beziehung speziell empfindlichen Körperteilen – besonders im Gesicht –, zu übernehmen. Dies wenn die äusserliche Verunstaltung ein gewisses Ausmass erreicht und sich durch eine kosmetische Operation beheben lässt, der Versicherer auch für die primären Unfall- oder Krankheitsfolgen leistungspflichtig war und die durchgeführte kosmetische Operation sich in allgemein üblichen Grenzen sowie im Rahmen der Wirtschaftlichkeit hält (BGE 121 V 121 Erw. 1<sup>2</sup>, 111 V 232 Erw. 1c, je mit Hinweis; RKUV 2005 Nr. KV 345 S. 368 Erw. 2.2 [Urteil A. vom 17. August 2005, K 4/04]; Urteile V. vom 22. Juni 2005, K 50/05, Erw. 2.2, F. vom 26. August 2004, K 15/04, Erw. 2.2, und T. vom 24. Dezember 2002, K 87/02, Erw. 1.2). Soweit ein ästhetischer Mangel Beschwerden mit Krankheitswert im Rechtssinne verursacht, stellt die medizinische Behandlung dieser krankhaften Folgeerscheinungen durch operative Behebung des ästhetischen Mangels als der eigentlichen Krankheitsursache ebenfalls eine Pflichtleistung der Krankenkasse dar (RKUV 1992 Nr. K 903 S. 231 Erw. 2c, 1991 Nr. K 876 S. 247 f. Erw. 2b, je mit Hinweisen; Urteil T. vom 24. Dezember 2002, K 87/02, Erw. 1.2). Voraussetzung ist, dass die Beschwerden erheblich sind und andere, vor allem ästhetische Motive genügend zurückdrängen (BGE 121 V 213 Erw. 4<sup>3</sup>; RKUV 2004 Nr. KV 285 S. 242 Erw. 4.1 [Urteil Q. vom 15. April 2004, K 5/03], 2000 Nr. KV 138 S. 359 Erw. 3a [Urteil W. vom 25. September

<sup>1</sup> siehe RKUV 1986 Nr. K 669 S. 121 ff.

<sup>2</sup> siehe RKUV 1995 Nr. K 964 S. 121 ff.

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

2000, K 85/99]). Auch leichtere ästhetische Einbussen können somit Anlass zu einer Krankheitsbehandlung geben, sofern sie Beschwerden oder Funktionseinbussen mit deutlichem Krankheitswert verursachen. Dies gilt etwa für Narben, die namhafte Schmerzen bewirken oder die Beweglichkeit erheblich einschränken (Urteil V. vom 22. Juni 2005, K 50/05, Erw. 2.2 mit Hinweis auf Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Rz 87). Die dargelegten Grundsätze gelten auch in Bezug auf die operative Entfernung von Hautfalten nach einer Gewichtsreduktion (vgl. RKUV 1985 Nr. K 638 S. 197; Urteil V. vom 22. Juni 2005, K 50/05, Erw. 2.3 und 3 Ingress).

## **2.**

Die Beschwerdegegnerin litt vor dem Gewichtverlust mit einem BMI von 41 unbestrittenenmassen an einer behandlungsbedürftigen Adipositas. Auch trifft zu, dass die nach der Gewichtsabnahme auf einen BMI von 29 zurückbleibende Fettschürze eine Folge dieser Krankheit darstellt. Damit ist aber die Frage einer Leistungspflicht für die Abdominalplastik noch nicht beantwortet.

**2.1** Das kantonale Gericht erachtet den Krankenversicherer für leistungspflichtig. Zur Begründung führt es an, durch die hängende Fettschürze werde das äussere Erscheinungsbild in nicht unbedeutendem Masse beeinträchtigt. Bei der Abdominalplastik handle es sich um einen nicht aussergewöhnlichen Eingriff, welcher überdies einen höheren, dauerhaften medizinischen Nutzen aufweise und kostengünstiger sei als die – lebenslang notwendige – Behandlung der unter der Fettschürze auftretenden Exzeme. Zwischen den anfallenden Kosten und dem medizinischen Nutzen der Operation bestehe auch ein angemessenes Verhältnis, weshalb die Wirtschaftlichkeit der Behandlung gegeben sei. Zudem liege nahe, dass die Versicherte ohne Durchführung des Eingriffes früher oder später an einer behandlungsbedürftigen psychischen Erkrankung leiden werde, was mit zusätzlichen Kosten für den Krankenversicherer verbunden wäre.

**2.2** Die Beschwerdegegnerin leidet vor allem in der warmen Jahreszeit an rezidivierenden intertriginösen Exzemen im Bereich der Fettschürze. Dass es sich dabei um sekundäre Beschwerden mit Krankheitswert handelt, ist nicht umstritten. Indessen führen nach Lage der medizinischen Akten schon intermittierende lokale Behandlungen mit abtrocknenden Lösungen und prophylaktischen Puderapplikationen zu einer Besserung. Zwar mag eine chirurgische Korrektur die Hautprobleme dauernd beseitigen und insofern vorteilhaft erscheinen. Dies stellt aber nicht einen entscheidend höheren Nutzwert gegenüber der ebenfalls als wirksam zu erachtenden konservativen Behandlung dar. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat denn auch

wiederholt entschieden, dass ein operatives Vorgehen nicht von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu übernehmen ist, wenn schon einfache hygienische Massnahmen und dermatologische Behandlungen zu einer weitgehenden Linderung oder gar Beseitigung der aus überlappenden Körperteilen resultierenden Hautbeschwerden führen (vgl. Urteil V. vom 22. Juni 2005, K 50/05, Erw. 3.1.1, und, betreffend Hautprobleme bei einer Mammaptose, Urteil F. vom 26. August 2004, K 15/04, Erw. 3.2.1). Dass die Abdominalplastik im Vergleich zur medikamentösen Behandlung wirtschaftlicher sei, wird von der Beschwerdeführerin unter schlüssiger Angabe der bei den beiden Therapieformen je auch auf lange Sicht zu erwartenden Kosten zu Recht bestritten. Sodann ist zwar nachvollziehbar, dass das äussere Erscheinungsbild im Bereich der Hautfalte die Beschwerdegegnerin belastet; indessen ist ein dadurch begründetes psychisches Leiden mit Krankheitswert nicht ausgewiesen. Soweit im angefochtenen Entscheid von einer möglichen künftigen psychischen Erkrankung gesprochen wird, handelt es sich um eine rein spekulative Annahme, welche zur Entscheidungsfindung nichts beiträgt.

**2.3** Es verbleibt der Gesichtspunkt des ästhetischen Mangels als solcher. Der ausschliesslich ästhetische Mangel ist kein Kriterium für die Leistungspflicht (Erw. 1 hievore). Es fragt sich aber, ob er im vorliegenden Fall ein derartiges Ausmass annimmt, dass der Krankenversicherer zur Kostenübernahme für die plastische Operation zu verhalten wäre.

Ob ein ästhetischer Mangel als entstellend zu bezeichnen ist, beurteilt sich grundsätzlich nach objektiven Kriterien (Urteil F. vom 26. August 2004, K 15/04, Erw. 3.2.2, auch zum Folgenden). Dazu gehört die gesellschaftliche Anschauung. Ebenfalls von Bedeutung ist, inwiefern der von der Norm abweichende Zustand aus ästhetischen Gründen sich negativ auf das Erwerbsleben auswirkt. Mit Blick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Versicherten (Art. 13 Abs. 2 lit. a KVG und Art. 8 Abs. 1 BV) ist von einem engen Begriffsverständnis von «entstellend» auszugehen. Subjektive Faktoren, insbesondere die persönliche Anschauung, haben ausser Acht zu bleiben. Ihnen wird bei der Frage Rechnung getragen, ob der Mangel körperliche oder psychische Beschwerden mit Krankheitswert verursacht, welche mit der Behebung des Mangels beseitigt werden können (vgl. BGE 121 V 213 Erw. 4 und RKUV 2004 Nr. KV 285 S. 242 Erw. 4.1 [Urteil Q. vom 15. April 2004, K 5/03]). Insofern verhält es sich nicht anders als bei der Bemessung des Integritätsschadens in der Unfallversicherung (vgl. BGE 115 V 147 Erw. 1<sup>4</sup> und RKUV 1997 Nr. U 278 S. 208 Erw. 2a).

<sup>4</sup> siehe RKUV 1989 Nr. U 76 S. 306 ff.

Der Bauch ist – wie auch die Brust (zur weiblichen Brust: Urteil F. vom 26. August 2004, K 15/04, Erw. 3.2.2) – für das ästhetische Empfinden zweifellos bedeutsam. Dass der Bauch einen «sichtbaren und ästhetisch speziell empfindlichen Körperteil» darstellt, was die streitige Leistungspflicht in besonderer Weise zu stützen vermöchte (vgl. Erw. 1 hievov), wurde indessen in RKUV 1985 Nr. K 638 S. 200 f. Erw. 2b noch ausdrücklich verneint. Die Vorinstanz geht vom gegenteiligen Verständnis aus und beruft sich dabei auf den Entscheid LGVE 2003 II Nr. 36 des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern. Diese Entscheidung betraf indessen erklärermassen einen spezifischen Einzelfall (LGVE 2003 II Nr. 36 Erw. 4b) und gibt schon von daher für die vorliegende Beurteilung nichts her. Abgesehen davon muss aber nicht abschliessend beantwortet werden, ob, allenfalls aufgrund der seit RKUV 1985 Nr. K 638 S. 197 geänderten gesellschaftlichen Realitäten, nunmehr von dem von der Vorinstanz postulierten ästhetischen Bedeutungsgrad des Bauches auszugehen ist oder nicht. Denn selbst bejahendenfalls kann aufgrund der hier gegebenen, auch durch Fotos dokumentierten Verhältnisse bei objektiver Betrachtungsweise mit der Beschwerdeführerin nicht von einer geradezu entstellenden Situation gesprochen werden.

**2.4** Zusammenfassend hat die KPT ihre Leistungspflicht für den vorgesehene Eingriff zu Recht verneint, was zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt. An diesem Ergebnis vermögen die Vorbringen der Beschwerdegegnerin nichts zu ändern. Dies gilt namentlich auch, soweit geltend gemacht wird, die Fettschürze klemme im Beruf beim Bücken und Lastenheben ein und sei beim Sport hinderlich. Diesen Erschwernissen lässt sich mittels geeigneter Kleider und Bewegungsabläufe soweit begegnen, dass jedenfalls erhebliche Schmerzen oder Bewegungseinschränkungen verhindert werden können. Sodann ist zweifelsohne aner kennenswert, dass die Versicherte die erhebliche Gewichtsreduktion einzig mit Gymnastik sowie bewusstem Essen und somit, was die vom obligatorischen Krankenpflegeversicherer zu gewährende Behandlung der Adipositas betrifft, kostengünstig erreicht hat. Einen Leistungsanspruch für die operative Entfernung der zurückgebliebenen Fettschürze vermag dies aber ebenfalls nicht zu begründen.

# Mitteilungen

## Communications

## Comunicazioni

### ■ **Rechtspflege in Krankenversicherungssachen**

Im Jahre 2005 wurden dem BAG in Krankenversicherungssachen 693 (Vorjahr 745) Entscheide kantonaler Versicherungsgerichte und 62 (60) Entscheide kantonaler Schiedsgerichte zugestellt. Das EVG hat 194 (186) Entscheide gefällt. Aufgrund von Artikel 53 KVG sind 36 (49) Verwaltungsbeschwerdeverfahren erledigt worden, 33 (39) davon durch Entscheid des Bundesrats.

### ■ **Jurisprudence en matière d'assurance-maladie**

En 2005, en matière d'assurance-maladie, 693 (année précédente 745) jugements de tribunaux cantonaux des assurances et 62 (60) jugements de tribunaux arbitraux cantonaux ont été notifiés à l'OFSP. Le TFA a rendu 194 (186) arrêts. En vertu de l'article 53 LAMal, 36 (49) recours administratifs ont été traités, dont 33 (39) ont donné lieu à une décision du Conseil fédéral.

### ■ **Giurisprudenza in materia d'assicurazione malattie**

Nel 2005, in materia d'assicurazione malattie, 693 (anno precedente 745) sentenze di tribunali cantonali delle assicurazioni e 62 (60) sentenze di tribunali arbitrali cantonali sono state notificate all'UFSP. Il TFA ha emanato 194 (186) sentenze. In base all'articolo 53 LAMal sono stati decisi 36 (49) ricorsi amministrativi, di cui 33 (39) dal Consiglio federale.

# Auswirkungen der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung für den Unfallversicherer (BGE 131 V 362)

*U 567 Urteil des EVG vom 2. September 2005 i. Sa. V. (U 26/05)*

- **Auswirkungen der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung für den Unfallversicherer (Art. 49 Abs. 4 ATSG; Art. 103 lit. a OG):**

**Der Unfallversicherer ist nicht zur Einsprache gegen die Verfügung oder zur Beschwerde gegen den Einspracheentscheid der IV-Stelle über den Rentenanspruch als solchen oder den Invaliditätsgrad berechtigt und die Invaliditätsschätzung der Invalidenversicherung entfaltet ihm gegenüber keine Bindungswirkung. (Erw. 2.2)**

**Unfallversicherer sind nicht zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Entscheide kantonaler Versicherungsgerichte in Streitigkeiten um eine Rente der Invalidenversicherung berechtigt. (Erw. 2)**

- **Effets de l'évaluation de l'invalidité dans l'assurance-invalidité pour l'assureur-accidents (art. 49 al. 4 LPGA; art. 103 let. a OJ) :**

**L'assureur-accidents n'a pas qualité pour former opposition contre la décision ou pour recourir contre la décision sur opposition de l'Office AI sur le droit à la rente en tant que tel ou sur le degré d'invalidité, et l'évaluation de l'invalidité par l'assurance-invalidité n'a pas de force contraignante pour lui. (cons. 2.2)**

**Les assureurs-accidents ne sont pas habilités à interjeter un recours de droit administratif contre des décisions des tribunaux cantonaux des assurances dans des litiges concernant une rente de l'assurance-invalidité. (cons. 2)**

- **Effetti della determinazione dell'invalidità nell'assicurazione per l'invalidità per l'assicuratore contro gli infortuni (art. 49 cpv. 4 LPGA; art. 103 lett. a OG):**

**L'assicuratore contro gli infortuni non è legittimato ad opporsi a una decisione o a ricorrere contro una decisione su opposizione dell'Ufficio AI riguardante il diritto alla rendita in quanto tale o il grado d'invalidità, e la valutazione dell'invalidità dell'assicurazione per l'invalidità non esplica effetti vincolanti nei suoi confronti. (cons. 2.2)**

**Gli assicuratori infortuni non sono legittimati ad interporre ricorso di diritto amministrativo avverso giudizi di tribunali cantonali delle assicurazioni in vertenze riguardanti una rendita dell'assicurazione per l'invalidità. (cons. 2)**

Auszug aus den Erwägungen:

...

## **2.**

**2.1** Nach Art. 103 lit. a OG in Verbindung mit Art. 132 OG ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidgenössische Versicherungsgericht berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.

Als schutzwürdig im Sinne von Art. 103 lit. a OG gilt jedes praktische oder rechtliche Interesse, welches eine von der Verfügung betroffene Person an deren Änderung oder Aufhebung geltend machen kann. Das schutzwürdige Interesse besteht im praktischen Nutzen einer Gutheissung der Beschwerde oder – anders ausgedrückt – im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welchen der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Das rechtliche oder auch bloss tatsächliche Interesse braucht somit mit dem Interesse, das durch die als verletzt bezeichnete Norm geschützt wird, nicht überein zustimmen. Immerhin wird verlangt, dass der Beschwerdeführer durch die Verfügung stärker als jedermann betroffen ist und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht. Diesem Erfordernis kommt dann eine ganz besondere Bedeutung zu, wenn nicht der Verfügungsadressat im materiellen Sinn, sondern ein Dritter den Entscheid anfiht (BGE 130 V 563 Erw. 3.3, 127 V 3 Erw. 1b, 82 Erw. 3a/aa mit Hinweisen).

Der am 1. Januar 2003 in Kraft getretene, hier anwendbare Allgemeine Teil des Sozialversicherungsrechts hat am materiellen Gehalt von Art. 103 lit. a OG nichts geändert (vgl. immerhin BGE 130 V 388 und 560, wonach diese Vorschrift für die Einsprachebefugnis nach Art. 52 Abs. 1 ATSG und die Legitimation zur Beschwerde nach Art. 59 ATSG grundsätzlich massgebend ist).

## **2.2**

**2.2.1** In BGE 126 V 288 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die Tragweite der Bindungswirkung rechtskräftiger Invaliditätsschätzungen der Invalidenversicherung oder der Unfallversicherung für den jeweils anderen Sozialversicherungsbereich umschrieben. Diese Rechtsprechung hat auch nach In-Kraft-Treten des ATSG weiterhin Gültigkeit (Urteil K. vom 28. Dezember 2004 [I 725/03] Erw. 1.3 und 1.4; vgl. auch in BGE 131 V 120 nicht publizierte Erw. 2.1.2 des Urteils V. vom 22. April 2005 [I 439/03]). In BGE 126 V 293 f. Erw. 2d hat das Gericht Bezug nehmend auf Art. 129 Abs. 1 UVV (in Kraft gestanden bis 31. Dezember 2002) auch entschieden, dass ein Sozialversicherungsträger sich die Verfügung oder den Einspracheentscheid des andern grundsätzlich entgegenhalten lassen muss, wenn ihm der Verwaltungsakt ordnungsgemäss eröffnet worden ist und er von seinem Beschwerderecht nicht Gebrauch gemacht hat.

In AHI 2004 S. 181 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht BGE 126 V 288 in zweifacher Hinsicht präzisiert. Es hat festgestellt, dass die Invaliditätsschätzung der Invalidenversicherung gegenüber dem Unfallversicherer mangels rechtserheblichen «Berührtseins» im Sinne von Art. 129 Abs. 1 UVV keinerlei Bindungswirkung entfaltet, auch nicht im Sinne einer Richtigkeitsvermutung (Erw. 4.3 und 4.4). Im Weiteren hat es erkannt, dass das Gesetz (Art. 75 Abs. 1 und Art. 76 Abs. 1 lit. e IVV sowie Art. 104 UVG und Art. 129 UVV) dem Unfallversicherer kein Beschwerderecht gegen Verfügungen von IV-Stellen in Bezug auf Rentenanspruch und Invaliditätsgrad einräumt, weshalb er sich diese Verwaltungsakte auch nicht entgegenhalten lassen muss (Erw. 5.2; bestätigt in den Urteilen G. vom 18. Januar 2005 [I 293/04] Erw. 1.3, B. vom 2. November 2004 [I 95/02] Erw. 3 und M. vom 17. August 2004 [I 106/03] Erw. 4).

**2.2.2** Art. 75 Abs. 1 IVV sowie Art. 104 UVG und Art. 129 UVV sind auf den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des ATSG am 1. Januar 2003 aufgehoben worden. Art. 76 Abs. 1 lit. e IVV ist redaktionell an Art. 49 Abs. 4 ATSG angepasst worden (vgl. AHI 2002 S. 258). Diese Bestimmung lautet wie folgt: «Erlässt ein Versicherungsträger eine Verfügung, welche die Leistungspflicht

eines anderen Trägers berührt, so hat er auch ihm die Verfügung zu eröffnen. Dieser kann die gleichen Rechtsmittel ergreifen wie die versicherte Person.»

Art. 49 Abs. 4 ATSG entspricht inhaltlich alt Art. 129 UVV (BGE 129 V 75 Erw. 4.2.2). Es bestehen keine Anhaltspunkte in den Materialien, dass der Gesetzgeber an der Rechtsprechung zur fehlenden Bindungswirkung der Invaliditätsschätzung der Invalidenversicherung für die Unfallversicherung etwas ändern oder die Rechtsmittelbefugnis des Unfallversicherers im Verwaltungs- und erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren betreffend eine Rente der Invalidenversicherung gegenüber früher erweitern wollte (vgl. Bericht «Parlamentarische Initiative Sozialversicherungsrecht» der Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 26. März 1999 [BBI 1999 4523 ff.] S. 4606 ff.; *Ueli Kieser*, ATSG-Kommentar, Rz 30 zu Art. 49). Das in AHI 2004 S. 181 Gesagte hat daher auch unter der Herrschaft des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts weiterhin Gültigkeit. Mangels «Berührtseins» im Sinne von Art. 49 Abs. 4 ATSG ist somit der Unfallversicherer nicht zur Einsprache gegen die Verfügung oder zur Beschwerde gegen den Einspracheentscheid der IV-Stelle über den Rentenanspruch als solchen oder den Invaliditätsgrad berechtigt und die Invaliditätsschätzung der Invalidenversicherung entfaltet ihm gegenüber keine Bindungswirkung.

**2.3** In dem in AHI 2004 S. 181 beurteilten Fall hatte die IV-Stelle des Kantons Freiburg dem Versicherten T. eine Viertelsrente zugesprochen (Invaliditätsgrad: 40%, Leistungsbeginn: 1. Juni 2002). Der Sozialversicherungsgerichtshof des kantonalen Verwaltungsgerichts trat auf die Beschwerde des Unfallversicherers (SUVA) gegen diesen Verwaltungsakt nicht ein. In der hiegegen erhobenen Verwaltungsgerichtsbeschwerde machte dieser subsidiär eine Verletzung von Art. 103 lit. a OG geltend. Das Eidgenössische Versicherungsgericht erachtete diese Rüge als nicht stichhaltig. Es erwog, der Unfallversicherer habe kein schutzwürdiges, direktes und konkretes Interesse an der Aufhebung der Rentenverfügung der Invalidenversicherung. Zum einen greife der fragliche Verwaltungsakt nicht in seine Rechte und Pflichten ein. Zum anderen sei die Invaliditätsschätzung der Invalidenversicherung für den Unfallversicherer nicht verbindlich (AHI 2004 S. 188 Erw. 6.2).

An diesen Erwägungen ist aufgrund des in Erw. 2.1 und 2.2. Gesagten auch unter der Herrschaft des ATSG festzuhalten. Es sind keine Gründe ersichtlich, welche zu einer anderen Betrachtungsweise Anlass geben.

# Elemente der hypothetischen Entwicklung des Valideneinkommens

*U 568 Urteil des EVG vom 13. September 2005 i. Sa. R. (U 87/05)*

■ **Elemente der hypothetischen Entwicklung des Valideneinkommens (Art. 16 ATSG):**

**Hinweis auf die arbeitsmarktökonomische Theorie der Lohnentwicklung gemäss *Dorn/Geiser/Senti/Sousa-Poza*, Die Berechnung des Erwerbsschadens mit Hilfe von Daten der Lohnstrukturerhebung, in: Have, Personen-Schaden-Forum 2005, Zürich 2005, S. 48 ff. (Erw. 2.1).**

**Kann die Restarbeitsfähigkeit in der angestammten Beschäftigung bestmöglich verwertet werden, verhalten sich diese Faktoren im Rahmen des Einkommensvergleichs insoweit neutral und sind mithin irrelevant, als sie beim (ebenfalls hypothetischen) Invalideinkommen in gleicher Weise zum Tragen kommen (Erw. 2.2).**

■ **Eléments de l'évolution hypothétique du revenu de personne valide (art. 16 LPGGA):**

**Renvoi à la théorie de l'évolution des salaires du point de vue de l'économie du marché du travail selon *Dorn/Geiser/Senti/Sousa-Poza*, Die Berechnung des Erwerbsschadens mit Hilfe von Daten der Lohnstrukturerhebung, in: Have, Personen-Schaden-Forum 2005, Zürich 2005, p. 48 ss. (cons. 2.1).**

**Si la capacité résiduelle de travail peut être évaluée le mieux possible dans l'activité habituelle, ces facteurs se comportent de manière neutre et sont donc irrélevants dans le cadre de la comparaison des revenus dans la mesure où ils entrent en vigueur de la même manière pour ce qui est du revenu de personne invalide (également hypothétique) (cons. 2.2).**

■ **Elementi dello sviluppo ipotetico del reddito conseguibile da una persona non invalida (art. 16 LPGGA):**

**Rinvio alla teoria economica del mercato del lavoro in merito all'evoluzione dei salari, *Dorn/Geiser/Senti/Sousa-Poza*, Die Berechnung des Erwerbsschadens mit Hilfe von Daten der Lohnstrukturerhebung,**

**pubblicata in «Have, Personen-Schaden-Forum 2005», Zurigo 2005, pag. 48 segg.**

**Se si può valorizzare in modo ottimale la capacità di lavoro residua nell'ambito dell'attività usuale, i suddetti fattori influiscono in modo neutrale e quindi irrilevante, sempre che siano applicati allo stesso modo al reddito d'invalido, determinato anch'esso in via ipotetica (cons. 2.2).**

Auszug aus den Erwägungen :

...

## **2.**

Für die Bemessung des hypothetischen Verdienstes ohne Gesundheitsschaden (Valideneinkommen) ist entscheidend, was die versicherte Person im massgebenden Zeitpunkt des Rentenbeginns (vgl. BGE 129 V 222 mit Hinweis) nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdienen würde und nicht, was sie bestenfalls verdienen könnte. Die Ermittlung des Valideneinkommens muss so konkret wie möglich erfolgen. Da die bisherige Tätigkeit ohne Gesundheitsschaden erfahrungsgemäss fortgesetzt wird, ist in der Regel vom letzten Lohn auszugehen, der vor Eintritt der Gesundheitsschädigung erzielt wurde. Dieses Gehalt ist wenn nötig der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung anzupassen (RKUV 1993 Nr. U 168S. 101 Erw. 3b in fine).

### **2.1**

**2.1.1** Die Beschwerdeführerin lässt auf eine kürzlich veröffentlichte Arbeit hinweisen, gemäss welcher sich die Entwicklung des Erwerbsschadens (Art. 46OR) arbeitsmarktökonomisch gesehen aus vier Komponenten zusammensetzt (*Dorn/Geiser/Senti/Sousa-Poza*, Die Berechnung des Erwerbsschadens mit Hilfe von Daten der Lohnstrukturerhebung, in: HAVE, Personen-Schaden-Forum 2005, Zürich 2005, S. 48 ff.). Danach kann sich eine solche Entwicklung grundsätzlich aus folgenden Elementen ergeben: (1) Nominallohnwachstum durch Teuerungsausgleich; (2) allgemeines Reallohnwachstum durch technischen Fortschritt sowie aus konjunkturellen Gründen; (3) Reallohnwachstum durch individuelle Produktivitätssteigerung; (4) Lohnänderung durch spezifische individuelle Ereignisse.

**2.1.2** Die teuerungsbedingte Zunahme des Nominallohns (1) wird aufgrund der offiziellen Angaben (Nominallohnindex nach Geschlecht [vgl. BGE 129 V 408], Arbeitsbereich und Qualifikation) erfasst, wie sie etwa der Publikation

des Bundesamtes für Statistik über die Lohnentwicklung, dem Statistischen Jahrbuch oder der Zeitschrift «Die Volkswirtschaft» entnommen werden können. Das allgemeine Reallohnwachstum (2) ist im Regelfall anhand der Daten nachzuvollziehen, die für die vor Eintritt des Gesundheitsschadens konkret ausgeübte Arbeit erhoben werden. Unter dem Titel des individuell begründeten Reallohnwachstums (3) schlagen Veränderungen der persönlichen Fähigkeiten zu Buche (*Dorn et al.*, a.a.O., S. 50). Für die Erfassung der Lohnwirksamkeit einer mit zunehmendem Alter wachsenden Berufserfahrung kann auf allgemeine betriebliche Erfahrungswerte zurückgegriffen werden; soweit indes einzusätzlicher persönlicher (etwa weiterbildungsbedingter) Produktivitätsfortschritt im Gesundheitsfall geltend gemacht wird, müssen hierfür im Einzelfall greifbare Anhaltspunkte ersichtlich sein (BGE 96 V 29; RKUV 1993 Nr. U 168 S. 100 Erw. 3b; ZAK 1992 S. 92 Erw. 4a). Dies gilt auch hinsichtlich spezifischer individueller Ereignisse (4), etwa einer Beförderung in eine neue Funktion oder gar eines Berufswechsels.

**2.2** Im Sozialversicherungsrecht wird die aus einer gesundheitlichen Beeinträchtigung folgende Einbusse an Erwerbskraft durch den Invaliditätsgrad ausgedrückt, der mittels eines Einkommensvergleichs ermittelt wird. Dabei sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des allfälligen Rentenbeginns massgebend; Validen- und Invalideneinkommen sind auf zeitidentischer Grundlage zu ermitteln und allfällige rentenwirksame Änderungen der Vergleichseinkommen bis zum Erlass des Einspracheentscheides zu berücksichtigen (BGE 129 V 222, 128 V 174).

Ob die (für die Berechnung des Erwerbsschadens entwickelte) Theorie (Erw.2.1.1) eine geeignete Grundlage zur Bestimmung des Valideneinkommens bietet, kann hier offen bleiben; denn deren Anwendung führte ohnehin nicht zu dem von der Beschwerdeführerin gewünschten Ergebnis: Ist – wie hier unstrittig der Fall – eine teilinvalide Person in der angestammten Beschäftigung bestmöglich eingegliedert, so ist es nicht erforderlich, die beiden ersten der vorgenannten Parameter (Nominallohnwachstum durch Teuerungsausgleich und allgemeines Reallohnwachstum) je gesondert nachzuvollziehen. Gleichlaufende Entwicklungen verhalten sich mit Bezug auf die durch Einkommensvergleich darzustellende Differenz neutral. In einem solchen Fall erübrigt sich die Rekonstruktion des hypothetischen Verlaufs des Valideneinkommens bis zum Rentenbeginn oftmals auch hinsichtlich des Reallohnwachstums durch individuelle Produktivitätssteigerung aufgrund zunehmender berufserfahrungsbedingter Fertigkeiten. Ein abweichender Verlauf von Validen- und Invalideneinkommen ergibt sich aber, sobald die leidensbedingte Einschränkung den Erfahrungseffekt und das damit verbundene übliche berufliche Fortkommen (teilweise) zunichte macht. Dies gilt a fortiori,

wenn hinreichend konkrete Anhaltspunkte für ausserordentliche Karriereschritte oder einen einkommenswirksamen Wechsel des Tätigkeitsbereichs bestehen; entsprechende Indizien sind beispielsweise in der Inangriffnahme (und invaliditätsbedingten Aufgabe) oder in der nachweislichen Planung weiterführender Ausbildungen zu erblicken, die für die Ausübung der bisherigen Arbeit allein nicht erforderlich sind (vgl. Art. 28 Abs. 1 UVV).

**2.3** Im konkreten Fall sind Gründe für einen Lohnanstieg im Gesundheitsfall, der über das Ausmass der bei einer Fortführung der bisherigen Tätigkeit nach Eintritt der Invalidität anfallenden Einkommensentwicklung hinausginge, weder ersichtlich noch ergeben sich dafür aus den Akten entsprechende Anhaltspunkte, die näherer Abklärung bedürften. Andererseits kann weder mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass sich die gesundheitlichen Einschränkungen (Kopf- und Nackenschmerzen mit neurovegetativen Begleitsyndromen wie Konzentrationsstörung) nach Eintritt der Invalidität negativ auf den individuellen Produktivitätszuwachs ausgewirkt hätten, noch, dass dadurch etwa besondere Karriereaussichten gegenstandslos geworden wären. Danach kann davon ausgegangen werden, dass Validen- und Invalideneinkommen hinsichtlich sämtlicher arbeitsmarktökonomischer Komponenten der Lohnentwicklung bis zum Zeitpunkt des Rentenbeginns parallel verliefen. Damit entfällt ohne weiteres die Begründung für den verlangten leidensbedingten Abzug im Sinne der Rechtsprechung nach BGE 126 V 75. Auch besteht für beweismässige Weiterungen, wie beantragt (Lohnprofilgutachten), kein Anlass.

...

# Taggeldbemessung

*U 569 Urteil des EVG vom 20. September 2005 i. Sa. Z. (U 152/04)*

## ■ Taggeldbemessung (Art. 22 und 23 UVV):

**Bei einem Unfall während eines auf 10 Tage befristeten Arbeitsverhältnisses kann der versicherte Verdienst für die Bemessung der Taggelder nicht gestützt auf Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV festgelegt werden, denn Art. 22 Abs. 4 UVV bildet nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung allein Grundlage für die Bemessung der Renten, nicht aber der Taggelder.**

## ■ Calcul de l'indemnité journalière (art. 22 et 23 OLAA):

**En cas d'accident survenu pendant des rapports de travail limités à 10 jours, le gain assuré déterminant le calcul de l'indemnité journalière ne peut pas être fixé sur la base de l'art. 22, al. 4, 2<sup>e</sup> phrase, OLAA. En effet, la teneur de l'art. 22, al. 4, OLAA dispose clairement que cet article ne peut servir de base qu'au calcul d'une rente, mais pas d'une indemnité journalière.**

## ■ Calcolo dell'indennità giornaliera (art. 22 e 23 OAINF):

**Nel caso di un infortunio avvenuto durante un rapporto di lavoro a tempo determinato della durata di 10 giorni, il guadagno assicurato per il calcolo dell'indennità giornaliera non può essere stabilito in virtù dell'articolo 22 capoverso 4 frase 3 OAINF, dato che l'articolo 22 capoverso 4 OAINF costituisce, secondo il tenore della disposizione, unicamente la base per il calcolo delle rendite e non per il calcolo delle indennità giornaliera.**

Auszug aus den Erwägungen:

...

## 2.

Streitig ist der Anspruch auf Taggelder und dabei allein die für deren Bemessung massgebende Höhe des versicherten Verdienstes. Weder aufgrund der Vorbringen der Parteien noch anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte besteht demgegenüber hinreichender Anlass, im Rahmen dieses

Verfahrens weitere die Taggeldermittlung betreffende Elemente zu prüfen (vgl. BGE 125 V 417 Erw. 2c).

**2.1** Die Vorinstanz ist zunächst der Auffassung, es könne für die Bemessung des versicherten Verdienstes nicht auf Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV abgestellt werden, da es sich dabei um eine für die Renten- und nicht die Taggeldberechnung massgebende Norm handle. Auszugehen sei von einem gültigen Arbeitsvertrag, wobei keine Saisonbeschäftigung bestehe, was die Anwendung des Art. 23 Abs. 4 UVV ausschliesse. Aufgrund des bestehenden Arbeitsverhältnisses sei weder eine unregelmässige Erwerbstätigkeit noch ein starkes Schwankungen unterliegender Lohn anzunehmen, weshalb kein Sonderfall gemäss Art. 23 Abs. 3 UVV vorliege, sondern auf die Grundregel des Art. 15 Abs. 2 UVG abzustellen und der letzte vor dem Unfall erhaltene Lohn herbeizuziehen sei. Ausgehend von einem Stundenlohn von Fr. 22.–, einer durchschnittlichen Wochenarbeitszeit von 41 Stunden sowie 52 Wochen pro Jahr führe dies zu einem versicherten Verdienst von jährlich Fr. 46'904.–, woraus ein Taggeld von Fr. 102.80 resultiere (Fr. 46'904.– / 365 x 80%).

Die Beschwerde führende SUVA ist demgegenüber der Meinung, es liege hier eine einmalige Gelegenheitsarbeit vor, weshalb der versicherte Verdienst nicht anhand der Grundregel des Art. 15 Abs. 2 UVG bestimmt werden könne. Wegen der grossen Lohnschwankung zwischen der Nichterwerbsphase und dem befristeten Arbeitsverhältnis sei gemäss der Vorschrift des Art. 23 Abs. 3 UVV zu verfahren und auf einen Durchschnittslohn über die gesamte Periode abzustellen.

**2.2** Zu Recht ist nicht bestritten, dass der Beschwerdegegner und der Arbeitgeber einen für die Dauer von etwa zehn Tagen befristeten Arbeitsvertrag für den Einsatz auf einer bestimmten Baustelle abgeschlossen haben und dass dieses Verhältnis am Unfalltag noch bestand. Daran ändert nichts, dass im Rahmen dieser Vereinbarung offenbar stillschweigend davon ausgegangen worden ist, die zuständigen Behörden (Ausgleichskasse, Steuer- und Fürsorgeamt) nicht über diesen Vertrag zu informieren und auch die für Asylbewerber notwendige Bewilligung (vgl. Art. 43 AsylG) nicht einzuholen, weshalb insofern eine "schwarze" Beschäftigung vorliegt; derartige Verstösse werden im Rahmen der Unfallversicherung nicht mit der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages sanktioniert, da andernfalls der Versicherungsschutz verunmöglicht würde. Weiter stand diesem Verhältnis nicht entgegen, dass der Beschwerdegegner Asylbewerber ist, denn diesen ist – nach einer anfänglichen dreimonatigen Sperrfrist – eine Erwerbsarbeit grundsätzlich gestattet (wenn auch mit Bewilligung; vgl. Art. 43 AsylG). Entgegen der Auffassung in

der Vernehmlassung des Versicherten ist die Beschäftigung auf der Baustelle aber nicht als Einstieg in den Arbeitsprozess zu betrachten: Der Beschwerdegegner hatte zwischen der Einreise als Asylbewerber am 5. Februar 2001 und der Aufnahme der befristeten Tätigkeit Mitte Juli 2002 während fast anderthalb Jahren keinerlei Erwerbstätigkeit aufgenommen und er hat nicht einmal behauptet, früher Arbeit gesucht zu haben. Ausserdem erfolgte die Aufnahme der Beschäftigung auf der Baustelle nicht infolge planmässiger Arbeitssuche des Beschwerdegegners, sondern weil der Arbeitgeber wegen des Ausfalls einer Hilfskraft dringend Ersatz benötigte und nur per Zufall mit dem Beschwerdegegner in Kontakt kam. Es ist deshalb von einem einmaligen und für eine beschränkte Dauer eingegangenen Arbeitsverhältnis auszugehen.

**2.3** Anders als es die SUVA im Einspracheentscheid vom 27. Juni 2003 (implizit) angenommen hat, kann der versicherte Verdienst nicht gestützt auf Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV festgelegt werden, gemäss welcher Norm bei einer zum Voraus befristeten Beschäftigung die Umrechnung des bisher bezogenen Lohnes auf die vorgesehene Dauer beschränkt bleibt. Denn Art. 22 Abs. 4 UVV bildet nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung allein Grundlage für die Bemessung der Renten, nicht aber der Taggelder und ist deshalb hier grundsätzlich nicht anwendbar. Dass der versicherte Verdienst von Taggeld und Rente nach verschiedenen Regeln festgelegt wird, ergibt sich denn auch schon aus Art. 15 Abs. 2 UVG.

**2.4** Es ist im Weiteren die Frage zu beantworten, ob der massgebende Lohn allenfalls anhand einer der zwei Sonderfälle des Art. 23 Abs. 3 UVV festzusetzen ist. Gemäss dieser Norm ist auf einen angemessenen Durchschnittslohn abzustellen, wenn der Versicherte keine regelmässige Erwerbstätigkeit ausübt oder sein Lohn starken Schwankungen unterliegt.

**2.4.1** Massgebend für die nach der abstrakten Methode erfolgende Berechnung des Taggeldes ist nicht der mutmasslich entgangene Verdienst, sondern jener, den der Versicherte vor dem Unfall bezogen hat. Das gilt grundsätzlich auch für die in Art. 23 UVV geregelten Sonderfälle. Mit Ausnahme von Abs. 7 (lang andauernde Taggeldberechtigung) und Abs. 8 (Rückfall) knüpfen die Regeln des Art. 23 UVV allesamt an Tatsachen an, die sich vor dem Unfall verwirklicht haben. Art. 23 Abs. 3 UVV zielt darauf, dort einen Ausgleich zu schaffen, wo ein Versicherter einen Unfall zufälligerweise in einer Tief- oder eventuell gar einer Nichtlohnphase im Rahmen der bislang ausgeübten Erwerbstätigkeit erleidet. Damit wird nichts am Prinzip geändert, wonach die bis zum Unfall geltenden Verhältnisse massgebend sind: Arbeitsverhältnisse, die erst nach dem Unfallereignis angetreten oder umgestaltet werden (sollten), bleiben bei der Taggeldberechnung ausser Acht. Das Kriterium der

starken Lohnschwankungen ist erfüllt, wenn es im Arbeitsverhältnis auftritt, in welchem der Versicherte im Unfallzeitpunkt stand (BGE 128 V 300 Erw. 2b/aa mit Beispielen).

Ereignet sich ein Unfall während eines seit längerer Zeit dauernden Arbeitsverhältnisses, birgt die Beurteilung, ob der Lohn starken Schwankungen gemäss Art. 23 Abs. 3 UVV unterliegt, keine grösseren Probleme. Anzuknüpfen ist an die in der Vergangenheit erzielten Entgelte. Diese (rückblickende) Möglichkeit entfällt, wenn – etwa bei erst seit kurzem bestehendem Arbeitsvertrag – im Zeitpunkt des Unfalls noch keine Löhne geleistet worden sind. Die kurze Dauer des Arbeitsvertrages und der Umstand, dass bis zum Unfallereignis keine Entgelte ausbezahlt wurden, schliessen die Anwendung von Art. 23 Abs. 3 UVV indes nicht grundsätzlich aus. Es ist Zufall und mit Blick auf den Normzweck unbeachtlich, ob ein Unfall in ein mehrjähriges Arbeitsverhältnis fällt oder sich bereits kurz nach Antritt einer neuen Stelle ereignet. Es verstösst weiter nicht gegen das Prinzip, wonach die Verhältnisse im Zeitpunkt des Unfalles massgebend sind, wenn die Auswirkungen der aktuellen Lohnabrede geprüft werden (BGE 128 V 301 Erw. 2b/bb).

**2.4.2** Der Beschwerdegegner hatte sich verpflichtet, zu einem fixen Stundenlohn während einer gewissen Zeit seinem Arbeitgeber auf einer bestimmten Baustelle bei der Montage von Fenstern zu helfen. Damit liegt kein Fall eines Lohnes vor, der starken Schwankungen unterworfen ist, denn der Stundenansatz und die tägliche Arbeitsdauer sind im Voraus festgelegt worden und unterlagen höchstens minimalen (und alltäglichen) Schwankungen hinsichtlich der täglichen Arbeitszeit. Die in Art. 23 Abs. 3 UVV vorgesehene Variante der starken Lohnschwankungen bezieht sich dagegen auf – in der Regel länger dauernde – Arbeitsverhältnisse, wobei das Entgelt von externen Faktoren abhängig ist, wie z.B. bei einem Taxifahrer von den Fahrgästen oder bei einem Eishockeyspieler von den durch die Mannschaft erzielten Punkten und der Zuschauerzahl (vgl. BGE 128 V 300 Erw. 2b/aa mit Hinweisen). In der Folge ist der massgebende Lohn hier nicht nach dieser Variante des Art. 23 Abs. 3 UVV zu bestimmen.

**2.4.3** Vor seiner auf etwa zehn Tage befristeten Beschäftigung auf der Baustelle war der Beschwerdegegner nicht erwerbstätig und es ist auch nicht überwiegend wahrscheinlich, dass diese Tätigkeit den Einstieg in den schweizerischen Arbeitsmarkt bedeutet hätte (vgl. Erw. 2.2 hievor). Damit ist (anders als etwa im Urteil C. vom 15. Januar 2002, U 403/00, wo überdies die Frage der Wiedererwägung zu beantworten war) von einer ausnahmsweise aufgenommenen, einmaligen und für sehr kurze Zeit bestimmten Arbeit auszugehen, weshalb keine regelmässige Erwerbstätigkeit vorliegt. Die Lage

des Versicherten ist vergleichbar mit derjenigen der Ferienbeschäftigung eines Studenten (vgl. RKUV 1997 Nr. U 274 S. 187 Erw. 4b mit Hinweis) oder mit einer auf zehn Tage befristeten Tätigkeit als Obstpflücker (BGE 121 V 325 Erw. 3d; die Qualifikation einer unregelmässigen Erwerbsarbeit ist im Übrigen durch die Änderung der Rechtsprechung in BGE 128 V 302 Erw. 2c nicht betroffen). Es liegt also eine unregelmässige Erwerbsarbeit im Sinne des Art. 23 Abs. 3 UVV vor und das Taggeld bestimmt sich in der Folge nach dieser Norm, welche bezweckt, einen Ausgleich zu schaffen, wenn ein Versicherter einen Unfall zufällig in einer Tief- oder Niedriglohnphase erleidet (BGE 128 V 300 Erw. 2b/aa). Dem Normzweck gilt es aber auch in der umgekehrten Konstellation Rechnung zu tragen: Der Beschwerdegegner darf nicht davon profitieren, dass er zur Zeit des Unfalls per Zufall vorübergehend ein hohes Einkommen erzielt hat. In der Folge ist auf einen angemessenen Durchschnittslohn pro Tag abzustellen und das – in Anwendung der Rechtsprechung nach BGE 121 V 325 Erw. 3d, welche nur hinsichtlich Saisonniers durch BGE 128 V 302 Erw. 2c geändert worden ist – von der SUVA auf Fr. 4.– festgesetzte Taggeld ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

**2.5** Da der Beschwerdegegner offensichtlich kein Saisonnier ist, findet hier im Übrigen Art. 23 Abs. 4 UVV (sowie die Rechtsprechung gemäss BGE 128 V 298) für die Festsetzung des massgebenden Lohnes keine Anwendung, abgesehen davon, dass diese Bestimmung für die Dauer der Saisonbeschäftigung auf die allgemeine Regelung des Art. 23 Abs. 3 UVV verweist und nur für die nicht erwerbstätige Zeit eine Sonderregelung aufweist.

# Versicherter Verdienst bei Rückfällen

*U 570 Urteil des EVG vom 22. September 2005 i. Sa. I. (U 357/04)*

- **Versicherter Verdienst bei Rückfällen (Art. 15 Abs. 2, Art. 21 Abs. 2 UVG; Art. 11, Art. 23 Abs. 8 UVV):**

Konnte nach einem Unfall der Fall zunächst abgeschlossen werden, ohne dass die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Rente der Unfallversicherung gegeben waren, berechnet sich der versicherte Verdienst für das Taggeld bei einem Rückfall nach Art. 23 Abs. 8 UVV.

- **Bemessung des Invaliditätsgrades (Art. 18, Art. 36 Abs. 2 UVG; Art. 28 Abs. 3 UVV):**

Bemessung des Invaliditätsgrades bei Versicherten, bei denen die Voraussetzungen für Invalidenrentenleistungen nach einem Unfall zunächst nicht erfüllt waren, denen nach Abschluss des Falles aus unfallfremden Gründen eine volle Rente der Invalidenversicherung zugesprochen wird und deren Unfallfolgen sich nach einem Rückfall ebenfalls ein invalidisierendes Ausmass annehmen: Massgebend ist nicht die zeitliche Reihenfolge der Schadenereignisse (Unfall/Krankheit), sondern der Eintritt des Schadens.

- **Gain assuré dans les cas de rechute (art. 15, al. 2, art. 21, al. 2, LAA; art. 11, art. 23, al. 8, OLAA):**

Si après un accident, le cas a d'abord pu être liquidé sans que les conditions de l'octroi d'une rente de l'assurance-accidents ne soient réalisées, le gain assuré pour l'indemnité journalière en cas de rechute se calcule selon l'art. 23, al. 8, OLAA.

- **Détermination du taux d'invalidité (art. 18, art. 36, al. 2 LAA; art. 28, al. 3, OLAA):**

Détermination du taux d'invalidité dans le cas d'assurés pour lesquels les conditions de l'octroi de prestations d'invalidité sous forme de rentes n'étaient d'abord pas remplies mais auxquels une rente entière de l'assurance-invalidité est ensuite allouée après la clôture du cas pour des motifs étrangers à l'accident et pour lesquels, après une rechute, les conséquences de l'accident revêtent également une ampleur correspondant à une invalidité : Ce n'est pas l'ordre dans lequel les événements dommageables (acci-

dent/maladie) interviennent dans le temps, mais la survenance du dommage qui est déterminant.

- **Guadagno assicurato in caso di ricaduta (art. 15 cpv. 2, art. 21 cpv. 2 LAINF; art. 11, art. 23 cpv. 8 OAINF):**

**Se, dopo un infortunio, il caso ha potuto essere chiuso senza che le condizioni per l'assegnazione di una rendita dell'assicurazione infortuni fossero adempite, il guadagno assicurato per l'indennità giornaliera in caso di ricaduta è calcolato secondo l'articolo 23 capoverso 8 OAINF.**

- **Determinazione del grado d'invalidità (art. 18, art. 36, cpv. 2 LAINF; art. 28, cpv. 3, OAINF):**

**Derterminazione del grado d'invalidità nel caso in cui gli assicurati per i quali le condizioni di ottenimento di prestazioni d'invalidità sotto forma di rendite dapprima non erano soddisfatte, ma ai quali dopo la chiusura del caso è stata assegnata una rendita intera di assicurazione invalidità per motivi estranei all'infortunio e per i quali, in seguito a una ricaduta, le conseguenze dell'infortunio assumono una dimensione corrispondente a un'invalidità: Determinante non è la successione cronologica dei danni (infortunio/invalidità), bensì la sopravvenienza del danno.**

Auszug aus den Erwägungen :

1. Streitig ist zunächst die Höhe des der Bemessung der Taggeldleistungen zu Grunde zu legenden versicherten Verdienstes. Weder aufgrund der Vorbringen der Parteien noch anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte besteht demgegenüber hinreichender Anlass, im Rahmen dieses Verfahrens weitere, die Taggeldermittlung betreffende Elemente zu prüfen (BGE 125 V 417 Erw. 2c mit Hinweisen).

1.1 Die SUVA hat das Taggeld gestützt auf den vor dem Rückfall während insgesamt 23 Wochen bei der L. GmbH erzielten und auf ein Jahr umgerechneten Verdienst von Fr. 18'101.– bemessen. Sie stellt dabei auf Art.23 Abs. 8 UVV ab, indem sie geltend macht, der Wortlaut dieser Verordnungsbestimmung sei klar und bedürfe keiner weiteren Auslegung. Der Beschwerdeführer setzt sich demgegenüber auf den Standpunkt, es sei als versicherter Verdienst der vor dem Unfall erzielte Jahreslohn von Fr.77'560.– massgebend. Art. 23 Abs. 8 UVV beziehe sich lediglich auf Rückfälle, die nach Festsetzung einer Rente entstünden, nicht jedoch auf Rückfälle, bei denen noch keine

Rentenfestsetzung erfolgt sei. Die Verordnungsbestimmung ergänze Art. 21 Abs. 3 UVG, der dem Rentenbezüger bei Rückfällen und Spätfolgen neben der Rente Anspruch auf ein zusätzliches Taggeld gebe. SUVA und Vorinstanz verletzten mit der von ihnen vorgenommenen Berechnungsweise Art. 15 Abs. 2 UVG.

**1.2** Nach Art. 15 UVG werden Taggelder und Renten nach dem versicherten Verdienst bemessen (Abs. 1). Als versicherter Verdienst gilt für die Bemessung der Taggelder der letzte vor dem Unfall bezogene Lohn (Abs. 2). Gemäss Abs. 3 erlässt der Bundesrat Bestimmungen über den versicherten Verdienst in Sonderfällen. Gestützt darauf hat dieser in Art. 23 UVV betreffend den massgebenden Lohn für das Taggeld in Sonderfällen ergänzende Vorschriften erlassen. Laut Art. 23 Abs. 8 UVV ist bei Rückfällen der unmittelbar zuvor bezogene Lohn, mindestens aber ein Tagesverdienst von 10 % des Höchstbetrages des versicherten Tagesverdienstes massgebend, ausgenommen bei Rentnern der Sozialversicherung.

**1.3** Gemäss Art. 21 Abs. 3 UVG hat der Rentenbezüger bei Rückfällen und Spätfolgen sowie bei der vom Versicherer angeordneten Wiederaufnahme der ärztlichen Behandlung auch Anspruch auf die Pflegeleistungen und Kostenvergütungen. Erleidet er während dieser Zeit eine Verdiensteinbusse, so erhält er ein Taggeld, das nach dem letzten vor der neuen Heilbehandlung erzielten Verdienst bemessen wird. Gemäss dieser Gesetzesbestimmung hat der Rentenbezüger neben seiner Rente Anspruch auf Pflegeleistungen und Kostenvergütungen. Die Rente wird aufgrund dieser Bestimmung auch dann nicht suspendiert, wenn der Rentenbezüger während der Heilbehandlung eine Verdiensteinbusse erleidet und deshalb gemäss Abs. 3 Satz 2 ein Taggeld erhält (vgl. Maurer, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, S. 385).

**1.4** Ist der Versicherte infolge des Unfalles voll oder teilweise arbeitsunfähig, so hat er Anspruch auf ein Taggeld (Art. 16 Abs. 1 UVG). Aus den erwähnten gesetzlichen Bestimmungen ergibt sich ohne weiteres, dass die Anspruchsvoraussetzung einzig die durch den versicherten Unfall verursachte (Art. 6 Abs. 1 UVG) volle oder teilweise Arbeitsunfähigkeit ist. Das Erleiden einer Lohneinbusse ist insofern konstitutiv, als das Ersatz Einkommen auf einem versicherten Verdienst zu bemessen ist (Art. 15 Abs. 1 UVG).

**1.5** Zu prüfen ist im Wege der Auslegung, ob bei der Taggeldfestsetzung bei Rückfällen ohne vorgängige Zusprechung einer Rente der Unfallversicherung an den vor dem Rückfall erzielten Lohn anzuknüpfen ist. Nebst den allgemeinen Auslegungsmethoden (BGE 125 II 196 Erw. 3a, 244 Erw. 5a, 125 V 130

Erw. 5, 180 Erw. 2a, je mit Hinweisen) ist zu beachten, dass Verordnungsrecht gesetzeskonform auszulegen ist, d.h. es sind die gesetzgeberischen Anordnungen, Wertungen und der in der Delegationsnorm eröffnete Gestaltungsspielraum mit seinen Grenzen zu berücksichtigen. Im Rahmen verfassungskonformer oder verfassungsbezogener Auslegung ist sodann rechtsprechungsgemäss der Gleichbehandlungsgrundsatz zu berücksichtigen, wobei der klare Sinn einer Gesetzesnorm nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung beiseite geschoben werden darf (BGE 126 V 97 Erw. 4b mit Hinweisen).

**1.5.1** Art. 15 Abs. 3 UVG räumt dem Bundesrat einen sehr weiten Ermessensspielraum ein, indem er bestimmt, welche Sonderfälle zu regeln sind, aber offen lässt, wie dies zu geschehen hat. Art. 23 Abs. 8 UVV fällt nicht offensichtlich aus dem Kompetenzrahmen.

**1.5.2** Gemäss dem Wortlaut des Art. 23 Abs. 8 UVV ist bei Rückfällen der unmittelbar zuvor bezogene Lohn, «reçu juste avant celle-ci», «ottenuto immediatamente prima di questa» massgebend. Damit kommt zum Ausdruck, dass im Gegensatz zur Grundregel (letzter vor dem Unfall bezogener Lohn) bei der Taggeldberechnung nicht auf den vor dem allenfalls weit zurückliegenden Unfall, sondern auf den vor dem Rückfall bezogenen Lohn abzustellen ist (BGE 117 V 173 Erw. 5b). Bei Rückfällen handelt es sich um das Wiederaufflackern einer vermeintlich geheilten Krankheit, sodass es zu ärztlicher Behandlung, möglicherweise sogar zu (weiterer) Arbeitsunfähigkeit kommt (BGE 118 V 296 Erw. 2c). Konnte nach einem Unfall der Fall abgeschlossen werden, berechnet sich der versicherte Verdienst nach Art. 23 Abs. 8 UVV (nicht veröffentlichtes Urteil V. vom 30. Juli 1993, U 51/93).

**1.5.3** Der Verweis in Art. 23 Abs. 8 UVV auf die «Rentner der Sozialversicherung» bezieht sich auf den minimalen Ansatz von 10% und nicht auf die Grundaussage, dass bei Rückfällen der unmittelbar zuvor bezogene Lohn die Basis für die Berechnung des versicherten Verdienstes bildet. Davon geht auch *Maurer* (a.a.O., S. 329) aus. Gemäss diesem Autor gilt der Mindestbetrag nicht für Rentner der Sozialversicherung, wobei es sich um AHV- oder Invalidenrenten oder um solche aus beruflicher Vorsorge handeln könne. Bei Rentnern sei stets der Lohn vor dem Rückfall massgebend. Diese Auslegung findet ihre Stütze in den Materialien. Wie den Protokollen der Kommission zur Vorbereitung der Verordnung über die obligatorische Unfallversicherung zu entnehmen ist, sprach sich diese nach vorgängiger Diskussion für die Festsetzung eines Mindesttagesverdienstes aus, wobei die Rentner allerdings von dieser Regelung ausgenommen werden sollten (Kommissionsprotokoll, Sitzung vom 9./10. Juni 1980). Art. 23 Abs. 9 des Vorentwurfs vom 15. Juli

1981 lautete: Bei Rückfällen ist der unmittelbar zuvor bezogene Lohn, mindestens aber ein Tagesverdienst von 25 Franken massgebend. Bei Rentnern der Sozialversicherung wird kein Mindestverdienst angerechnet.

**1.5.4** In systematischer Hinsicht finden sich Art. 23 Abs. 8 UVV wie auch Art. 15 UVG jeweils im Kapitel «Geldleistungen» unter dem Abschnitt «Versicherter Verdienst». Art. 21 Abs. 3 UVG steht dagegen im Abschnitt «Invalidenrente» unter dem Titel «Heilbehandlung nach Festsetzung der Rente» Dies spricht dafür, dass Art. 23 Abs. 8 UVV eine Ausführungsbestimmung zu Art. 15 UVG ist und somit grundsätzlich auf sämtliche Rückfälle Anwendung findet. Davon geht implizit auch die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts aus. In der nicht publizierten Erw. 3 des Urteils BGE 127 V 456 hat das Gericht ausgeführt, bezüglich des massgebenden Lohnes für das Taggeld in Sonderfällen enthalte Art. 23 UVV in Ausführung von Art. 15 Abs. 3 lit. a UVG Bestimmungen, wobei Abs. 8 ausdrücklich den Rückfall normiere. Die in dieser Verordnungsbestimmung getroffene Regelung folge der konkreten Berechnungsmethode und sei – wie Art. 23 Abs. 7 UVV hinsichtlich der Abänderungsfrist – auf die Deckung des tatsächlich entgangenen Verdienstes ausgerichtet. Dies im Unterschied zum versicherten Verdienst für die Bemessung der Invalidenrente, wo bei Rückfällen in Anwendung von Art. 24 Abs. 2 UVV an das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des versicherten Unfalles anzuknüpfen ist und Änderungen in den erwerblichen Verhältnissen ausser Acht bleiben (abstrakte Bemessungsmethode). Wenn in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde geltend gemacht wird, gemäss Maurer (a.a.O., S. 276) seien bei einem Rückfall ohne vorgängige Zusprechung einer Rente die gleichen Leistungen zuzusprechen wie im Grundfall, bezieht sich diese Aussage auf die Heilbehandlung und nicht auf den versicherten Verdienst.

**1.5.5** Nach Auffassung des Beschwerdeführers verstösst Art. 23 Abs. 8 UVV gegen den in Art. 11 UVV statuierten Grundsatz der Gleichbehandlung von Unfall und Rückfall. Nach dieser allgemeinen Bestimmung werden die Versicherungsleistungen auch für Rückfälle und Spätfolgen gewährt, für Bezüger von Invalidenrenten jedoch nur unter den Voraussetzungen von Art. 21 UVG. In BGE 117 V 174 Erw. 6b hat das Eidgenössische Versicherungsgericht erwogen, der Verweis einer im Zweiten Titel «Gegenstand der Versicherung» befindlichen Verordnungsvorschrift auf eine Bestimmung im Dritten Teil des Gesetzes über die «Versicherungsleistungen» belege, dass das unfallversicherungsrechtliche Leistungsgefüge – unter Vorbehalt von Ausnahmen – auf dem Grundsatz der Gleichstellung von Unfall und Rückfall basiere. Diesbezüglich sei den Materialien zu entnehmen, dass die Verordnungsbestimmung aufgenommen worden sei, weil das Gesetz zwar von

Rückfällen und Spätfolgen spreche, aber nur im Zusammenhang mit Fällen, in denen bereits eine Rente ausgerichtet werde (Art. 21 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 UVG). Es müsse jedoch ganz allgemein festgehalten werden, dass Rückfälle und Spätfolgen unabhängig von einer Rentenberechtigung zur Ausrichtung der gesetzlich vorgesehenen Versicherungsleistungen führen sollen.

Gemäss BGE 117 V 170 verstösst die unterschiedliche Bemessung des Taggeldes bei Unfall und Rückfall in der erwerbslosen Zeit gegen das Gleichbehandlungsgebot. Im Gegensatz zum jenem Urteil zu Grunde liegenden Sachverhalt eines Saisonniers, der bei einer Bemessung gestützt auf Art. 23 Abs. 8 UVV ungleich behandelt würde, je nachdem ob der Rückfall während der Saisonbeschäftigung eintritt oder ob er vom Rückfall in der erwerbslosen Zeit betroffen wird, kann mit Bezug auf Versicherte, die wie der Beschwerdeführer vor dem geltend gemachten Rückfall eine Erwerbstätigkeit ausgeübt haben, das Abstellen auf den dann zumal bezogenen Lohn nicht als willkürlich oder mit dem Rechtsgleichheitsgebot als schlechthin unvereinbar bezeichnet werden. Im Lichte des dem Bundesrat zustehenden weiten Auswahlermessens ist es daher nicht Sache des Sozialversicherungsrichters, sondern allenfalls des Gesetz- oder Ordnungsgebers, eine andere Regelung zu treffen. Dass der Versicherte im Zeitpunkt des Rückfalls nicht mehr den gleich hohen Lohn erzielt hatte wie vor dem Unfallereignis, ist zudem auf unfallfremde Gründe zurückzuführen, die durch Rentenleistungen der Invalidenversicherung ausgeglichen wurden.

**1.6** Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die SUVA den für den Taggeldanspruch massgebenden versicherten Verdienst zu Recht gestützt auf Art. 23 Abs. 8 UVV aufgrund des vom Versicherten in der Firma L. GmbH erzielten Lohnes festgesetzt hat.

**2.** Streitig ist weiter der Anspruch auf eine Invalidenrente der Unfallversicherung.

**2.1** Am 1. Januar 2003 sind das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 und die dazugehörige Verordnung (ATSV) vom 11. September 2002 in Kraft getreten. Weil der Einspracheentscheid des Unfallversicherers zwar nach dem 31. Dezember 2002 erlassen worden ist, darin aber auch Sachverhalte beurteilt werden, die vor dem 1. Januar 2003 eingetreten sind, ist entsprechend dem von der Praxis entwickelten intertemporalrechtlichen Grundsatz, wonach in zeitlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei Verwirklichung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts in Geltung standen (BGE 129 V 4 Erw.1.2, 169 Erw. 1 und 356 Erw. 1, je mit Hinweisen), der Beurteilung der

streitigen Verhältnisse bis zum 31. Dezember 2002 altes Recht und ab 1. Januar 2003 neues Recht (ATSG samt Nebenerlassen) zu Grunde zu legen (BGE 130V 445 ff.). Dies gilt insbesondere wenn wie vorliegend mit dem geltend gemachten Anspruch auf Invalidenrente Dauerleistungen im Streit stehen, über die noch nicht rechtskräftig verfügt worden ist. Die Begriffe der Arbeitsunfähigkeit, Erwerbsunfähigkeit und Invalidität (Art. 6-8 ATSG) sowie die Bestimmung zur Invaliditätsbemessung (Art. 16 ATSG) entsprechen indessen den bisherigen, von der Rechtsprechung entwickelten Begriffen und Grundsätzen sowie aArt. 18 Abs. 2 UVG (vgl. BGE 130 V 343 ff. Erw. 2 und 3), welche von der Vorinstanz zutreffend wiedergegeben worden sind. Darauf wird verwiesen.

**2.2** Gemäss Art. 36 Abs. 2 UVG werden die Invalidenrenten sowie die Integritätsentschädigungen und die Hinterlassenenrenten angemessen gekürzt, wenn die Gesundheitsschädigung oder der Tod nur teilweise die Folge eines Unfalles ist. Gesundheitsschädigungen vor dem Unfall, die zu keiner Verminderung der Erwerbsfähigkeit geführt haben, werden dabei nicht berücksichtigt (Art. 36 Abs. 2 Satz 2 UVG). Die Bestimmung von Art. 36 Abs. 2 UVG setzt voraus, dass der Unfall und das nicht versicherte Ereignis eine bestimmte Gesundheitsschädigung gemeinsam verursacht haben. Dagegen ist diese Bestimmung nicht anwendbar, wenn die beiden Einwirkungen einander nicht beeinflussende Schäden verursacht haben, so etwa wenn der Unfall und das nicht versicherte Ereignis verschiedene Körperteile betreffen und auch damit die Krankheitsbilder nicht überschneiden. Diesfalls sind die Folgen des versicherten Unfalles für sich allein zu bewerten (BGE 126 V 117 Erw. 3a, 121V 333 Erw. 3c, 113 V 58).

**2.3** Die Leistungskürzung beruht in der obligatorischen Unfallversicherung auf dem Kausalitätsprinzip (BGE 113 V 137 Erw. 5a). Danach hat die Versicherung ihre Leistungen grundsätzlich nur für Gesundheitsschäden zu erbringen, die durch ein versichertes Ereignis oder dessen Folgen natürlich und adäquat verursacht worden sind. An diesem Grundsatz hat Art. 36 UVG gegenüber der Regelung im alten Recht (Art. 91 KUVG) nichts geändert. Mit dieser Bestimmung sind lediglich die Durchbrechungen des Kausalitätsprinzips für jene Fälle erweitert worden, in denen ein Gesundheitsschaden durch das Zusammentreffen konkurrierender, teils unfallbedingter, teils unfallfremder Ursachen bewirkt worden ist (Botschaft zum Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 18. August 1978, BBl 1975 III 175 und 197). Hingegen besteht für die obligatorische Unfallversicherung übereinstimmend mit dem alten Recht nach wie vor keine Leistungspflicht für vorbestehende oder nach dem Unfall aufgetretene (interkurrente) Krankheiten, auf welche der Unfall überhaupt keinen Einfluss ausgeübt hat (BGE 113 V 58 mit Hinweisen).

**2.4** War die Leistungsfähigkeit der versicherten Person aufgrund einer nicht versicherten Gesundheitsschädigung vor dem Unfall dauernd herabgesetzt, so ist gemäss Art. 28 Abs. 3 UVV für die Bestimmung des Invaliditätsgrades der Lohn, den sie aufgrund der vorbestehenden verminderten Leistungsfähigkeit zu erzielen im Stande gewesen wäre, dem Einkommen gegenüber zu stellen, das sie trotz der Unfallfolgen und der vorbestehenden Beeinträchtigung erzielen könnte. Dieser Sonderfall der Bestimmung des Invaliditätsgrades kommt dort zur Anwendung, wo eine vorbestehende unfallfremde verminderte Leistungsfähigkeit vorliegt, die in keinem Zusammenhang mit dem versicherten Ereignis steht (RKUV 1999 U 322 S. 97; *Omlin*, Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung, Freiburg 1995, S. 131). *Omlin* (a.a.O., S.131) erachtet Art. 28 Abs. 3 UVV als deckungsgleich mit Art. 18 Abs. 2 UVG (in der bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung). Auch dieser Artikel bestimme, dass das mögliche Einkommen ohne Unfall jenem mit Unfall gegenüberzustellen sei.

Ist ein Versicherter bereits aus unfallfremden Gründen vollständig invalid, so besteht kein Raum mehr für eine (zusätzliche) unfallbedingte Beeinträchtigung der Erwerbsunfähigkeit. Selbst wenn auch aus dem Unfall eine Invalidität erwachsen wäre, kommt in diesen Fällen keine Rente der Unfallversicherung zur Ausrichtung (Urteile A. vom 26. Juni 2000 [U 140/00], D. vom 30. Januar 1998 [U 189/96] und M. vom 23. März 1998 [U 151/96]). Massgebend ist nicht die zeitliche Reihenfolge der Schadenereignisse (Unfallereignis/Krankheit), sondern es ist auf den Eintritt des Schadens abzustellen (*Omlin*, a.a.O., S. 146). In diesem Sinne ist bei Rückfällen vorzugehen, bei denen – wie vorliegend – nicht die revisionsweise Erhöhung eines Rentenanspruchs, sondern ein erstmaliger Rentenanspruch zur Diskussion steht.

Dass bereits vor der im Dezember 2000 durchgeführten Schulteroperation eine rentenauslösende unfallbedingte Invalidität bestanden hätte, wie in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde geltend gemacht wird, findet in den Akten keine Stütze. Nach der Operation vom 21. Januar 1993 und der Bestätigung voller Arbeitsfähigkeit ab 25. April 1993 durch Dr. med. M. sind bis Herbst 2000 keine Schulterprobleme oder schulterbedingte Arbeitsunfähigkeiten ausgewiesen. Daran vermag auch der MRI-Befund, welcher gemäss Bericht des Dr. med. K. vom 25. September 2000 eine hochgradige Omarthrose im Tuberkulabereich sowie eine hochgradige Arthrose im AC-Gelenk zeigte, nichts zu ändern, da er für sich allein keine Rückschlüsse auf eine vorangehende Arbeitsunfähigkeit zu begründen vermag.

...

# Übergang vom Taggeld- zum Invalidenrentenanspruch

*U 571 Urteil des EVG vom 30. September 2005 i. Sa. M. (U 294/04)*

- **Übergang vom Taggeld- zum Invalidenrentenanspruch (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 und Art. 19 Abs. 1 UVG):**

**Sind die Voraussetzungen für die Entstehung des Invalidenrentenanspruchs erfüllt, fällt der Taggeldanspruch dahin, auch wenn die Invalidenrente noch nicht festgelegt ist. Es besteht keine gesetzliche Grundlage, um der versicherten Person für den Zeitraum zwischen der Einstellung der Taggelder und dem Einsetzen der Invalidenrentenzahlungen einen Taggeldanspruch einzuräumen (Erw. 3).**

- **Passage du droit à l'indemnité journalière au droit à la rente d'invalidité (art. 16, al. 2, phrase 2, et art. 19, al. 1, LAA):**

**Lorsque les conditions donnant droit à une rente d'invalidité sont remplies, le droit à l'indemnité journalière cesse même si la rente d'invalidité n'a pas encore été fixée. Il n'existe pas de base légale permettant d'octroyer à la personne assurée un droit à une indemnité journalière pendant la période entre la suspension de l'indemnité journalière et le début du versement de la rente d'invalidité (cons. 3).**

- **Passaggio dal diritto all'indennità giornaliera al diritto alla rendita d'invalidità (art. 16 cpv. 2 frase 2 e art. 19 cpv. 1 LAINF):**

**Se sono soddisfatte le condizioni per la nascita del diritto alla rendita d'invalidità cessa il diritto all'indennità giornaliera, anche se non è ancora stata determinata la rendita d'invalidità. Manca la base legale per la concessione del diritto all'indennità giornaliera a un assicurato nel lasso di tempo che intercorre tra la cessazione del versamento delle indennità giornaliera e l'inizio del pagamento delle rendite d'invalidità (cons. 3).**

Auszug aus den Erwägungen:

...

**3.**

Den medizinischen Akten ist zu entnehmen, dass spätestens Ende Mai 2002 von der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung keine namhafte Besserung des Gesundheitszustandes mehr erwartet werden konnte, was sich insbesondere aus dem Bericht des SUVA-Kreisarztes Dr. med. S. (vom 5. März 2002), ergibt; dieser hielt zusammenfassend fest, die konservativen Behandlungsmöglichkeiten seien mittlerweile ausgeschöpft, während der Versicherte einen operativen Eingriff nicht durchführen lassen möchte, womit die Voraussetzungen für den Fallabschluss gegeben seien. Spätestens am 31. Mai 2002 waren demnach die Voraussetzungen für die Entstehung des Rentenanspruchs im Sinne von Art. 19 Abs. 1 und 2 UVG erfüllt, was gleichzeitig bedeutet, dass der Taggeldanspruch dahinfällt, nicht aber, dass die Invalidenrente zum nämlichen Zeitpunkt zwingend bereits festgelegt sein muss. Denn die Abklärungen zur Ermittlung der Höhe des Rentenanspruchs nehmen erfahrungsgemäss eine gewisse Zeit in Anspruch. Gerät die versicherte Person im Zeitraum nach Einstellung der Taggeldzahlungen und vor Einsetzen der Invalidenrentenleistungen in finanzielle Schwierigkeiten, kann diesen mit angemessenen Vorschussleistungen durch die Unfallversicherung begegnet werden, wie dies in der Praxis oft geschieht. Hingegen ist es mit der Gesetzessystematik, aus der sich der Zeitpunkt der Ablösung des Taggeldes durch die Invalidenrente ergibt, nicht vereinbar, der versicherten Person für die begrenzte Zeitspanne zwischen der Einstellung der Taggelder und dem Einsetzen der Invalidenrentenzahlungen einen Taggeldanspruch einzuräumen, um dadurch einen allfälligen finanziellen Engpass zu verhindern.

# Bris de dents

*U 572 Arrêt du TFA du 18 octobre 2005 en la cause D.L. (U 367/04)*

## ■ Bris de dents (art. 9 al. 1 OLAA):

**Le fait de se casser une dent en mangeant au restaurant de la viande de chasse dans laquelle se trouve un reste de projectile ne constitue pas un accident (cons. 4.3 et 4.4 ; voir ATF 112 V 205 cons. 3b in fine ; cf. aussi RAMA 1985 n° K 614 p. 27 cons. 3a).**

## ■ Abbrechen eines Zahnes (Art. 9 Abs. 1 UVV):

**Zahnschäden, die man sich im Restaurant beim Essen von Wild, in dem sich ein Geschosssplitter befindet, zuzieht, stellen keinen Unfall dar (Erw. 4.3 und 4.4; siehe BGE 112 V 2005 Erw. 3b in fine; vgl. auch RKUV 1985 Nr. K 614 S. 27 Erw. 3a).**

## ■ Rottura di denti (art. 9 cpv. 1 OAINF):

**Il fatto di rompersi un dente mangiando al ristorante carne di selvaggina contenente il residuo di un proiettile non costituisce un infortunio (cons. 4.3 e 4.4; vedi ATF 112 V 205 cons. 3b in fine; cfr. anche RAMI 1985 n. K 614 p. 27 cons. 3a).**

Auszug aus den Erwägungen :

...

### 3.

**3.1** Par accident, on entend toute atteinte dommageable, soudaine et involontaire, portée au corps humain par une cause extérieure extraordinaire qui compromet la santé physique ou mentale (art. 2 al. 2 LAMal; art. 9 al. 1 OLAA; ATF 129 V 404 cons. 2.1, 122 V 232 cons. 1 et les références).

Il résulte de la définition même de l'accident que le caractère extraordinaire de l'atteinte ne concerne pas les effets du facteur extérieur, mais seulement ce facteur lui-même. Dès lors il importe peu que le facteur extérieur ait entraîné, le cas échéant, des conséquences graves ou inattendues. Le facteur extérieur est considéré comme extraordinaire lorsqu'il excède, dans le cas particulier, le cadre des événements et des situations que l'on peut,

objectivement, qualifier de quotidiens ou d'habituels (ATF 129 V 404 cons. 2.1, 122 V 233 cons. 1, 121 V 38 cons. 1a ainsi que les références).

**3.2** Le bris d'une dent lors d'une mastication normale est réputé accidentel lorsqu'il s'est produit au contact d'un élément dur extérieur à l'aliment consommé, de nature à causer la lésion incriminée. La dent ne doit pas nécessairement être parfaitement saine, il suffit qu'elle remplisse normalement sa fonction (ATF 114 V 170 s. cons. 3b; *Maurer*, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, p. 168 let. d). Le Tribunal fédéral des assurances a admis l'existence d'une cause extérieure extraordinaire et par conséquent le caractère accidentel du bris d'une dent sur un fragment de coquille se trouvant dans du pain aux noix, au motif que cet aliment n'est pas supposé contenir de tels esquilles et que la présence de ce résidu pouvait, partant, être considérée comme un facteur exceptionnel (cons. 2 de l'arrêt ATF 114 V 169, publié in RAMA 1988 n° K 787 p. 419 s.). Une lésion dentaire causée par un objet, qui normalement ne se trouve pas dans l'aliment consommé, est de nature accidentelle (SVR 1999 UV n° 9 p. 28 cons. 3c/cc; *Rumo-Jungo*, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 3ème édition, ad art. 6, ch. IV 1d, p. 26). Ainsi, une esquille dans une saucisse est un facteur extérieur extraordinaire. Se casser une dent en croquant un éclat d'os présent dans un «Schüblig» de campagne constitue un accident (RAMA 1992 n° U 144 p. 83 cons. 2b). Le fait de se briser une dent sur un caillou en consommant une préparation de riz constitue également un accident (RAMA 1999 n° U 349 p. 478 s. cons. 3a). En revanche, le fait de se casser une dent en mangeant une tarte aux cerises de sa propre confection, préparée avec des fruits non dénoyautés, ne constitue pas un accident, le dommage dentaire n'ayant pas été causé par un facteur extérieur de caractère extraordinaire (ATF 112 V 205 cons. 3b).

#### **4.**

**4.1** Selon le premier juge, le consommateur doit s'attendre à trouver des résidus de projectiles dans le gibier, lorsque le civet de cerf servi au restaurant est de la viande de chasse. La présence de plombs de chasse n'est donc pas fortuite. De l'avis du premier juge, le présent cas relève ainsi par analogie de l'obiter dictum figurant dans l'arrêt ATF 112 V 205 cons. 3b in fine, d'après lequel la présence d'un os dans un poulet ou une côtelette ne saurait être qualifiée d'extraordinaire. Tant il est vrai que les os ne sont pas réputés plus comestibles que les plombs de chasse.

**4.2** Le recourant fait valoir que cette comparaison n'est pas pertinente. A juste titre, un noyau dans une tarte aux fruits contenant des fruits non dénoyautés, de même qu'une esquille d'os dans un plat de poulet ou une

côtelette ne sauraient constituer un facteur exogène à l'aliment consommé. En revanche, le fait de trouver un plomb ou un résidu de plomb dans de la viande de chasse constitue un facteur extérieur extraordinaire, le cas étant tout à fait comparable avec ceux dans lesquels la jurisprudence a admis le caractère extraordinaire de la cause extérieure, qu'il s'agisse par exemple du fragment de coquille se trouvant dans du pain aux noix ou de la présence d'un caillou dans une préparation de riz. En effet, la présence d'un résidu de plomb dans de la viande de chasse sort du cadre ordinaire et habituel de la vie, à plus forte raison encore quand il s'agit d'un civet.

**4.3** La Cour de céans partage l'avis du premier juge. Lorsque l'on mange de la chasse au restaurant, on peut s'attendre à ce que se trouve dans la viande un reste de projectile. En effet, selon l'expérience générale (ATF 112 V 203 cons. 1), la présence d'un reste de projectile dans du gibier n'a rien d'inhabituel.

Avec raison, le premier juge a fait un rapprochement avec les éventualités envisagées dans l'arrêt ATF 112 V 205 cons. 3b in fine (voir aussi RAMA 1988 n° K 787 p. 420 cons. 2b). Qu'il s'agisse du fait de se casser une dent en mangeant une tarte aux cerises de sa propre confection, préparée avec des fruits non dénoyautés, ou en croquant un os ou un éclat d'os dans de la viande de poulet ou une côtelette, ou en mangeant de la viande de chasse dans laquelle se trouve un reste de projectile, dans chaque cas ce sont les effets sur le corps humain de la mastication sur l'élément dur qui sont de caractère extraordinaire, mais non l'élément dur proprement dit (RAMA 1985 n° K 614 p. 27 cons. 3a, relatif à une lésion dentaire survenue en mangeant un gâteau orné de perles décoratives; *Turtè Baer*, Die Zahnschädigung als Unfall in der Sozialversicherung, SJZ 1992 p. 323).

**4.4** L'événement survenu le 7 novembre 2002 ne saurait être qualifié d'accident, faute de cause extérieure de caractère extraordinaire. Dès lors c'est avec raison que l'intimée et le premier juge ont nié tout droit du recourant à des prestations de l'assurance-accidents pour la lésion dentaire incriminée.

# Suspension des délais de recours fixés en mois

*U 573 Arrêt du TFA du 20 octobre 2005 en la cause D.P. (U 127/04)*

- **Suspension des délais de recours fixés en mois (art. 1<sup>er</sup> let. b, art. 38 al. 4, art. 60 et art. 82 al. 2 LPGA ; art. 1<sup>er</sup> al. 1 et art. 106 LAA):**

La suspension des délais prévue par la LPGA s'applique également à un délai fixé en mois, en particulier au délai de trois mois pour recourir contre une décision sur opposition portant sur des prestations de l'assurance-accidents (résumé des principes exposés à l'arrêt Z. du 26 août 2005, U 268/03, RAMA 2005 n° U 566 p. 452 ss, BGE 131 V 314 [cons. 4.2]).

In casu, le droit cantonal genevois de procédure (dont l'application est réservée temporairement par l'art. 82 al. 2 LPGA) ne s'écarte pas de la réglementation de la LPGA (cons. 5).

- **Stillstand der in Monaten festgelegten Beschwerdefristen (Art. 1 Bst. b, Art. 38 Abs. 4, Art. 60 und Art. 82 Abs. 2 ATSG; Art. 1 Abs. 1 und Art. 106 UVG):**

Der Stillstand der Fristen gemäss ATSG gilt auch für eine nach Monaten bestimmte Frist, insbesondere für die dreimonatige Frist für Beschwerden gegen Einspracheentscheide betreffend Leistungen der Unfallversicherung (Zusammenfassung der Grundsätze im Urteil Z. vom 26. August 2005, U 268/03; Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen [Erw. 4.2]).

Das Verfahrensrecht des Kantons Genf (dessen Geltung durch Art. 82 Abs. 2 ATSG zeitlich befristet ist) weicht in casu nicht von der Regelung gemäss ATSG ab (Erw. 5).

- **Sospensione dei termini di ricorso stabiliti in mesi (art. 1<sup>er</sup> let. b, 38 cpv. 4, 60 e 82 cpv. 2 LPGA ; art. 1 cpv. 1 e 106 LAINF):**

La sospensione dei termini prevista dalla LPGA si applica parimenti a un termine stabilito in mesi, in particolare al termine di tre mesi per ricorrere contro una decisione su opposizione in merito a prestazioni dell'assicurazione contro gli infortuni (sintesi dei principi esposti nella decisione Z. del 26 agosto 2005, U 268/03, prevista per la pubblicazione nella Raccolta ufficiale [cons. 4.2]).

**In casu, l'attuale diritto di procedura del Cantone Ginevra (la cui applicazione transitoria è prevista dall'articolo 82 capoverso 2 LPGA) non si discosta dal disciplinamento della LPGA (cons. 5).**

I.

**A.**

Par décision du 14 février 2003, la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (CNA) a supprimé, à partir du 31 mars 2003, le droit de D. à une indemnité journalière et à la prise en charge du traitement médical pour un accident survenu le 1<sup>er</sup> décembre 2000.

Saisie d'une opposition, la CNA l'a rejetée par décision du 16 mai 2003.

**B.**

Par écriture du 15 septembre 2003, D. a recouru contre cette décision sur opposition devant le Tribunal cantonal des assurances sociales du canton de Genève. Dans sa réponse au recours, la CNA a fait valoir notamment que le recours était tardif.

Statuant par la voie incidente le 7 avril 2004, la juridiction cantonale a déclaré le recours recevable.

**C.**

La CNA interjette recours de droit administratif contre ce jugement, en concluant à son annulation en ce qu'il déclare recevable le recours formé devant la juridiction cantonale.

L'intimée conclut, sous suite de dépens, au rejet du recours, ce que propose également l'Office fédéral de la santé publique (OFSP).

II.

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

**1.**

**1.1** Selon l'art. 128 OJ, le Tribunal fédéral des assurances connaît en dernière instance des recours de droit administratif contre des décisions au sens des art. 97, 98 let. b à h et 98a OJ, en matière d'assurances sociales. Quant à la

notion de décision pouvant faire l'objet d'un recours de droit administratif, l'art. 97 OJ renvoie à l'art. 5 PA (cf. aussi l'art. 49 al. 1 LPG; ATF 130 V 391 cons. 2.3). Selon le premier alinéa de cette disposition, sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral (et qui remplissent encore d'autres conditions, définies plus précisément par rapport à leur objet).

En ce qui concerne les décisions incidentes, l'art. 5 al. 2 PA renvoie à l'art. 45 PA, de sorte que le recours de droit administratif n'est recevable – séparément d'avec le fond – que contre les décisions de cette nature qui peuvent causer un préjudice irréparable au recourant. Il faut, au surplus, conformément à l'art. 129 al. 2 en liaison avec l'art. 101 let. a OJ, que le recours de droit administratif soit également ouvert contre la décision finale (ATF 128 V 201 cons. 2a, 124 V 85 cons. 2 et les références).

**1.2** La jurisprudence admet l'existence d'un préjudice irréparable lorsque le refus d'entrer en matière sur un recours de droit administratif dirigé contre un jugement cantonal incident obligerait éventuellement le recourant à supporter un long procès sur le fond en instance cantonale, sans qu'il puisse en être indemnisé, même en obtenant gain de cause. En outre, l'admission du bien-fondé d'un grief formel seulement au moment du procès sur le fond irait à l'encontre du principe d'économie de la procédure (art. 61 let. a LPG). En effet, le Tribunal fédéral des assurances examine d'office les conditions dont dépend la qualité pour recourir et les conditions formelles de validité et de régularité de la procédure administrative, soit en particulier le point de savoir si c'est à juste titre que la juridiction cantonale est entrée en matière sur le recours ou sur l'action (ATF 125 V 23 cons. 1a, 122 V 322 cons. 1). Ainsi, le refus d'entrer en matière sur le recours dirigé contre un jugement incident obligerait la juridiction cantonale à rendre un jugement sur le fond, avec le risque que celui-ci soit ensuite annulé par le Tribunal fédéral des assurances pour le motif formel qui a fait l'objet de la procédure incidente (arrêt Z. du 26 août 2005, U 268/03, prévu pour la publication dans le Recueil Officiel, cons. 1.3, qui confirme la jurisprudence de l'arrêt SVR 1998 UV no 10 p. 26 cons. 1b).

Dès lors, le recours de droit administratif est recevable séparément d'avec le fond.

## **2.**

La décision litigieuse n'ayant pas pour objet l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, le Tribunal fédéral des assurances doit se borner à examiner si les premiers juges ont violé le droit fédéral, y compris par l'excès ou par

l'abus de leur pouvoir d'appréciation, ou si les faits pertinents ont été constatés d'une manière manifestement inexacte ou incomplète, ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de procédure (art. 132 en corrélation avec les art. 104 let. a et b et 105 al. 2 OJ).

### **3.**

**3.1** La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003. Cette loi coordonne le droit fédéral des assurances sociales, notamment en fixant les normes d'une procédure uniforme et en réglant l'organisation judiciaire dans ce domaine (art. 1er let. b LPGA). Les dispositions générales de procédure se trouvent au chapitre 4. La section 2 de ce chapitre (art. 34 ss LPGA) contient les règles de procédure en matière d'assurances sociales et règle à l'art. 38 le calcul et la suspension des délais. Aux termes de l'alinéa 4 de cette disposition, les délais en jours ou en mois fixés par la loi ou par l'autorité ne courent pas :

a) du 7ème jour avant Pâques au 7ème jour après Pâques inclusivement;

b) du 15 juillet au 15 août inclusivement;

c) du 18 décembre au 1er janvier inclusivement.

A la section 3 du chapitre 4 de la LPGA, on trouve les règles sur le contentieux, notamment l'art. 60 LPGA. Selon cette disposition, le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (al. 1). Les art. 38 à 41 sont applicables par analogie (al. 2).

**3.2** D'après l'art. 1er al. 1 LAA, dans sa version en vigueur depuis le 1er janvier 2003, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-accidents, à moins que la LAA ne déroge expressément à la LPGA. Elles ne s'appliquent pas aux domaines énumérés à l'art. 1er al. 2 LAA, lesquels n'entrent toutefois pas en considération dans la présente affaire. Sous le titre « délai de recours spécial », l'art. 106 LAA dispose, dans sa teneur valable dès le 1er janvier 2003, qu'en dérogation à l'art. 60 LPGA, le délai de recours est de trois mois pour les décisions sur opposition portant sur les prestations d'assurance.

Selon la jurisprudence, les nouvelles dispositions de procédure sont applicables, sauf dispositions transitoires contraires, à tous les cas en cours, dès l'entrée en vigueur du nouveau droit (ATF 129 V 115 cons. 2.2 et les références; arrêt Z. du 26 août 2005, U 268/03, déjà cité, cons. 3.3). L'art. 82 al. 2

LPGA règle la procédure du point de vue du droit transitoire. Il prévoit que les cantons doivent adapter leur législation à la LPGA dans un délai de cinq ans à partir de son entrée en vigueur. Dans l'intervalle, les dispositions cantonales en vigueur restent applicables.

Les dispositions de procédure qui ont été introduites par la LPGA et celles de la LAA qui ont été modifiées ensuite de l'introduction de la LPGA sont applicables en l'occurrence (arrêt Z. du 26 août 2005, U 268/03, déjà cité, cons. 3.3).

#### **4.**

**4.1** La juridiction cantonale a considéré que l'art. 106 LAA, qui déroge à l'art. 60 LPGA, concerne seulement la fixation du délai de recours prévu à l'alinéa 1 de cette disposition, à l'exclusion du renvoi aux art. 38 à 41 LPGA, prescrit à l'alinéa 2. Selon les premiers juges, cette interprétation s'impose non seulement en raison du texte même de l'art. 106 LAA, dont le titre est « délai de recours spécial », mais également au regard des travaux préparatoires de la LPGA. Aussi, la suspension des délais prévue à l'art. 38 al. 4 LPGA s'applique-t-elle aussi au délai de recours fixé à l'art. 106 LAA.

De son côté, la recourante fait valoir que la dérogation introduite à l'art. 106 LAA ne concerne pas seulement le délai de recours fixé à l'art. 60 al. 1 LPGA mais l'art. 60 LPGA dans son ensemble. Il s'ensuit que le renvoi prévu à l'art. 60 al. 2 LPGA – en particulier en ce qui concerne la suspension du délai (art. 38 al. 4 LPGA) – n'a pas cours dans la procédure de recours contre des décisions sur opposition portant sur des prestations d'assurance.

Quant à l'intimée, elle fait valoir que la dérogation introduite par l'art. 106 LAA concerne exclusivement le délai de recours, de sorte que la réglementation sur les feries prévue par la LPGA est applicable en matière de recours contre les décisions sur opposition portant sur des prestations de l'assurance-accidents.

Dans ses déterminations sur le recours de droit administratif, l'OFSP est d'avis que l'exception introduite par l'art. 106 LAA ne concerne pas la suspension des délais prévue à l'art. 38 al. 4 LPGA. Cette conception repose sur une interprétation littérale de la loi, à savoir que l'art. 106 LAA est intitulé « délai de recours » et non pas « calcul et suspension du délai ». En outre, une interprétation téléologique permet d'inférer que le législateur ne voulait pas créer, dans le domaine de l'assurance-accidents, une exception au principe général des feries, applicable dans l'ensemble du droit des assurances sociales.

**4.2** Tout récemment (arrêt Z. du 26 août 2005, U 268/03, déjà cité, cons. 4.3 à 4.7), le Tribunal fédéral des assurances a jugé que la réglementation de la suspension des délais selon l'art. 38 al. 4 LPGa s'applique également à un délai fixé en mois. Il a considéré que l'interprétation, selon laquelle la dérogation introduite par l'art. 106 LAA ne concerne pas la suspension des délais prévue à l'art. 38 al. 4 LPGa, repose en particulier sur les travaux préparatoires de la LPGa. En outre, elle est conforme au but de cette loi qui consiste à uniformiser les règles de procédure (cf. art. 1er let. b LPGa) et à généraliser la règle de la suspension des délais par le biais de l'art. 60 al. 2 LPGa, indépendamment de leur mode de calcul (en jours ou en mois). Au demeurant, cette interprétation est partagée par la doctrine, selon laquelle la computation du délai fixé à l'art. 106 LAA doit tenir compte des périodes de suspension prévues à l'art. 38 al. 4 LPGa (voir les auteurs cités au cons. 4.4 de l'arrêt Z. du 26 août 2005, U 268/03, déjà cité).

## **5.**

**5.1** L'art. 89C de la loi cantonale genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA; E 5 10), applicable à la prise de décision par le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 1er en liaison avec l'art. 6 al. 1 let. b LPA), a la teneur suivante :

Les délais en jours ou en mois fixés par la loi ou par l'autorité ne courent pas:

- a) du 7e jour avant Pâques au 7e jour après Pâques inclusivement;
- b) du 15 juillet au 15 août inclusivement;
- c) du 18 décembre au 1er janvier inclusivement.

**5.2** La recourante fait valoir que, si la LPGa ne devait rien modifier à la pratique en vigueur jusque-là, c'est le délai de recours de trois mois prévu à l'art. 106 LAA qui serait applicable et la réglementation cantonale serait déterminante pour le calcul de ce délai.

De son côté, l'intimée fait valoir que l'art. 89C LPA règle la suspension des délais de la même façon que l'art. 38 al. 4 LPGa, de sorte que, par ce biais-là également, la réglementation sur les fêtes est applicable en matière de recours contre les décisions sur opposition portant sur des prestations de l'assurance-accidents.

**5.3** L'art. 82 al. 2 LPGA dispose que les cantons doivent adapter leur législation à la LPGA dans un délai de cinq ans à partir de son entrée en vigueur et que, dans l'intervalle, les dispositions cantonales en vigueur restent applicables.

Dans son arrêt Z. du 26 août 2005, U 268/03, déjà cité (cons. 5.2), le Tribunal fédéral des assurances a considéré qu'en vertu de l'art. 82 al. 2 LPGA, les dispositions de procédure cantonales peuvent demeurer applicables au-delà du 1er janvier 2003 et que la procédure de recours reste régie par le droit cantonal jusqu'à ce que le canton adapte sa législation, mais au plus tard jusqu'au 31 décembre 2007. Cela signifie que l'applicabilité des art. 56 ss LPGA sur le contentieux est restreinte sur le plan transitoire, dans la mesure où les cantons peuvent, en vertu de l'art. 82 al. 2 LPGA, continuer d'appliquer les règles de procédure cantonales, même si elles divergent des dispositions de la LPGA sur le contentieux.

Toujours dans le même arrêt (cons. 5.2), le Tribunal fédéral des assurances a considéré que les « dispositions cantonales en vigueur » (« die bisherigen kantonalen Vorschriften »; « le prescrizioni cantonali in vigore precedentemente ») sur le contentieux, au sens de l'art. 82 al. 2 LPGA, englobent la réglementation cantonale non seulement positive mais aussi négative. Un canton peut en effet légiférer sur une institution juridique en l'inscrivant dans un texte ou un l'excluant expressément; il peut également ne pas mentionner cette institution juridique, ce qui permet d'inférer qu'elle n'existe pas dans la réglementation en question. Dès lors, s'il n'existe pas de disposition concernant la suspension des délais légaux dans une législation cantonale (p. ex. le canton de Bâle-Campagne), on doit considérer que celle-ci ne connaît pas cette institution (réglementation dite négative). Cette réglementation demeure donc applicable au plus tard jusqu'au 31 décembre 2007 (ou, plus tôt, jusqu'à l'adaptation du droit cantonal aux exigences de la LPGA). C'est pourquoi le juge cantonal qui, avant l'expiration du délai fixé à l'art. 82 al. 2 LPGA, appliquerait les règles de la LPGA sur la suspension des délais, quand bien même le droit cantonal ne prévoit pas cette institution, appliquerait à tort le droit fédéral au lieu du droit cantonal, ce qui constitue une violation du droit fédéral (ATF 116 Ib 171 cons. 1 et la référence; arrêt Z. du 26 août 2005, U 268/03, déjà cité, cons. 5.3).

Certains cantons (par ex. Zurich) ne prévoient la suspension que pour les délais fixés en jours. Cela signifie que le droit cantonal en question ne connaît pas cette institution pour les délais calculés en mois, comme celui qui est prévu à l'art. 106 LAA. Cette réglementation (négative) prime donc, au plus tard jusqu'au 31 décembre 2007, la règle de la LPGA sur la suspension des

délais en ce qui concerne les recours contre des décisions sur opposition portant sur des prestations de l'assurance-accidents au sens de l'art. 106 LAA (arrêt M. du 26 août 2005, U 308/03, RAMA 2005 n° U 565 p. 449, ATF 131 V 325 I, cons. 4.2 à 4.4).

**5.4** En l'occurrence, l'art. 89C LPA prévoit la suspension des délais fixés aussi bien en mois qu'en jours. Cette réglementation cantonale est semblable à celle qui est prévue à l'art. 38 al. 4 LPGA, de sorte que cette disposition du droit cantonal demeure applicable sans réserve à la procédure de recours formé devant le Tribunal cantonal des assurances sociales du canton de Genève contre des décisions sur opposition portant sur des prestations de l'assurance-accidents (ATF 130 V 320 cons. 2.1).

**5.5** Comme l'ont constaté les premiers juges – d'une manière qui lie la Cour de céans (cf. cons. 2) –, la décision sur opposition du 16 mai 2003 a été notifiée à l'assurée le 19 mai suivant. Dans un premier temps, la date de l'expiration du délai de trois mois pour recourir contre cette décision doit être fixée au 19 août 2003. On ajoute ensuite le nombre de jours de suspension écoulés, soit 32 jours (du 15 juillet au 15 août inclusivement), ce qui reporte l'expiration du délai au samedi 20 septembre 2003 (cf. ATF 125 V 39 cons. 4a; arrêt Z. du 26 août 2005, U 268/03, déjà cité, cons. 4.6). Celle-ci doit encore être reportée au premier jour utile (cf. art. 38 al. 3 LPGA; art. 17 al. 3 en liaison avec les art. 1er et 6 al. 1 let. b LPA), soit lundi 22 septembre 2003. Dans la mesure où il a été formé devant la juridiction cantonale le 15 septembre 2003, le recours a été déposé en temps utile.

# Modification du supplément de prime pour les frais administratifs (ATF 131 V 431)

*U 574 Arrêt du TFA du 24 octobre 2005 en la cause X. (196/05)*

- **Modification du supplément de prime pour les frais administratifs (art. 92 al. 5 et 7 LAA; art. 113 al. 3 OLAA):**

La LAA ne confère pas à un assureur privé pratiquant l'assurance-accidents obligatoire la compétence de modifier unilatéralement une clause contractuelle relative au supplément de prime pour les frais administratifs. En particulier, la compétence de modifier le tarif des primes ou le classement d'une entreprise dans ce tarif, par une décision communiquée au moins deux mois avant la fin de l'exercice comptable en cours, ne comporte pas celle de modifier le supplément pour les frais administratifs. (cons. 6-8)

- **Änderung des Prämienzuschlags für die Verwaltungskosten (Art. 92 Abs. 5 und 7 UVG; Art. 113 Abs. 3 UVV):**

Das UVG verleiht einem die obligatorische Unfallversicherung durchführenden Privatversicherer keine Berechtigung, eine vertragliche Klausel über den Prämienzuschlag für die Verwaltungskosten einseitig abzuändern. Insbesondere beinhaltet die Ermächtigung zu Änderungen der Prämientarife sowie der Zuteilung eines Betriebes zu diesen Tarifen durch eine bis spätestens zwei Monate vor Ende des laufenden Rechnungsjahres zu erfolgende Mitteilung (Art. 92 Abs. 5 und 7 UVG; Art. 113 Abs. 3 UVV) nicht auch diejenige zur Abänderung des Zuschlages für die Verwaltungskosten. (Erw. 6 - 8)

- **Modifica del supplemento di premio per le spese amministrative (art. 92 cpv. 5 e 7 LAINF; art. 113 cpv. 3 OAINF):**

La LAINF non conferisce a un assicuratore privato esercitante l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni la competenza di modificare unilateralmente una clausola contrattuale concernente il supplemento di premio per le spese amministrative. In particolare, la competenza di modificare, mediante una decisione comunicata almeno due mesi prima dell'inizio del nuovo esercizio contabile, il tariffario dei premi o l'attribuzione di un'azienda a un tale tariffario (art. 92 cpv. 5 e 7 LAINF; art. 113 cpv. 3 OAINF), non comprende anche quella di modificare il supplemento per le spese amministrative. (cons. 6-8)

Auszug aus den Erwägungen :

...

#### **4.**

La recourante soutient que l'intimée n'était pas en droit de modifier le taux de supplément de primes pour frais administratifs par une décision unilatérale notifiée au moins deux mois avant la fin de l'exercice comptable en cours, conformément à l'art. 113 al. 3 OLAA. Selon elle, il faut distinguer les primes nettes, sujettes à modification unilatérale en cours de contrat, des suppléments de primes pour frais administratifs, dont la fixation repose – dans les limites fixées par le législateur – sur une base purement contractuelle.

Les premiers juges considèrent pour leur part que la notion de primes forme un tout indissociable qui comprend l'ensemble des montants dus par l'employeur. Partant, l'assureur était en droit, moyennant le respect du préavis de deux mois prévu par l'art. 113 al. 3 OLAA, d'imposer à l'employeur une augmentation du taux de supplément de primes litigieux.

#### **5.**

**5.1** L'établissement d'un tarif des primes et le classement des preneurs d'assurance dans ce tarif permet de réunir plusieurs entreprises (ou parties d'entreprises) comparables au sein d'une communauté de risque. Par leurs contributions – les primes nettes au sens de l'art. 92 al. 1 LAA – ces entreprises doivent entièrement supporter les coûts des accidents et maladies professionnels qui surviennent au sein de la communauté à laquelle elles appartiennent (art. 113 al. 1 OLAA). Une prime de référence pour toutes les entreprises concernées est fixée selon des critères actuariels et permet de garantir une certaine solidarité au sein de la communauté. Cette prime est toutefois pondérée par un second facteur de risque, afin de prendre en considération les écarts significatifs – abstraction faite des variations usuelles – entre le nombre et le coût des événements assurés annoncés par une entreprise, d'une part, et la valeur statistique de référence pour la communauté de risque à laquelle elle appartient, d'autre part (cf. ATF 112 V 318 cons. 3 et 321 cons. 5c).

Les assureurs-accidents peuvent adopter une pratique analogue pour l'assurance des accidents non professionnels et répartir les assurés en classes de tarif. Les primes ne peuvent toutefois pas être échelonnées en fonction du sexe des personnes assurées (art. 92 al. 6 LAA).

**5.2** Comme cela ressort des art. 92 al. 1 LAA et 114 al. 1 OLAA, les suppléments de primes pour frais administratifs sont destinés à couvrir les dépenses ordinaires occasionnées aux assureurs par la pratique de l'assurance-accidents, y compris les dépenses pour des prestations de tiers qui ne servent pas au traitement médical, tels que les frais de justice, de conseils et d'expertises. Il ne doit pas y avoir une différence importante entre les suppléments de primes de la CNA et ceux des autres assureurs. Les suppléments pour les frais administratifs des assureurs visés à l'art. 68 al. 1 de la loi ne peuvent dépasser ceux fixés par la CNA de plus d'un certain nombre de points. Initialement, la limite supérieure du dépassement autorisé était de 10 points (art. 114 al. 2 OLAA, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 1997; RO 1983 p. 71); elle est ensuite passée à 15 points (Ordonnance du 15 décembre 1997 modifiant l'Ordonnance sur l'assurance-accidents; RO 1998 p. 160). Il s'agissait alors de laisser une plus grande marge de manoeuvre aux assureurs privés lors du calcul des suppléments de primes, vers le haut comme vers le bas, et de renforcer la concurrence en ce domaine (Rapport du 17 juin 2003 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats sur l'initiative parlementaire «Prime minimum et suppléments de primes pour frais administratifs dans l'assurance-accidents» [ci-après : rapport de la Commission de sécurité sociale du Conseil des Etats], FF 2003 p. 5447 sv.; voir également *Peter Schlegel*, Frais administratifs de l'assurance-accidents: situation initiale, évolution et problèmes, in : Sécurité sociale 1/2001, p. 13 sv.).

Cette marge de manoeuvre devrait encore être élargie prochainement par une modification de l'art. 92 al. 1 LAA adoptée le 8 octobre 2004 (FF 2004 5091; le Conseil fédéral n'a pas encore décidé sa date d'entrée en vigueur). En effet, la nouvelle version de cette disposition ne fera plus référence au supplément de primes fixé par la CNA pour la détermination des frais administratifs prélevés par les autres institutions pratiquant l'assurance-accidents obligatoire. Cela devrait contribuer à renforcer encore la concurrence entre assureurs privés et éviter que celle-ci soit influencée par les décisions du Conseil d'administration de la CNA en matière de suppléments de primes (rapport de la Commission de sécurité sociale du Conseil des Etats, FF 2003 p. 5448; voir également *Hans-Rudolf Müller*, Suppléments de primes destinés aux frais administratifs des assureurs privés LAA, in: Sécurité sociale 1/2001, p. 17).

**5.3** Le supplément de primes pour les frais administratifs ne dépend qu'indirectement de la prime, en ce sens qu'il est calculé en pour cent du taux de primes. Il n'est pas en relation directe avec les risques de l'assurance et, par conséquent, avec l'appartenance du preneur d'assurance à l'une ou l'autre

communauté de risque. Il peut en revanche varier en fonction des coûts administratifs qu'entraîne l'assurance conclue par l'entreprise concernée et de la collaboration offerte par l'entreprise. Il est généralement admis, par exemple, que les petites entreprises et les ménages entraînent des frais de gestion plus élevés que les grandes entreprises (*Peter Schlegel*, loc. cit.; *Hans-Rudolf Müller*, op. cit., p. 18). Dans la limite fixée par l'art. 114 al. 2 OLAA (en relation avec l'art. 92 al. 7 1re phrase LAA), les assureurs privés peuvent négocier avec les entreprises des suppléments de primes plus ou moins élevés selon les frais administratifs prévisibles et, partant, selon leur intérêt à conclure le contrat. Toutefois, pour éviter que les grandes entreprises se voient facturer des suppléments particulièrement bas pour les frais administratifs, au détriment des petites et moyennes entreprises, après l'entrée en vigueur du nouvel art. 92 al. 1 LAA, la modification du 8 octobre 2004 de la LAA prévoit de laisser au Conseil fédéral la possibilité de fixer le taux maximum du supplément de primes pour frais administratifs (nouvel art. 92 al. 7 2ème phrase LAA; sur ce point : rapport de la Commission de sécurité sociale du Conseil des Etats, FF 2003 p. 5548 sv.).

## **6.**

**6.1** Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair et que plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important (ATF 130 II 71 cons. 4.2, 129 II 118 cons. 3.1, 129 III 56 sv. cons. 3.1.1).

**6.2** Considérée isolément, l'expression «changements apportés au tarif des primes» («Änderungen der Prämientarife»; «cambiamenti delle tariffe») figurant à l'art. 113 al. 3 OLAA n'indique pas clairement s'il s'agit de changements touchant la part de prime correspondant au risque (prime nette) ou de modifications portant sur la totalité de la prime dont devra finalement s'acquitter le preneur d'assurance (prime nette et suppléments). Par ailleurs, ni l'ordonnance, ni la loi ne définissent la notion de tarif des primes. Dans la loi, cependant, cette notion est utilisée en relation avec les différents niveaux de primes établis en fonction du classement des entreprises dans des communautés de risque (art. 92 al. 2, 4 et 5 LAA). Elle est donc étroitement liée au risque spécifique de l'assurance. Cet élément tend déjà à démontrer que par

modification du tarif des primes, il faut entendre un changement des primes nettes, à l'exclusion des suppléments de primes pour frais administratifs.

**6.3** Cette interprétation est confirmée par la systématique utilisée dans l'OLAA elle-même. L'art. 113 al. 3 OLAA, qui permet un changement du tarif des primes moyennant un préavis de deux mois, est intégré dans une disposition intitulée «Classes et degrés», dont l'alinéa 1 précise ce que doit couvrir la prime nette et comment le tarif des primes doit être établi par communautés de risque. Le supplément de primes pour les frais administratifs n'y est pas mentionné. Il fait l'objet d'un article distinct de l'ordonnance (art. 114 OLAA) qui ne règle pas la modification du supplément ni ne contient à ce sujet un renvoi à la norme précédente, ce qui plaide également, d'un point de vue systématique, contre une augmentation unilatérale par l'assureur de ce supplément.

**6.4** Si l'on se tourne vers une interprétation téléologique, il y a lieu de constater que l'art. 113 al. 3 OLAA, en corrélation avec l'art. 92 al. 7 LAA, a pour but de permettre aux assureurs-accidents de rectifier rapidement le classement des entreprises dans le tarif des primes, voire la définition même des différentes communautés de risque et le tarif des primes comme tel, en fonction de l'évolution des risques et de l'expérience acquise en la matière. Le système est conçu de manière à ce que les primes perçues tiennent constamment compte des risques (Message du Conseil fédéral du 18 août 1976 à l'appui d'un projet de loi fédérale sur l'assurance-accidents, FF 1976 III 222). Cette exigence justifie d'accorder à l'assureur le droit de modifier unilatéralement le tarif des primes (nettes), en fonction des expériences acquises en matière de risque et selon des données actuarielles. Ce droit n'est pas absolu puisqu'il trouve ses limites, notamment dans le respect des principes généraux posés dans la loi et qu'un contrôle judiciaire est prévu. Comme la décision initiale de classement d'une entreprise dans les classes et degrés du tarif des primes, la modification de ce classement peut en effet faire l'objet d'un recours devant la Commission fédérale de recours en matière d'assurance-accidents (art. 109 al. 1 let. b LAA).

La modification du supplément pour les frais administratifs ne répond pas aux mêmes impératifs de flexibilité. Comme on l'a vu, ces frais ne dépendent pas directement du risque, mais correspondent à des frais généraux indépendants des données actuarielles de l'assurance-accidents. Ils ne sont pas répartis entre différentes communautés de risque, mais sont supportés par l'ensemble des preneurs d'assurance liés à un même assureur-accidents. Leur taux ne dépend pas du classement de l'entreprise concernée dans le tarif des primes, mais peut en revanche varier en fonction des coûts adminis-

tratifs que l'assurance de l'entreprise concernée pourrait entraîner. Afin d'en tenir compte, mais également pour renforcer la concurrence dans ce domaine, le législateur a progressivement accordé plus de liberté aux assureurs-privés, laissant ainsi plus de place à la négociation entre partenaires contractuels. Le supplément présente donc un caractère contractuel marqué qui le soustrait à la procédure de modification unilatérale de l'art. 113 al. 2 OLAA. Admettre que cet élément contractuel ne puisse intervenir qu'au moment de la conclusion du contrat et reconnaître ensuite le droit de l'assureur de l'augmenter unilatéralement après un exercice comptable, fausserait le jeu de la concurrence, pourtant voulue par le législateur. Compte tenu de la liberté laissée aux parties dans ce domaine, du reste, la Commission fédérale de recours en matière d'assurance-accidents n'a pas la compétence de se prononcer sur le supplément de primes pour les frais administratifs à la suite d'un recours fondé sur l'art. 109 al. 1 let. b LAA; saisie d'un tel recours, elle n'entre pas en matière, à juste titre, sur un grief relatif à ce supplément (cf. décision non-publée du 15 septembre 2003 de la Commission de recours en matière d'assurance-accidents [REKU 517/02], cons. 9).

**7.** Compte tenu de ce qui précède, il n'y pas lieu de soumettre les suppléments pour frais administratifs à la réglementation de l'art. 113 al. 3 OLAA. L'intimée ne pouvait fonder sur cette disposition sa décision du 24 septembre 2003 de modifier le supplément pour les frais administratifs. En l'absence d'une réglementation spéciale en la matière dans la LAA ou l'OLAA, elle était en principe liée par le contrat conclu avec la recourante.

## **8.**

**8.1** Selon les conditions générales applicables à cet accord, les contrats dont la durée est limitée à une ou à plusieurs années sont reconduits d'un an, tant qu'aucune des parties n'a reçu de résiliation au plus tard trois mois avant l'expiration (art. 1.1 des conditions d'assurance émises par la Winterthur, édition 08.1997). Ces conditions ne prévoient pas que l'assureur serait autorisé à modifier par une déclaration unilatérale le taux de supplément de primes pour les frais administratifs. Une telle modification n'est pas davantage prévue par les clauses particulières du contrat conclu entre les parties. Certes, la police d'assurance réserve «les modifications de tarif conformément aux conditions d'assurance ainsi que les modifications des suppléments légaux». On ne peut toutefois pas en déduire que les parties auraient convenu d'un droit de modification unilatérale du taux de supplément de primes pour les frais administratifs. L'intimée ne l'a d'ailleurs jamais prétendu en procédure. Cette clause relative aux suppléments légaux concerne bien plutôt les adaptations nécessaires du supplément pour les frais de prévention des accidents professionnels et non-professionnels, dont le taux est fixé par

décision du Conseil fédéral conformément aux art. 87 et 88 LAA et ne dépend donc pas de la volonté des parties au contrat.

Il s'ensuit que la décision notifiée à l'association X. constitue tout au plus une proposition de modification du contrat par l'assureur-accidents, soumise à l'acceptation du preneur d'assurance.

**8.2** Le contrat liant la Winterthur à l'association X. était conclu pour une durée de trois ans et arrivait à échéance le 31 décembre 2003. Par lettre du 20 octobre 2003, l'association X. a expressément manifesté son désaccord avec toute modification du supplément de primes pour frais administratifs, dans un délai raisonnable après avoir reçu la décision du 24 septembre 2003. Une acceptation tacite (art. 6 CO par analogie) de la modification exigée par la Winterthur n'entre donc pas en considération, indépendamment du point de savoir si l'assureur aurait été ou non en droit de conclure à une telle acceptation, en l'absence de réponse (cf. *Maurer*, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3ème éd., p. 237). Par ailleurs, l'art. 2 LCA, d'après lequel la proposition de prolonger ou de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu est considérée comme acceptée si l'assureur ne la refuse pas dans les quatorze jours après qu'elle lui est parvenue, ne s'applique qu'aux propositions émanant du preneur d'assurance. Cette disposition ne concerne pas l'acceptation, par le preneur, d'une offre de modification émise par l'assureur (cf. ATF 120 II 136 cons. 4b; *Gerhard Stoessel*, in: *Honsell/Vogt/Schnyder* (éd.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VGG], n. 4 ad art. 2).

**8.3** Compte tenu de l'opposition de l'association X. à la modification du supplément de primes pour frais administratifs, la Winterthur s'est déclarée prête à accepter une résiliation du contrat présentée dans un délai courant jusqu'au 30 novembre 2003. L'association X. n'a pas donné suite à cette proposition. Par conséquent, aucune des parties n'a résilié le contrat, que ce soit dans le délai de trois mois avant l'échéance du 31 décembre 2003 ou dans le nouveau délai fixé par l'assureur-accidents. A défaut d'une telle résiliation, et en l'absence d'accord des parties sur une modification du contrat, celui-ci a été reconduit tacitement, sans changement, pour une durée d'une année. Le taux du supplément de primes pour les frais administratifs, qui était de 7 % du taux de la prime nette, selon les conditions contractuelles convenues pour la période du 1er janvier 2001 au 31 décembre 2003, est donc également applicable pour l'année 2004.

# Integritätsentschädigung bei schwerer, unheilbarer Berufskrankheit mit absehbarer Todesfolge

*U 575 Urteil des EVG vom 24. Oktober 2005 i. Sa. M. (U 257/04)*

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

**Die Voraussetzung der Dauerhaftigkeit eines Gesundheitszustandes für die Zusprechung einer Integritätsentschädigung bei einem berufsbedingten Pleuramesotheliom ist im Falle des Versicherten, welcher nach Ausbruch der Krankheit noch zwei Jahre lebte und zuletzt während eines Jahres palliativ behandelt wurde, erfüllt. Keine Anwendung der von der SUVA mit Wirkung ab 1. Juli 2005 neu eingeführten Verwaltungspraxis (Erw.3.2).**

- **Indemnité pour atteinte à l'intégrité en cas de maladie professionnelle grave et incurable à conséquence mortelle prévisible (art. 19, al. 1, et 24 LAA [dans leur version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002]; art. 36, al. 1, OLAA):**

**La condition de la durabilité d'un état de santé pour l'allocation d'une indemnité pour atteinte à l'intégrité est remplie en cas de mésothéliome pleural affectant un assuré qui a vécu encore deux ans après la survenance de la maladie et qui a subi un traitement palliatif pendant la dernière année de sa vie. Pas d'application de la pratique administrative nouvellement introduite par la CNA avec effet dès le 1<sup>er</sup> juillet 2005 (cons. 3.2).**

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

**in presenza di un mesotelioma alla pleura dovuto all'attività professionale, la condizione della persistenza dello stato di salute per la concessione di indennità per menomazione dell'integrità è soddisfatta per l'assicurato che ha vissuto ancora due anni dopo l'insorgenza della malattia e che nel corso dell'ultima fase di vita è stato sottoposto a cure palliative per la durata di un anno. Non viene applicata la nuova prassi amministrativa introdotta dall'INSAI con validità dal 1° luglio 2005 (cons. 3.2).**

I.

**A.**

Der 1946 geborene M. war von 1969 bis 1983 in der Firma E. AG erwerbstätig gewesen und am 21. November 1998 in Italien an den Folgen eines anerkanntermassen berufsbedingten Pleuramesothelioms verstorben. Mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Glarus vom 5. November 1999 liessen die Erben des Versicherten beantragen, es sei ihnen in Aufhebung des Einspracheentscheids der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) vom 11. August 1999 Invalidenrente, Integritätsentschädigung, Hilflosenentschädigung sowie Abfindung zuzusprechen und es sei der für das Taggeld massgebliche Verdienst neu festzusetzen. Nachdem das kantonale Gericht mit Entscheid vom 14. Juni 2000 u.a. eine Integritätsentschädigung von 80 % zugesprochen hatte, gelangte die SUVA beschwerdeweise an das Eidgenössische Versicherungsgericht. Dieses hob den angefochtenen Entscheid vom 14. Juni 2000 sowie den Einspracheentscheid der SUVA vom 11. August 1999 mit Urteil vom 4. April 2002 (U 327/00) auf und wies die Sache an letzte zurück, damit sie weitere Abklärungen darüber treffe, ob und allenfalls ab wann keine namhafte Besserung des Gesundheitszustandes des Versicherten mehr zu erwarten und gegebenenfalls ein Anspruch u.a. auf eine Integritätsentschädigung entstanden war.

Nach Einholung eines Gutachtens des Prof. Dr. med. R., Abteilungsleiter des Departementes für Innere Medizin, Pneumologie, des Spitals X. vom 15. November 2002 und Beizug einer Stellungnahme ihrer Abteilung Arbeitsmedizin vom 20. Januar 2003 hielt die SUVA mit Verfügung vom 5. März 2003 fest, die Voraussetzungen für eine Invalidenrente, eine Hilflosenentschädigung und eine Integritätsentschädigung seien nicht erfüllt. Daran hielt sie mit Entscheid vom 23. Oktober 2003 fest.

**B.**

Die Erben des Versicherten erhoben beim Verwaltungsgericht des Kantons Glarus Beschwerde und beantragten, in Aufhebung des Einspracheentschei-

des sei ihnen unter Gewährung eines Verzugszinses auf den zuzusprechenden Leistungen eine Invalidenrente und eine Integritätsentschädigung von 100 % auszurichten. Mit Entscheid vom 29. Juni 2004 wies das kantonale Gericht die Beschwerde ab.

### **C.**

Die Erben des Versicherten lassen Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen und die vorinstanzlichen Rechtsbegehren erneuern. In einer weiteren Eingabe vom 19. April 2005 machen sie geltend, es sei auf die Argumentation in einer Stellungnahme des Bundesamtes für Sozialversicherung vom 16. November 2000 abzustellen, welche dem Eidgenössischen Versicherungsgericht bereits im Verfahren U 327/00 eingereicht worden war.

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

### **D.**

Mit Schreiben vom 20. Juli 2005 haben die Erben des Versicherten dem Eidgenössischen Versicherungsgericht mitteilen lassen, die SUVA habe mit Wirkung ab 1. Juli 2005 bei asbestbedingten Malignomen und anderen Tumoren mit ähnlichem Verlauf eine neue Verwaltungspraxis eingeführt.

## **II.**

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

### **1.**

Im angefochtenen Entscheid des kantonalen Gerichts vom 29. Juni 2004 und im Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 4. April 2002 finden sich die Bestimmungen und Grundsätze gemäss der Rechtsprechung über die Gewährung der streitigen Leistungen bei Berufskrankheiten dargelegt. Darauf wird verwiesen.

### **2.**

**2.1** Die Vorinstanz geht davon aus, laut Gutachten des Prof. Dr. med. R. seien beim Versicherten vom 13. Januar 1997 bis 31. Oktober 1997 zwei primär palliative Chemotherapien, denen aber ein mindestens teilweise kurativer Charakter nicht abgesprochen werden könne, durchgeführt worden und ab Oktober 1997 – zeitweise offenbar parallel zur bereits laufenden Chemothe-

rapie – sei zusätzlich eine nur der Schmerzlinderung dienende palliative Therapie mit Morphinpräparaten eingeleitet worden. Demgegenüber habe das Eidgenössische Versicherungsgericht in seinem Urteil vom 4. April 2002 auf ein Attest des onkologischen Zentrums von C. hingewiesen, wonach erst im September 1998 auf eine ausschliesslich der Schmerzlinderung dienende palliative Therapie mittels Morphinpräparaten umgestellt worden sei. Es sei auf die Erklärung des onkologischen Zentrums vom 16. September 1998 abzustellen und dieser Zeitpunkt als Ende der kurativen und Beginn einer ausschliesslich palliativen Behandlung anzunehmen.

**2.2** Demgegenüber machen die Beschwerdeführer geltend, jeder Fall betreffend Vorliegen einer Dauerhaftigkeit der asbestbedingten gesundheitlichen Beeinträchtigungen müsse von den Gerichtsstellen einzeln überprüft werden. Die von der SUVA intern festgelegte Praxis, wonach bei Pleuramesotheliom die Ausrichtung einer Integritätsentschädigung an Asbestopfer eine Stabilisierung des Gesundheitszustandes von mindestens zwei Jahren voraussetze, sei nicht haltbar. Rechtlich zu beanstanden sei auch die Argumentation der Vorinstanz, welche entscheidend auf den Übergang von der kurativen zur palliativen Behandlung abstelle. Eine Dauerhaftigkeit der asbestbedingten Beeinträchtigung wäre im vorliegenden Fall zwar bereits anzunehmen, ginge man mit der Vorinstanz dahingehend einig, dass die rein palliative Behandlung beim Versicherten schliesslich etwas mehr als zwölf Monate gedauert habe, was aber gemäss der Aktenlage nicht zutrefte. Zudem habe selbst die SUVA im vorinstanzlichen Verfahren darauf hingewiesen, dass gemäss Prof. Dr. med. R. nie eine kurative Behandlung vorgenommen, sondern sogleich mit einer palliativen Behandlung begonnen worden sei. Dabei sei die Meinung der SUVA, nur die eigentliche «Terminalpflege» sei als palliative Behandlung massgebend, wissenschaftlich nicht abgesichert und lasse sich auch nicht auf die Rechtsprechung abstützen. Nach der Praxis sei die Lebenserwartung nach ausgebrochener Krankheit entscheidend, und nicht die überspitzte Unterscheidung zwischen kurativer und palliativer Behandlung eines Erkrankten, wobei eine Krankheit in der Regel bereits ausgebrochen sei, wenn der Versicherte wegen der aufgetretenen Symptome (Atemnot, etc.) zum ersten Mal den Arzt aufsuche. Unabhängig davon, ob für eine lediglich kurze, vorübergehende Zeit mit einer kurativen Behandlung noch eine gewisse Verbesserung des Gesundheitszustandes erreicht werden konnte, verlaufe die Berufskrankheit des malignen Pleuramesothelioms stets tödlich. Da beim Versicherten diese Diagnose bereits Ende Dezember 1996 gestellt worden sei und bei den an diesem Leiden erkrankten Personen Symptome oft schon seit längerer Zeit vorhanden seien, bevor die genaue Diagnose gestellt werden könne, sei die für die Zusprechung einer Integritätsentschädigung erforderliche Dauerhaftigkeit gegeben. Die behandelnden

Ärzte hätten ihre Massnahmen auf lindernde und den Krankheitsverlauf möglicherweise verzögernde (palliative) Therapien beschränkt. Nehme man für die Beurteilung der Dauerhaftigkeit den Ausbruch der Krankheit als massgebenden Zeitpunkt, so sei gar von einer Zeitdauer von mehr als zwei Jahren auszugehen.

**2.3** Mit Urteil vom 4. April 2002 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die Sache an die SUVA zurückgewiesen zur Durchführung weiterer Abklärungen bezüglich der Frage, wann im konkreten Fall keine namhafte Verbesserung des Gesundheitszustandes mehr erwartet werden konnte und die Behandlung nur noch palliativer Art gewesen war (U 327/00, vgl. RKUV 2002 Nr. U 460 S. 415).

Gestützt auf die vorhandenen Akten hat Prof. Dr. med. R. am 15. November 2002 ein Gutachten erstellt, in welchem er zum Schluss gelangte, ab Oktober 1997 sei eine gegen Schmerzen und Atemnot gerichtete medikamentöse Therapie mit Morphin-Präparaten eingeleitet worden. Sodann sei ab November 1997, offenbar bei Zunahme der Atemnot, mit einer Heim-Sauerstoff-Therapie begonnen worden. Ferner sei den Akten zu entnehmen, dass dem Patienten im September 1998 einmalig 30 mg/m<sup>2</sup> Vinorelbin intravenös verabreicht wurden. Der Gutachter hielt zudem fest, die behandelnden Ärzte hätten ihre Massnahmen auf lindernde und den Krankheitsverlauf möglicherweise verzögernde Therapien beschränkt. Kurze Zeit nach Stellung der Diagnose sei eine palliative Behandlung, die aus zwei unterschiedlichen Pflegearten von Chemotherapie bestand, eingeleitet worden. Nach fast einem ganzen Jahr diverser Chemotherapie-Zyklen sei rund ein Jahr vor dem Tod des Patienten auf eine ausschliesslich medikamentöse Therapie der Schmerzen und der Atemnot umgestellt worden. Der Zweck der Behandlung sei vor allem palliativ gewesen; ein weiteres Ziel sei gewesen, den Gesundheitszustand des Patienten zu bessern, zu stabilisieren und allenfalls den Verlauf der Erkrankung zu verzögern.

**2.4** Aus den von Prof. Dr. med. R. festgestellten Ergebnissen und den bereits im ersten Gerichtsverfahren vorhandenen Akten leitete das kantonale Gericht ab, anhand der gutachtlichen Befunde habe das Eidgenössische Versicherungsgericht in seinem Urteil vom 4. April 2002 auf das Attest des onkologischen Zentrums von C. hingewiesen, wonach erst im September 1998 auf eine ausschliesslich der Schmerzlinderung dienende palliative Therapie mittels Morphinpräparaten umgestellt worden sei. Darauf sei abzustellen. Ginge man mit Prof. Dr. med. R. dagegen von einem Beginn der ausschliesslich palliativen Behandlung ab Ende Oktober 1997 aus, betrage die Zeitspanne zwischen diesem Zeitpunkt und dem Tod des Versicherten lediglich etwas

mehr als zwölf Monate, was nur rund die Hälfte dessen sei, was die SUVA in plausibler Art und Weise als dauernd im Sinne von Art. 36 Abs. 1 UVV verstehe.

### **3.**

**3.1** Entgegen der bisherigen Auffassung der SUVA kann eine längerfristige Stabilisierung des Gesundheitszustandes bei Berufskrankheiten mit infauster Prognose von der Natur der Sache her, die sich wesentlich von Unfallfolgen unterscheidet, nicht verlangt werden. Einen Anspruch auf Integritätsentschädigung nur deswegen zu verweigern, weil sich der Gesundheitszustand nicht stabilisiert und die Behandlung – und sei sie auch nur rein palliativ – bis zum Tode weiterzuführen ist, würde der speziellen Situation der Berufskrankheit nicht gerecht (RKUV 2004 Nr. U 508 S. 268 Erw. 5.3.4). Andererseits würde es dem Zweck der Integritätsentschädigung widersprechen, den Erben eine Entschädigung allein dafür zuzusprechen, dass ihr Angehöriger sich für kurze Zeit vor seinem Ableben in einem Zustand befand, der jede Verbesserung ausschloss. Bricht eine Berufskrankheit mit infauster Prognose aus, kann zwar kein stabiler, allenfalls aber vorübergehend ein stationärer Gesundheitszustand erreicht werden und der Betroffene noch längere Zeit überleben. Über eine Mindestdauer hat das Eidgenössische Versicherungsgericht bisher nicht entschieden. Abgelehnt hat es die in der Lehre vertretene Meinung, dass bereits eine logische Sekunde genüge, in der sich der Versicherte nach Abschluss der Behandlung damit konfrontiert sieht, mit einem nicht mehr verbesserungsfähigen Schaden leben zu müssen. Bei einer – gemäss ärztlicher Prognose – schon ex ante sehr kurzen Lebenserwartung von etwa drei Monaten kann der Zweck der Integritätsentschädigung nicht mehr erreicht werden (RKUV 2004 Nr. U 508 S. 268 Erw. 5.3.2 und 5.3.3). Hat ein Unfallversicherer beim Erlass der Verfügung gar nicht mehr die Möglichkeit, die Leistungsgewährung prognostisch zu beurteilen, ist die Frage nach der Lebenserwartung retrospektiv zu prüfen.

**3.2** Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen konnte Prof. Dr. med. R. in seinem Aktengutachten mit ausreichender Klarheit feststellen, dass rund ein Jahr vor dem Ableben des Versicherten (November 1997) auf eine ausschliesslich gegen Schmerzen und Atemnot gerichtete medikamentöse Behandlung, bestehend aus Morphin-Präparaten und Sauerstoff, umgestellt worden war. Wenn das Eidgenössische Versicherungsgericht in seinem ersten Urteil vom 4. April 2002 (U 327/00) auf das Attest des onkologischen Zentrums von C. vom 28. September 1998 hingewiesen hatte, wonach erst im September 1998 auf eine reine schmerzlindernde palliative Therapie durch Morphin-Präparate umgestellt worden sei, war dies aus der damaligen Aktenlage heraus richtig. Indessen hat das neu eingeholte Gutachten des

Prof. Dr. med. R. vom 15. November 2002 zusätzliche Erkenntnisse über den gesamten Verhandlungsverlauf erbracht. Demzufolge ist die für die Zusprechung einer Integritätsentschädigung erforderliche Dauerhaftigkeit eines therapeutisch nicht mehr zu beeinflussenden, insofern stationären und zu palliativen Massnahmen Anlass gebenden Gesundheitszustandes während eines Jahres ausgewiesen. Darin liegt auch der rechtserhebliche Unterschied zu dem im Urteil K. vom 27. Dezember 2001 (U 372/99) beurteilten Sachverhalt. Dies rechtfertigt hier die Zusprechung einer Integritätsentschädigung im Grundsatz; über deren Ausmass wird die SUVA noch zu befinden haben. Ob der Zeitraum einer (zumindest) einjährigen Phase palliativer Behandlung im Sinne einer regelbildenden Gerichtspraxis auch für andere Asbestfälle beachtlich sei, braucht hier nicht entschieden zu werden. Dazu besteht umso weniger Anlass, als die SUVA anscheinend, gemäss Brief der Erben des Versicherten vom 20. Juli 2005, mit Wirkung ab 1. Juli 2005 eine neue Verwaltungspraxis eingeführt hat. Danach soll Anspruch auf einen 40 %igen «Vorschuss» sechs Monate nach Ausbruch der Krankheit und Anspruch auf weitere 40 % Entschädigung im Erlebensfalle nach zwei Jahren bestehen.

#### **4.**

An der prozessualen Weiterverfügung des Rentenanspruches haben die Beschwerdeführer im Hinblick auf die bis zum Ableben ausgerichteten Taggelder kein Rechtsschutzinteresse. Die Kumulation von vollem Taggeld und Invalidenrente ist ausgeschlossen.

#### **5.**

Über den Verzugszins wird die SUVA unter Berücksichtigung des In-Kraft-Tretens des ATSG am 1. Januar 2003 neu zu verfügen haben.

#### **6.**

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 134 OG). Dem Prozessausgang entsprechend haben die Beschwerdeführer Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 135 in Verbindung mit Art. 159 Abs. 2 OG).

# Mitteilungen

## Communications

## Comunicazioni

### ■ **Rechtspflege in der Unfallversicherung**

Im Jahre 2005 wurden dem BAG in Unfallversicherungssachen 1864 (Vorjahr 1461) Entscheide kantonaler Versicherungsgerichte zugestellt. Das Eidg. Versicherungsgericht hat 488 (453) Verwaltungsgerichtsbeschwerden zur Stellungnahme unterbreitet und 479 (422) Entscheide gefällt, während die Eidg. Rekurskommission für die Unfallversicherung deren 42 (29) behandelte.

### ■ **Jurisprudence en matière d'assurance-accidents**

En 2005, en matière d'assurance-accidents, 1461 (année précédente 1461) jugements de tribunaux cantonaux des assurances ont été notifiés à l'OFSP. Le Tribunal fédéral des assurances a soumis 488 (453) recours administratifs pour prise de position et a rendu 479 (422) arrêts, tandis que la Commission fédérale de recours en matière d'assurance-accidents en a traité 42 (29).

### ■ **Giurisprudenza in materia d'assicurazione infortuni**

Nel 2005, in materia d'assicurazione infortuni, 1864 (anno precedente 1461) sentenze di tribunali cantonali delle assicurazioni sono state notificate all'UFSP. Il Tribunale federale delle assicurazioni ha sottomesso 488 (453) ricorsi di diritto amministrativo per presa di posizione e emanato 479 (422) sentenze; la Commissione federale di ricorso in materia di assicurazione contro gli infortuni a emanato 42 (29) sentenze.

## ■ **Empfehlungen der Ad hoc-Kommission Schaden UVG im Internet**

Die Ad hoc Kommission Schaden UVG wurde mit dem Inkrafttreten des UVG im Jahr 1984 gegründet, um eine einheitliche Anwendung der obligatorischen Versicherung nach UVG durch die verschiedenen Träger (SUVA, Privat- und Krankenversicherer sowie öffentliche Unfallversicherungskassen) zu erreichen. In dieser Kommission sind derzeit folgende Versicherungsträger vertreten: SUVA, Zürich, Basler, Allianz-Suisse, Winterthur, Concordia, Helsana, Solida und Ersatzkasse UVG.

Die von der Ad hoc-Kommission Schaden UVG erlassenen Empfehlungen zur einheitlichen Rechtsanwendung stellen unverbindliche Richtlinien dar, Ihnen kommt jedoch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit eine gewisse Bedeutung zu (BGE 114 V 315 E. 5c). Die Empfehlungen werden mit der Billigung des BAG herausgegeben.

Die Empfehlungen der Ad hoc-Kommission Schaden UVG sind ab sofort im Internet auf der Homepage des Schweizerischen Versicherungsverbandes SVV unter [www.svv.ch](http://www.svv.ch) abrufbar. Eine Veröffentlichung auf der Homepage der SUVA und der santésuisse ist ebenfalls geplant.

## ■ **Recommandations de la Commission ad hoc sinistres LAA : publication sur Internet**

La Commission ad hoc sinistres LAA a été créée en 1984, lors de l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA) afin que les différents organismes (SUVA, assureurs privés, assureurs-maladie et caisses publiques d'assurance-accidents) appliquent cette loi de façon uniforme. Les assureurs suivants sont actuellement représentés dans cette commission : SUVA, Zurich, Bâloise, Allianz Suisse, Winterthur, Concordia, Helsana, Solida et caisse de remplacement LAA.

Les recommandations émises par la Commission ad hoc sinistres LAA pour une application uniforme du droit sont des directives non obligatoires, encore qu'elles aient, du point de vue de l'égalité devant la loi, une certaine importance (ATF 114 V 315 cons. 5c). Elles ont été publiées avec l'approbation de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP).

Ces recommandations se trouvent, dès à présent, sur la page d'accueil de l'Association suisse d'assurances (ASA) : [www.svv.ch](http://www.svv.ch) (rubrique Juridique). Une publication sur les sites de la SUVA et de santésuisse est également prévue.

■ **Pubblicazione su internet delle raccomandazioni della Commissione ad hoc sinistri LAINF (Ad hoc-Kommission Schaden UVG)**

La Commissione ad hoc sinistri LAINF è stata creata con l'entrata in vigore della LAINF nel 1984, al fine di conseguire un'applicazione uniforme dell'assicurazione obbligatoria ai sensi della LAINF tra i diversi organi di assicurazione (INSAI, assicuratori privati, casse malati e casse pubbliche d'assicurazione-infortuni). Nella commissione sono attualmente rappresentati i seguenti organi d'assicurazione: INSAI, Zurigo, Basilese, Allianz-Suisse, Winterthur, Concordia, Helsana, Solida e Cassa suppletiva LAINF.

Nonostante le raccomandazioni emanate dalla Commissione ad hoc sinistri LAINF per l'applicazione unitaria del diritto rappresentino delle linee direttive non vincolanti, esse assumono tuttavia un determinato significato dal punto di vista dell'uguaglianza giuridica (DTF 114 V 315 E. 5c). La pubblicazione delle raccomandazioni è stata approvata dall'UFSP.

Le raccomandazioni della Commissione ad hoc sinistri LAINF possono essere consultate da subito sul sito internet dell'Associazione Svizzera d'Assicurazioni (ASA) [www.svv.ch](http://www.svv.ch). La loro pubblicazione è ugualmente prevista sulle pagine internet di INSAI e santésuisse.



