

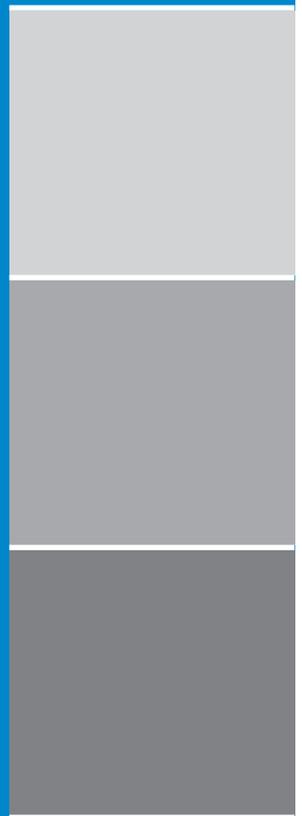
RKUV/RAMA/RAMI 1/2005

Kranken- und Unfallversicherung
Rechtsprechung und Verwaltungspraxis

Assurance-maladie et accidents
Jurisprudence et pratique administrative

Assicurazione malattia e infortuni
Giurisprudenza e prassi amministrativa

BAG OFSP UFSP SFOPH



Impressum

Ausgabe/Edition/Edizione: 1/2005

Herausgeber/Editeur/Editore:

© Bundesamt für Gesundheit (BAG)

© Office fédéral de la santé publique (OFSP)

© Ufficio federale della sanità pubblica (UFSP)

Redaktion/Rédaction/Redazione:

Marc Léderrey, Monika Schuler,

Bernard Schuler, Helen Kaufmann

Weitere Informationen/Autres informations/Altre informazioni:

BAG, Kranken- und Unfallversicherung

Effingerstrasse 20, 3003 Bern

Telefon 031 322 90 22, Telefax 031 322 78 80

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

Vertrieb/Distribution/Distribuzione:

BBL, Vertrieb Publikationen, CH-3003 Bern

OFCL, Diffusion publications, CH-3003 Berne

UFCL, Distribuzione pubblicazioni, CH-3003 Berna

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

www.bbl.admin.ch/Bundespublikationen

Auflage/Tirage/Tiratura: 1500

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

Abonnementspreis inkl. MWSt: Fr. 27.60

Prix d'abonnement TVA incluse: fr. 27.60

Prezzo d'abbonamento IVA compresa: fr. 27.60

BBL-Artikelnummer: 316.99704

Gedruckt auf chlorfrei gebleichtem Papier

März 2005/mars 2005/marzo 2005

Inhalt

Sommaire

Sommario

- **Krankenversicherung/Assurance-maladie/Assicurazione malattia**
 - 3 ■ **Zuständigkeit des Schiedsgerichts**
KV 312 Entscheid des EVG vom 17. August 2004 (K 66/02)
 - 7 ■ **Assurance facultative d'indemnités journalières; réduction des prestations pour négligence grave (ATF 130 V 546)**
KV 313 Arrêt du TFA du 21 septembre 2004 (K 158/03)
 - 15 ■ **Vergütung der teilstationären Behandlung im Spital**
KV 314 Entscheid des EVG vom 12. Oktober 2004 (K 141/02))
 - 25 ■ **Versicherungspflicht auch für im Rahmen von Sonderprogrammen des UNHCR aufgenommene behinderte Flüchtlinge**
KV 315 Entscheid des EVG vom 22. Oktober 2004 (K 22/04)
 - 31 ■ **Conditions de la prise en charge des mesures de prévention par l'assurance obligatoire des soins**
KV 316 Arrêt du TFA du 28 octobre 2004 (K 92/04)
 - 35 ■ **Differenzzahlungspflicht des Kantons**
KV 317 Entscheid des EVG vom 15. November 2004 (K 91/04)
 - 38 ■ **Mitteilungen/Communications/Comunicazioni**
Rechtspflege in Krankenversicherungssachen/Jurisprudence en matière d'assurance-maladie/Giurisprudenza in materia d'assicurazione malattia

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

■ Unfallversicherung/Assurance-accidents/Assicurazione infortuni

40 ■ Berücksichtigung der tatsächlich vollzogenen beruflichen Entwicklung beim Valideneinkommen im Rentenrevisionsprozess

U 533 Urteil des EVG vom 19. August 2004 i. Sa. S. (U 339/03)

44 ■ Unterstellung eines Garten-, Landschafts- und Tiefbaubetriebes, der nicht nur Gartenbauarbeiten, sondern auch baugewerbliche Tätigkeiten verrichtet

U 534 Urteil des EVG vom 15. September 2004 i. Sa. H. (U 16/04)

51 ■ Bemessung des versicherten Verdienstes

U 535 Urteil des EVG vom 22. September 2004 i. Sa. B. (U 155/04)

57 ■ Anwendbarkeit des ATSG

U 536 Urteil des EVG vom 30. September 2004 i. Sa. P. (U 126/04)

59 ■ Landwirtschaftliche Lehre im elterlichen Betrieb

U 537 Urteil des EVG vom 25. Oktober 2004 i. Sa. M. (U 99/04)

66 ■ Mitteilungen/Communications/Comunicazioni

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

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

Zuständigkeit des Schiedsgerichts

KV 312 Entscheidung des EVG vom 17. August 2004 (K 66/02)

■ Das Schiedsgericht ist nicht zuständig zur Beurteilung

der von einem nicht auf der sog. Asyl-Hausarztliste figurierenden Arzt erhobenen Klage auf Vergütung der Behandlungskosten nach Abtretung der entsprechenden Forderung vom versicherten Asylsuchenden an den Arzt (Erw. 4);

der vom Arzt (eventualiter) erhobenen Klage auf Feststellung, dass seine Nichtberücksichtigung auf der Asyl-Hausarztliste rechtswidrig sei (Erw. 5).

■ Le tribunal arbitral n'est pas compétent pour juger

de l'action interjetée par un médecin ne figurant pas sur la liste des médecins de famille dans le domaine de l'asile et tendant au paiement des frais de traitement après la cession par le requérant d'asile assuré à ce médecin de la créance y relative (cons. 4);

de l'action (subsidaire) interjetée par le médecin tendant à faire constater que sa non prise en considération sur la liste des médecins de famille dans le domaine de l'asile est contraire au droit (cons. 5).

■ Il Tribunale arbitrale non è competente per l'esame

dell'azione promossa da un medico il cui nome non figura nell'elenco dei medici di famiglia nel settore dei richiedenti l'asilo per il rimborso dei costi di cura dopo la cessione del credito da parte della persona richiedente l'asilo assicurata al medico (cons. 4);

dell'azione promossa (in via eventuale) dal medico per accertare l'illiceità della non inclusione del suo nome nell'elenco dei medici di famiglia nel settore dei richiedenti l'asilo (cons. 5).

Auszug aus den Erwägungen:

...

4.

Streitig und zu prüfen ist vorab die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes zur Beurteilung des vom Beschwerdeführer [Anmerkung der Redaktion: Dr. med. M.] gestellten Hauptantrages auf Vergütung der Kosten der medizinischen Behandlung.

4.1 Ein Versicherer und ein Leistungserbringer stehen sich vorliegend einzig deshalb gegenüber, weil K. [eine mittels Rahmenvertrag für Asylsuchende, vorläufig Aufgenommene und Schutzbedürftige ohne Aufenthaltsbewilligung, bei der Helsana für die obligatorische Krankenpflegeversicherung versicherte Person] seine gegen die Helsana gerichtete Forderung auf Vergütung der Kosten der Behandlung gemäss Rechnung vom 4. Oktober 2001 an Dr. med. M. abgetreten hat (was ohne weiteres zulässig war: vgl. dazu auch RKUV 2001 Nr. KV 194 S. 523). Hätte K. die Forderung nicht abgetreten, sondern selber den Rechtsweg beschritten, wäre das kantonale Sozialversicherungsgericht im Sinne von Art. 86 Abs. 1 KVG für die Beurteilung der Streitigkeit zuständig gewesen. Es stellt sich daher die Frage, ob ein grundsätzlich der Sozialversicherungsgerichtsbarkeit im Sinne von Art. 86 Abs. 1 KVG unterliegender Rechtsstreit zwischen einem Versicherten und einem Leistungserbringer aufgrund der Abtretung der ihm zugrunde liegenden Forderung vom Versicherten an den Leistungserbringer und des damit verbundenen Gläubigerwechsels zu einer dem Schiedsgericht gemäss Art. 89 Abs. 1 KVG zu unterbreitenden Streitigkeit wird.

4.2 Die Regeln über die Forderungsabtretung gemäss Art. 164 ff. OR finden im Bereich der Krankenversicherung sinngemäss Anwendung (vgl. auch BGE 127 V 439¹). Danach gilt, dass die Abtretung an der Rechtsnatur der Forderung nichts ändert und diese mit all ihren Befugnissen, Vorzügen und Schwächen sowie all ihren Nebenrechten und mit ihren Belastungen auf den Erwerber übergeht (*Gauch/Spirig*, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Vorbemerkungen zu Art. 167-173 OR, N. 5 und 7 mit Hinweisen; *von Tuhr/Escher*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., S. 364). Mit anderen Worten tritt der Zessionar in die Rechte des Zedenten ein, namentlich auch in jene verfahrensmässiger Natur. Aus diesem Grunde bleibt die Abtretung denn auch ohne Einfluss auf die Zuständigkeit der für die Beurteilung entsprechender Streitigkeiten vorgesehenen Gerichte (vgl. BGE

¹ siehe RKUV 2001 Nr. KV 194 S. 523 ff.

111 Ib 155 Erw. 1d; nicht veröffentlichtes Urteil Le Consortium X. vom 1. Februar 1996, 2P.403/1994, Erw. 3c; vgl. auch *Nussbaumer*, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], S. 141 Rz 369 mit Hinweisen).

4.3 Da nach dem Gesagten K. die gegen die Helsana gerichtete Forderung beim kantonalen Sozialversicherungsgericht hätte geltend machen müssen und die Abtretung der Forderung an der Zuständigkeit desselben zur Beurteilung der Streitigkeit nichts ändert, ist das Schiedsgericht zu Recht nicht auf die von Dr. med. M. gegen die Helsana gerichtete Klage auf Vergütung der Behandlungskosten eingetreten.

5.

Zu prüfen bleibt die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes zur Beurteilung des vom Beschwerdeführer gestellten Eventualantrages auf Feststellung, seine Nichtberücksichtigung auf der Asyl-Hausarztliste sei rechtswidrig. Nach der sinngemäss anwendbaren Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 1 lit. b und Art. 25 VwVG ist der Erlass einer Feststellungsverfügung zulässig, wenn ein schutzwürdiges, mithin rechtliches oder tatsächliches und aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses nachgewiesen ist, dem keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen, und wenn dieses schutzwürdige Interesse nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann (BGE 128 V 48 Erw. 3a, 125 V 24 Erw. 1b², 121 V 317 Erw. 4a). Ein Interesse des Beschwerdeführers an der Feststellung, seine Nichtberücksichtigung auf der Asyl-Hausarztliste sei rechtswidrig, ist zu bejahen, dies nicht nur mit Blick auf die (möglicherweise fortdauernde) Behandlung des Patienten K., sondern auch im Hinblick auf allfällige Behandlungen anderer fürsorgeabhängiger Asylsuchender. Einer Feststellungsklage steht indessen entgegen, dass dieses Interesse durch Erlass einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden kann (vgl. BGE 121 V 319 Erw. 4c; RKUV 2001 Nr. KV 166 S. 246 Erw. 4), steht es doch dem Beschwerdeführer offen, beim Schiedsgericht eine Klage auf Aufnahme in die Asyl-Hausarztliste einzureichen. Entgegen der im angefochtenen Entscheid vertretenen Auffassung läge dieser Gestaltungsklage eine die besonderen Rechtsbeziehungen zwischen einem Arzt als Leistungserbringer und einem Versicherer betreffende Streitigkeit zugrunde und könnte das Schiedsgericht seine Zuständigkeit nicht mit der Begründung ablehnen, es gehe um Rechtsbeziehungen aus einem gestützt auf Art. 41 Abs. 4 KVG geschlossenen Kollektivversicherungsvertrag (welche Vertragsart im Übrigen gemäss KVG nur noch in der Krankentaggeld-

² siehe RKUV 1999 Nr. KV 67 S. 137 ff.

versicherung, nicht aber in der vorliegend betroffenen Krankenpflegeversicherung zulässig ist; vgl. Art. 67 Abs. 3 KVG).

Im Ergebnis ist der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid somit auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

Assurance facultative d'indemnités journalières; réduction des prestations pour négligence grave (ATF 130 V 546)

KV 313 Arrêt du TFA du 21 septembre 2004 (K 158/03)

- **A défaut de dispositions particulières dans la LAMal, l'art. 21 LPGA est applicable au domaine des indemnités journalières régies par les art. 67 ss LAMal (cons. 3).**

Compte tenu de l'arrêt publié aux ATF 119 V 171 et de la tendance législative récente, la réduction des prestations pour négligence grave ne pouvait, en 2002, être tenue pour un principe fondamental du droit des assurances sociales (cons. 4).

- **Mangels besonderer Bestimmungen im KVG ist Art. 21 ATSG auch im Bereich der Taggeldversicherung nach Art. 67 ff. KVG anwendbar (Erw. 3).**

Im Hinblick auf BGE 119 V 171 und die neuere gesetzgeberische Tendenz konnte die Kürzung von Leistungen wegen Grobfahrlässigkeit schon im Jahre 2002 nicht (mehr) als allgemeiner Grundsatz des Sozialversicherungsrechts betrachtet werden (Erw. 4).

- **In mancanza di disposizioni speciali nella LAMal, l'art. 21 LPGA è applicabile anche al settore delle indennità giornaliere rette dagli art. 67 segg. LAMal (cons. 3).**

Tenuto conto della sentenza pubblicata in DTF 119 V 171 come pure della recente tendenza legislativa, la riduzione delle prestazioni per negligenza grave non poteva, nel 2002, essere considerata un principio fondamentale del diritto delle assicurazioni sociali (cons. 4).

I.

A.

M., né en 1946, exerce la profession d'expert-comptable indépendant. Il est assuré auprès de la Mutuelle Valaisanne, Assurance maladie et accident (dénommée entre-temps Mutuel Assurances), notamment pour l'assurance obligatoire des soins et pour une indemnité journalière de 50 fr., après un

délai d'attente de 60 jours. Dès le 29 mai 2002, il a été totalement incapable de travailler pour cause de maladie. Cette incapacité de travail a été attestée par plusieurs certificats médicaux qui ont été communiqués à la caisse par l'intéressé. Du 9 juillet 2002 au 29 juillet 2002, M. a été hospitalisé au Département de médecine communautaire de l'Hôpital U. en raison d'une dépendance à l'alcool, associée à un trouble dépressif récurrent. Après avoir pris connaissance du rapport d'hospitalisation, ainsi que d'un rapport du docteur A., médecin généraliste, du 4 septembre 2002, le médecin-conseil de la caisse a estimé que l'alcoolisme était «le problème prédominant» chez le patient.

Par décision du 7 octobre 2002, la Mutuelle Valaisanne a signifié à l'assuré qu'elle réduisait de 20 pour cent son droit à l'indemnité journalière en raison d'une négligence grave, avec effet au 29 mai 2002. Elle a considéré qu'un assuré était en effet en mesure de comprendre à temps, en disposant d'une instruction moyenne et en faisant preuve de la prudence qu'on pouvait attendre de lui, que l'abus de boissons alcooliques des années durant risquait de porter une atteinte à sa santé. Or, dans le cas particulier, la caisse était de l'avis que l'alcoolisme de l'intéressé avait pris naissance à un âge où il disposait d'une totale faculté de discernement.

Saisie d'une opposition de l'assuré, la Mutuelle Valaisanne l'a rejetée par une nouvelle décision du 21 janvier 2003.

B.

M. a recouru contre cette décision devant le Tribunal administratif du canton de Genève (aujourd'hui en matière d'assurances sociales: Tribunal cantonal des assurances sociales).

Statuant le 4 novembre 2003, le tribunal administratif a admis le recours. Il a annulé la décision précédente et renvoyé la cause à la caisse pour nouvelle décision au sens des motifs. En bref, il a estimé que seule une faute intentionnelle pouvait donner lieu à réduction de l'assurance facultative d'indemnités journalières. Or, dans le cas particulier, aucun élément au dossier ne permettait de conclure à l'existence chez l'assuré d'une volonté délibérée et consciente de s'adonner à l'alcool dans une mesure propre à provoquer un état maladif.

C.

La Mutuelle Valaisanne interjette un recours de droit administratif dans lequel elle conclut à l'annulation de ce jugement. M. n'a pas répondu au recours. Quant à l'autorité fédérale de surveillance, elle ne s'est pas déterminée.

II.

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

1.

Sous le titre «Réduction ou suppression du droit aux prestations, l'art. 30 ch. 2 let. d des conditions générales de l'assurance obligatoire des soins et de l'assurance facultative d'indemnités journalières de la recourante (éd. décembre 2000) prévoit que les prestations peuvent être réduites et, dans les cas particulièrement graves, refusées pour les maladies imputables à une faute grave de l'assuré.

La recourante, à juste titre, ne prétend pas que l'intimé ait commis une faute grave intentionnelle. En effet, dans les cas d'alcoolisme, une faute intentionnelle eût pour le moins supposé chez l'intéressé l'existence d'une volonté délibérée et consciente de s'adonner à l'alcool dans une mesure propre à provoquer un état maladif (ATF 119 V 179 consid. 5). Dans le cas particulier, on ne dispose pas du moindre indice en faveur d'une telle volonté. Aussi bien la recourante fait-elle valoir que l'intimé a commis une négligence grave, justifiant une réduction des prestations en vertu de la disposition citée de ses conditions générales car il aurait pu, selon elle, se rendre compte des dangers d'une consommation excessive d'alcool et se comporter en conséquence.

2.

La loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales (LPGA) du 6 octobre 2000 est entrée en vigueur le 1er janvier 2003.

Aux termes de l'art. 82 al. 1, première phrase, LPGA, les dispositions matérielles de la présente loi ne sont pas applicables aux prestations en cours et aux créances fixées avant son entrée en vigueur. Cette norme de droit transitoire ne règle que de façon très fragmentaire les situations de droit intertemporel. Elle se borne à écarter du champ d'application matérielle de la loi les prestations en cours et les créances fixées avant son entrée en vigueur. S'agissant plus précisément des prestations, il faut entendre celles qui ont fait l'objet de décisions – en principe formelles – entrées en force. On ne peut pas dire, en effet, que des prestations sont «en cours» aussi longtemps qu'il n'a pas été définitivement statué à leur sujet.

Dans un arrêt L. du 4 juin 2004 destiné à la publication dans le Recueil officiel (H 6/04¹), la Cour de céans a précisé la portée de l'art. 82 al. 1 LPGA. Elle a retenu qu'on ne peut pas déduire a contrario de cette disposition que le moment où est prise la décision serait déterminant pour l'application des dispositions matérielles de la nouvelle loi en relation avec des prestations qui n'ont pas été fixées lors de son entrée en vigueur; en dehors de l'hypothèse spécifique envisagée par la disposition transitoire citée, il convient de se référer aux principes généraux selon lesquels on applique, en cas de changement de règles de droit, les dispositions en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être appréciée juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (consid. 2.2 et les références).

Au cas particulier, la décision sur opposition de la recourante, qui a été rendue en 2003, n'est pas entrée en force. Par ailleurs, l'incapacité de travail de l'intimé, qui fonde le droit aux indemnités journalières, a débuté en 2002 et s'est prolongée sans discontinuer en 2003. Compte tenu de ce qui vient d'être dit, l'examen du bien-fondé de la réduction du droit aux indemnités journalières doit par conséquent intervenir à l'aune des dispositions matérielles de la LPGA uniquement pour la période postérieure au 31 décembre 2002, l'ancien droit demeurant applicable pour la période antérieure.

3.

Selon l'art. 21 al. 1 LPGA, si l'assuré a aggravé le risque assuré ou en a provoqué la réalisation intentionnellement ou en commettant intentionnellement un crime ou un délit, les prestations en espèces peuvent être temporairement ou définitivement réduites ou, dans les cas particulièrement graves, refusées.

L'adverbe «intentionnellement» ne se rapporte pas directement à l'aggravation du risque. Il faut pourtant admettre que, de manière générale, c'est-à-dire également dans l'éventualité d'une aggravation du risque, une réduction ou un refus de prestations d'assurance pour faute grave non intentionnelle n'est pas admissible en vertu de l'art. 21 al. 1 LPGA. Cela ressort clairement des versions allemande et italienne du texte: dans la première de ces versions, le mot «vorsätzlich» se rapporte aussi bien à «herbeigeführt» qu'à «verschlimmert»; de même, dans la seconde, l'adverbe «intenzionalmente» se rapporte autant à «provocato» qu'à «aggravato» (voir également, et dans le même sens à propos de ces différences de versions linguistiques: *Gabrielle Steffen*, Droit aux soins et rationnement, Approche d'une définition des soins nécessaires, thèse Neuchâtel 2002, p. 174; *Jean-Louis Duc*, Problèmes d'appli-

¹ voir ATF 130 V 329

on de la LPGa en rapport avec les lois spéciales, in: La partie générale du droit des assurances sociales, Lausanne 2003, p. 120; cf. aussi *Ueli Kieser*, ATSG-Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, Zurich 2003, notes 13 et 14 ad art. 21). Cette interprétation est du reste la seule qui corresponde à la volonté clairement exprimée du législateur (rapport de la Commission du Conseil national de la sécurité sociale et de la santé [CSSS], FF 1999 4211 ss; cf. aussi *Gabrielle Steffen*, op. cit., p. 174, note de bas de page 770). Il en résulte que l'art. 21 al. 1 LPGa exclut de manière générale une réduction des prestations à raison d'une faute grave non intentionnelle.

A défaut de dispositions particulières dans la LAMal, l'art. 21 LPGa est applicable au domaine des indemnités journalières régies par les art. 67 ss LAMal (voir aussi *Ueli Kieser*, op. cit., note 85 ad art. 21). Contrairement, à ce que soutient la recourante, il s'agit d'une règle impérative qui ne laisse aucune place à une réglementation dérogatoire dans les dispositions réglementaires ou statutaires des assureurs-maladie (voir également *Gebhard Eugster*, ATSG und Krankenversicherung, Streifzug durch Art. 1-55 ATSG, RSAS 2003 p. 223). Pour les prestations depuis le 1er janvier 2003, la réduction prononcée par la recourante n'est donc pas admissible.

4.

Il reste à examiner si cette solution prévaut également sous l'empire de l'ancien droit.

4.1 La LAMal ne contient pas de disposition sur la réduction des prestations en cas de faute grave. Avant l'entrée en vigueur de la LPGa, le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'une caisse ne pouvait réduire ses prestations pour soins et remboursement de frais (en l'espèce: hospitalisation et transport en hélicoptère), lorsque seule une négligence grave pouvait être reprochée à l'assuré (arrêt G. du 21 août 2001 [K 53/01]). Auparavant, il avait jugé que, depuis l'entrée en vigueur de la LAMal, les caisses-maladie ne disposaient plus de l'autonomie nécessaire pour prévoir, par voie statutaire, la réduction de leurs prestations en matière d'assurance obligatoire des soins en cas d'entreprise téméraire, dès lors que la nouvelle loi ne leur en donnait pas expressément la compétence. On devait en effet considérer que, dans des domaines qu'il a réglés en détail, le législateur a remplacé le principe d'autonomie qui était alors réservé aux caisses-maladie du temps de la LAMA, par celui de la légalité. Il en allait ainsi dans la réglementation de l'assurance obligatoire des soins où l'assureur-maladie ne peut fixer de règles propres que dans les domaines où la loi lui en donne la compétence. En revanche, le point de savoir si en matière d'assurance facultative d'indemni-

tés journalières, la règle ci-dessus était applicable ou si l'autonomie existant antérieurement a subsisté pouvait rester indécis dans le cas particulier (ATF 124 V 356²). De fait, le Tribunal fédéral des assurances ne s'est, à ce jour, pas prononcé sur la question d'une réduction pour négligence grave d'indemnités journalières selon la LAMal, autrement dit, sur le point de savoir si, en ce domaine, les assureurs ont conservé une autonomie suffisante qui leur permettait (avant le 1er janvier 2003) de réduire les indemnités journalières pour ce motif. Selon une opinion émise par *Jean-Louis Duc* (avant l'entrée en vigueur de la LPGa), il conviendrait en principe de réserver une réglementation interne des assureurs pour le règlement de la question des conséquences de la faute grave. Cet auteur se demande si, en définitive, la sanction de la faute grave ne découle pas d'un principe qui devrait prévaloir aussi dans l'assurance d'une indemnité journalière (*Jean-Louis Duc*, Quelques imperfections de la LAMal, RSAS 2000, p. 258; dans le même sens: *Gebhard Eugster*, Krankenversicherung in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, ch. 231).

4.2 La LAMA (en vigueur jusqu'au 31 décembre 1995), pas plus que la LAMal, ne prévoyait la possibilité de réduire des prestations en cas de faute grave. Sous le régime de cette ancienne loi, le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'il était conforme à une règle admise aussi bien par l'assurance privée que par l'assurance sociale de réduire les prestations assurées, lorsque le sinistre a été causé par une faute grave de l'ayant droit. Cette règle valait aussi dans l'assurance-maladie, même lorsque les statuts ou les conditions d'assurance ne la rappelaient pas (voir par ex. ATF 107 V 228 consid. 2a³, 106 V 23 consid. 1⁴; *Franz Schön*, Juristische Aspekte der Kürzung von Krankenkassenleistungen bei Grobfahrlässigkeit, Zeitschrift für öffentliche Fürsorge, 87 [1990], p. 170 ss). Le Tribunal fédéral des assurances considérait, en 1985 encore, que la réduction pour négligence grave découlait d'un «principe fondamental» du droit des assurances sociales (ATF 111 V 205 consid. 3).

4.3 Dans un arrêt ultérieur, du 25 août 1993 (ATF 119 V 171), le Tribunal fédéral des assurances est toutefois revenu sur cette conception, tenant compte du développement du droit international de la sécurité sociale qui limite la possibilité de prononcer des réductions de prestations d'assurance.

En particulier, il a jugé que les art. 68 let. f du Code européen de sécurité sociale [CESS] et 32 § 1 let. e de la Convention OIT 128, en vertu desquelles

² voir RAMA 1998 n° KV 53 p. 514 ss

³ voir RJAM 1982 n° 488 p. 106 ss

⁴ voir RJAM 1980 n° 418 p. 170 ss

les prestations ne peuvent être réduites qu'en cas de faute intentionnelle, étaient directement applicables. On ne peut donc plus dire, depuis l'arrêt précité, que les réductions pour négligence grave relèvent d'un principe fondamental du droit des assurances sociales (voir plus particulièrement p. 179 consid. 4c). Dans la mesure où, dans un arrêt isolé du 30 octobre 1995 (RDAF 1996 I p. 54), la Cour de céans l'a encore affirmé sous l'empire de la LAMA en se référant à la jurisprudence fédérale, on doit s'en distancer.

Il y a par ailleurs lieu de constater que les réductions pour négligence grave dans l'assurance sociale vont à l'encontre de la tendance législative qui s'est dégagée depuis plus d'une dizaine d'années en ce domaine. La loi sur l'assurance militaire du 19 juin 1992, entrée en vigueur le 1er janvier 1994, a supprimé la réduction pour négligence grave (art. 65 aLAM; *Jürg Maeschi*, Kommentar zum Bundesgesetz über die Militärversicherung [MVG] vom 19. Juni 1992, Berne 2000, notes 5 et 8 ad art. 65; *Franz Schlauri*, Die Militärversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, ch. 226). En outre, déjà dans le projet de loi sur la partie générale du droit des assurances sociales adopté par le Conseil des Etats au cours de sa session d'automne 1991 (BO 1991 CE II 773 ss), il était prévu – en accord d'ailleurs avec le droit international – de limiter le refus ou la réduction des prestations aux cas provoqués intentionnellement ou par un comportement délictueux (art. 27; FF 1991 II 188). Enfin, dans le domaine de l'assurance-accidents, le système de réduction des prestations pour négligence grave demeure sous forme de dérogation à la LPGA (art. 37 al. 2 LAA). Cette dérogation exprime la décision du Parlement, consécutive à l'initiative parlementaire *Suter* et qui a modifié la LAA parallèlement aux travaux législatifs de la LPGA (rapport précité de la CSSS, FF 1999 4214).

C'est dire que d'un principe général et fondamental du droit des assurances sociales, on est passé, dans le droit fil de la jurisprudence inaugurée aux ATF 119 V 171 et de l'évolution législative du droit interne jusqu'à ce jour, à un régime d'exception. On peut en déduire qu'en tout cas en 2002 déjà – et donc avant l'entrée de la LPGA – une réduction des prestations pour négligence grave ne pouvait plus reposer sur un principe général, mais qu'elle nécessitait une base légale explicite; l'absence de toute réglementation, s'agissant comme en l'occurrence d'une loi récente, apparaît plus comme un silence qualifié du législateur que comme une lacune qui découlerait d'un oubli de celui-ci (voir dans ce sens *Rudolf Luginbühl*, Der Regress des Krankenversicherers, in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, Saint-Gall 1999, p. 55 sv.).

4.4 Dès lors, même si, en matière d'indemnités journalières selon la LAMal, il est indéniable que la loi laisse aux assureurs le pouvoir de régler dans leurs conditions générales d'assurance certaines questions qui relèvent essentiellement des prescriptions d'ordre (ATF 129 V 53 consid. 1.1⁵ et les références), ce pouvoir ne saurait conduire à une limitation du régime des prestations fixé aux art. 72 ss LAMal (cf. *Gebhard Eugster, Zum Leistungsrecht der Taggeldversicherung nach KVG*, in: LAMal-KVG: Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances, Lausanne 1997, p. 552). Or la réduction des prestations pour négligence grave constitue une telle limitation qui, en l'absence de base légale, devait déjà être considérée en 2002 comme une restriction inadmissible.

4.5 En conclusion, la réduction prononcée par la recourante, tant sous l'angle de la LPGA que sous l'ancien droit, n'était pas justifiée. Il s'ensuit que le recours est mal fondé.

⁵ voir RAMA 2002 n° KV 228 p.447 ss

Vergütung der teilstationären Behandlung im Spital

KV 314 Entscheid des EVG vom 12. Oktober 2004 (K 141/02)

- **Übertragung der Rechtsprechung nach BGE 126 III 350 Erw. 3 (RKUV 2001 Nr. KV 140 S. 1 ff.) zu der bei stationärer Behandlung bejahten Austauschbefugnis von Leistungen aus der obligatorischen Krankenversicherung auf den Bereich der teilstationären Spitalbehandlung: Ein klassengerechter Aufenthalt im Einzel- oder Doppelzimmer mit Zusatzfinanzierung über Zusatzversicherungen ist hier grundsätzlich ebenfalls statthaft (Erw. 7.1).**

Eine Austauschbefugnis ist nur dann gegeben, wenn gesonderte Sozialversicherungstarife und -pauschalen für teilstationäre Behandlungen vereinbart oder behördlich erlassen worden sind (Erw. 7.2).

Werden die durch ein Spital erbrachten teilstationären Leistungen (wie in der Praxis heute überwiegend) als ambulante Leistungen abgerechnet, stehen sie unter dem im ambulanten Bereich umfassenden Tarifschutz. Hier räumt das Gesetz den Spitälern die Möglichkeit ein, mit den Krankenversicherern spezielle Tarifvereinbarungen über die Vergütung ambulanter Behandlungen zu treffen und so den von den Verhältnissen bei den Ärzten in freier Praxis abweichenden betriebswirtschaftlichen Erfordernissen ohne Durchbrechung des Tarifschutzes Rechnung zu tragen (Erw. 7.2).

Die reine Behandlung und Durchführung des teilstationär im Spital geführten Eingriffs bildet Teil der in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung enthaltenen Leistung. Macht das Spital geltend, bei halbprivat/privat Versicherten seien echte Mehrleistungen erbracht worden, hat es detailliert darzulegen, worin diese Mehrleistungen bestanden, und zu begründen, warum die Abrechnung über die Zusatzversicherung erfolgen soll (Erw. 7.3).

- **Transposition au traitement semi-hospitalier à l'hôpital de la jurisprudence de l'ATF 126 III 350 cons. 3 (RAMA 2001 n° KV 140 p. 1 ss) au sujet du droit reconnu à la substitution des prestations couvertes par l'assurance obligatoire en cas de traitement hospitalier: un séjour conforme à la division assurée dans une chambre à un ou deux lits avec financement supplémentaire par des assurances complémentaires est ici en principe également admissible (cons. 7.1).**

Un droit à la substitution des prestations n'existe que si, pour les traitements semi-hospitaliers, des tarifs et des forfaits d'assurance sociale séparés ont été convenus ou ont été édictés par une autorité (cons. 7.2).

Lorsque les prestations semi-hospitalières fournies par un hôpital sont facturées (comme cela se passe le plus souvent dans la pratique actuelle) en tant que prestations ambulatoires, elles sont soumises à la protection tarifaire globale existant dans le domaine ambulatoire. La loi réserve ici – sans violer la protection tarifaire – la possibilité aux hôpitaux de passer des conventions tarifaires spéciales avec les assureurs-maladie sur le remboursement des traitements ambulatoires et de tenir compte ainsi des exigences applicables en matière de gestion d'entreprise qui sont différentes de celles existant pour les médecins indépendants en cabinet privé (cons.7.2).

Le traitement au sens propre et l'exécution de l'intervention semi-hospitalière effectuée à l'hôpital font partie de la prestation contenue dans l'assurance obligatoire des soins. Lorsque l'hôpital fait valoir que de véritables prestations supplémentaires ont été fournies à des assurés couverts en division semi-privée ou privée, il doit expliquer en détail en quoi ces prestations supplémentaires ont consisté et justifier pourquoi elles doivent être couvertes par l'assurance complémentaire (cons. 7.3).

- Ripresa per il settore delle cure semiospedaliere in ospedale della giurisprudenza secondo la DTF 126 III 350 cons. 3 (RAMI 2001 n. KV 140 p. 1 segg.) in merito al diritto riconosciuto di sostituire le prestazioni dell'assicurazione malattie obbligatoria nella cura ospedaliera: in questo caso, in linea di principio è pure ammesso un soggiorno adeguato al reparto assicurato in una camera singola o doppia con finanziamento supplementare garantito dall'assicurazione complementare (cons. 7.1.).

Il diritto alla sostituzione delle prestazioni è dato solo se sono stati concordati o emanati dalle autorità tariffe e importi forfetari d'assicurazione sociale separati per cure semiospedaliere (cons. 7.2).

Se le prestazioni semiospedaliere fornite da un ospedale (com'è uso prevalente nella prassi attuale) sono fatturate quali prestazioni ambulatoriali, esse sono soggette alla protezione tariffale completa esistente nel settore ambulatoriale. In questo caso la legge dà agli ospedali la possibilità di stipulare con gli assicuratori malattie degli accordi tariffari speciali in merito al rimborso di cure ambulatoriali e di tenere in tal modo conto, senza violazione della protezione tariffa-

le, dei criteri d'economia aziendale che divergono dalle condizioni per i medici negli studi privati (cons. 7.2).

L'effettiva cura e l'esecuzione dell'intervento semiospedaliero effettuato in ospedale fanno parte della prestazione contenuta nell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie. Se l'ospedale fa valere che sono state fornite prestazioni supplementari effettive a persone assicurate per il reparto semiprivato o privato, deve illustrare in dettaglio in cosa consistettero tali prestazioni supplementari e spiegare perché devono essere coperte dall'assicurazione complementare (cons. 7.3).

I.

A.

In den Jahren 1998 und 1999 wurde in der Tageschirurgie des Bethesda-Spitals Basel (nachfolgend: Spital) eine Anzahl von Patientinnen behandelt, die bei der Assura Kranken- und Unfallversicherung (nachfolgend: Assura) neben der obligatorischen Krankenpflegeversicherung auch eine Spitalzusatzversicherung für die halbprivate oder private Abteilung abgeschlossen hatten. Sie wurden nach einer Operation in ein der jeweils abgeschlossenen Zusatzversicherung entsprechendes Spitalzimmer verbracht und am gleichen Tag entlassen. Zwischen Spital und Versicherer entstand Streit darüber, ob das Spital in diesen Fällen für teilstationär erbrachte Leistungen mehr in Rechnung stellen durfte, als laut Tarif für die obligatorische Krankenpflegeversicherung vorgesehen.

B.

Nachdem das Spital es ablehnte, die gestellten Rechnungen auf die geforderte Höhe zu reduzieren, reichte die Assura am 28. Juni 2000 beim baselstädtischen Krankenkassenschiedsgericht (heute: Schiedsgericht in Sozialversicherungssachen Basel-Stadt) Klage gegen das Spital ein. Mit verbesserter Klagebegründung vom 4. April 2001 stellte sie nebst anderem das Begehren, das Spital sei zu verurteilen, die Honorarforderungen so auszustellen, dass sie über die obligatorische Krankenpflegeversicherung abgerechnet werden können. Mit Entscheid vom 29. Oktober 2002 wies das Schiedsgericht die Klage ab und verpflichtete die Assura, dem Spital eine Parteientschädigung von Fr. 7600.– zuzüglich Mehrwertsteuer von Fr. 577.60 zu bezahlen. Zudem wurden ihr die Verfahrenskosten mit einer Gerichtsgebühr von Fr. 3000.– zuzüglich Auslagen von Fr. 1000.– auferlegt.

C.

Die Assura führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Begehren, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und das Spital unter Neuverlegung der Kosten des Schiedsgerichtsverfahrens zu verurteilen, die Honorarforderungen in den eingeklagten Fällen so auszustellen, dass ausschliesslich über die obligatorische Krankenpflegeversicherung abgerechnet werden könne; eventualiter sei die dem Spital zugesprochene Parteientschädigung angemessen zu reduzieren; zudem sei das Verfahren K 141/02 mit dem hängigen Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren K 140/02 in Sachen Assura gegen Merian Iselin-Spital betreffend Entscheid des Schiedsgerichts in Sozialversicherungssachen Basel-Stadt vom 29. Oktober 2002 zu vereinigen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Vorinstanz und Spital schliessen auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherung, Kranken- und Unfallversicherung (seit 1. Januar 2004 im Bundesamt für Gesundheit; nachfolgend: Bundesamt), verzichtet auf einen Antrag, hält jedoch fest, dass die medizinischen Leistungen grundsätzlich durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung gedeckt seien, wogegen für den speziellen Aufenthalt (Hotellerie, z.B. im Privatzimmer) Zusatzversicherungen aufkommen müssten. Sodann sei zu prüfen, ob effektive Mehrleistungen bei halbprivat/privat Versicherten erfolgt seien. Diese dürften nicht zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abgerechnet werden, sondern seien im Rahmen der Zusatzversicherung nach den getroffenen Vereinbarungen zu entschädigen.

II.

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

...

3.3 Vorliegend ist die Frage zu beantworten, ob das Spital in der Tageschirurgie bei halbprivat oder privat Versicherten zusätzliche Leistungen erbringen darf oder ob ein Verstoß gegen das Krankenversicherungsgesetz vorliegt, wenn es bei der teilstationären Behandlung solcher Versicherter mit Kurzaufenthalt namentlich die klassengerechte Unterbringung in der Privat- oder Halbprivatabteilung zusätzlich in Rechnung stellt. Es ist unbestritten, dass das Schiedsgericht seine Zuständigkeit zur Beurteilung dieser Frage mit Recht bejaht hat.

4.

Bei der vorliegenden Streitsache, in welcher sich erstinstanzlich vor dem kantonalen Schiedsgericht nach Art. 89 KVG ein Versicherer und ein Leistungserbringer gegenüber gestanden haben und bei der es um die Vergütung von Leistungen aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung geht, handelt es sich nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen (nicht veröffentlichte Erw. 1b des in RKUV 1988 Nr. K 753 S. 3 ff. publizierten Urteils R. vom 3. September 1987, K 6/87). Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat daher nur zu prüfen, ob das vorinstanzliche Gericht Bundesrecht verletzt hat, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder ob der rechtserhebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden ist (Art. 132 in Verbindung mit Art. 104 lit. a und b sowie Art. 105 Abs. 2 OG).

5.

5.1 Gemäss Art. 25 KVG übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten für die Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen (Abs. 1). Diese Leistungen umfassen u.a. die Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, die ambulant, stationär oder teilstationär durchgeführt werden (Abs. 2 lit. a) sowie den Aufenthalt in der allgemeinen Abteilung eines Spitals (Abs. 2 lit. e). Nach Art. 49 Abs. 5 KVG vereinbaren die Vertragspartner die Vergütung bei ambulanter Behandlung und bei teilstationärem Aufenthalt im Spital. Die Versicherten können unter den zugelassenen Leistungserbringern, die für die Behandlung ihrer Krankheit geeignet sind, frei wählen, wobei wie bei stationärer auch bei teilstationärer Behandlung der Versicherer die Kosten höchstens nach dem Tarif übernehmen muss, der im Wohnkanton der versicherten Person gilt (Art. 41 Abs. 1 KVG).

5.2 Die Begriffe ambulant, teilstationär und stationär werden im Gesetz nicht näher umschrieben, ebenso nicht in der Krankenversicherungsverordnung (KVV) und in der Krankenpflege-Leistungsverordnung (KLV). Nach der Rechtsprechung grenzt sich die vom KVG als Begriff neu eingeführte teilstationäre Krankenpflege von der stationären Behandlung dadurch ab, dass sie nicht «rund um die Uhr» dauert. Das neue Krankenversicherungsrecht hat die altrechtliche Umschreibung der ambulanten und stationären Behandlung und damit deren begriffliche Abgrenzung voneinander grundsätzlich übernommen. Unter den Begriff teilstationäre Krankenpflege fällt damit insbesondere die Behandlung und medizinische Versorgung in Tages- oder Nachtkliniken oder auch in Einrichtungen der so genannten «One-day-surgery» (SVR 2002 KV Nr. 34 S. 124 Erw. 2c/bb mit Hinweisen).

5.3 Gemäss *Eugster* (Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, S. 68 f. Rz 134) lässt sich die Abgrenzung der teilstationären zur ambulanten Behandlung begrifflich nur über die Frage treffen, ob für die Behandlung die spezifische Infrastruktur und die besonderen Dienstleistungen einer Einrichtung der teilstationären Krankenpflege notwendig sind. So liegt bei Kleinchirurgie, die auch in der freien ärztlichen Praxis durchgeführt werden kann, nicht teilstationäre, sondern ambulante Behandlung vor. Bei stationärer und teilstationärer Behandlung sind zwei Leistungskomponenten zu unterscheiden: die Kosten für Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen (Art. 25 Abs. 2 lit. a KVG) einerseits und die Kosten für den Aufenthalt in der allgemeinen Abteilung des Spitals oder in der teilstationären Einrichtung (Art. 25 Abs. 2 lit. e und f KVG) andererseits. Letzteres umfasst ausschliesslich die Kosten für Unterkunft und Verpflegung.

5.4 Die am 1. Januar 2003 in Kraft getretene und hier für die Jahre 1998 und 1999 noch nicht anwendbare Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler und Pflegeheime in der Krankenversicherung (VKL) definiert die erwähnten Gesetzesbegriffe wie folgt: Gemäss Art. 4 VKL gelten als teilstationäre Behandlung nach Art. 49 Abs. 5 des Gesetzes geplante Aufenthalte zur Untersuchung, Behandlung und Pflege, die eine an die Behandlung anschliessende Überwachung oder Pflege sowie die Benutzung eines Bettes erfordern. Wiederholte Aufenthalte in Tages- oder Nachtkliniken gelten ebenfalls als teilstationäre Behandlung. Als stationäre Behandlung gelten nach Art. 3 VKL Aufenthalte im Spital von mindestens 24 Stunden oder – wenn während einer Nacht ein Bett belegt wird – von weniger als 24 Stunden, sowie die Überweisung in ein anderes Spital und die Todesfälle. Nach Art. 5 VKL gelten alle Behandlungen als ambulante Behandlungen nach Art. 49 Abs. 5 des Gesetzes, die weder als stationär noch als teilstationär angesehen werden.

5.5 Auch wenn hier nicht zu untersuchen ist, ob die in der VKL getroffenen Definitionen inhaltlich von den bisher in Rechtsprechung, Lehre und Praxis verwendeten Festlegungen abweichen, so ist doch festzustellen, dass zumindest keine Verschiebungen der Abgrenzungen zwischen den drei Behandlungsteilbereichen vorgenommen wurden, die allenfalls im vorliegend zu entscheidenden Zusammenhang zu erörtern wären.

6.

6.1 Das Bundesamt stützt sich bei der von ihm getroffenen Abgrenzung der Leistungsbereiche der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und der

privatrechtlichen Zusatzversicherungen wie die Vorinstanz auch auf die Rechtsprechung gemäss BGE 126 III 350 Erw. 3 ab, wonach es den obligatorisch Versicherten bei stationärer Behandlung freisteht, statt einer Behandlung nach den Bedingungen der sozialen Krankenversicherung den Status eines Privatpatienten zu wählen und in Anwendung der Austauschbefugnis aus der obligatorischen Krankenversicherung jene Leistungen zu beanspruchen, welche der Versicherer hätte erbringen müssen, wenn sie sich als Kassenpatient hätten behandeln lassen. Das Bundesgericht hat bei dieser Gelegenheit ausgeführt, dass im ambulanten Bereich die ratio legis von Art. 41 Abs. 1 Satz 1, aber auch von Art. 44 KVG, einem solchen Vorgehen entgegensteht, da die beliebige Wahl zwischen Privat- und Kassentarif nicht nur den Zielen des Tarifschutzes zuwiderlaufen, sondern auch die freie Wahl der Leistungserbringer berühren würde (S. 351 Erw. 3c; *Eugster*, a.a.O., S. 173 Rz 325).

6.2 Inzwischen hat das Eidgenössische Versicherungsgericht mit Urteil S. vom 15. April 2004 (K 5/03) Erw. 4.2 (RKUV 2004 Nr. KV 285 S. 235 ff.) bestätigt, dass beim Erbringen von Pflichtleistungen nach KVG Zusatzhonorare an Leistungserbringer verboten sind, da sich diese an die vertraglich oder behördlich festgelegten Tarife und Preise halten müssen und für Leistungen nach diesem Gesetz keine weitergehenden Vergütungen berechnen dürfen. An den Tarifschutz müssen sich alle Leistungserbringer halten. Er gilt für alle Ärzte (angestellte oder externe Belegärzte), welche in der allgemeinen Abteilung eines Spitals (das die Zulassungsvoraussetzungen von Art. 39 KVG erfüllt) praktizieren; dies unabhängig davon, ob es sich um ein öffentliches Spital oder um eine Privatklinik handelt. Gleiches gilt auch für jedes Krankenhaus; es darf für die in seiner allgemeinen Abteilung behandelten Patienten kein zusätzliches Honorar fordern und muss sich an den Tarif der sozialen Krankenversicherung halten (*Conti*, Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag, Bern 2000, S. 70 f.; derselbe, Zusatzhonorar des Arztes und KVG, in: AJP 10/2001 S. 1152).

6.3 Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Übertragung der Rechtsprechung nach BGE 126 III 350 Erw. 3 zum stationären Bereich auf den Bereich der teilstationären Behandlungen mit dem Einwand, die Tageschirurgie sei ambulante und nicht stationäre Behandlung. Für die Beschwerdegegnerin dagegen handelt es sich bei der teilstationären Behandlung im Ergebnis um eine stationäre Behandlung von speziell kurzer Dauer.

7.

Die teilstationäre Behandlung bildet nach dem gesetzlichen Modell eine eigene Behandlungskategorie und es ist aus dieser speziellen Behandlungs-

form heraus zu prüfen, ob Leistungen in Frage kommen, die über den Leistungsumfang des KVG hinausgehen und über Zusatzversicherungen vergütet werden müssen.

7.1 Vorinstanz und Bundesamt legen zu Recht dar, dass der in BGE 126 III 350 Erw. 3 für den stationären Bereich aufgestellte Grundsatz zur Frage der Vergütung der Aufenthaltskosten auf den teilstationären Bereich übertragbar ist, da sich hier die Verhältnisse bei Unterkunft, Verpflegung und Erholung im Prinzip nur durch die kürzere Dauer von der stationären Behandlung unterscheiden. Wie im stationären Bereich ist darum auch hier ein klassengerechter Aufenthalt im Einzel- oder Doppelzimmer mit Austauschbefugnis und Zusatzfinanzierung über Zusatzversicherungen statthaft.

7.2 Allerdings ist eine solche Austauschbefugnis nur dann gegeben, wenn gesonderte Sozialversicherungstarife und -pauschalen für teilstationäre Behandlungen vereinbart oder behördlich erlassen worden sind. Die durch Spitäler erbrachten teilstationären Leistungen werden aber in der überwiegenden Mehrheit als ambulante Leistungen abgerechnet, und die Vereinbarung von Pauschalen für teilstationäre Behandlungen bildet die Ausnahme. Werden die durch ein Spital erbrachten teilstationären Leistungen aber als ambulante Leistungen abgerechnet, stehen sie unter dem im ambulanten Bereich umfassenden Tarifschutz (vgl. Erw. 6.1 hievor). Hier räumt das Gesetz den Spitälern die Möglichkeit ein, mit den Krankenversicherern spezielle Tarifvereinbarungen über die Vergütung ambulanter Behandlungen zu treffen. Auf diese Weise kann den allenfalls von den Verhältnissen bei den Ärzten in freier Praxis abweichenden betriebswirtschaftlichen Erfordernissen der Spitäler ohne Durchbrechung des Tarifschutzes Rechnung getragen werden (Art. 35 Abs. 2 lit. a und h, 43 Abs. 4 und 49 Abs. 5 KVG).

7.3 Nach dem Gesagten ist bei der teilstationären Behandlung in Spitälern (wie in der Tageschirurgie der Beschwerdegegerin) im Prinzip zu unterscheiden zwischen der Vergütung der Behandlungskosten und der Erstattung der Aufenthaltskosten. Wie das Bundesamt in seiner Vernehmlassung folgerichtig festgehalten hat, sind bei der teilstationären Spitalbehandlung die medizinischen Leistungen grundsätzlich durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung gedeckt, wogegen für den speziellen Aufenthalt (z.B. im Privatzimmer) Zusatzversicherungen aufkommen müssen. Die reine Behandlung und Durchführung des teilstationär geführten Eingriffs bildet Teil der in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung enthaltenen Leistung. Dem Bundesamt ist auch darin beizupflichten, dass das Spital, wenn es geltend macht, bei halbprivat/privat Versicherten seien nicht nur Leistungen «an Stelle» der Leistungen nach Art. 34 KVG erfolgt, sondern echte Mehrleistun-

gen erbracht worden, detailliert darzulegen hat, worin diese Mehrleistungen bestanden. Es hat dann auch zu begründen, warum die Abrechnung über die Zusatzversicherung erfolgen soll. Im Übrigen wird die dazu erforderliche Transparenz bei der Rechnungsstellung den Leistungserbringern auch durch Art. 59 Abs. 3 KVV auferlegt, wonach die von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommenen Leistungen in der Rechnung von anderen Leistungen klar zu unterscheiden sind.

8.

8.1 Vorliegend lagen mit den Basler Spitalverträgen 1998 und 1999 für den stationären und teilstationären Bereich (mit Nachtrag I 1998, Ergänzendem Vertrag Tageschirurgie 1999 und diversen Anhängen) tarifvertragliche Regelungen vor, die durch den Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt genehmigt waren und bei der teilstationären Behandlung allgemein Versicherter mit Wohnsitz im Kanton Basel-Stadt zu berücksichtigen waren. Nach Ziff. 4 Nachtrag I 1998 und Ziff. 4 Ergänzender Vertrag 1999 war dabei klar geregelt, dass die Vertragsspitäler die je in Anhang I aufgeführten Behandlungen inkl. Material nach den dort angegebenen Pauschaltarifen abrechnen, die sämtliche im Rahmen der teilstationären Behandlung erbrachten oder veranlassten Leistungen spitalinterner und -externer Leistungserbringer (Spitaleintritt bis -austritt) umfassen. Die Ausnahmen davon waren in Anhang II explizit aufgeführt.

8.2 Dabei war ausdrücklich vorgesehen, dass der «Halbprivatversicherungsbereich» in speziellen Vereinbarungen separat zu regeln war und nicht Gegenstand der beiden Spitalverträge bildete.

8.2.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei den betreffenden Vereinbarungen zum Halbprivatbereich nur mit dem Vorbehalt beigetreten, dass sie ausschliesslich bei stationären Behandlungen Anwendung finden.

8.2.2 Aus der Sicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung ist indes entscheidend, dass mit solchen nach dem Bundesrecht grundsätzlich frei abschliessbaren Leistungsvereinbarungen im Zusatzversicherungsbereich nicht die zwingende öffentlich-rechtliche Tarifordnung der sozialen Krankenversicherung unterlaufen wird. Dies hat das Bundesgericht in BGE 126 III 350 Erw. 3 hinsichtlich der Frage der Tragweite des Tarifschutzes im stationären und im ambulanten Bereich bereits erörtert. Daran anknüpfend ist hier für den teilstationären Bereich festzuhalten, dass zwar Spitäler im Prinzip auch bei teilstationärem Aufenthalt zusätzliche Leistungen zulasten der Zusatzversicherung verrechnen dürfen (vgl. Erw. 7.3 hiervor). Wenn aber wie hier ein Tarifvertrag für die soziale Krankenversicherung besteht, der die teilstationäre

Behandlung von allgemein versicherten Patienten und Patientinnen mit Wohnsitz im Kanton regelt und von der Kantonsregierung genehmigt worden ist, dann gilt dieser Vertrag mit den dort vereinbarten Behandlungspauschalen für sämtliche Versicherten und somit auch für halbprivat oder privat zusatzversicherte Patienten und Patientinnen. Zusätzliche Honorare und Behandlungskosten dürfen im teilstationären Bereich nur dort auf Grund von speziellen Vereinbarungen über halbprivate oder private Behandlungen in Rechnung gestellt werden, wo echte Mehrleistungen erbracht werden. Dies sind, wie in Erw. 7.3 erwähnt, Leistungen, die über die Pflichtleistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung effektiv hinaus gehen, was detailliert dargelegt und begründet sein muss. Ob vorliegend neben den mit der klassengerechten Unterbringung verbundenen Mehrleistungen für Unterkunft und Verpflegung noch andere echte Mehrleistungen, insbesondere für ärztliche Behandlung, Anästhesie und postoperative Betreuung erbracht worden sind, ist hier nicht zu beurteilen, denn Streitgegenstand ist auf Grund der Klage lediglich, ob die Beschwerdegegnerin verpflichtet ist, die Honorarforderungen in den eingeklagten Fällen so auszustellen, dass ausschliesslich über die obligatorische Krankenpflegeversicherung abgerechnet werden kann. Dies ist nach dem Gesagten zumindest für den speziellen Aufenthalt nicht der Fall. Ob sich die Beschwerdegegnerin aber bei der Rechnungstellung auch an die in Erw. 6 und 7 erörterten Prinzipien – insbesondere zum Tarifschutz – gehalten hat, wird allenfalls im Rahmen weiterer Streitverfahren zu klären sein.

Versicherungspflicht auch für im Rahmen von Sonderprogrammen des UNHCR aufgenommene behinderte Flüchtlinge

KV 315 Entscheidung des EVG vom 22. Oktober 2004 (K 22/04)

- **Im Rahmen von Sonderprogrammen des UNHCR aufgenommene behinderte Flüchtlinge unterliegen ebenfalls dem Obligatorium der Krankenpflegeversicherung und haben denselben Anspruch auf Leistungen wie «ordentliche» Flüchtlinge bzw. Personen mit Schweizer Bürgerrecht (Erw. 2.2).**

Daran ändert der Umstand nichts, dass der Bund auch nach Erhalt einer Niederlassungsbewilligung für die Fürsorgeleistungen dieser behinderten Flüchtlinge zuständig bleibt, da Fürsorgeleistungen subsidiär zu den Leistungen der Sozialversicherer sind (Erw. 2.3).

- **Les réfugiés handicapés, admis dans le cadre de programmes spéciaux du HCR, sont également soumis au régime de l'assurance obligatoire des soins et ont le même droit aux prestations que les réfugiés «ordinaires» ou que les ressortissants suisses (cons. 2.2).**

Le fait que la Confédération reste compétente en ce qui concerne les prestations d'assistance en faveur de ces réfugiés handicapés, également après l'obtention d'une autorisation d'établissement, n'y change rien car les prestations d'assistance sont subsidiaires par rapport aux prestations de l'assureur social (cons. 2.3).

- **Rifugiati handicappati accolti nell'ambito di programmi speciali dell'UNHCR sono pure soggetti all'obbligo d'assicurazione per le cure mediche e hanno il medesimo diritto alle prestazioni dei rifugiati «ordinari» o dei cittadini svizzeri (cons. 2.2).**

Irrilevante è il fatto che la Confederazione rimane competente per le prestazioni assistenziali da fornire a questi rifugiati handicappati anche dopo che hanno ottenuto un permesso di dimora, dato che le prestazioni assistenziali sono sussidiarie alle prestazioni degli assicuratori sociali (cons. 2.3).

I.

A.

K. (geboren 1968) leidet seit einem Unfall am 3. April 1989 als Militärfahrer im Südiran an den Folgen einer Tetraplegie. Im Rahmen eines Sonderprogramms für behinderte Flüchtlinge in Zusammenarbeit mit dem UNO Hochkommissariat für Flüchtlinge (UNHCR) konnte er am 28. Juni 1994 in die Schweiz einreisen. Mit Entscheid vom 2. September 1994 wurde ihm Asyl gewährt. Anfänglich war er im Rahmen des Kollektivvertrages zwischen der Caritas Schweiz und der Konkordia, Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung (heute: Concordia, Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung; nachfolgend: Concordia) krankenversichert; per 1. August 1994 trat er in die Einzelversicherung über. Die Concordia brachte am 26. Oktober 1994 einen Vorbehalt für Leistungen bei Tetraplegie und deren Folgen vom 1. Juni 1994 bis 31. Mai 1999 an. Gestützt auf den Bericht des Paraplegikerzentrums X. vom 26. November 1997, in welchem ein stationärer Aufenthalt zur Anpassung der Sitzschale zur Verbesserung der tetraplegiebedingten Skoliose empfohlen wurde, ersuchte das Schweizerische Rote Kreuz (nachfolgend: SRK), welches für die Betreuung von K. nunmehr zuständig war, am 11. Dezember 1997 um Kostengutsprache bei der Concordia. Dies wies die Concordia mit Schreiben vom 2. März 1998 ab, da bezüglich der Tetraplegie ein Vorbehalt bestehe und der Bund für die Kosten der medizinischen Versorgung invalid eingereister Flüchtlinge zuständig sei. Das SRK wandte sich mit Schreiben vom 2. August 1999 erneut an die Concordia und bat um Mitteilung, welche der genannten Kosten unter die obligatorische Krankenpflegeversicherung fielen. Die Concordia wies am 5. November 1999 erneut jegliche Leistungen ab. Auf Aufforderung des Bundesamtes für Flüchtlinge (nachfolgend: BFF) hin, welches das SRK anwies, die Concordia nochmals um Kostenübernahme zu ersuchen, da der Vorbehalt seit Inkraft-Treten des KVG hinfällig sei, gelangte das SRK mit dem Ersuchen an die Concordia, sämtliche Rechnungen seit 1. Januar 1996 zu übernehmen, andernfalls eine beschwerdefähige Verfügung verlangt werde. Die Concordia forderte mit Schreiben vom 22. Juni und 13. September 2001 weitere Angaben über den Unfallhergang und die Einreise von K.. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2001 lehnte sie jegliche Kostenübernahme ab. Nachdem das zwischenzeitlich für die Betreuung von K. zuständige Kantonale Sozialamt Basellandschaft mit Schreiben vom 11. Juni 2002 erneut um Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung ersucht hatte, hielt die Concordia mit Verfügung vom 27. Juni 2002, bestätigt mit Einspracheentscheid vom 21. Oktober 2002, an ihrer ablehnenden Haltung fest.

B.

Die hiegegen eingereichte Beschwerde hiess das Kantonsgericht Basel-Landschaft mit Entscheid vom 5. November 2003 in dem Sinne gut, als es den Einspracheentscheid vom 21. Oktober 2002 und die Verfügung vom 27. Juni 2002 aufhob und die Concordia verpflichtete, die gesetzlichen Leistungen aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung rückwirkend per 1. Januar 1996 zu erbringen.

C.

Die Concordia führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben; eventualiter seien lediglich Leistungen rückwirkend per 1. Juni 1999 zu erbringen. K. lässt in seiner Stellungnahme auf die Unterlagen und Anträge in den Akten verweisen. Das BFF schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Gesundheit, Kranken- und Unfallversicherung, verzichtet auf eine Vernehmlassung.

D.

Mit Eingaben vom 8. und 18. Juni 2004 halten sowohl die Concordia als auch das BFF an ihren Anträgen fest.

II.

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

1.

Die Vorinstanz hat die Grundsätze und Bestimmungen über die zeitliche Anwendbarkeit des seit 1. Januar 2003 in Kraft stehenden Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 (BGE 129 V 4 Erw. 1.2 mit Hinweis) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

2.

Die Concordia bestreitet nicht, dass der Beschwerdegegner über einen schweizerischen Wohnsitz verfügt; sie vertritt jedoch die Ansicht, er unterliege nicht der Versicherungspflicht nach Art. 3 Abs. 1 KVG, da er im Rahmen eines Sonderprogrammes für Behinderte des UNHCR und damit zu Zwecken der medizinischen Behandlung in die Schweiz gekommen sei. Im Übrigen habe das BFF den Krankenversicherern zugesichert, dass sich bei den im Rahmen von Kollektivverträgen versicherten Asylbewerbern und Flüchtlingen

keine Personen im Rahmen von Sonderprogrammen für Behinderte befänden; schliesslich sei das BFF auf Grund des Asylrechts für die vorbestehenden Leiden leistungspflichtig.

2.1

2.1.1 Vorweg ist festzuhalten, dass entgegen der Ansicht der Concordia weder Sach- noch Rechtslage vor dem 1. Januar 1996 für die Beurteilung der vorliegend strittigen Fragen massgebend sind. Denn in zeitlicher Hinsicht sind für die Beurteilung einer Sache diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 129 V 4 Erw. 1.2 mit Hinweis); somit spielt es keine Rolle, ob die Concordia allenfalls bei Aufnahme des Beschwerdegegners in die Versicherung im Jahre 1994 einem Grundlagenirrtum unterlag und sie bei dessen Aufnahme einen Vorbehalt zu Lasten bestimmter Leistungen angebracht hatte, da sie im hier massgeblichen Zeitpunkt (1. Januar 1996) verpflichtet gewesen wäre, jede dem Obligatorium unterliegende Person ohne jegliche Leistungsvorbehalte zu versichern.

...

2.2

2.2.1 Für die Unterstellung unter das Obligatorium der Krankenpflegeversicherung ist der zivilrechtliche Wohnsitz nach Art. 23 ff. ZGB massgeblich (Art. 3 Abs. 1 KVG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 KVV; BGE 129 V 77¹ mit Hinweisen). Nach der Lehre und Rechtsprechung befindet sich der zivilrechtliche Wohnsitz von Ausländern mit einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz, selbst wenn sie jedes Jahr in ihr Heimatland reisen (vgl. etwa *Staelin*, in: *Honsell/Vogt/Geiser*, Zivilgesetzbuch I, 2. Aufl., Basel 2002, N 17 zu Art. 23 mit Hinweisen). Art. 1 Abs. 2 KVV gelangt nur zur Anwendung, wenn Ausländerinnen und Ausländer nicht bereits auf Grund von Art. 3 Abs. 1 KVG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 KVV der Versicherungspflicht unterstellt sind (BGE 129 V 79 Erw. 5.1 mit Hinweis). Ausnahmen vom Versicherungsobligatorium sind eng zu umschreiben (BGE 129 V 78 Erw. 4.2 mit Hinweis). Das KVG regelt die Frage der Unterstellung unter das Obligatorium der Krankenpflegeversicherung abschliessend (BGE 129 V 80 Erw. 5.2 mit Hinweis).

2.2.2 Der Beschwerdegegner ist anerkannter Flüchtling und verfügte im Zeitpunkt der streitigen Leistungen über eine Aufenthaltsbewilligung, sodass er seinen Wohnsitz in der Schweiz hat. Nachdem sich weder aus dem KVG noch aus der KVV eine Ausnahme für die Unterstellung von im Rahmen von

¹ siehe RKUV 2003 Nr. KV 238 S. 57 ff.

Sonderprogrammen aufgenommenen Flüchtlingen ergibt, das KVG in Verbindung mit der KVV die Frage abschliessend regelt (BGE 129 V 80 Erw. 5.2) und eine Ausnahme vom Versicherungsgrundsatz nur mit Zurückhaltung anzunehmen ist (BGE 129 V 78 Erw. 4.2), ginge es nicht an, im Rahmen einer Gesetzeslücke eine weitere Ausnahme zu statuieren, für welche es keinerlei Anhaltspunkte gibt. Somit unterliegt der Beschwerdegegner dem Obligatorium der Krankenpflegeversicherung. Daran ändert auch nichts, dass er bei seiner Einreise und Aufnahme als Flüchtling bereits Tetraplegiker war, da es unter dem seit 1. Januar 1996 in Kraft stehenden KVG keinerlei Leistungsvorbehalte mehr gibt.

2.3 Zu prüfen bleibt, ob der Bund gestützt auf eine Spezialnorm der Asylgesetzgebung für die strittigen Kosten vorleistungspflichtig ist.

2.3.1 Gemäss Art. 22 Abs. 1 des bis 30. September 1999 in Kraft gewesenen Asylgesetzes vom 5. Oktober 1979 (aAsylG) entschied der Bundesrat über die Aufnahme von Gruppen alter, kranker oder behinderter Flüchtlinge. Die Rechtstellung der Flüchtlinge richtete sich nach dem für Ausländer geltenden Recht, soweit nicht die Asylgesetzgebung oder das internationale Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Flüchtlingskonvention; SR 0.142.30) etwas anderes bestimmten (Art. 24 aAsylG). Ausländern, denen in der Schweiz Asyl gewährt wurde, galten gegenüber allen kantonalen und Bundesbehörden als Flüchtlinge im Sinne der Asylgesetzgebung und der Flüchtlingskonvention (Art. 25 aAsylG). Der Anspruch der Flüchtlinge auf Leistungen der Sozialversicherungen richtete sich nach der einschlägigen Gesetzgebung (Art. 30 aAsylG; Achermann/Hausammann, Handbuch des Asylrechts, 2. Aufl., Bern 1991, S. 395); dies galt unter anderem auch für die Kranken- und Unfallversicherung (Art. 30 lit. d aAsylG). Fürsorgeleistungen wurden für Flüchtlinge nach den für Personen mit Schweizer Bürgerrecht geltenden Grundsätzen ausgerichtet (Art. 37 Abs. 1 aAsylG; Achermann/Hausammann, a.a.O., S. 389; Wolfers, Grundriss des Sozialhilferechts, 2. Aufl., Bern 1999, S. 191). Das auf den 1. Oktober 1999 in Kraft getretene Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31) sieht bezüglich der Aufnahme von Flüchtlingsgruppen (Art. 56 Abs. 1 AsylG), der Rechtsstellung der Flüchtlinge (Art. 58 und 59 AsylG) und dem Anspruch der Flüchtlinge auf Fürsorgeleistungen (Art. 82 AsylG) keine materiellen Änderungen gegenüber dem bisherigen Recht vor (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 4. Dezember 1995, in: BBl 1996 II 9 f., 74 f. und 89 f. sowie Art. 23 der Flüchtlingskonvention). Wie gemäss bisherigem Recht (Art. 44 der bis 30. September 1999 in Kraft gewesenen Asylverordnung 2 vom 22. Mai 1991) hat der Bundesrat für Flüchtlinge, welche im Rahmen von Sonderprogrammen für behinderte Flüchtlinge des UNHCR aufgenommen wurden, die Übernahme der Fürsorge-

leistungen auch nach Erhalt der Niederlassungsbewilligung zu Lasten des Bundes vorgesehen (Art. 23 Abs. 1 lit. a der am 1. Oktober 1999 in Kraft getretenen Asylverordnung 2 über Finanzierungsfragen vom 11. August 1999 [AsylV 2; SR 142.312] in Verbindung mit Art. 88 Abs. 4 AsylG). Was ihre Stellung in den Sozialversicherungen belangt, hat der Bundesrat festgehalten, dass sich eine Verankerung des Art. 30 aAsylG im neuen Recht erübrigt, da Flüchtlinge auf Grund der Flüchtlingskonvention die gleiche Behandlung geniessen wie Einheimische (BBl 1996 II 32 mit Verweis auf Art. 24 der Flüchtlingskonvention). Im Bereich der Fürsorgeleistungen gilt der Grundsatz der Subsidiarität. Danach besteht ein Anspruch auf Fürsorgeleistungen erst dann, wenn eine betroffene Person die notwendigen Mittel nicht durch Selbsthilfe, Leistungsverpflichtungen Dritter oder freiwillige Mittel Dritter erhält (*Wolffers*, a.a.O., S. 71). Zu den Leistungsverpflichtungen Dritter gehören auch die Leistungen der Sozialversicherung (*Wolffers*, a.a.O., S. 72). Die fürsorgerische Unterstützung von Flüchtlingen richtet sich grundsätzlich nach den Normen der allgemeinen Sozialhilfe, sofern die Asylgesetzgebung keine Sondernormen kennt (*Wolffers*, a.a.O., S. 184 f. und 191).

2.3.2 Daraus ergibt sich, dass für den Beschwerdegegner keine abweichenden Bestimmungen gelten als für andere Flüchtlinge und er somit hinsichtlich der Krankenversicherung dieselbe Stellung wie eine Person mit Schweizer Bürgerrecht und schweizerischem Wohnsitz genießt. Zudem stehen dem Beschwerdegegner als Flüchtling dieselben Leistungen aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu wie einer Person mit Schweizer Bürgerrecht und Wohnsitz (Art. 24 der Flüchtlingskonvention). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass das SRK seine Rechnungen vorweg beglichen hat. Denn einerseits gilt auch bei Fürsorgeleistungen für Flüchtlinge das Subsidiaritätsprinzip, sodass das kantonale Sozialamt nur dann für die geltend gemachten Leistungen aufzukommen hat, wenn kein Sozialversicherer hierfür einstehen muss, worauf das BFF in verschiedenen Schreiben hingewiesen hat; andererseits ändert die bereits erfolgte Zahlung durch das SRK nichts an der Rechtslage, kennt doch auch das System der Krankenversicherung die Vorleistungspflicht bei strittigen Ansprüchen (Art. 78 KVG in Verbindung mit Art. 112 ff. KV).

2.4 Nach dem Gesagten hat die Concordia rückwirkend per 1. Januar 1996 sämtliche geltend gemachten Leistungen zu übernehmen, welche im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu entschädigen sind. Da vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht die rechtzeitige Anmeldung der Ansprüche nicht mehr streitig ist, kann diesbezüglich auf die zutreffenden Erwägungen im kantonalen Entscheid (BGE 129 V 55 Erw. 2.2; SVR 2002 KV Nr. 18 S. 69 Erw. 4b) verwiesen werden.

Conditions de la prise en charge des mesures de prévention par l'assurance obligatoire des soins

KV 316 Arrêt du TFA du 28 octobre 2004 (K 92/04)

- **Le fait qu'une analyse de sang destinée à évaluer une prédisposition au cancer ne figure pas dans la liste positive de l'art. 12 OPAS ne constitue pas une lacune authentique dont l'existence appellerait l'intervention du juge. Dans cette mesure, cette disposition n'apparaît pas non plus contraire au droit ou sortant du cadre de la délégation du législateur.**
- **Die Tatsache, dass eine Blutuntersuchung zur Abklärung einer Veranlagung zu Krebs nicht in der Positivliste von Art. 12 KLV aufgeführt ist, stellt keine echte Lücke dar, die eine richterliche Intervention erforderlich machen würde. Daher ist diese Bestimmung weder rechtswidrig, noch überschreitet sie den Delegationsrahmen des Gesetzgebers.**
- **Il fatto che un'analisi del sangue destinata ad accertare una predisposizione al cancro non figuri nell'elenco positivo dell'articolo 12 OPRe non costituisce una lacuna pura che richiede l'intervento di un giudice. In tal senso, questa disposizione non sembra neanche contraria al diritto o esulare dal quadro della delega del legislatore.**

I.

A.

E., né en 1923, est assuré contre la maladie auprès de la Concordia Assurance suisse de maladie et accidents (ci-après : la Concordia). Le 26 mars 2003, il a effectué des examens (ponction veineuse et prise de sang) à l'Hôpital G. dont le but était d'évaluer une prédisposition au cancer (rapport du docteur H. du 26 août 2003). Les factures y relatives, d'un montant de 514 fr., ont été adressées à la Concordia.

Par décision du 10 décembre 2003, la Concordia a refusé la prise en charge de ces frais, au motif que les examens en cause ne faisaient pas partie des prestations de l'assurance obligatoire des soins. Elle a confirmé son refus par une décision sur opposition du 19 janvier 2004.

B.

Saisi d'un recours de l'assuré contre cette décision, le Tribunal cantonal des assurances du canton de Genève, statuant à trois juges professionnels, l'a rejeté par jugement du 30 juin 2004.

C.

E. interjette recours de droit administratif contre ce jugement dont il demande l'annulation, en concluant, sous suite de frais et dépens, à la prise en charge des frais litigieux par la Condordia. L'intimée conclut au rejet du recours, tandis que l'Office fédéral de la santé publique ne s'est pas déterminé.

II.

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

...

2.

2.1 Sur le fond, le litige porte sur la prise en charge, par l'intimée, des coûts des examens médicaux effectués le 26 mars 2003 (et de la consultation qui s'en est suivie, le 30 avril suivant), à titre de mesures de prévention comprises dans les prestations de l'assurance obligatoire des soins.

2.2 Selon l'art. 26 LAMal, l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts de certains examens destinés à détecter à temps les maladies ainsi que des mesures préventives en faveur d'assurés particulièrement menacés. Ces examens ou mesures préventives sont effectués ou prescrits par un médecin. Selon l'art. 33 al. 2 LAMal, il appartient au Conseil fédéral de désigner en détail, notamment, les prestations prévues à l'art. 26 LAMal. A l'art. 33 let. d OAMal, le Conseil fédéral, comme le permet l'art. 33 al. 5 LAMal, a délégué à son tour cette compétence au Département fédéral de l'intérieur (DFI). Faisant usage de cette sous-délégation, le DFI a édicté l'ordonnance sur les prestations de l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie du 29 septembre 1995 (OPAS; RS 832.112.31). L'art. 12 de cette ordonnance (dans sa version déterminante en l'espèce [cf. ATF 129 V 4 consid. 1.2, 127 V 467 consid. 1], en vigueur jusqu'au 31 décembre 2003) renferme une liste positive des mesures médicales de prévention prises en charge par l'assurance obligatoire des soins.

3.

3.1 L'analyse de sang (ponction veineuse, prise de sang, examens de laboratoire) n'y figure pas. En particulier, un tel examen n'est pas mentionné parmi les mesures liées au dépistage d'un cancer (telles, par exemple, la colonoscopie [art. 12 let. e OPAS]). Le recourant soutient toutefois que cette omission constitue une lacune qu'il appartiendrait au juge de combler.

Aux termes mêmes de la loi, selon lesquels seuls «certains examens» («bestimmte Untersuchungen» dans le texte allemand de l'art. 26 LAMal, «determinati esami» dans le texte italien) destinés à détecter à temps les maladies sont pris en charge par l'assurance, le catalogue des examens et mesures de nature préventive est restreint. L'examen des travaux préparatoires révèle que le législateur n'a pas voulu admettre le remboursement de toute mesure préventive quelle que soit la reconnaissance scientifique qui a été apportée à son efficacité, mais cherché à limiter la prise en charge de telles mesures. S'écartant du projet initial du Conseil fédéral, lequel prévoyait que «L'assurance obligatoire de soins prend en charge les coûts des mesures de prévention effectuées ou prescrites par un médecin [...]» (Message du Conseil fédéral concernant la révision de l'assurance-maladie du 6 novembre 1991, FF 1992 I 77 ss, ad art. 20, p. 135), le Parlement a, avec la formulation de l'art. 26 LAMal, adopté une version plus restrictive de la disposition en cause, en laissant sciemment le soin au Conseil fédéral de décrire les prestations à charge de l'assurance de base et ce, de manière limitative (cf. déclarations *Brunner, Seiler* et *Heberlein*, BO N 1993, p. 1841; déclarations *Huber*, BO E 1993, p. 1056). L'art. 26 LAMal n'exige ainsi pas que le Conseil fédéral, ou pour lui le DFI, inclue tous les examens permettant de détecter à temps les maladies dans la liste des prestations. Les auteurs de l'ordonnance disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour admettre une mesure dans le catalogue de l'art. 12 OPAS, pour autant qu'elle soit destinée à détecter à temps une maladie (*Gebhard Eugster*, *Krankenversicherung*, in : *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR]*, n° 173, p. 86). Dès lors, on ne saurait considérer le fait que le DFI n'a pas mentionné les analyses en cause dans la liste des mesures médicales de prévention comme une lacune authentique au sens défini par la jurisprudence, dont l'existence appellerait l'intervention du juge (cf. ATF 124 V 348 consid. 3b/aa¹ et les arrêts cités). Le seul argument évoqué par le recourant, qui est de préserver ses petites-filles alors que «le cancer chez les femmes a progressé d'une manière exponentielle en Suisse comme dans les pays industrialisés, ces dernières années», n'est pour le surplus pas pertinent. La nécessité d'une mesure préventive doit en effet être appréciée dans un cas concret, par rapport à l'assuré considéré

¹ voir RAMA 1998 n° KV Nr. 55 p. 557 ss

individuellement (voir aussi, *Guy Longchamp*, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale, thèse, Berne 2004, p. 132), si bien que l'intérêt des petites-filles du recourant n'entre pas directement en considération ici. Au demeurant, des examens visant la prévention du cancer chez les femmes font partie des prestations prévues à l'art. 12 OPAS (voir let. c : examen gynécologique; let. o : mammographie). Le moyen soulevé est par conséquent infondé.

3.2 Indépendamment du comblement de lacunes, on ne voit pas que la solution retenue à l'art. 12 OPAS, dans la mesure où cette disposition ne comprend pas les analyses en cause, soit contraire à loi ou sorte du cadre de la délégation du législateur. L'art. 26 LAMal n'a en effet pas été conçu par le législateur comme une norme prévoyant une prise en charge, par l'assurance-maladie obligatoire, de toutes les mesures susceptibles de prévenir les maladies, aussi utiles et raisonnables soient-elles. Le fait que l'art. 12 OPAS ne contient qu'un catalogue restreint de telles mesures est donc inhérent au système prévu par le législateur. Du reste, lorsqu'il contrôle les dispositions d'une ordonnance en ce domaine, sous l'angle de leur légalité et de leur constitutionnalité, le Tribunal fédéral des assurances s'impose une grande retenue (cf. ATF 125 V 30 consid. 6a² et les arrêts cités).

En conséquence de ce qui précède, le recours est mal fondé.

² voir RAMA 1999 n° KV 67 p. 137 ss

Differenzzahlungspflicht des Kantons

KV 317 Entscheidung des EVG vom 15. November 2004 (K 91/04)

- **Art. 41 Abs. 3 Satz 1 KVG kann nicht analog auf ein internationales Verhältnis angewendet werden. Es besteht keine Verpflichtung des Wohnkantons, die vom Krankenversicherer nicht vergüteten Kosten einer aus medizinischen Gründen erforderlichen Behandlung im Ausland zu übernehmen.**
- **L'art. 41, al. 3, phrase 1, LAMal ne peut pas être appliqué par analogie à une situation internationale. Le canton de résidence n'a aucune obligation de prendre en charge les frais non remboursés par l'assureur-maladie pour un traitement à l'étranger répondant à des motifs médicaux.**
- **L'art. 41 cpv. 3 primo periodo LAMal non può essere applicato per analogia a una situazione internazionale. Non sussiste alcun obbligo per il Cantone di domicilio di assumere i costi non rimborsati dall'assicuratore malattie per un trattamento effettuato all'estero ritenuto necessario per motivi medici.**

I.

A.

Der 1958 geborene B. ist bei der Helsana Versicherungen AG (im Folgenden: Helsana) u.a. für die obligatorische Krankenpflege versichert. Er leidet an einer sehr seltenen Form einer idiopathischen Kammertachykardie (Herzrhythmusstörung), welche wiederholt zu notfallmässigen Hospitalisationen führte. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2001 teilte Dr. med. F., leitender Arzt Rhythmologie und Elektrophysiologie am Spital X., der Helsana mit, dass mangels Therapiemöglichkeiten in der Schweiz oder in Europa eine Behandlung des Versicherten am Spital Y. in Boston/USA vorgesehen sei, und ersuchte um Übernahme der Kosten dieser Heilbehandlung im Betrag von rund \$ 50'000.-. Am 13./14. Februar 2002 wurde der entsprechende Eingriff in Boston erfolgreich durchgeführt. Von den Kosten der Spitalbehandlung von insgesamt Fr. 70'113.55 übernahm die Helsana den Betrag von Fr. 23'320.-, während sie die Differenz von Fr. 46'793.55 zu der von ihr im Sinne einer Vorleistung erbrachten Zahlung des Gesamtbetrages mit Schreiben vom 12. September 2002 von B. zurückforderte. Mit Verfügung vom 16. Januar 2003 lehnte die Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern, Kantons-

arztamt, das Gesuch von B. um Vergütung der nicht gedeckten Kosten des Spitalaufenthalts in der Klinik in Boston von Fr. 46'793.55 ab. Die hiegegen eingereichte Beschwerde wies die Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern, Dienststelle Beschwerden, ab (Entscheid vom 5. Mai 2003).

B.

B. liess Beschwerde führen mit dem Antrag, unter Aufhebung des Entscheides vom 5. Mai 2003 sei die Gesundheits- und Fürsorgedirektion zu verpflichten, den von der Helsana nicht gedeckten Betrag für die Spitalbehandlung in Boston in der Höhe von Fr. 46'793.55 zu vergüten. Mit Entscheid vom 11. Juni 2004 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern die Beschwerde ab.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt B. das vorinstanzlich gestellte Rechtsbegehren erneuern. Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern, Kantonsarztamt, schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während das Bundesamt für Gesundheit auf eine Vernehmlassung verzichtet.

II.

...

3.

Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 41 Abs. 3 Satz 1 KVG Anspruch auf Vergütung der durch den operativen Eingriff in Boston entstandenen Kosten zu Lasten des Wohnkantons hat, soweit diese nicht von der Helsana gedeckt wurden.

3.1 Art. 41 Abs. 3 Satz 1 KVG bezieht sich nach seinem klaren Wortlaut, der für die Gesetzesauslegung in erster Linie massgebend ist (BGE 130 II 71 Erw. 4.2, 130 V 50 Erw. 3.2.1, 232 Erw. 2.2, 129 V 284 Erw. 4.2), auf das Verhältnis zwischen inner- und ausserkantonalen Spitälern in der Schweiz, was sich aus dem Begriff «öffentliches oder öffentlich subventioniertes Spital» sowie der Wendung «Tarife des betreffenden Spitals für Einwohner und Einwohnerinnen des Kantons» ergibt. Wie das kantonale Gericht zutreffend erwogen hat, fällt eine analoge Anwendung von Art. 41 Abs. 3 KVG auf ein internationales Verhältnis ausser Betracht. Die Zielsetzung dieser Bestimmung liegt darin, den Lastenausgleich zwischen Kantonen mit unterschiedlichen Spitalversorgungsgraden sowie die verstärkte Koordination zwischen den Kantonen

im Bereich der Spitalplanung zu regeln (BGE 127 V 145 f. Erw. 4d¹, 419 Erw. 3b/bb², 123 V 297 f. Erw. 3b/aa-cc³; BBI 1992 I 169). Schon mit Blick auf diese Zielsetzung verbietet sich die Annahme einer richterlich zu schliessenden Gesetzeslücke. Dass Art. 41 Abs. 3 KVG darüber hinaus auch der Sicherstellung einer lückenlosen und qualitativ hochstehenden gesundheitlichen Grundversorgung dienen soll, wie in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde geltend gemacht wird, trifft zu. Allerdings bezieht sich diese Versorgung auf öffentliche oder öffentlich subventionierte Spitäler in der Schweiz, welche Leistungen anbieten, die der Wohnkanton der versicherten Person nicht zur Verfügung stellen kann (vgl. *Gebhard Eugster*, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Krankenversicherung, N 317). Ausserkantonale Spitäler in diesem Sinne sollen die Behandlungsmöglichkeiten sicherstellen.

4.

Der Beschwerdeführer vermag nicht darzutun, aus welchen Gründen der Kanton Bern verpflichtet sein sollte, für die ungedeckten Operationskosten in Boston aufzukommen. Insbesondere ist es im Zusammenhang mit der Finanzierung des Eingriffs unerheblich, dass ein Arzt den Beschwerdeführer nach Boston begleitet und die Operation mitverfolgt hat, womit nach Aussagen des Spitals X. ein Wissenstransfer stattgefunden hat. Ein Anspruch auf Vergütung der ungedeckten Kosten lässt sich des Weiteren auch nicht aus Art. 12 BV ableiten, wie die Vorinstanz, auf deren Erwägungen verwiesen wird, richtig festgestellt hat. Soweit sich der Beschwerdeführer auf Art. 36 KVV beruft, übersieht er offenbar, dass diese Bestimmung die Leistungspflicht der Krankenversicherer betrifft, nicht aber die Wohnkantone zu Differenzzahlungen bei Behandlungen von Versicherten im Ausland verhält, weshalb sich daraus für den vorliegenden Fall nichts gewinnen lässt. Unbehelflich ist schliesslich auch der Einwand, die Kosten für die in den USA durchgeführte Operation seien vergleichsweise moderat ausgefallen, wogegen die in der Schweiz vorgenommenen Behandlungen wesentlich teurer gewesen seien, ohne zum gewünschten Erfolg zu führen. Selbst wenn dies zutreffen sollte, ändert sich nichts daran, dass eine gesetzliche Grundlage fehlt, die den Kanton Bern verpflichten würde, die ungedeckten Kosten der in Boston durchgeführten Herzoperation zu übernehmen.

...

¹ siehe RKUV 2001 Nr. KV 175 S. 296 ff.

² siehe RKUV 2002 Nr. KV 198 S. 24 ff.

³ siehe RKUV 1998 Nr. KV 20 S. 123 ff.

Mitteilungen

Communications

Comunicazioni

■ **Rechtspflege in Krankenversicherungssachen**

Im Jahre 2004 wurden dem BAG in Krankenversicherungssachen 745 (Vorjahr 738) Entscheide kantonaler Versicherungsgerichte und 60 (25) Entscheide kantonaler Schiedsgerichte zugestellt. Das EVG hat 186 (153) Entscheide gefällt. Aufgrund von Artikel 53 KVG sind 49 (42) Verwaltungsbeschwerdeverfahren erledigt worden, 39 (30) davon durch Entscheid des Bundesrats.

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

En 2004, en matière d'assurance-maladie, 745 (année précédente 738) jugements de tribunaux cantonaux des assurances et 60 (25) jugements de tribunaux arbitraux cantonaux ont été notifiés à l'OFSP. Le TFA a rendu 186 (153) arrêts. En vertu de l'article 53 LAMal, 49 (42) recours administratifs ont été traités, dont 39 (30) ont donné lieu à une décision du Conseil fédéral.

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

Nel 2004, in materia d'assicurazione malattie, 745 (anno precedente 738) sentenze di tribunali cantonali delle assicurazioni e 60 (25) sentenze di tribunali arbitrali cantonali sono state notificate all'UFSP. Il TFA ha emanato 186 (153) sentenze. In base all'articolo 53 LAMal sono stati decisi 49 (42) ricorsi amministrativi, di cui 39 (30) dal Consiglio federale.

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

Neue Versicherer/Nouveaux assureurs/Nuovi assicuratori:

| | | | |
|-----|-------------------|--|------------|
| 994 | La Chaux-de-Fonds | Progrès Versicherungen AG Progrès Assurances SA Progrès Assicurazioni SA | 01.01.2005 |
| | | (bisher Progrès; Tätigkeitsgebiet: ganze Schweiz) | |

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

| | | | |
|-----|-------------------|--|------------|
| 994 | La Chaux-de-Fonds | Progrès (Stiftung) (Vermögensübertragung auf die Progrès Versicherungen AG Progrès Assurances SA Progrès Assicurazioni SA) | 01.01.2005 |
|-----|-------------------|--|------------|

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

| | | | |
|------|------------|---|------------|
| 109 | Binn | Krankenkasse Unitas Binn (Übernahme durch die Krankenkasse der Region Goms, K 591) | 08.02.2005 |
| 1305 | Winterthur | Öffentliche Krankenkasse Winterthur (Übernahme durch die ÖKK Kranken- und Unfallversicherungen AG, K 455) | 18.01.2005 |
| 1448 | Täsch | Krankenkasse Mischabel (Übernahme durch die Krankenkasse Cervino, K 1454) | 07.01.2005 |

Berücksichtigung der tatsächlich vollzogenen beruflichen Entwicklung beim Valideneinkommen im Rentenrevisionsprozess

U 533 Urteil des EVG vom 19. August 2004 i. Sa. S. (U 339/03)

- **Berücksichtigung der tatsächlich vollzogenen beruflichen Entwicklung beim Valideneinkommen im Rentenrevisionsprozess (Art. 18 Abs. 2 und Art. 22 UVG [je in der bis Ende 2002 gültigen Fassung]; Art. 17 ATSG):**

Im Rentenrevisionsverfahren kann der zwischenzeitig tatsächlich durchlaufene berufliche Werdegang, insbesondere eine qualifizierte Weiterbildung, (weitere) Rückschlüsse auf die hypothetische erwerbliche Entwicklung ohne versicherten Gesundheitsschaden geben. Die daraus resultierenden Lohnsteigerungen sind bei beiden Vergleichseinkommen zu berücksichtigen oder wegzulassen (Erw. 3.3).

- **Prise en considération, dans le cadre de la procédure de révision de la rente, du développement professionnel effectivement accompli pour déterminer le revenu de personne valide (art. 18, al. 2, et art. 22 LAA [dans leur version en vigueur jusqu'à fin 2002]; art. 17 LPG):**

Dans la procédure de révision de la rente, le parcours professionnel effectivement suivi dans l'intervalle, notamment un perfectionnement qualifié, peut avoir des (autres) conséquences sur le développement hypothétique de la capacité de gain en l'absence d'atteinte à la santé couverte par l'assurance. Les augmentations de salaire en résultant doivent être soit prises en considération, soit ignorées, pour les deux revenus objets de la comparaison (cons. 3.3).

- **Considerazione dello sviluppo professionale effettivamente avvenuto per quanto concerne un reddito realizzato da una persona non invalida nel processo per la revisione della rendita (art. 18 cpv. 2 e art. 22 LAINF [nei due casi nella versione vigente fino alla fine del 2002]; art. 17 LPG):**

Nella procedura di revisione della rendita, le tappe della carriera professionale effettivamente superate nel frattempo, in particolare un perfezionamento qualificato, permettono di fare (ulteriori) illazioni sullo sviluppo ipotetico del reddito senza prendere in considerazione

i danni alla salute assicurati. Gli aumenti salariali risultanti devono essere presi in considerazione o ignorati in ambedue i redditi messi a confronto (cons. 3.3).

Auszug aus den Erwägungen:

...

3.

Der Streit dreht sich einzig um die Frage, ob das Valideneinkommen auf der Basis des mutmasslichen Verdienstes bei der Firma X. AG zu bestimmen ist, wovon Vorinstanz und Verwaltung ausgehen, oder ob – der Auffassung des Beschwerdeführers folgend – der als Gesunder bei seiner neuen Arbeitgeberin, der Bank Y., erzielbare Verdienst Grundlage bildet.

3.1 Vorinstanz und Verwaltung argumentieren zur Hauptsache, berufliche Entwicklungs- oder Aufstiegsmöglichkeiten könnten beim Valideneinkommen nur berücksichtigt werden, wenn hierfür bereits zum Zeitpunkt des Unfalles konkrete Hinweise vorlägen. Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, das tatsächliche berufliche Fortkommen (mit Gesundheitsschaden) müsse im Revisionsverfahren als Beweis für die äquivalente Entwicklung des Valideneinkommens genügen.

3.2 Das Valideneinkommen ist als eine Vergleichsgrösse beim Einkommensvergleich nach Art. 18 Abs. 2 UVG auch im Rentenrevisionsprozess nach Art. 22 UVG ohne Bindung an die der ursprünglichen Rentenverfügung zu Grunde liegende Qualifikation frei überprüfbar (Urteil W. vom 26. Mai 2003, U 183/02, Erw. 6.2; bezüglich Art. 41 IVG: AHI 2002 S. 164 ff.).

3.3 Die Schadenminderungspflicht gebietet dem gesundheitlich Geschädigten, alles Zumutbare zu unternehmen, um eine allfällige Erwerbseinbusse möglichst gering zu halten. Dies bedeutet in erster Linie, dass sich freiwillig auf Lohn verzichtende Personen als Invalideneinkommen jenen Verdienst anrechnen lassen müssen, den sie zumutbarerweise in einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt erzielen könnten. Tritt sodann eine versicherte Person in zumutbarer Ausschöpfung ihrer Arbeitskraft eine überdurchschnittlich entlohnte Tätigkeit an, so hat sie sich diese, ein stabiles Arbeitsverhältnis vorausgesetzt, bei der Invaliditätsbemessung insoweit entgegenhalten zu lassen, als dass der tatsächliche, über dem Durchschnitt liegende Verdienst als Invalideneinkommen betrachtet wird (BGE 117 V 18 mit Hinweisen; vgl. RKUV 1996 Nr. U 240 S. 95 Erw. 3c).

Beim Valideneinkommen bleibt andererseits als Bezugsgrösse der zuletzt erzielte Verdienst grundsätzlich bestehen, ausser es finden sich genügend konkrete Anhaltspunkte für eine berufliche Weiterentwicklung. Im Rahmen der erstmaligen Rentenfestsetzung genügen blosse Absichtserklärungen des Versicherten regelmässig nicht. Vielmehr muss die Absicht, beruflich weiterzukommen, bereits durch konkrete Schritte kundgetan worden sein (BGE 96 V 29; EVGE 1968 S. 93 Erw. 2a; RKUV 1993 Nr. U 168 S. 100 Erw. 3b). Im Rentenrevisionsverfahren besteht insoweit ein Unterschied, als dass der zwischenzeitig tatsächlich durchlaufene berufliche Werdegang als Invaliden bekannt ist. Dieser lässt – anders als bei der erstmaligen Rentenfestsetzung – allenfalls (weitere) Rückschlüsse auf die hypothetische beruflich-erwerbliche Entwicklung ohne versicherten Gesundheitsschaden zu. Insoweit greift die Aussage von Vorinstanz und Verwaltung zumindest für das Revisionsverfahren zu kurz, wonach nur bereits zum Zeitpunkt des Unfalls sich manifestierende berufliche Entwicklungen zu berücksichtigen sind. Umgekehrt kann aber auch nicht jede tatsächlich erfolgte Lohnverbesserung als Invaliden mit einer gleich verlaufenden Entwicklung des Valideneinkommens gleichgesetzt werden, wovon der Beschwerdeführer auszugehen scheint. Ist das bei der neu angetretenen, als besonders stabil zu wertenden Arbeitsstelle tatsächlich erzielte Erwerbseinkommen etwa als Folge günstiger Umstände überdurchschnittlich, muss sich der Versicherte den neuen Verdienst im Rahmen der Schadenminderungspflicht als neues Invalideneinkommen anrechnen lassen, ohne dass deswegen auch zugleich das Valideneinkommen auf der Grundlage neuer Bemessungskriterien festzulegen ist (vgl. vorgängigen Absatz). Verliert in diesen Fällen der Versicherte zu einem späteren Zeitpunkt die Stelle, kann dies Anlass für eine revisionsweise Neufestsetzung des Invaliditätsgrads bilden (Meyer-Blaser, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung [IVG], in: Murer/ Stauffer [Hrsg.], Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Zürich 1997, S. 214).

Bei der Beurteilung, was die versicherte Person ohne versicherte Gesundheitsschädigung beruflich-erwerblich erreicht oder wie sich ihr Lohn seit der erstmaligen Rentenfestsetzung entwickelt hätte, sind vielmehr die gesamten bis zum Revisionszeitpunkt eingetretenen Umstände zu werten. Hat sich der Versicherte seit dem erstmaligen Rentenentscheid beruflich etwa durch Weiterbildung, hohen leistungsmässigen Einsatz oder eine ausserordentliche berufliche Bewährung besonders qualifiziert und hat sich dies bei gleich gebliebenem Gesundheitszustand beim Invalideneinkommen lohnwirksam niedergeschlagen, ist dies zumindest bei einem Versicherten, der – wie vorliegend – seine angestammte Tätigkeit auch nach dem Unfall (in einem reduzierten Pensum) weiterführen konnte, ein gewichtiges Indiz dafür, dass

er als Gesunder eine äquivalente Entwicklung durchlaufen hätte. Es handelt sich dabei um einen jener invaliditätsfremden Gesichtspunkte, hinsichtlich derer die Rechtsprechung kürzlich bestätigt hat, dass sie parallel – entweder beidseitig oder nicht – bei den Vergleichseinkommen zu berücksichtigen sind (Urteil W. vom 26. Mai 2003, U 183/02, Erw. 6.2 mit Hinweis auf Urteil S. vom 29. August 2002, I 97/00, Erw. 1.4).

3.4 Das körperliche Arbeitsprofil ist über die verschiedenen Arbeitsstellen hinweg weitgehend unverändert geblieben. Insoweit beeinträchtigen die somatischen Defizite am rechten Arm den Beschwerdeführer in gleich gebliebenem Umfang. Er galt und gilt in seinen Tätigkeiten stets als optimal eingegliedert. Nach dem Unfall, aber noch vor der erstmaligen Berentung, hatte der Versicherte im Jahre 1995 zur Firma X. AG als Maschinen-Ingenieur im Bereich Forschung und Entwicklung gewechselt mit der Begründung, eine Führungsposition zu suchen. Als diplomierter Physiker ETH ausgebildet, ergänzte er in der Folge sein berufliches Profil mit einem am 5. November 1999 abgeschlossenen Nachdiplomstudium in der Informationstechnik. In seiner direkt im Anschluss daran angetretenen Stelle konnte er als Software-Ingenieur weitere Erfahrungen sammeln, ehe er bei der aktuellen Arbeitgeberin als technischer Kommunikationsberater eine Anstellung fand, in welcher er neben der bisherigen beruflichen Erfahrung auch das Nachdiplomstudium lohnwirksam einbringen konnte. Es ist demnach erst seine besondere berufliche Qualifikation, welche den im Vergleich zum Zeitpunkt der erstmaligen Rentenzusprechung erhöhten Lohn ermöglichte. All diese Umstände führen zur Überzeugung, dass der Versicherte als Gesunder eine vergleichbare, wenn nicht identische berufliche (Lohn-)Entwicklung, wie nun tatsächlich vollzogen, durchschritten hätte.

3.5 Steht fest, dass der Beschwerdeführer mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch ohne (versicherte) Gesundheitsschädigung den gleichen oder einen ähnlichen beruflichen Werdegang wie als Invaliden vollzogen hätte, gilt es dementsprechend den hypothetischen Verdienst ohne Unfallschaden zu bestimmen.

Nachdem für das Invalideneinkommen auf den tatsächlichen Verdienst bei der Bank abzustellen ist, drängt sich auf, auch hier die konkreten Angaben der Arbeitgeberin heranzuziehen, zumal die SUVA diese Vorgehensweise bereits bei der ursprünglichen Rentenverfügung gewählt hatte. Der Vorgesetzte des Versicherten erklärte gegenüber dem Aussendienstmitarbeiter der SUVA am 20. November 2001, das Jahressalär betrüge bei voller Leistung und voller Präsenzzeit rund 25% mehr. Damit hat sich der Invaliditätsgrad seit der erstmaligen Rentenfestsetzung mit 25% nicht verändert.

Unterstellung eines Garten-, Landschafts- und Tiefbaubetriebes, der nicht nur Gartenbauarbeiten, sondern auch baugewerbliche Tätigkeiten verrichtet

U 534 Urteil des EVG vom 15. September 2004 i. Sa. H. (U 16/04)

- **Unterstellung eines Garten-, Landschafts- und Tiefbaubetriebes, der nicht nur Gartenbauarbeiten, sondern auch baugewerbliche Tätigkeiten verrichtet (Art. 66 Abs. 1 lit. b UVG; Art. 73 UVV):**

Bestätigung der Rechtsprechung, wonach bei ungegliederten Betrieben das Ausmass einzelner, für die Unterstellung nach Art. 66 Abs. 1 UVG ausschlaggebender branchenüblicher Tätigkeiten keine Rolle spielt (Erw. 5 und 6).

- **Soumission d'une entreprise d'horticulture, de paysagisme et de génie civil qui exécute non seulement des travaux d'aménagement de jardins mais également des travaux de construction (art. 66, al. 1, let. b, LAA; art. 73 OLAA):**

Confirmation de la jurisprudence selon laquelle, pour les entreprises unitaires le volume des différentes activités usuelles de la branche déterminantes pour la soumission à l'assurance obligatoire selon l'art. 66, al. 1, LAA importe peu (cons. 5 et 6).

- **Assoggettamento di un'impresa di giardinaggio, di architettura paesaggistica e di genio civile che non svolge unicamente lavori di giardinaggio bensì anche attività di industria edile (art. 66 cpv. 1 lett. b LAINF; art. 73 OAINF):**

Conferma della giurisprudenza secondo cui nel caso di imprese articolate l'entità di singole di attività determinanti e tradizionali per il settore non è rilevante ai fini dell'assoggettamento secondo l'articolo 66 capoverso 1 LAINF (cons. 5 e 6).

I.

A.

Die Firma X. AG betreibt laut Handelsregistereintrag ein Unternehmen für Garten- und Landschaftsbau sowie Tiefbauarbeiten. Mit Verfügung vom 13. September 2001 erfasste die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) die Firma ab 1. Januar 2002 als einen ihr unterstellten Betrieb und reihte sie in die Prämienstufen für die Berufs- und Nichtberufsunfallversicherung ein. Die dagegen erhobene Einsprache wies sie mit Entscheid vom 12. März 2002 ab.

B.

In Gutheissung der hiegegen eingereichten Beschwerde hob die Eidgenössische Rekurskommission für die Unfallversicherung den Einspracheentscheid vom 12. März 2002 auf (Entscheid vom 21. November 2003).

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt die SUVA die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides.

Die Firma und das Bundesamt für Gesundheit schliessen auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Mit Eingabe vom 6. Mai 2004 hält die SUVA an ihrem Antrag fest.

II.

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

1.

Da nicht die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen streitig ist, richtet sich die Kognition des Eidgenössischen Versicherungsgerichts aufgrund von Art. 132 OG nach Art. 104 lit. a und b sowie Art. 105 OG.

Nach Art. 109 lit. a UVG in der seit 1. Januar 1994 geltenden Fassung werden Beschwerden gegen Einspracheentscheide über die Zuständigkeit der SUVA zur Versicherung der Arbeitnehmer eines Betriebes durch die Eidgenössische Rekurskommission für die Unfallversicherung beurteilt. Dabei handelt es sich um eine mit richterlichen Befugnissen ausgestattete unabhängige Beschwerdeinstanz, weshalb das Eidgenössische Versicherungsgericht an deren

Sachverhaltsfeststellung gebunden ist, soweit diese nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen zustandegekommen ist (Art. 104 lit. b in Verbindung mit Art. 105 Abs. 2 OG; RKUV 2004 Nr. U 498 S. 161 Erw. 2).

Da sich aus den Akten keinerlei Anhaltspunkte für eine in diesem Sinne fehlerhafte Sachverhaltsermittlung ergeben und eine solche auch in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht geltend gemacht wird, bleibt einzig zu prüfen, ob mit der vorinstanzlichen Aufhebung der von der SUVA verfügten Unterstellung Bundesrecht verletzt worden ist (Art. 104 lit. a OG).

2.

Die Vorinstanz hat die Bestimmungen über die obligatorische Unterstellung von Betrieben des Baugewerbes unter die SUVA (Art. 66 Abs. 1 lit. b UVG; Art. 73 UVV) und die Rechtsprechung zu den wesentlichen Unterscheidungsmerkmalen von gegliederten und ungegliederten Betrieben (BGE 113 V 333 f. Erw. 5b und c, 348 f. Erw. 3b und c; RKUV 2004 Nr. U 498 S. 162 Erw. 4.2) sowie zur Gesetzesauslegung nach dem Wortlaut (BGE 129 III 56 Erw. 3.1.1, 129 II 356 Erw. 3.3) zutreffend dargelegt. Beizupflichten ist im Weiteren den Erwägungen der Vorinstanz, dass das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 nicht anwendbar ist (BGE 129 V 356 Erw. 1). Darauf wird verwiesen.

3.

3.1 Die Vorinstanz hat erwogen, nach Art. 66 Abs. 1 lit. b UVG sei die Zugehörigkeit zum Bau- und Installationsgewerbe Anknüpfungspunkt. Massgebend sei die Branchenzugehörigkeit und im Gegensatz etwa zu Art. 66 Abs. 1 lit. e UVG nicht eine bestimmte Tätigkeit. Dies sei in dem zu Art. 60 Abs. 1 Ziff. 3 lit. a KUVG gefällten BGE 86 I 155 zum Ausdruck gekommen, worin auf das Kriterium der Branchenzugehörigkeit abgestellt und Gärtnereibetriebe nicht zum Baugewerbe gerechnet worden seien, auch wenn sie teilweise Arbeiten ausführten, die solchen des Baugewerbes ähnlich seien. Aus den Gesetzesmaterialien gehe hervor, dass mit dem Inkrafttreten des UVG am 1. Januar 1984 an den für die SUVA geltenden Unterstellungsnormen keine massgeblichen Änderungen vorgenommen werden sollten. Es bestehe demnach kein Grund, von BGE 86 I 155 abzuweichen. Dass Gartenbaubetriebe nicht zum Baugewerbe gehörten, ergebe sich auch aus der Allgemeinen Systematik der Wirtschaftszweige des Bundesamtes für Statistik (NO-GA).

3.2 Das Bundesgericht führte in BGE 86 I 155 ff. aus, auf Grund der Entstehungsgeschichte des KUVG seien nach dem Willen des Gesetzgebers Unternehmungen, welche die Gärtnerei (im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs) zum Gegenstand hätten, der obligatorischen Unfallversicherung nicht unterworfen (S. 159 Erw. 4). Es sei indessen bei einer Gartenbauunternehmung zu prüfen, ob die ausgeführten Arbeiten gärtnerischen oder baugewerblichen Charakter hätten. Seien sie teils der einen, teils der anderen Art, komme es darauf an, ob die baugewerbliche Betätigung eine Bedeutung habe, die es rechtfertige, das Bestehen einer Unternehmung, die einen Zweig des Baugewerbes zum Gegenstand habe, anzunehmen. Massgebend für die Charakterisierung eines Betriebsteils müsse die hauptsächliche Tätigkeit sein, die dort verrichtet werde (S. 160 Erw. 5). Weiter legte das Bundesgericht in diesem Urteil dar, dass zur Gestaltung des Geländes, die ein Gartenbaugeschäft vorzunehmen habe, unter Umständen auch Arbeiten wie grössere Erdbewegungen, Erstellen von Mauerwerk, Betonunterlagen usw. gehörten, jedenfalls dann, wenn sie ein gewisses Ausmass («den üblichen Rahmen») nicht überschritten (S. 162 Erw. 6b). Man könne sich indessen fragen, ob gewisse Arbeiten, wie besonders umfangreiche Erdbewegungen mit dem (eigenen) Trax, grössere Stein- und Betonarbeiten usw., die über den Rahmen bloss gärtnerischer Gestaltung der Erdoberfläche hinausgingen, als eigentliche baugewerbliche Verrichtungen anzusehen seien. Das Bundesgericht liess diese Frage offen, da im zu beurteilenden Fall die wenigen Verrichtungen, die allenfalls als baugewerbliche Betätigung zu charakterisieren gewesen wären, in ihrer Gesamtheit im Verhältnis zu der übrigen, zweifellos gärtnerischen Betätigung prozentual unbedeutend gewesen seien (S. 163 f. Erw. 7).

4.

Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass der Tätigkeitsbereich der SUVA mit der Neuordnung der obligatorischen Unfallversicherung nicht eingreifend geändert werden sollte. Richtig ist auch, dass laut bundesrätlicher Botschaft zum UVG die Versicherungsgesellschaften in der Lage sind, das Versicherungsobligatorium mit gleichen Leistungen und zu grundsätzlich gleichen Bedingungen durchzuführen wie die SUVA (BBl 1976 III 176 f.; RKUV 1987 Nr. U 16 S. 242 Erw. 4a). Daraus vermag die Beschwerdegegnerin aber nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Denn massgebend ist allein, ob sie unter den neurechtlichen Art. 66 Abs. 1 lit. b UVG und die entsprechenden Verordnungsbestimmungen zu subsumieren ist.

5.

5.1 Unbestritten und nicht zu beanstanden ist die Feststellung der Vorinstanz, dass die Firma ein ungliederter Betrieb ist, da sämtliche Tätigkeiten

einen einzigen, zusammenhängenden und dem Betriebszweck dienenden Bereich darstellen (Erw. 6.1 hiernach; RKUV 2004 Nr. U 498 S. 162 f. Erw. 4.2 und 4.3).

5.2 Steht fest, dass ein ungegliederter Betrieb gegeben ist, erfolgt die Unterstellung direkt aufgrund des einheitlichen oder vorwiegenden Betriebscharakters, während bei einem gegliederten Betrieb vorerst zu prüfen ist, ob die Betriebsteile zueinander im Verhältnis von Haupt- und Hilfs- bzw. Nebenbetrieben stehen oder ob eine Mehrzahl von Betriebseinheiten ohne sachlichen Zusammenhang untereinander vorliegt (BGE 113 V 336 Erw. 7a). Bei ungegliederten Betrieben spielt das Ausmass einzelner für die Unterstellung nach Art. 66 UVG ausschlaggebender Tätigkeiten keine Rolle, weil die verschiedenen Arbeitsgattungen in diesem Fall begriffsnotwendig (vgl. BGE 113 V 333 Erw. 5b) nicht in verschiedenen Betriebseinheiten – im Sinne von Hilfs- und Nebenbetrieben oder einer Mehrzahl von Betriebseinheiten im Rahmen eines gemischten Betriebes – getätigt werden, sondern eben im Rahmen der allgemeinen Betriebsorganisation im Sinne eines einzigen, zusammenhängenden Tätigkeitsbereichs. Als für die Vollendung des angebotenen Produktes unerlässliche und damit branchenübliche Vorkehren bilden diese Bestandteil der typischen Betriebstätigkeit und werden vom Begriff des Betriebscharakters miterfasst (RKUV 1999 Nr. U 338 S. 287 Erw. 4; nicht veröffentlichtes Urteil M. vom 6. November 1998, U 44/97). Massgebend für die Erfüllung des Unterstellungskriteriums ist bei einem solchen Betrieb daher nur, dass dieser eine Tätigkeit im Sinne des Art. 66 Abs. 1 UVG ausübt, nicht jedoch, dass diese Tätigkeit den überwiegenden Anteil an der Gesamttätigkeit ausmacht (RKUV 2004 Nr. U 498 S. 163 f. Erw. 6.1).

Im letztgenannten Urteil hat das Eidgenössische Versicherungsgericht eine Praxisänderung (vgl. BGE 129 V 292 Erw. 3.2, 373 Erw. 3.3, je mit Hinweisen) ausdrücklich verworfen. Danach besteht kein Anlass, von der bisherigen Rechtsprechung abzugehen, wonach bei ungegliederten Betrieben das Ausmass einzelner für die Unterstellung nach Art. 66 Abs. 1 UVG ausschlaggebender branchenüblicher Tätigkeiten keine Rolle spielt. Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht bereits früher festgehalten hat, lässt sich eine Regel, wonach eine Unterstellung unter die SUVA ausgeschlossen ist, wenn eine und dieselbe Betriebseinheit die Kriterien des Art. 66 Abs. 1 UVG nur zu einem geringen Teil erfüllt, weder dem Gesetz und der Verordnung noch der bundesrätlichen Botschaft (zu Art. 66 UVG; BBl 1976 III 209) entnehmen (RKUV 1987 Nr. U 16 S. 244 Erw. 4c; nicht veröffentlichtes Urteil M. vom 6. November 1998, U 44/97). Aber auch Praktikabilitätsgründe sprechen gegen eine Rechtsprechungsänderung. Würde die Unterstellung abhängig gemacht vom Umfang der im Betrieb ausgeführten Bearbeitungen gemäss Art. 66 Abs.

1 UVG, würden sich zu Beginn und im Laufe der betrieblichen Tätigkeit schwierige Abgrenzungsfragen stellen, verbunden mit einem erhöhten Abklärungsbedarf (RKUV 2004 Nr. U 498 S. 164 f. Erw. 6.3).

6.

6.1 Die Beschwerdegegnerin betreibt laut Handelsregistereintrag ein Unternehmen für Garten- und Landschaftsbau sowie Tiefbauarbeiten. Gemäss dem Firmenportrait bietet sie folgende Dienstleistungen an: Planen und Beraten (Projektieren von privaten und öffentlichen Garten- und Grünanlagen. Erstellen von Gestaltungsplänen), Bauen von Garten- und Landschaftsanlagen (Erstellen von Wegen, Plätzen und Mauern. Anlegen von Teichanlagen und Biotopen. Aufstellen von Pergolen, Cheminées und Unterständen. Bepflanzungen, Anlegen von Rasen und Wiesen. Dachbegrünungen, harmonische Gärten nach Feng Shui), Pflege und Unterhalt (Schneiden von Bäumen, Sträuchern und Hecken. Renovieren und Pflegen von Rasen), Erd- und Tiefbauarbeiten (Geländegestaltung, Böschungsverbauungen). Als Geschäftsführer fungieren ein dipl. Gärtnermeister (Ansprechpartner für Gartenunterhalt, Umänderungen und Bepflanzungen) sowie ein Bauingenieur HTL (Ansprechpartner für Neuanlagen, Tiefbau und Aushubarbeiten). Im Internetauftritt der Firma steht unter der Rubrik «Erd- und Tiefbauarbeiten» Folgendes: «Mit gut ausgebildeten Mitarbeitern und einem modernen Maschinenpark sind wir in der Lage, Gärten und Siedlungen aller Grössen speditiv, effizient und fachmännisch zu erstellen».

In der Einsprache vom 6. Oktober 2001 legte die Firma dar, sie stelle keine Bestandteile für Bauten oder Bauwerke her, mit Ausnahme von einzelnen Baugrubenaushüben (ca. 4-5 Lohnprozentanteile). Sie sei kein Betrieb des Baugewerbes. Die Anteile mit baugewerblichem Charakter seien so minim, dass sie nicht der obligatorischen Unfallversicherung unterstellt werden könne. In der Betriebsbeschreibung vom 16. August 2001 bezifferte die Firma den Bereich des Baugrubenaushubs mit 5 Lohnprozentanteilen.

6.2 Nach dem Gesagten verrichtet die Beschwerdegegnerin nicht nur Gartenbauarbeiten, sondern unter Leitung eines eigenen Bauingenieurs sowie mit eigenen Arbeitern und Maschinen ausdrücklich auch Tiefbauarbeiten aller Grössen. Den von ihr im Internetauftritt präsentierten Photos lässt sich entnehmen, dass sie unter anderem unter Einsatz von Arbeitern und eines Schaufelbaggers grossflächige und mehrere Meter tiefe Aushubarbeiten bzw. Böschungsverbauungen vornimmt. Diese Tätigkeiten sind zweifellos als baugewerbliche Verrichtungen anzusehen, was die Firma in der Einsprache vom 6. Oktober 2001 denn auch selber einräumte. Welchen prozentualen Anteil diese Arbeiten von ihrer Gesamttätigkeit ausmachen, ist nach der

geltenden Rechtsprechung – entgegen BGE 86 I 163 f. Erw. 7 – irrelevant. Denn für die Erfüllung des Unterstellungskriteriums ist einzig massgebend, dass die Beschwerdegegnerin als ungegliederter Betrieb baugewerbliche Tätigkeiten im Sinne des Art. 66 Abs. 1 lit. b UVG ausübt (Erw. 5 und 6 hiavor; vgl. auch RKUV 1987 Nr. U 16 S. 243 f. Erw. 4c).

Nicht gefolgt werden kann mithin den Erwägungen der Vorinstanz, massgebend für die Subsumtion eines Betriebes unter Art. 66 Abs. 1 lit. b UVG sei allein die Branchenzugehörigkeit und nicht die Ausübung einer baugewerblichen Tätigkeit. Irrelevant ist demnach auch das vorinstanzliche Argument, Gartenbaubetriebe gehörten laut NOGA nicht zum Baugewerbe (Erw. 3.1 hiavor).

Der Unterstellungsentscheid der SUVA vom 12. März 2002 ist demnach rechters.

Bemessung des versicherten Verdienstes

U 535 Urteil des EVG vom 22. September 2004 i. Sa. B. (U 155/04)

- **Bemessung des versicherten Verdienstes (Art. 15 UVG; Art. 22 Abs. 4 UVV):**

Ein ausländischer Staatsangehöriger mit einer Kurzaufenthaltbewilligung von vier Monaten erleidet einen Monat nach Aufnahme der Erwerbstätigkeit bei der Arbeit einen tödlichen Unfall. Die gesamten Umstände sprechen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für eine mutmassliche Beschäftigungsdauer in der Schweiz von mindestens einem Jahr. Für die Bemessung des versicherten Verdienstes als Grundlage für die Festsetzung der Waisenrente ist somit der bis zum Todestag auf ein Jahr umgerechnete Lohn massgebend (Erw. 4.4).

- **Calcul du gain assuré (art. 15 LAA; art. 22, al. 4, OLAA):**

Un ressortissant étranger au bénéfice d'une autorisation de séjour de courte durée (quatre mois) est victime, au travail, d'un accident mortel un mois après avoir commencé son activité lucrative. Au vu de l'ensemble des circonstances, il faut admettre au degré de la vraisemblance prépondérante que la durée probable d'occupation en Suisse aurait été d'au moins un an. Pour calculer le gain assuré servant de base à la fixation de la rente d'orphelin, c'est donc le salaire réalisé jusqu'au jour du décès, converti en gain annuel, qui est déterminant (cons. 4.4).

- **Calcolo del guadagno assicurato (art. 15 LAINF; art. 22 cpv. 4 OAINF):**

Un cittadino straniero titolare di un permesso per dimoranti temporanei di quattro mesi è vittima di un infortunio mortale sul lavoro, un mese dopo aver iniziato l'attività lucrative. Dall'insieme delle circostanze si può presumere con probabilità preponderante che la durata dell'attività lavorativa in Svizzera sia stata di almeno un anno. Per il calcolo dei guadagni assicurati, il salario percepito fino al giorno della morte, calcolato sull'arco di un anno, è determinante per stabilire la base per la fissazione della rendita per orfani (cons. 4.4).

...

3.

3.1 Nach Art. 15 UVG werden Taggelder und Renten nach dem versicherten Verdienst bemessen (Abs. 1). Als versicherter Verdienst gilt für die Bemessung der Taggelder der letzte vor dem Unfall bezogene Lohn, für die Bemessung der Renten der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogene Lohn (Abs. 2). Gemäss Abs. 3 der Bestimmung setzt der Bundesrat den Höchstbetrag des versicherten Verdienstes fest und bezeichnet die dazu gehörenden Nebenbezüge und Ersatzeinkünfte; ferner erlässt er Bestimmungen über den versicherten Verdienst in Sonderfällen. Als Grundlage für die Bemessung der Renten gilt nach Art. 22 Abs. 4 Satz 1 UVV der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bei einem oder mehreren Arbeitgebern bezogene Lohn. Dauerte das Arbeitsverhältnis nicht das ganze Jahr, so wird der in dieser Zeit bezogene Lohn auf ein volles Jahr umgerechnet (Art. 22 Abs. 4 Satz 2 UVV). Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV sah in dem bis Ende 1997 gültig gewesenen Wortlaut vor, dass bei einem Versicherten, der eine Saisonbeschäftigung ausübt, die Umrechnung auf die normale Dauer dieser Beschäftigung beschränkt ist. Mit der auf den 1. Januar 1998 in Kraft getretenen und hier anwendbaren Verordnungsänderung vom 15. Dezember 1997 (AS 1998 151; BGE 124 V 227 Erw. 1) wurde der letzte Satz wie folgt neu gefasst: «Bei einer zum Voraus befristeten Beschäftigung bleibt die Umrechnung auf die vorgesehene Dauer beschränkt».

3.2 Bei den Tatbeständen gemäss Art. 22 Abs. 4 Satz 2 und 3 UVV handelt es sich um Abweichungen vom Grundsatz, dass der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogene Lohn für die Rentenberechnung massgebend ist (Art. 15 Abs. 2 UVG und Art. 22 Abs. 4 Satz 1 UVV). Diese Sonderregeln verlangen einerseits, dass – bei unterjährigem Arbeitsverhältnis – der nicht während eines ganzen Jahres geflossene Lohn auf ein Jahreseinkommen umgerechnet wird (Satz 2), beschränken aber andererseits – bei zum Voraus befristeten Beschäftigungen (Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV in der ab 1. Januar 1998 geltenden Fassung) bzw. bei Saisoniers (Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV in der bis 31. Dezember 1997 gültig gewesenen Fassung) – die Umrechnung auf die Dauer der befristeten Beschäftigung bzw. auf die normale Dauer der Saisonbeschäftigung (BGE 118 V 301 Erw. 2b mit Hinweisen). Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV bildet demnach eine Sonderregel sowohl im Verhältnis zu Satz 1 als auch zu Satz 2 des Absatzes, indem bei einer befristeten Beschäftigung weder der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogene Lohn massgebend (Satz 1) noch der bis zum Unfall bezogene Lohn auf ein Jahr umzurechnen ist

(Satz 2). Als Sonderregel zu Satz 2 hat Satz 3 lediglich den für die Umrechnung massgebenden Zeitraum zum Gegenstand. Art. 22 Abs. 4 Satz 2 UVV knüpft an ein unterjähriges Arbeitsverhältnis an und legt als Rechtsfolge fest, dass der bislang bezogene Lohn auf ein Jahr umgerechnet wird. Wenn der folgende Satz 3 bloss noch ausführt, dass bei einer zum Voraus befristeten Beschäftigung die Umrechnung auf die vorgesehene Dauer dieser Beschäftigung beschränkt bleibt und die Rechtsfolge in dieser Form umschreibt, so wird damit an das Verhältnis angeknüpft, wie es zu Beginn von Satz 2 formuliert ist, nämlich an ein im Zeitpunkt des Unfalls bestehendes, noch nicht ein Jahr dauerndes Arbeitsverhältnis (Urteil H. vom 24. Juli 2001, Erw. 1b, U 16/01). Nach der Rechtsprechung (SVR 1994 UV Nr. 16 S. 46 Erw. 3a und b) ist die Bestimmung von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV (in der bis 31. Dezember 1997 gültig gewesenen Fassung) auch auf Kurzaufenthalter anwendbar, wo von einer normalen Beschäftigungsdauer oft nicht gesprochen werden kann (vgl. Art. 26 der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer [BVO] vom 6. Oktober 1986; SR 823.21). Die seit dem 1. Januar 1998 geltende Fassung von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV, welche dieser Rechtsprechung Rechnung trägt (vgl. RKUV 1998 S. 90), spricht denn auch nicht mehr von der normalen Beschäftigungsdauer, sondern von der vorgesehenen Dauer der Beschäftigung und gilt für sämtliche im Voraus befristete Beschäftigungen (Urteil H. vom 24. Juli 2001, Erw. 1b, U 16/01).

4.

4.1 Die Vorinstanz erwo nach ergänzenden Sachverhaltsabklärungen (Auskünfte der Arbeitgeberin vom 24. November 2003; des Amtes für Ausländerfragen des Kantons Solothurn vom 17. November 2003 und des Amtes für Wirtschaft und Arbeit [AWA] des Kantons Solothurn vom 8. Januar 2004), dass das Arbeitsverhältnis des Verstorbenen auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden sei. Auch die persönlichen, betrieblichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten sprächen für die Absicht der Vertragsparteien, dass der Verstorbene eine ganzjährige Beschäftigung aufgenommen habe. Es sei erstellt, dass die Arbeitgeberin vorhatte, rechtzeitig ein Gesuch um Erteilung einer Jahresaufenthaltsbewilligung zu stellen, welchem angesichts der ausländerrechtlichen Praxis des Kantons Solothurn entsprochen worden wäre. Es liege nicht eine befristete Beschäftigung vor. Der versicherte Verdienst sei daher gestützt auf Art. 22 Abs. 4 Satz 2 UVV festzulegen, mithin der vom 20. August bis 17. September 2001 bezogene Lohn auf ein Jahr umzurechnen.

Die SUVA wendet im Wesentlichen ein, im für die Beurteilung der künftigen Ausgestaltung des Arbeitsvertrages massgebenden Unfallzeitpunkt habe lediglich eine Kurzaufenthaltsbewilligung vorgelegen. Ein Gesuch um Ertei-

lung einer Jahresaufenthaltsbewilligung sei nicht gestellt worden. Am Unfalltag sei erst ein Drittel der arbeitsvertraglich vereinbarten Probezeit abgelaufen gewesen. Es seien weder konkrete Vorkehrungen im Hinblick auf eine ganzjährige Beschäftigung in der Schweiz getroffen worden, noch liesse sich nachträglich die klare Absicht aller Beteiligten, das Arbeitsverhältnis über den 30. November 2001 hinaus weiterzuführen, nachweisen.

4.2 Die von der SUVA gegen die vorinstanzliche Betrachtungsweise erhobenen Einwendungen erfordern eine nähere Prüfung. Entstehungsgeschichtlich ist zwar belegt (BGE 118 V 302 Erw. 2c), dass der Besitz einer Jahresaufenthaltsbewilligung so wenig ein ausschlaggebendes Kriterium für oder gegen die Anwendung der Sonderregel des Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV (in der bis 31. Dezember 1997 gültig gewesenen Fassung) für Saisonbeschäftigte darstellt, wie dies im Falle eines schweizerischen Niedergelassenen zutrifft (RKUV 1997 Nr. U 280 S. 278 Erw. 2b). Dies muss gleichermassen für die auf den 1. Januar 1998 in Kraft getretene Änderung von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV gelten, welche Bestimmung nicht mehr auf Saisoniers beschränkt ist, sondern allgemein für zum Voraus befristete Arbeitsverhältnisse gilt (RKUV 1998 S. 90), und die keine Benachteiligung von Personen mit ausländischer Staatsangehörigkeit enthält (*Alexandra Rumo-Jungo*, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, in: Murer-Stauffer [Hrsg.], Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 3. Aufl., Zürich 2003, S. 104 f.). Die bisherige Praxis zu Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV ist daher – unter Berücksichtigung des neu gefassten Wortlautes – weiterhin beachtlich. Die Umwandlung der Saison- bzw. Kurzaufenthaltsbewilligung in eine Jahresaufenthaltsbewilligung ist immerhin ein Indiz, das für die Absicht spricht, eine ganzjährige Beschäftigung aufzunehmen. Denn wenn die Frage nach der beabsichtigten künftigen Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses, insbesondere welche mutmassliche Beschäftigungsdauer zu erwarten war, beurteilt werden muss, sind die einschlägigen Bestimmungen des Ausländerrechts zu berücksichtigen (RKUV 1994 Nr. U 186 S. 82). Steht die künftige Ausgestaltung eines Arbeitsverhältnisses in Frage, fehlen in der Regel verlässliche Entscheidungsgrundlagen. Umso mehr ist es erforderlich, dass die Absicht einer versicherten Person, künftig ganzjährig tätig zu sein, durch konkrete, vor dem Unfall getroffene Vorkehren unter Beweis gestellt wird. Dabei sind bei der Beweiswürdigung die gesamten Gegebenheiten persönlicher, familiärer, wirtschaftlicher und betrieblicher Art zu berücksichtigen. Nach dem Unfall abgegebene Erklärungen oder vor dem Unfall bekundete, unbestimmte Absichten eines Saisonbeschäftigten reichen nicht aus, um der Umrechnung nach der Sonderregel von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV die Anwendung zu versagen und stattdessen den bezogenen Lohn gemäss Satz 2 dieser Verord-

nungsbestimmung auf ein volles Jahr umzurechnen (RKUV 1997 Nr. U 280 S. 279 Erw. 2b).

4.3 Der Verunfallte nahm die Arbeit bei der O. AG, nach Erteilung der Kurzaufenthaltsbewilligung, am 20. August 2001 auf. Am 30. August 2001 wurde ein Arbeitsvertrag auf unbestimmte Dauer mit einer Probezeit von drei Monaten und Regelung der Kündigungsfristen abgeschlossen (Ziff. 2 und 8 des Arbeitsvertrages vom 30. August 2001). Arbeitsvertragsrechtlich handelte es sich um ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, dessen Auflösung – auch während der Probezeit – einer Kündigung bedarf (vgl. Art. 335 Abs. 1 und Art. 335b Abs. 1 OR). Insofern handelt es sich nicht um eine zum Voraus befristete Beschäftigung, weshalb sich entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin die Frage nach der künftigen Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses nicht stellt. Die Vorgesetzten waren mit den Leistungen des Verstorbenen sehr zufrieden (vgl. Rapport K. vom 3. Oktober 2001). Es bestehen keine konkreten Hinweise auf eine Absicht einer Vertragspartei, das Arbeitsverhältnis während der Probezeit aufzulösen. Im Unfallzeitpunkt lag keine Kündigung vor. Selbst wenn eine Auflösung beabsichtigt gewesen wäre, würde dies nichts daran ändern, dass der Arbeitsvertrag auf unbestimmte Dauer abgeschlossen worden war, was die Annahme einer zum Voraus befristeten Beschäftigung ausschliesst. Im Falle eines schweizerischen Niedergelassenen läge bei gleichen Umständen klar ein Anwendungsfall von Art. 22 Abs. 4 Satz 2 UVV vor.

4.4 Zu prüfen bleibt, ob aus ausländerrechtlicher Sicht eine zum Voraus befristete Beschäftigung anzunehmen ist. Der ausländische Kurzaufenthalter ist zwar gehalten, nach Ablauf der Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung die Schweiz zu verlassen (Art. 25-27 BVO), doch ist die anschliessende Erteilung einer Jahresaufenthaltsbewilligung grundsätzlich möglich (*Peter Max Gutzwiller/Urs L. Baumgartner*, Schweizerisches Ausländerrecht, Basel 1997, S. 24 f.). Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall von den in RKUV 1994 Nr. U 186 S. 82 und Urteil K. vom 11. September 2002, U 387/01, beurteilten Fällen, wo es um in der Schweiz erwerbstätige Schwarzarbeiter ging, deren illegaler Aufenthalt einer nachträglichen Erteilung der Aufenthaltsbewilligung zum Stellenantritt in der Regel entgegensteht (*Peter Kottusch*, Das Ermessen der kantonalen Fremdenpolizei und seine Schranken, ZBl 91/1990, S. 145 ff., insbesondere S. 169). Aus den übereinstimmenden Darstellungen der O. AG und der zuständigen Behörde ergibt sich, dass aus zwei Gründen zunächst um eine Kurzaufenthalts- und nicht um eine Jahresaufenthaltsbewilligung nachgesucht wurde: Einerseits erlaubte dieses Vorgehen der Arbeitgeberin wegen des einfacheren und raschen Verfahrensablaufs, die im Betrieb dringend benötigte Fachkraft kurzfristig einzustellen (vgl. Gesuch um Arbeits-

bewilligung vom 16. Juli 2001), andererseits wäre bei Nichtzustandekommen oder Auflösung des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit das dem Kanton zustehende, beschränkte Kontingent an Jahresaufenthaltsbewilligungen ausländischer Arbeitskräfte nicht belastet worden. Damit steht fest, dass die O. AG von Anfang an vorgesehen hat, bei Bewährung des Verstorbenen vor Ablauf der Probezeit eine unbefristete Aufenthaltsbewilligung einzuholen (Auskünfte der O. AG vom 27. März 2002 und 24. November 2003; Stellungnahme des AWA vom 8. Januar 2004). Dieses Vorgehen wurde vom AWA vorgeschlagen und auch schon in anderen, vergleichbaren Fällen praktiziert (Stellungnahme des AWA vom 8. Januar 2004). Nachdem die Umwandlung der Kurzaufenthalts- in eine Jahresaufenthaltsbewilligung rechtlich möglich und von den Beteiligten von Anfang an vorgesehen war, standen dem Abschluss eines Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Dauer keine zwingenden ausländerrechtlichen Bestimmungen entgegen. Unter diesen Umständen ist – wie bei einem schweizerischen Niedergelassenen – mit dem (unbefristeten) Arbeitsvertrag vom 30. August 2001 nachgewiesen, dass keine zum Voraus befristete Beschäftigung vorliegt. Nach dem Gesagten ist der versicherte Verdienst nicht nach der Sonderregel von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV, sondern gemäss Satz 2 dieser Bestimmung zu ermitteln. Die SUVA wird daher – wie die Vorinstanz zu Recht entschieden hat – den vom 20. August bis 17. September 2001 bezogenen Lohn auf ein Jahr umrechnen müssen.

Anwendbarkeit des ATSG

U 536 Urteil des EVG vom 30. September 2004 i. Sa. P. (U 126/04)

■ Anwendbarkeit des ATSG (Art. 82 Abs. 1 ATSG):

Für die Anwendbarkeit materiellrechtlicher Bestimmungen des neuen Gesetzes bezüglich im Zeitpunkt seines In-Kraft-Tretens noch nicht festgesetzter Leistungen sind die übergangsrechtlichen Grundsätze massgebend, welche für den Fall einer Änderung der gesetzlichen Grundlagen die Ordnung für anwendbar erklären, welche zur Zeit galt, als sich der zu Rechtsfolgen führende Sachverhalt verwirklicht hat. Es kann nach dem Urteil H 6/04 nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass einzig der Verfügungszeitpunkt oder einzig der Zeitpunkt des Einspracheentscheidendes ausschlaggebend sei.

■ Applicabilité de la LPGA (art. 82, al. 1, LPGA) :

Pour l'application des dispositions matérielles de la nouvelle loi en relation avec des prestations qui n'ont pas encore été fixées lors de son entrée en vigueur, sont déterminants les principes généraux en matière de droit intertemporel selon lesquels on applique, en cas de changement de règle de droit, la législation en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques. Selon l'arrêt H 6/04, on ne peut pas déduire a contrario que seul serait déterminant le moment où est prise la décision ou la décision sur opposition.

■ Applicabilità della LPGA (art. 82 cpv. 1 LPGA):

Per l'applicabilità delle disposizioni di diritto materiale della nuova legge, per quanto attiene alle prestazioni non ancora stabilite al momento della sua entrata in vigore, sono determinanti i principi di diritto transitorio che, nel caso di una modifica della base legale, dichiarano applicabile l'ordinamento vigente al momento in cui sono avvenuti i fatti all'origine delle conseguenze giuridiche. Secondo la sentenza H 6/04 non si può rifarsi all'interpretazione e contrario, che considera determinante unicamente il momento della decisione o della decisione su opposizione.

Auszug aus den Erwägungen:

1.

Die für die Beurteilung eines Leistungsanspruches gegenüber der Unfallversicherung massgebenden Grundlagen nach dem auf den 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 einschliesslich der damit verbundenen Änderungen des UVG – soweit für den vorliegenden Fall von Bedeutung – sind im kantonalen Entscheid korrekt aufgezeigt worden. Zu beachten ist indessen, dass zwar die Einstellungsverfügung vor dem 1. Januar 2003 ergangen ist, der nachfolgende Einspracheentscheid aber erst danach. Der Leistungsbeginn fiel bereits auf den 20. März 2000, sodass sich der rechtserhebliche Sachverhalt überwiegend vor In-Kraft-Treten des ATSG verwirklicht hat. Nach dem zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehenen Urteil L. vom 4. Juni 2004 (H 6/04) kann in intertemporalrechtlicher Hinsicht aus Art. 82 Abs. 1 ATSG nicht etwa der Umkehrschluss gezogen werden, dass für die Anwendbarkeit materiellrechtlicher Bestimmungen des neuen Gesetzes bezüglich im Zeitpunkt seines In-Kraft-Tretens noch nicht festgesetzter Leistungen einzig der Verfügungszeitpunkt ausschlaggebend sei oder, wie von der Vorinstanz erwogen, einzig der Zeitpunkt des Einspracheentscheids. Vielmehr sind – von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen – die übergangsrechtlichen Grundsätze massgebend, welche für den Fall einer Änderung der gesetzlichen Grundlagen die Ordnung anwendbar erklären, welche zur Zeit galt, als sich der zu Rechtsfolgen führende Sachverhalt verwirklicht hat. Im vorliegenden Fall ist daher bei der Bestimmung des streitigen Leistungsanspruches (zumindest für den Zeitraum bis 31. Dezember 2002) noch auf die damals geltenden Bestimmungen des UVG abzustellen. Für den Verfahrensausgang ist dies indessen insofern von untergeordneter Bedeutung, als die im ATSG enthaltenen Umschreibungen hinsichtlich der UV-rechtlichen Invaliditätsbemessung keine substantziellen Änderungen gegenüber der bis zum 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Normenlage brachten. Denn gemäss RKUV 2004 Nr. U 529 S. 573 (Erw. 1.2 - 1.4) entsprechen die im ATSG enthaltenen Definitionen der Arbeitsunfähigkeit (Art. 6 ATSG), der Erwerbsunfähigkeit (Art. 7 ATSG) und der Invalidität (Art. 8 ATSG) ebenso wie die Vorschrift über die Bestimmung des Invaliditätsgrades (bei erwerbstätigen Versicherten: Art. 16 ATSG) den bisherigen, in der Unfallversicherung von der Rechtsprechung dazu entwickelten Begriffen und Grundsätzen. Die zur altrechtlichen Regelung ergangene Judikatur (z.B. BGE 125 V 261 Erw. 4: Aufgabe des Arztes und der Ärztin bei der Beurteilung des Gesundheitszustandes) bleibt deshalb weiterhin massgebend.

...

Landwirtschaftliche Lehre im elterlichen Betrieb

U 537 Urteil des EVG vom 25. Oktober 2004 i. Sa. M. (U 99/04)

- **Landwirtschaftliche Lehre im elterlichen Betrieb (Art. 1 und 2 UVG [in der bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung]; Art. 1a Abs. 1 UVG [gültig ab 1. Januar 2003]; Art. 2 Abs. 1 lit. a UVV; Art. 1 Abs. 2 lit. a und b FLG [in der bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung]; Art. 1a Abs. 2 lit. a und b FLG [gültig ab 1. Januar 2003]):**

Wer im elterlichen Betrieb eine landwirtschaftliche Lehre absolviert, fällt nicht unter die Ausnahmeregelung in Art. 2 Abs. 1 Bst. a UVV und ist daher der obligatorischen Unfallversicherung unterstellt (Erw. 3.2).

- **Apprentissage agricole dans l'entreprise des parents (art. 1 et 2 LAA [dans leur version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002]; art. 1a, al. 1, LAA [en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2003]; art. 2, al. 1, let. a, OLAA; art. 1, al. 2, let. a et b, LFA [en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002]; art. 1a, al. 2, let. a et b, LFA [en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2003]) :**

Quiconque effectue un apprentissage agricole dans l'entreprise de ses parents ne relève pas de l'exemption visée à l'art. 2, al. 1, let. a, OLAA et est donc soumis à titre obligatoire à l'assurance-accidents (cons. 3.2).

- **Tirocinio agricolo nell'azienda dei genitori (art. 1 e 2 LAINF [nella versione vigente fino al 31 dicembre 2002]; art. 1a cpv. 1 LAINF [in vigore dal 1° gennaio 2003]; art. 2 cpv. 1 lett. a OAINF; art. 1 cpv. 2 lett. a e b LAF [nella versione vigente fino al 31 dicembre 2002]; art. 1a cpv. 2 lett. a e b LAF [in vigore dal 1° gennaio 2003]):**

Chi assolve un tirocinio agricolo nell'impresa dei genitori non è sottoposto al disciplinamento d'eccezione previsto all'articolo 2 capoverso 1 lettera a OAINF e soggiace pertanto all'obbligo d'assicurazione contro gli infortuni (cons. 3.2).

I.

A.

M., geboren am 9. April 1979, absolvierte ab 1. August 1995 bis 31. Juli 1996 das erste Lehrjahr als landwirtschaftlicher Lehrling bei seinem Vater. Am 20. September 1995 erlitt er mit dem Motorfahrrad einen Unfall, bei welchem er sich eine Tibiaschaftquerfraktur rechts sowie eine Trümmerfraktur des Unterschenkels links zuzog. Während die Plattenosteosynthese rechts zu einer problemlosen Frakturheilung führte, kam es links zu einer verzögerten Heilung mit persistierenden Kniebeschwerden und einer Beinlängendifferenz. Laut Bericht des Dr. med. G., Facharzt FMH für Chirurgie, vom 24. August 1999 ist mit einem die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigenden bleibenden Nachteil zu rechnen.

Am 7. Oktober 2002 liess M. den Unfall vom 20. September 1995 bei der Ersatzkasse UVG melden. Diese verneinte ihre Leistungspflicht mit Verfügung vom 23. Oktober 2002, weil der Leistungsansprecher auf dem Betrieb seines Vaters gearbeitet habe und als Angehöriger des landwirtschaftlichen Betriebsinhabers nicht dem Versicherungsobligatorium unterstellt gewesen sei. Mit Einspracheentscheid vom 10. Januar 2003 hielt sie an ihrem Standpunkt fest.

B.

Die hiegegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 13. Februar 2004 ab.

C.

M. lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des angefochtenen Entscheids sei die Ersatzkasse UVG zu verpflichten, die gesetzlichen Leistungen für das Unfallereignis vom 20. September 1995 zu erbringen.

Die Ersatzkasse UVG und das Bundesamt für Gesundheit (BAG) schliessen auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

II.

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

1.

Gemäss Art. 69 UVG hat der Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass seine Arbeitnehmer bei einem Versicherer nach Art. 68 UVG versichert sind (Satz 1), wobei den Arbeitnehmern bei der Wahl des Versicherers ein Mitspracherecht zukommt (Satz 2). Kommt der Arbeitgeber seiner Pflicht nicht nach, so erbringt die Ersatzkasse UVG (Art. 72 f. UVG) die gesetzlichen Leistungen an verunfallte Arbeitnehmer, für deren Versicherung nicht die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) zuständig ist (Art. 73 Abs. 1 Satz 1 UVG).

2.

2.1 Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 in Kraft getreten. Mit ihm sind zahlreiche Bestimmungen auch im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung geändert worden. Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 127 V 467 Erw. 1), sind im vorliegenden Fall materiellrechtlich die bis zum 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Bestimmungen anwendbar (BGE 129 V 4 Erw. 1.2 mit Hinweisen).

2.2 Nach alt Art. 1 Abs. 1 UVG (Art. 1a Abs. 1 UVG, gültig ab 1. Januar 2003) sind obligatorisch versichert die in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmer, einschliesslich der Heimarbeiter, Lehrlinge, Praktikanten, Volontäre sowie der in Lehr- oder Invalidenwerkstätten tätigen Personen. Gemäss Abs. 2 der Bestimmung kann der Bundesrat die Versicherungspflicht ausdehnen auf Personen, die in einem arbeitsvertragsähnlichen Verhältnis stehen (Satz 1); er kann Ausnahmen von der Versicherungspflicht vorsehen, namentlich für mitarbeitende Familienglieder, unregelmässig Beschäftigte und Arbeitnehmer internationaler Organisationen und ausländischer Staaten (Satz 2). Gestützt hierauf hat der Bundesrat in Art. 2 UVV die Ausnahmen von der Versicherungspflicht umschrieben und unter anderm bestimmt, dass mitarbeitende Familienglieder, die keinen Barlohn beziehen und keine Beiträge an die AHV entrichten oder die nach alt Art. 1 Abs. 2 lit. a und b FLG (Art. 1a Abs. 2 lit. a und b FLG, gültig ab 1. Januar 2003) den selbstständigen Landwirten gleichgestellt sind, nicht obligatorisch versichert sind (Art. 2 Abs. 1 lit. a UVV). Gemäss alt Art. 1 Abs. 2 FLG haben Familienglieder des Betriebsleiters, die im Betriebe mitarbeiten, ebenfalls Anspruch auf Familienzulagen (Satz 1); ausgenommen sind a) die Verwandten des Betriebsleiters in auf- und absteigender Linie und b) die Schwiegersöhne und Schwiegertöchter des Betriebsleiters, die voraussichtlich den Betrieb zur Selbstbewirtschaftung übernehmen werden (Satz 2).

2.3 Als obligatorisch versicherter Arbeitnehmer nach alt Art. 1 Abs. 1 UVG gilt, wer um des Erwerbes oder der Ausbildung willen für einen Arbeitgeber, mehr oder weniger untergeordnet, dauernd oder vorübergehend tätig ist, ohne dabei ein eigenes wirtschaftliches Risiko tragen zu müssen (BGE 115 V 55). Dazu gehören auch die Lehrlinge, wie in der Gesetzesbestimmung ausdrücklich festgehalten wird. Dementsprechend sind landwirtschaftliche Lehrlinge obligatorisch gemäss UVG versichert, wovon auch die Verordnung über die landwirtschaftliche Berufsbildung (VLB) vom 13. Dezember 1993 (SR 915.1), gültig gewesen bis 31. Dezember 2003, ausgeht. Gemäss Art. 21 Abs. 4 lit. a dieser Verordnung haben die Lehrmeister die Lehrlinge nach den Bestimmungen des UVG gegen Unfälle zu versichern und die Prämien für die Betriebsunfallversicherung zu entrichten; die Übernahme der Nichtbetriebsunfallversicherung ist im Lehrvertrag zu regeln. Fraglich und zu prüfen ist, ob eine Versicherungspflicht gemäss alt Art. 1 Abs. 1 UVG auch besteht, soweit der landwirtschaftliche Lehrling die Lehre im Betrieb von Familiengliedern absolviert, was davon abhängt, ob er unter die Sonder- bzw. Ausnahmeregelung von Art. 2 Abs. 1 lit. a UVV fällt.

3.

3.1 Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinnes und der dem Text zu Grunde liegenden Wertung. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, unter anderm dann nämlich, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (BGE 130 II 71 Erw. 4.2, 130 V 50 Erw. 3.2.1, 129 II 356 Erw. 3.3, 129 V 165 Erw. 3.5, 284 Erw. 4.2, je mit Hinweisen).

3.2 Der unter anderem in Art. 2 Abs. 1 lit. a UVV enthaltene Begriff «mitarbeitende Familienglieder» wird in der Verordnung über die Unfallversicherung nicht näher umschrieben. Es sind darunter Mitglieder der Familie im Sinne des ZGB zu verstehen (vgl. BGE 121 V 125), die mit oder ohne Bar- bzw. Naturallohn im Betrieb eines Familienangehörigen tätig sind. Ob dazu auch die im Familienbetrieb tätigen landwirtschaftlichen Lehrlinge zählen, lässt sich dem Wortlaut der Verordnungsbestimmung nicht entnehmen. Es ist daher unter Berücksichtigung sämtlicher Auslegungselemente zu prüfen, ob die Sonderregelung von Art. 2 Abs. 1 lit. a UVV auch auf landwirtschaftliche

Lehrlinge anwendbar ist, die ihre Lehre (teilweise) im Familienbetrieb absolvieren.

3.2.1 In gesetzssystematischer Hinsicht ist davon auszugehen, dass alt Art. 1 Abs. 1 UVG die Grundnorm darstellt und Art. 2 Abs. 1 lit. a UVV eine Sonder- bzw. Ausnahmeregelung bildet. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers lässt sich daraus, dass die Lehrlinge in alt Art. 1 Abs. 1 UVG ausdrücklich erwähnt sind, nicht aber in der Ausnahmebestimmung von Art. 2 Abs. 1 lit. a UVV, nicht schliessen, unter «mitarbeitende Familienglieder» könnten nur ordentliche Arbeitnehmer, nicht aber Lehrlinge subsumiert werden. Zum einen dient die Erwähnung der Lehrlinge in alt Art. 1 Abs. 1 UVG im Hinblick darauf, dass sie unter den Begriff des Arbeitnehmers fallen, lediglich der Klarheit (BGE 124 V 303 Erw. 1). Zum andern bezieht sich die in alt Art. 1 Abs. 2 Satz 2 UVG umschriebene Regelungskompetenz des Bundesrates grundsätzlich auf sämtliche Kategorien von mitarbeitenden Familiengliedern. Dem Beschwerdeführer kann daher auch insoweit nicht gefolgt werden, als er geltend macht, für einen allfälligen Ausschluss der im Familienbetrieb tätigen Lehrlinge fehle es an einer hinreichenden Delegationsnorm. Ebenso wenig kann der Auffassung der Beschwerdegegnerin beige-pflichtet werden, wonach der Gesetzgeber mit alt Art. 1 Abs. 2 UVG auch Lehrlinge im elterlichen Betrieb von der Versicherungspflicht habe ausschliessen wollen, andernfalls er die Ausnahmebestimmung beispielsweise mit der Formulierung «.. namentlich für mitarbeitende Familienglieder, mit Ausnahme der Lehrlinge» hätte präzisieren müssen. Dass der Gesetzgeber eine Sonderregelung für die Landwirtschaftsbetriebe beabsichtigte (*Maurer*, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, S. 111), lässt nicht schon darauf schliessen, dass damit auch die im Familienbetrieb tätigen landwirtschaftlichen Lehrlinge von der Versicherungspflicht ausgenommen werden sollten. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Ordnungsgeber die im Familienbetrieb tätigen Lehrlinge in die Sonderregelung von Art. 2 Abs. 1 lit. a UVV einbeziehen wollte, liegen nicht vor.

3.2.2 Unter dem Gesichtswinkel der teleologischen Auslegung ist von Bedeutung, dass Lehrlinge sowohl im Rahmen des UVG (alt Art. 1 Abs. 1 UVG) als auch des FLG, dessen Arbeitnehmerbegriff sich grundsätzlich nach der AHV-Gesetzgebung richtet (*Thomas Locher*, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 2. Aufl., Bern 1997, S. 111), als versicherte Arbeitnehmer zu qualifizieren sind, was grundsätzlich auch für Lehrlinge gilt, welche die Ausbildung im Familienbetrieb absolvieren. Soweit alt Art. 1 Abs. 1 FLG für mitarbeitende Familienglieder in Landwirtschaftsbetrieben etwas anderes statuiert, dient die Regelung der Abgrenzung zwischen den landwirtschaftlichen Arbeitnehmern und den Selbstständigerwerbenden (Kleinbauern). Sie

hat ihren Grund darin, dass die der Betriebsleitung am nächsten stehenden Familienglieder als voraussichtliche Erben am Betriebsertrag interessiert sind und im Allgemeinen keinen Barlohn beziehen, weshalb sie nicht landwirtschaftlichen Arbeitnehmern gleichgestellt werden können. Ein Teil der mitarbeitenden Familienglieder wird daher in Abweichung von der AHV-Gesetzgebung nicht als Arbeitnehmer anerkannt; sie gelten als Selbstständigerwerbende (Art. 3 Abs. 1 FLV) und haben gegebenenfalls Anspruch auf die Kinderzulagen für Kleinbäuerinnen und Kleinbauern nach Art. 5 ff. FLG (Bundesamt für Sozialversicherung [BSV], Familienzulagen in der Landwirtschaft, Erläuterungen und Tabellen, Stand 1. Januar 2004, S. 10 Rz 6). Diese Überlegungen treffen auf landwirtschaftliche Lehrlinge, die ihre Ausbildung im Familienbetrieb absolvieren, nicht oder zumindest nicht in gleicher Weise zu. Sie gelten sowohl in zivilrechtlicher als auch in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht regelmässig als Arbeitnehmer und haben einen gesetzlichen Anspruch auf Barlohn (Art. 344a Abs. 2 OR; alt Art. 123 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft [Landwirtschaftsgesetz, LWG; SR 910.1], gültig gewesen bis 31. Dezember 2003). Zudem steht bei ihnen nicht die Mitarbeit im Familienbetrieb, sondern die Ausbildung im Vordergrund. Es ist daher schon auf Grund des FLG fraglich, ob landwirtschaftliche Lehrlinge, die ihre Ausbildung im Familienbetrieb absolvieren, als mitarbeitende Familienglieder im Sinne von alt Art. 1 Abs. 1 FLG zu qualifizieren sind. Im Rahmen der hier zur Diskussion stehenden Anwendbarkeit der Regelung in Art. 2 Abs. 1 UVV kommt dazu, dass die landwirtschaftliche Berufslehre, welche in der Regel drei Jahre dauert (alt Art. 122 LWG), lediglich teilweise im elterlichen Betrieb absolviert werden kann (alt Art. 122 Abs. 2 LWG; BSV, a.a.O., S. 42 Rz 111). Auch im Interesse eines lückenlosen Versicherungsschutzes rechtfertigt es sich daher, die Sonderregelung für mitarbeitende Familienglieder von Art. 2 Abs. 1 lit. a UVV auf die im Familienbetrieb tätigen Lehrlinge nicht als anwendbar zu betrachten.

3.2.3 Zu keinem andern Schluss führt die in der Vernehmlassung des BAG vom 15. Juni 2004 erwähnte Entstehungsgeschichte der Verordnungsbestimmung. Danach hat das Versicherungsobligatorium gemäss alt Art. 1 UVG und Art. 2 UVV die nach dem Bundesgesetz über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes vom 3. Oktober 1951 (aLwG) obligatorisch gewesene Versicherung der Arbeitnehmer gegen Betriebsunfälle (Art. 98 aLwG in der bis 31. Dezember 1983 gültig gewesenen Fassung) abgelöst. Nach diesem Gesetz waren die Inhaber landwirtschaftlicher Betriebe verpflichtet, sämtliche familienfremden Personen zu versichern, die in einem landwirtschaftlichen Betrieb land-, forst- oder hauswirtschaftliche Arbeit leisten (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 18. August 1976 zu einem Bundesgesetz über die Unfallversicherung, Separatausgabe S. 9 ff.). Demzu-

folge waren die mitarbeitenden Familienglieder vom Versicherungsobligatorium ausgenommen, und zwar unabhängig davon, ob es sich um ordentliche Arbeitnehmer oder um landwirtschaftliche Lehrlinge handelte. Mit dem UVG wurde das Sondersystem für landwirtschaftliche Arbeitnehmer aufgehoben (bundesrätliche Botschaft, a.a.O., S. 24) und der Versicherungsschutz insofern erweitert, als teilweise auch mitarbeitende Familienglieder versichert sind. Daraus lässt sich indessen nicht schliessen, dass die im Familienbetrieb tätigen landwirtschaftlichen Lehrlinge nach dem Willen des Gesetzgebers von der obligatorischen Versicherung ausgeschlossen sein sollen.

3.2.4 Eine Ausnahme der als Familienglieder im Landwirtschaftsbetrieb mitarbeitenden Lehrlinge von der Versicherungspflicht hätte zudem eine Ungleichbehandlung sowohl gegenüber den in einem fremden Betrieb tätigen Lehrlingen als auch gegenüber den im Familienbetrieb mitarbeitenden und nach alt Art. 1 Abs. 1 UVG (bzw. Art. 1a Abs. 1 UVG, gültig seit 1. Januar 2003) versicherten Lehrlingen in andern Wirtschaftszweigen zur Folge. Solche Ungleichheiten liessen sich unter dem Aspekt des Versicherungsschutzes gegen Unfälle und Berufskrankheiten kaum rechtfertigen. Es wäre auch nicht ersichtlich, weshalb landwirtschaftliche Lehrlinge während der Ausbildungszeit an der landwirtschaftlichen Berufsschule (alt Art. 122 Abs. 2 LWG) obligatorisch versichert sein sollten, nicht dagegen während der praktischen Ausbildung, soweit sie zulässigerweise auf dem elterlichen Landwirtschaftsbetrieb absolviert wird. Für die Nichtanwendbarkeit der Sonderregelung von Art. 2 Abs. 1 UVV auf die im Familienbetrieb tätigen landwirtschaftlichen Lehrlinge spricht daher auch der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung von Gesetz und Verordnung, insbesondere unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 BV (vgl. BGE 128 V 24 Erw. 3a mit Hinweisen).

3.3 Nach dem Gesagten war der Beschwerdeführer in der fraglichen Zeit dem Versicherungsobligatorium gemäss UVG unterstellt. Die Ersatzkasse UVG wird daher über das Leistungsbegehren materiell zu entscheiden haben. Dabei wird sie namentlich prüfen, wie es sich bezüglich des Anspruchs auf Nachzahlung von Leistungen verhält (Art. 51 UVG, gültig gewesen bis 31. Dezember 2003).

Mitteilungen

Communications

Comunicazioni

■ **Rechtspflege in der Unfallversicherung**

Im Jahre 2004 wurden dem BAG in Unfallversicherungssachen 1461 (Vorjahr 1228) Entscheide kantonaler Versicherungsgerichte zugestellt. Das Eidg. Versicherungsgericht hat 453 (351) Verwaltungsgerichtsbeschwerden zur Stellungnahme unterbreitet und 422 (417) Entscheide gefällt, während die Eidg. Rekurskommission für die Unfallversicherung deren 29 (36) behandelte.

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

En 2004, en matière d'assurance-accidents, 1461 (année précédente 1228) jugements de tribunaux cantonaux des assurances ont été notifiés à l'OFSP. Le Tribunal fédéral des assurances a soumis 453 (351) recours administratifs pour prise de position et a rendu 422 (417) arrêts, tandis que la Commission fédérale de recours en matière d'assurance-accidents en a traité 29 (36).

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

Nel 2004, in materia d'assicurazione infortuni, 1461 (anno precedente 1228) sentenze di tribunali cantonali delle assicurazioni sono state notificate all'UFSP. Il Tribunale federale delle assicurazioni ha sottomesso 453 (351) ricorsi di diritto amministrativo per presa di posizione e emanato 422 (417) sentenze; la Commissione federale di ricorso in materia di assicurazione contro gli infortuni a emanato 29 (36) sentenze.

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

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

10009 Alpina 31.12.2003

Alpina Versicherungs-Aktiengesellschaft
 Alpina Compagnie d'Assurances S.A.
 Alpina Compagnia d'Assicurazione S.A.
 Seefeldstrasse 123, Postfach
 8034 Zürich

10022 La Genevoise 01.10.2004

La Genevoise, Compagnie générale d'Assurances
 Genfer, Allgemeine Versicherungs-Gesellschaft
 La Ginevrina, Compagnia generale
 d'Assicurazioni
 Avenue Eugène-Pittard, Case postale 356
 1211 Genève 25

21542 Accorda 31.12.2003

Accorda Assurance Maladie SA
 Rue Georges-Jordil 4
 1705 Fribourg

