

BGer 8C 1028/2009 vom 21. Mai 2010

Bundesgericht, 2010-05-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_1028_2009

FR: TF 8C 1028/2009 du 21 mai 2010

IT: TF 8C 1028/2009 del 21 maggio 2010

Regeste

Unfallversicherung | Unfallversicherung

Erwägungen

E. 1

Da den beiden Beschwerden derselbe Sachverhalt zugrunde liegt und sie denselben vorinstanzlichen Entscheid betreffen, werden die Verfahren 8C_1028/2009 und 8C_1037/2009 vereinigt und in einem einzigen Urteil erledigt (BGE 128 V 124 E. 1 S. 1; Urteil 8C_34/2009 vom 4. Januar 2010 E. 1).

E. 2

Der Versicherte ist portugiesischer Staatsangehöriger. Ungeachtet der Anwendbarkeit des am 1. Juni 2002 in Kraft getretenen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA) bestimmen sich die materiellen Voraussetzungen des hier streitigen Leistungsanspruchs nach schweizerischem Recht (BGE 130 V 253 E. 2.4 S. 257, 128 V 315; Urteil 8C_490/2009 vom 23. Oktober 2009 E. 3).

E. 3

Die Beschwerde kann wegen Rechtsverletzung nach Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Immerhin prüft es im Rahmen der allgemeinen Begründungspflicht der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (nicht publ. E. 1.1 des Urteils BGE 135 V 412 , in SVR 2010 UV Nr. 2 S. 7 [8C_784/2008]). Im Beschwerdeverfahren um die Zusprechung oder Verweigerung von Geldleistungen der Unfallversicherung ist das Bundesgericht nicht an die vorinstanzliche Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gebunden (Art. 97 Abs. 2 und Art. 105 Abs. 3 BGG).

E. 4

Die Vorinstanz hat die Grundlagen über den für die Leistungspflicht des obligatorischen Unfallversicherers vorausgesetzten natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und dem Gesundheitsschaden, die erforderliche adäquate Kausalität (BGE 134 V 109 E. 2.1 S. 111 f.), die Arbeitsunfähigkeit (Art. 6 ATSG), die Erwerbsunfähigkeit (Art. 7 ATSG ; BGE 135 V 215) und die Invalidität (Art. 8 Abs. 1 ATSG) richtig dargelegt. Gleiches gilt betreffend die Heilbehandlung (Art. 10 Abs. 1 UVG), das Taggeld (Art. 16 Abs. 1 UVG), die Invalidenrente (Art. 18 Abs. 1, Art. 19 Abs. 1 UVG), die Integritätsentschädigung (Art. 24 f. UVG, Art. 36 UVV ; BGE 133 V 224 , 124 V 29), den

Einkommensvergleich (Art. 16 ATSG ; BGE 130 V 343), die Ermittlung des ohne Invalidität erzielbaren Einkommens (Valideneinkommen; BGE 134 V 322 E. 4.1 S. 325) und des trotz Gesundheitsschadens zumutbarerweise noch erzielbaren Einkommens (Invalideneinkommen) nach der Dokumentation von Arbeitsplätzen (DAP) der SUVA (BGE 129 V 472), den Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 134 V 109 E. 9.5 S. 125), die Aufgabe des Arztes bei der Kausalitäts- und Invaliditätsbeurteilung (BGE 132 V 93 E. 4 S. 99, 115 V 133 f. E. 2) sowie den Beweiswert von Arztberichten (BGE 134 V 231 f. E. 5.1 mit Hinweis). Darauf wird verwiesen.

E. 5.1

Dr. med. G. _____, Facharzt Orthopädische Chirurgie FMH, Medizinischer Leiter Orthopädische und Handchirurgische Rehabilitation, Klinik B. _____, legte im Konsilium vom 9. März 2007 dar, beim Versicherten bestünden persistierende Schmerzen, vor allem im dorsalen OSG-Bereich und im antero-lateralen Kniegelenksbereich rechts, nach drittgradig offener Unterschenkelfraktur rechts, primär versorgt mit Marknagel und später noch einmal mit Marknagel wegen Pseudarthrose. Es bestehe mindestens radiologisch eine Pseudarthrose der Fibula, die jedoch weder klinisch noch subjektiv relevant sei. Eine Operation sei hier mit Sicherheit nicht indiziert, da diesbezüglich keine Beschwerden vorlägen. Es bestünden aber gewisse OSG-Beschwerden; diese persistierten in den letzten Monaten immer in etwa identisch, sodass der Versicherte immer an Stöcken gehe. In etwa gleicher Art und Weise bestünden antero-laterale Kniegelenksbeschwerden. Hier falle auf, dass die Weichteile medial und lateral des Ligamentum patellare deutlich nach subcutan hervorquellten. Im Übrigen sei das Kniegelenk nur leicht eingeschränkt, vor allem femoropatellär und ganz wenig auch femorotibial. Ein "complex regional pain syndrome" (CRPS) könne weder klinisch noch radiologisch oder anamnestisch bestätigt werden. Diagnostisch empfehle er ein MRI des Kniegelenks und des OSG, um allfällige Pathologien noch besser herauszufinden.

E. 5.2

Vom 12. Februar bis 5. April 2007 weilte der Versicherte in der Klinik B. _____, die im Austrittsbericht vom 25. April 2007 Folgendes diagnostizierte: A. Unfall vom 17. Januar 2005 mit offener Unterschenkelfraktur rechts; 17. Januar 2005 primäre Marknagelung in Portugal, Spalthauttransplantation am 11. Februar 2005; am 5. Januar 2005 Entfernung des Marknagels, Aufbohren und AO-Marknagelung wegen Pseudoarthrose der Tibia (Spital X. _____). A1: Vorderer Kreuzschmerz rechts bei Quadrizepsinsuffizienz; A2: Leichte OSG-Beschwerden rechts; A3: Atrophie Pseudarthrose der Fibula, klinisch beschwerdefrei; B. Unverträglichkeit (DD Allergie) gegenüber Mefenaminsäure). Aktuelle Probleme seien: 1. Belastungs- sowie wetterabhängig verstärkte Schmerzen im rechten Knie lateral, in rechter Wade, rechtem OSG sowie Schmerzen in den Zehen II und III rechts; 2. Dysfunktionales Krankheitsverhalten mit Schonung des rechten Beins durch Gebrauch von Gehstöcken ohne medizinische Indikation; 3. Schwellungsgefühl im rechten Fuss bei längerem Gehen sowie Angabe einer Sensibilitätsminderung über den Zehen II-III rechts. 4. Anamnestisch depressive Grundstimmung, Schlafstörung infolge der Schmerzen. 5. Psychosoziale Belastungsfaktoren: lang dauernde Arbeitslosigkeit, fehlende Deutschkenntnisse, soziale Isolation in der Schweiz. Das Knie-MRI vom 23. März 2007 habe deutliche Metallartefakte bei Marknagelung, im Übrigen aber einen weitgehend unauffälligen Befund gezeigt, wobei die inneren Anteile des medialen Meniskusvorderhorns nicht sicher hätten beurteilt werden können. Weiter hätten sich ein

Status nach Zerrung des vorderen Kreuzbandes sowie enge Kapselverhältnisse gezeigt. In der konsiliarischen orthopädischen Untersuchung hätten antero-laterale Kniegelenksbeschwerden festgestellt werden können. Im Übrigen sei das Kniegelenk nur leicht eingeschränkt, vor allem femoropatellar und ganz wenig auch -tibial. Ein CRPS könne weder klinisch noch radiologisch oder anamnestisch bestätigt werden. Die Befunde am rechten Knie erklärten die Klinik nur zum Teil. Das MRI des OSG rechts vom 22. März 2007 zeige ein weitgehend unauffälliges ISG mit intakter Syndesmose und intaktem Bandkapselapparat sowie fehlenden Hinweisen für eine osteochondrale Läsion bei allerdings vorhandenen Metallartefakten. Das Ausmass der demonstrierten physischen Einschränkungen lasse sich mit den oben genannten fehlenden pathologischen Befunden nicht erklären. Radiologisch bestehe eine Pseudarthrose der Fibula, die jedoch weder klinisch noch subjektiv relevant sei; eine Operation sei diesbezüglich mangels Beschwerden sicher nicht indiziert. Die berufliche Tätigkeit als Eisenbinder sei dem Versicherten nicht mehr zumutbar. Leichte bis mittelschwere Arbeit sei ihm ganztags zumutbar mit folgenden Einschränkungen: wechselbelastend, ohne Arbeit länger dauernd kniend und/oder kauend.

E. 5.3

Der SUVA-Arzt Dr. med. S. _____ führte in der Akten-Beurteilung vom 30. Juli 2008 aus, zusammenfassend sehe er keinen Anlass, von der fundierten Zumutbarkeitsbeurteilung der Klinik B. _____ vom 25. April 2007 abzuweichen. Das geltend gemachte Schmerzsyndrom am rechten Bein sei körperlich nicht erklärbar. Weitere Behandlungen seien sinnlos. Ein erheblicher Integritätsschaden liege nicht vor. Da der Fall bereits mehr als zweckmässig abgeklärt worden sei, bestehe keine Notwendigkeit für zusätzliche Untersuchungen.

E. 6

Die Vorinstanz stütze sich bei der Prüfung der Arbeitsfähigkeit auf den von der SUVA veranlassten Bericht der Klinik B. _____ vom 25. April 2007 (E. 5.2 f. hievor). Der Versicherte verlangt die Durchführung einer medizinischen Begutachtung. Im Verfahren um Zuspreehung oder Verweigerung von Sozialversicherungsleistungen besteht kein förmlicher Anspruch auf versicherungsexterne Begutachtung. Eine solche ist indessen anzuordnen, wenn auch nur geringe Zweifel an der Zuverlässigkeit und Schlüssigkeit der versicherungsinternen ärztlichen Feststellungen bestehen (BGE 135 V 465). Die fachmedizinischen Stellungnahmen der Klinik B. _____, soweit sie von der SUVA verlangt werden, sind nicht als Gutachten unabhängiger Sachverständiger zu betrachten (noch nicht in der Amtlichen Sammlung publ. Urteil 8C_84/2009 vom 25. Januar 2010 E. 3.4). Demnach ist im Lichte von BGE 135 V 465 zu prüfen, ob bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Versicherten auf die Berichte der Klinik B. _____ vom 25. April 2007 und des SUVA-Arztes Dr. med. S. _____ vom 30. Juli 2008 (E. 5.2 f. hievor) abgestellt werden kann.

E. 7.1.1

Einsprachweise legte der Versicherte ein Gutachten des Arztes L. _____, Spezialist für Gerichtsmedizin ÄK/Facharzt für Bundesgerichtsmedizin/Zusatzstudium zum Begutachter für Personenschäden, Portugal, vom 24. September 2007 auf. Dieser stellte nach Durchführung einer Radiographie und einer Elektromyographie (EMG) des rechten Beins des Versicherten folgende Verletzungen und/oder Folgeerscheinungen des Unfalls vom 17. Januar 2005 fest: Rechtes Bein: Folgeerscheinungen von axonaler Beeinträchtigung

(Neuropraxia) des peronealen Nervs (CPE) rechts, auf Höhe des Fibulakopfes und Schädigung (Substanzverlust) seiner sensitiven oberflächlichen Verzweigung; Nagelungsmaterial entlang des Schienbeinmarks und verheilten Bruch am mittleren Drittel, nicht verheilten Bruch mit Pseudarthrose im mittleren Bereich des Wadenbeins mit leichter Unebenheit; Atrophie der Beinmuskeln von 3 cm (Messung rechts - 33,5 cm, links - 36,5 cm); Atrophie der Oberschenkelmuskeln von 5 cm (Messung rechts - 47,5 cm, links - 53 cm); entstellende Narbe von 9 x 9 cm, vorderseitig am mittleren Beinbereich; Einschränkung der Beweglichkeit des Knies mit Unfähigkeit der Ausdehnung der letzten 15°; Verkürzung des Beins um zirka 1,5 cm; quadratische Narbe von 12 x 8 cm, vorderseitig am Oberschenkel als Folge der Hauttransplantation. Schlussfolgernd führte der Arzt L._____ unter anderem aus, die allgemeine Invalidität werde auf 40 % festgelegt. Die beschriebenen Folgeerscheinungen seien hinsichtlich vorhersehbarer beruflicher Probleme nicht mit der Ausübung der gewohnten Tätigkeit des Versicherten, jedoch mit anderen Tätigkeiten innerhalb seiner beruflichen Ausbildung vereinbar. Das Quantum Doloris werde auf Stufe 5/7, der ästhetische Schaden auf Stufe 3/7 und der Schadenkoeffizient auf Stufe 2/4 festgelegt.

E. 7.1.2

Die vom Privatgutachter Dr. med. J._____ (vgl. E. 7.1.4 hienach) beigezogene Klinik A._____ führte am 3. Dezember 2007 ein MRI des rechten Kniegelenks und OSG des Versicherten durch. Sie legte im Bericht gleichen Datums dar, am rechten Kniegelenk bestünden narbige Veränderungen im Bereich der Tuberositas tibiae und leichte Patella baha, ansonsten unauffällig. Das rechte OSG sei unauffällig. Die zentrale Gelenksfläche des OSG sei nicht einsehbar. Es bestünden keine Hinweise für einen Morbus Sudeck; dieser sei jedoch MR-tomographisch nicht ausschliessbar.

E. 7.1.3

Der von Dr. med. J._____ beigezogene Dr. med. P._____, Neurologie FMH, diagnostizierte im Bericht vom 14. Dezember 2007 (nach Untersuchung des Versicherten vom 12. Dezember 2007) ein persistierendes chronisches Schmerzsyndrom im Bereich des rechten OSG und des rechten Knies mit/bei drittgradig offener Unterschenkelfraktur rechts im Januar 2005, Status nach insgesamt vier Operationen, Schmerzsyndrom hauptsächlich nozizeptiv anmutend, neurographisch kein Hinweis auf eine relevante nervale Schädigung, klinisch kein Hinweis auf ein CRPS. Da sich kein sicheres neurologisches Korrelat für das Schmerzsyndrom finde bzw. dieses nicht wesentlich neuropathisch anmutet, ergäben sich von dieser Seite keine weiteren diagnostischen oder therapeutischen Notwendigkeiten. Da allerdings eine leichte neuropathische Teilkomponente nicht vollständig auszuschliessen sei, könnte in Anbetracht der zumindest auch nächtlichen Schmerzen ein Versuch mit einem Antiepileptikum unternommen werden. Im Bericht vom 19. Dezember 2007 betreffend die Elektroneuromyographie vom 12. Dezember 2007 gab Dr. med. P._____ an, es ergebe sich keine relevante nervale Affektion im Bereich des rechten Unterschenkels; lediglich zeige sich eine grenzwertige Verlangsamung des Nervus peroneus über dem Fibulaköpfchen als Zeichen einer möglichen leichten Demyelinisierung hier.

E. 7.1.4

Der vom Versicherten beauftragte Orthopädische Chirurg Dr. med. J._____, der ihn am 26. November und 3. Dezember 2007 untersucht hatte, führte im Kurzgutachten vom 12. Februar 2008 die von Dr. med. P._____ gestellte Diagnose auf (E. 7.1.3 hievor).

Zusätzlich stellte er fest, es bestehe eine deutliche Bewegungseinschränkung im OSG (Flexion/Extension 30/0/0°) und eine deutlich reduzierte Patellaverschieblichkeit auf der rechten Seite. Im Vordergrund stehe die Schmerzsituation. Die Einschränkung der OSG-Beweglichkeit werde durch die Weichteilschrumpfung und die Narbenbildung in der Wade erklärt. Es bestehe ein nicht ganz optimales Resultat nach dieser komplexen Läsion, am eindrucklichsten demonstriert durch die eingeschränkte OSG-Beweglichkeit. Ebenfalls bestünden einfühlbare antero-laterale Kniegelenksbeschwerden, da die Weichteile medial und lateral des Ligamentum patellare deutlich nach subcutan hervorquellten. Objektiv gesehen bestehe keine Schmerz- oder Symptomausweitung oder Selbstlimitierung. Der Versicherte habe einen für ihn nicht mehr gebrauchsfähigen rechten Unterschenkel, was nach SUVA-Tabelle 4, Schema 14, einer Integritätsentschädigung von 40 % entspreche. Chirurgischerseits sei der Marknagel zu entfernen und die Situation am rechten OSG zu verbessern; leider dürfte dies heroisch aber ineffektiv sein. Man müsse annehmen, dass die ganze Symptomatik am rechten Unterschenkel drei Jahre nach dem Trauma therapieresistent bleiben werde. In der Stellungnahme vom 3. Februar 2009 führte Dr. med. J._____ unter anderem aus, die Unterklassifizierung der offenen Fraktur als erstgradig in Portugal sei der Hauptgrund für die jetzige Beschwerdesituation am Unterschenkel. Bei einer zweit- oder drittgradig offenen Fraktur hätte man zuerst einen Fixateur externe anbringen und dann ein stufenweises Verfahren, je nach Situation der Weichteile, durchführen müssen, was ungemein aufwändiger und komplizierter gewesen wäre.

E. 7.2

Massgebend für die Beurteilung sind die Verhältnisse bis zum Einspracheentscheid der SUVA vom 8. August 2008 (BGE 129 V 167 E. 1 S. 169). Umstritten ist, an welchem unfallbedingten Gesundheitsschaden der Versicherte leidet und welche Auswirkungen dieser auf seine Arbeitsfähigkeit und Integrität hat. In diagnostischer Hinsicht ist festzuhalten, dass der Arzt L._____ am 24. September 2007 aufgrund einer Radiographie und einer Elektromyographie des rechten Beins des Versicherten unter anderem Folgen einer Neuropraxie des peronealen Nervs (CPE) rechts auf Höhe des Fibulakopfes und Schädigung (Substanzverlust) seiner sensitiven oberflächlichen Verzweigung sowie einen nicht verheilten Bruch im mittleren Bereich des Wadenbeins mit leichter Unebenheit feststellte. Weiter beschrieb er eine Beinverkürzung um zirka 1,5 cm (E. 7.1.1 hievor; zur Neuropraxie vgl. auch Urteil 8C_673/2009 vom 22. März 2009 E. 5.1 mit Hinweisen). Entsprechende Unfallfolgen wurden in den anderen Arztberichten nicht beschrieben. Der Neurologe Dr. med. P._____ führte am 14. Dezember 2007 aufgrund einer Elektroneuromyographie aus, ein sicheres neurologisches Korrelat für das Schmerzsyndrom finde sich nicht; eine leichte neuropathische Teilkomponente sei nicht vollständig auszuschliessen. Am 19. Dezember 2007 gab er an, es zeige sich lediglich eine grenzwertige Verlangsamung des Nervus peroneus über dem Fibulaköpfchen als Zeichen einer möglichen leichten Demyelinisierung (E. 7.1.3 hievor). Dr. med. J._____ hob im Kurzgutachten vom 12. Februar 2008 insbesondere eine deutliche Bewegungseinschränkung im OSG (Flexion/ Extension 30/0/0°) und eine deutlich reduzierte Patellaverschieblichkeit auf der rechten Seite hervor. Weiter verwies er auf die von Dr. med. G._____ beschriebenen, deutlich nach subcutan hervorquellenden Weichteile medial und lateral des Ligamentum patellare, was die antero-lateralen Kniegelenksbeschwerden einfühlbar mache (E. 7.1.4 hievor). Auch Dr. med. G._____ gab am 9. März 2007 an, das OSG F/E sei mit 30/0/0° gegenüber links deutlich reduziert (E. 7.1.1 hievor). Entsprechende Einschränkungen wurden im Bericht der Klinik B._____

vom 25. April 2007 nicht näher diskutiert; sie gab unter der Rubrik Lokalbefund an, bei Eintritt habe am OSG rechts die aktive und passive Dorsalflexion 10° und die Palmarflexion 20° betragen (E. 5.2 hievor). Wenn im Bericht der Klinik B. _____ vom 25. April 2007 ein dysfunktionales Krankheitsverhalten, eine depressive Grundstimmung und psychosoziale Belastungsfaktoren beschrieben wurden, ist festzuhalten, dass der Versicherte aufgrund der Akten bis anhin psychiatrisch nicht abgeklärt wurde. Ohne eine solche Untersuchung kann aber nicht gesagt werden, seine Beschwerden seien auch psychisch bedingt. Hievon abgesehen wäre die natürliche und adäquate Kausalität allfälliger psychischer Beschwerden zu prüfen (vgl. BGE 115 V 133 ff.; Urteile 8C_364/2008 vom 7. November 2008 E. 7.2 und 8C_354/2007 vom 4. August 2008 E. 8.2). Weiter bestehen hinsichtlich der Einschätzung der Behinderung erhebliche Diskrepanzen. Während die Klinik B. _____ im Bericht vom 25. April 2007 annahm, leichte bis mittelschwere leidensangepasste Arbeit sei dem Versicherten ganztags zumutbar (E. 5.2 hievor), gingen der Arzt L. _____ von 40%iger Invalidität mit einem Schmerzquantum auf Stufe 5/7 (E. 7.1.1 hievor) und Dr. med. J. _____ von einem nicht mehr gebrauchsfähigen rechten Unterschenkel mit im Vordergrund stehender Schmerzsituation aus. Letzterer bejahte zudem den Anspruch auf eine Integritätsentschädigung (E. 7.1.4 hievor). Das Vorbringen der SUVA, Dr. med. J. _____ habe bei seiner Untersuchung keinen Dolmetscher beigezogen (zur erforderlichen sprachlichen Verständigung zwischen Experte und versicherter Person vgl. Urteil 9C_1022/2008 vom 24. Juli 2009 E. 3.3.2 mit Hinweisen), ändert nichts daran, dass insgesamt erhebliche Zweifel an der Einschätzung der Arbeitsfähigkeit des Versicherten gemäss dem Bericht der Klinik B. _____ vom 25. April 2007 bestehen (E. 5.2 hievor). Auf die blossе Akten-Stellungnahme des Dr. med. S. _____ vom 30. Juli 2008, der diesen Bericht bestätigte, kann unter den gegebenen Umständen ebenfalls nicht abgestellt werden (zum Beweiswert von Aktenberichten: RKUV 1993 Nr. U 167 S. 95 E. 5d; Urteil 8C_833/2009 vom 26. Januar 2009 E. 5.1). Angesichts der unklaren und unvollständigen Aktenlage lassen sich der unfallbedingte Gesundheitsschaden und die allenfalls damit einhergehende Schmerzproblematik, Behandlungsbedürftigkeit, Arbeitsunfähigkeit und Integritätseinbusse des Versicherten nicht rechtsgenügend beurteilen. Die Sache ist deshalb in Nachachtung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 43 Abs. 1 ATSG ; vgl. auch Art. 61 lit. c ATSG) an die SUVA zurückzuweisen, damit sie ein versicherungsexternes medizinisches Gutachten einhole (siehe E. 6 hievor) und hernach über den Leistungsanspruch des Versicherten neu verfüge (zum Zeitpunkt des Fallabschlusses unter Einstellung der vorübergehenden Leistungen und Prüfung des Anspruchs auf eine Invalidenrente und eine Integritätsentschädigung vgl. BGE 134 V 109 E. 4 S. 113 ff.).

E. 8

Streitig und zu prüfen ist weiter die Höhe des dem Versicherten anrechenbaren Valideneinkommens.

E. 8.1

Die SUVA ging im streitigen Einspracheentscheid aufgrund der Angaben der letzten Arbeitgeberin des Versicherten vom 24. Mai 2007 von einem jährlichen Validenlohn von Fr. 59'486.- (Fr. 26.- Stundenlohn x 2112 Jahresstunden plus 8,33 % Gratifikation) aus. Die Vorinstanz hat erwogen, aufgrund der Angaben der Arbeitgeberin vom 24. Mai 2007 hätte der Versicherte ab 1. Januar 2007 bei einer 42-Stunden-Woche und 2112 Jahresstunden einen Stundenlohn von Fr. 26.- plus 13. Monatslohn von 8,33 % und 10,6 %

Ferien-/Feiertagsentschädigung (recte 10,64 %) erzielt. Letztere sei hinzuzurechnen, sei doch auch im Jahre 2004 nebst der Bezahlung eines Netto-Stundenlohnes von Fr. 24.55 jeweils eine separate Ferienentschädigung von 10,6 % abgegolten worden. Nicht nachvollziehbar sei die Begründung der SUVA, unter Einbezug von 10,6 % Ferienentschädigung würden die Ferien doppelt entschädigt. Somit betrage das hypothetische Valideneinkommen für das Jahr 2007 Fr. 65'815.50 (Fr. 26.- x 2112 plus x 1,0833 x 1,1064).

E. 8.2

Die SUVA macht geltend, die Vorinstanz übersehe, dass die Stundenaufzeichnungen der SUVA vom 25. Juni 2007 für das Jahr 2004 nur die effektiv gearbeiteten Stunden des Versicherten betreffen. Diesfalls sei es durchaus korrekt, neben dem Grundlohn zusätzlich die Ferien- und Feiertagsentschädigung und den Anteil des 13. Monatslohns abzugelten. Anders verhalte es sich aber, wenn der jährliche Validenlohn nicht aufgrund der effektiv gearbeiteten Stunden, sondern mit der Brutto-Jahresarbeitszeit von 2112 Stunden ermittelt werde. Wie Art. 24 Abs. 2 Landesmantelvertrag (LMV) 2006 entnommen werden könne, entsprächen 2112 Stunden 365 Tagen bzw. 52,14 Wochen à 40,5 Stunden. Mit anderen Worten seien darin auch die Ferien und Feiertage enthalten, während denen nicht gearbeitet werde. Dies habe zur Konsequenz, dass bei Berücksichtigung einer Gesamtstundenzahl von 2112 Stunden der Anteil der Ferien- und Feiertagsentschädigung von 10,64 % mit abgegolten sei. Dass die SUVA-Berechnung korrekt sei, ergebe sich auch aus Folgendem: Der Unfall habe sich am 17. Januar 2005 ereignet. Im Dezember 2004 habe der Versicherte wegen der Feiertage bloss 93,25 Stunden gearbeitet und sei nur hierfür entschädigt worden. Für den Januar 2005 weise die Zusammenfassung keine gearbeiteten Stunden auf, weil er Ferien bezogen habe. Folgerichtig sei für Januar 2005 kein Lohn ausbezahlt worden (bloss Kinderzulagen). Bei der Berechnung des Valideneinkommens müsse entweder auf die Jahres-Gesamtstundenzahl von 2112 ohne Aufrechnung der Ferien- und Feiertagsentschädigung oder auf die effektiv gearbeitete Jahresstundenzahl (rund 1900 bei 5 Wochen Ferien) zuzüglich Ferien- und Feiertagsentschädigung abgestellt werden. Beide Vorgehensweisen führten zum gleichen Resultat, nämlich zu einem Validenlohn von Fr. 59'486.-. Erläuternd sei angefügt, dass die betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit auf dem Bau je nach Saison zwischen 40 Stunden im Winter (5 x 8 Stunden) und 45 Stunden im Sommer (5 x 9 Stunden) variere. Gemäss Auskunft des Betriebes erkläre sich so die Angabe in der Unfallmeldung vom 24. Januar 2005, wonach der Beschäftigungsgrad des Versicherten (gemeint sei im Unfallzeitpunkt, also im Winter) 40 Stunden betrage habe. Die weitere Angabe über eine betriebsübliche Vollarbeitszeit von 42 Stunden je Woche stelle einen blossen Hinweis auf die durchschnittlich gearbeiteten Stunden pro Woche, verteilt über das ganze Jahr hin, dar.

E. 8.3

Die Vorinstanz legt letztinstanzlich dar, bei der Berechnung des Valideneinkommens sei ihr offensichtlich ein Fehler unterlaufen.

E. 9.1

Der Versicherte wendet ein, die Arbeitgeberin habe der SUVA am 24. Mai 2007 angegeben, sein Lohn betrage ab 1. Januar 2007 Fr. 26.- pro Stunde zuzüglich Ferien- und Feiertagsentschädigung sowie den 13. Monatslohn (10,6 % sowie 8,33 %). Dabei betrügen die üblichen Jahresstunden 2112. Dass das Valideneinkommen nicht falsch sei, zeige der

Umstand, dass er im Jahre 2003 Fr. 71'364.- brutto verdient habe. Abzüglich der Kinderzulagen von Fr. 9'600.- ergebe sich im Jahr 2003 ein Einkommen von Fr. 61'764.-. Werde dies an den Nominallohnindex des Bundesamtes für Statistik angepasst (Nominallohnindex "Total" 2003: 113,1/2007: 118,5), ergebe sich für das Jahr 2007 ein Valideneinkommen von Fr. 64'713.-. Das von der Vorinstanz festgestellte Valideneinkommen von Fr. 65'815.50 liege somit nur unwesentlich über diesem Betrag. Bei einem Stundenlohn von Fr. 26.- zuzüglich der Ferien- und Feiertagsentschädigung von 10,6 % sowie dem Anteil am 13. Monatslohn von 8,33 % resultiere ein Stundenansatz von Fr. 30.90. Werde dieser durch das soeben ermittelte Valideneinkommen 2007 von Fr. 64'713.- geteilt, resultiere ein geleistetes Pensum von 2094 Stunden, somit lediglich 18 Stunden unterhalb der durch den Arbeitgeber angegebenen 2112 Stunden. Die Ausführungen der SUVA, es werde jeweils bloss 1900 Stunden gearbeitet, träfen daher offensichtlich nicht zu. Zur Stützung seines Standpunkts legt der Versicherte letztinstanzlich neu den von der letzten Arbeitgeberin ausgestellten Lohnausweis für die Steuererklärung für das Jahr 2003 vom 23. Januar 2004 auf.

E. 9.2

Der Versicherte machte bereits vorinstanzlich geltend, beim Valideneinkommen sei die Ferien- und Feiertagsentschädigung von 10,6 % zu berücksichtigen. Es sind indessen keine Gründe im Sinne von Art. 99 Abs. 1 BGG ersichtlich, die den Schluss nahe legen würden, erst der angefochtene Entscheid habe ihm Anlass zur Berufung auf das Einkommen im Jahre 2003 und zur Einreichung des Lohnausweises für die Steuererklärung für das Jahr 2003 gegeben (vgl. E. 9.1 hievor). Zudem macht er nicht substantiiert geltend, dass ihm die vorinstanzliche Beibringung dieses Lohnausweises und die Berufung auf dieses Einkommen trotz hinreichender Sorgfalt prozessual unmöglich und objektiv unzumutbar war. Diese neuen Vorbringen können mithin nicht berücksichtigt werden (vgl. auch Urteil 8C_673/2009 E. 3.1 f.).

E. 9.3

Nach Angaben der letzten Arbeitgeberin des Versicherten vom 24. Mai 2007 hätte er im Jahre 2007 als Gesunder einen Stundenlohn von Fr. 26.- erzielt (zuzüglich Ferien- und Feiertagsentschädigung 10,6 % sowie 13. Monatslohn 8,33 %) bei 42 Wochen- bzw. 2112 Jahresstunden. Die Berechnung des Valideneinkommens gestaltet sich korrekterweise wie folgt (vgl. auch Urteil I 379/02 vom 23. Januar 2003 E. 3.2.2 f.): Gemäss Art. 24 Abs. 2 LMV 2006 (gültig im Jahre 2007) betrug die jährliche Arbeitszeit 2112 Stunden (vgl. Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe, Änderung vom 12. Januar 2006, BBl 2006, 833). Dabei handelt es sich um die Bruttoarbeitszeit vor Abzug von Ferien und Feiertagen, da in Art. 24 Abs. 1 LMV die jährliche Arbeitszeit explizit als "Brutto-Sollarbeitszeit (...) vor Abzug der allgemeinen Nichtleistungsstunden" definiert wird. Damit sind von der Jahresarbeitszeit (2112 Stunden) die Ferien (5 Wochen à 40.5 Stunden = 202.5 Stunden; vgl. Art. 34 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 24 Abs. 2 LMV) zu subtrahieren, während die acht Feiertage gemäss Art. 38 Abs. 1 LMV ausser Betracht fallen, da sie wie normale Arbeitstage zu entschädigen sind (vgl. Art. 38 Abs. 2 LMV). Der Beschwerdeführer hätte demnach als Gesunder effektiv 1909.5 Jahresstunden zu arbeiten. Unter Anrechnung einer Ferienentschädigung von 10.6 % (Art. 34 Abs. 1 LMV) sowie eines 13. Monatslohnes in der Höhe von 8.3 % (Art. 50 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 8 LMV) ergibt dies für das Jahr 2007 ein hypothetisches Valideneinkommen von gerundet Fr. 59'467.-.

E. 10

Die Rückweisung der Sache an die SUVA im Sinne von E. 7.2 hievor zu neuem Entscheid mit noch offenem Ausgang gilt für die Auferlegung der Gerichtskosten und der Parteientschädigung als Obsiegen des Versicherten (Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 2 BGG ; BGE 132 V 215 E. 6.1 S. 235; Urteil 8C_673/2009 E. 9). Hingegen unterliegt er beim Valideneinkommen (E. 9.3 hievor). Somit sind die Kosten für beide Verfahren (Gerichtskosten Fr. 1'500.-) den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Die unentgeltliche Rechtspflege kann dem Versicherten soweit er unterliegt, gewährt werden, da die Bedürftigkeit aktenkundig ist, die Beschwerde nicht von vornherein aussichtslos und die Vertretung notwendig war (Art. 64 BGG). Es wird ausdrücklich auf Art. 64 Abs. 4 BGG hingewiesen, wonach die Partei der Gerichtskasse Ersatz zu leisten hat, wenn sie später dazu in der Lage ist.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.