

# **BGer 8C\_12/2021 vom 22. Dezember 2021**

Bundesgericht, 2021-12-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_12\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_12_2021)

FR: TF 8C\_12/2021 du 22 décembre 2021

IT: TF 8C\_12/2021 del 22 dicembre 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerde kann wegen Rechtsverletzung gemäss Art. 95 und Art. 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGE 130 III 136 E. 1.4). Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Pflicht zur Begründung der Beschwerde ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 141 V 234 E. 1 mit Hinweisen).

### **E. 1.2**

Im Beschwerdeverfahren um die Zusprechung oder Verweigerung von Geldleistungen der Militär- oder Unfallversicherung ist das Bundesgericht nicht an die vorinstanzliche Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gebunden ( Art. 97 Abs. 2 und Art. 105 Abs. 3 BGG ).

### **E. 2.1**

Streitig ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie den Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Invalidenrente verneinte. Uneinig sind sich die Parteien dabei einzig über die beruflich-erwerbliche Seite der Invaliditätsbemessung ( Art. 16 ATSG ).

### **E. 2.2**

Ist eine versicherte Person infolge des Unfalls mindestens zu 10 Prozent invalid, so hat sie gemäss Art. 18 Abs. 1 UVG Anspruch auf eine Invalidenrente. Zur Bestimmung des Invaliditätsgrades wird gemäss Art. 16 ATSG das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der unfallbedingten Invalidität und nach Durchführung allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (sog. Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (sog. Valideneinkommen). Der Einkommensvergleich nach Art. 16 ATSG hat in der Regel in der Weise zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmässig möglichst genau ermittelt und einander gegenübergestellt werden, worauf sich aus der Einkommensdifferenz der Invaliditätsgrad bestimmen lässt. Sind Validen- und Invalideneinkommen auf der gleichen Grundlage zu berechnen, erübrigt sich deren genaue Ermittlung: Der Invaliditätsgrad entspricht diesfalls dem Grad der Arbeitsunfähigkeit unter Berücksichtigung eines allfälligen Abzugs vom Tabellenlohn ( BGE 135 V 297 E. 5.2; Urteile 9C\_851/2018 vom 23. Mai 2019 E. 5.1; 9C\_532/2016 vom 25. November 2016 E.

3.1; 8C\_628/2015 vom 6. April 2016 E. 5.3.5 mit Hinweisen).

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz führte aus, massgebend für die Bestimmung der Invalidität sei der Verlust an Erwerbsmöglichkeiten auf dem (hypothetischen) ausgeglichenen Arbeitsmarkt. Dieser Verlust sei nicht identisch mit einem konkreten Einkommens- oder Ertragsverlust im Rahmen einer selbstständigen oder unselbstständigen Erwerbstätigkeit. Es sei vielmehr ein hypothetisches Einkommen in Betracht zu ziehen, das aufgrund der Fähigkeiten und der persönlichen Situation der versicherten Person geschätzt werde; dabei sei auf einen Lohn abzustellen, den eine gesunde Person gleichen Alters und gleicher Bildung unter Umständen erzielen würde, wobei die Durchschnittslöhne der betreffenden Branche als Vergleichsbasis herangezogen werden könnten. Das vom Beschwerdeführer beantragte betriebswirtschaftliche Gutachten diene nicht der Beantwortung der relevanten Fragestellung, weshalb darauf zu verzichten sei. Als (angelernter) Gipser liege seine Erwerbsfähigkeit nicht über dem statistischen Durchschnittslohn für Hilfsarbeitertätigkeiten gemäss Lohnstrukturerhebung (LSE) des Bundesamtes für Statistik. Er habe indessen in seinem Heimatland eine kaufmännische Ausbildung absolviert und vermöge zumindest einen Teil der in der eigenen Gesellschaft anfallenden administrativen Aufgaben zu bewältigen (wie z.B. Offerten unterbreiten, Zahlungsverkehr und Bestellungen erledigen). Die verwertbaren Erwerbsmöglichkeiten als kaufmännischer Angestellter oder (angestellter) Geschäftsführer seien bezüglich erzielbarer Lohnhöhe auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt besser als diejenigen als angelernter Gipser. Zur Bestimmung des Valideneinkommens sei deshalb auf eine kaufmännische beziehungsweise geschäftsführende unselbstständige Tätigkeit abzustellen. Da diese vollumfänglich dem Anforderungsprofil einer leidensangepassten Tätigkeit entspreche, erübrige es sich, die Vergleichseinkommen zu bestimmen. Es seien keine lohnmindernden Umstände erkennbar, weshalb auch keine Invalidität bestehe.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei in seinem Betrieb überwiegend (zu 90 %) als Gipser tätig gewesen. Die Büroarbeiten seien von seiner Ehefrau erledigt worden, die Buchhaltung durch eine Treuhandfirma. Er sei nicht in der Lage, auf Deutsch zu korrespondieren. Eine Ausbildung, die ihn als Geschäftsführer qualifizieren würde, habe er nicht absolviert. Die Vorinstanz habe fälschlicherweise angenommen, dass die Vergleichseinkommen auf derselben Grundlage beruhten. Es sei ein korrekter Einkommensvergleich durchzuführen, wobei für die Bestimmung des Valideneinkommens ein betriebswirtschaftliches Gutachten einzuholen sei. Falls eine Bemessung seines Valideneinkommens als Selbstständigerwerbender nicht möglich sei, seien Tabellenlöhne gemäss LSE heranzuziehen. Schliesslich sei sein versicherter Verdienst auf den orts- und branchenüblichen Lohn von Fr. 102'000.- festzusetzen.

### **E. 4.1.1**

Nach Art. 99 Abs. 2 BGG sind neue Begehren unzulässig. Die Neuheit eines Begehrens bezieht sich auf den Streitgegenstand und bemisst sich im Verhältnis zu den vorinstanzlich gestellten Anträgen ( BGE 136 V 362 E. 3.4.3 und E. 4.2; Urteil 9C\_530/2017 vom 23. März 2018 E. 1.2). Streitgegenständlich ist im vorliegenden Fall - nach dem Dispositiv des angefochtenen Entscheids (Aufhebung des Einspracheentscheids zu Ungunsten des Beschwerdeführers und Abweisung seines Rentengesuchs) - die Frage, ob der

Beschwerdeführer Anspruch auf eine Invalidenrente hat. Streitig war aber einzig die Höhe des Valideneinkommens.

Ob das letztinstanzliche Vorbringen in der Beschwerde, es sei als versicherter Verdienst der orts- und branchenübliche Lohn nach Art. 22 Abs. 2 lit. c UVV von Fr. 102'000.- einzusetzen, den Streitgegenstand ausweitet und es sich somit um ein unzulässiges neues Rechtsbegehren handelt, kann offen bleiben (vgl. Urteil 8C\_482/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 2.2 und E. 3.1). Denn materiellrechtlich dringt der Beschwerdeführer damit ohnehin nicht durch, wie sich aus der nachstehenden Erwägung ergeben wird.

#### **E. 4.1.2**

Für mitarbeitende Familienmitglieder, Gesellschafter, Aktionäre und Genossenschafter statuiert Art. 22 Abs. 2 lit. c UVV eine Abweichung vom Grundsatz der Übereinstimmung von versichertem Verdienst und AHV-rechtlich massgebendem Lohn ( Art. 5 AHVG ) dahingehend, dass für sie mindestens der berufs- und ortsübliche Lohn zu berücksichtigen ist. Entsprechend dem Sinn und Zweck dieser Sonderregel - Vermeidung einer Benachteiligung von Familienmitgliedern und anderen mit dem Betrieb verwandtschaftlich oder persönlich eng verbundenen und darin mitarbeitenden Personen, die mit Rücksicht auf diese Bindung keine arbeitsmarktkonforme Entlohnung erzielen können - ist der berufs- oder ortsübliche Lohn als versicherter Verdienst zu berücksichtigen, wenn er höher ist als der effektive Verdienst (SVR 2007 UV Nr. 39 S. 131, 8C\_88/2007 E. 2; RKUV 2003 Nr. U 471 S. 35, U 48/02 E. 2c; 2001 Nr. U 420 S. 104, U 120/00 E. 3a; Urteil 8C\_893/2011 vom 31. Mai 2012 E. 2).

#### **E. 4.1.3**

Aufgrund der Aktenlage und der Parteivorbringen ist nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer mit Rücksicht auf die persönliche Bindung an seinen Betrieb keine arbeitsmarktkonforme Entlohnung erzielen konnte. Stichhaltige Gründe, weshalb hier vom massgebenden AHV-Lohn abzuweichen ist, den der Beschwerdeführer selbst mit monatlich Fr. 5600.- x 13 (einschliesslich Kinderzulagen) angab und die Suva zu seinen Gunsten mit Fr. 75'000.- im Jahr bezifferte, liegen nicht vor (vgl. Urteil 8C\_53/2019 vom 9. Mai 2019 E. 7.3).

#### **E. 4.2**

Was den unbestritten gebliebenen medizinischen Sachverhalt betrifft, sind dem Beschwerdeführer gemäss kreisärztlicher Beurteilung vom 7. September 2017 Arbeitsbelastungen mit körperfernem Tragen von Gewichten auf der Horizontalen und darüber nicht mehr zumutbar. Dasselbe gilt für Überkopfarbeiten mit Belastung des rechten Arms. Ebenso wenig zumutbar sind Arbeitsbelastungen mit Schlagen und Hämmern oder Tätigkeiten an schnell rotierenden Maschinen oder mit vibrierenden Geräten. Für leichte bis gelegentlich mittelschwere körperlich angepasste Tätigkeiten ist der Beschwerdeführer unter Einhaltung der betriebsüblichen Pausen vollständig arbeitsfähig.

#### **E. 4.3**

Bei der Ermittlung des Invaliditätsgrades bei Selbstständigerwerbenden kann nicht allein auf den IK-Auszug abgestellt werden. Dies gilt namentlich auch für formell Angestellte einer Gesellschaft wie angestellte Geschäftsführer oder Betriebsleiter, wenn ihnen faktisch die Stellung von Allein- oder Teilhabern (beispielsweise einer Aktiengesellschaft) zukommt und sie massgebenden Einfluss auf den Geschäftsgang haben. Für die Beurteilung

des sozialversicherungsrechtlichen Status ist nicht die zivilrechtliche, sondern die wirtschaftliche Stellung ausschlaggebend. Ob ein Versicherter einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftspolitik und -entwicklung nehmen kann, und damit als Selbstständigerwerbender mit einem eigenen Betrieb zu gelten hat, ist aufgrund der finanziellen Beteiligung, der Zusammensetzung der Leitung der Gesellschaft und vergleichbarer Gesichtspunkte zu prüfen (Urteil 9C\_453/2014 vom 17. Februar 2015 E. 4.1). Es handelt sich dabei oft um frühere Selbstständigerwerbende, die ihre Einzelfirma in eine AG, meist in eine Familien-AG unter Beteiligung der Ehepartner, Kinder oder anderer naher Verwandter, überführt haben. Zu berücksichtigen ist in diesen Fällen nicht allein der oft relativ bescheidene Lohn, den die betreffende Gesellschaft ihrem Angestellten ausrichtet, sondern vielmehr sind dem Versicherten auch die erwirtschafteten, aber nicht ausgeschütteten Gewinne der Gesellschaft anzurechnen (Urteile 8C\_228/2021 6. Oktober 2021 E. 3.1; 8C\_450/2020 vom 15. September 2020 E. 3.1; 8C\_928/2015 vom 19. April 2016 E. 2.3.4; 9C\_453/2014 vom 17. Februar 2015 E. 4.2; I 185/02 vom 29. Januar 2003 E. 3.1).

#### **E. 4.4**

Entgegen der soeben aufgezeigten Rechtsprechung - und somit in Verletzung von Bundesrecht - stellte die Vorinstanz zur Bestimmung des Valideneinkommens auf einen LSE-Tabellenlohn für eine kaufmännische beziehungsweise geschäftsführende unselbstständige Tätigkeit ab. Nachdem der Beschwerdeführer indessen nach wie vor als (einziger) Gesellschafter und einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer seiner GmbH fungiert und keine Hinweise bestehen, dass er ohne die unfallbedingte gesundheitliche Beeinträchtigung diese Stellung und Funktion in der GmbH aufgeben hätte, hat das Valideneinkommen an die Tätigkeit bei der B. \_\_\_\_\_ GmbH anzuknüpfen.

##### **E. 4.4.1**

Als einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer der B. \_\_\_\_\_ GmbH kann der Beschwerdeführer, wie er selber darlegt, über das Gesellschaftskapital verfügen und sämtliche Entscheidungen der Firma allein treffen, sodass er sozialversicherungsrechtlich einem Selbstständigerwerbenden gleichzustellen und die Gewinne der GmbH nicht auszuklammern sind. Es verhält sich hier nicht anders als im Falle eines selbstständig erwerbenden Versicherten, der Inhaber einer Einzelfirma ist. Es liegt dabei in der Natur der Sache, dass der Arbeitgeber, der das unternehmerische Risiko trägt, auch von einem allfälligen, aus der Arbeit seiner Angestellten resultierenden Gewinn profitiert (vgl. SVR 2019 UV Nr. 3 S. 9, 8C\_121/2017 E. 7.1, 8C\_Urteile 9C\_453/2014 E. 4.2; Urteil 9C\_676/2016 vom 17. November 2016 E. 3.2).

##### **E. 4.4.2**

Wie der Beschwerdeführer darlegt, gründete er die GmbH rund ein Jahr vor dem hier zu beurteilenden Unfall. Trotz Bildung stiller Reserven und eines ausbezahlten Lohnes von Fr. 5000.- monatlich habe er bereits im ersten Jahr einen Gewinn erzielt. Wie die Ertragsentwicklung zeige, sei er nach dem Unfall trotz vollständiger Arbeitsunfähigkeit geschäftlich erfolgreich gewesen. Die Vorinstanz stellte damit übereinstimmend fest, dass der Ausfall des Beschwerdeführers als Gipser für die Betriebserträge nicht ins Gewicht gefallen sei, vielmehr steigerten sich diese. Uneinig sind sich die Parteien dabei einzig über die beruflich-erwerbliche Seite der Invaliditätsbemessung ( Art. 16 ATSG ). Der Beschwerdeführer legte im vorinstanzlichen Verfahren dementsprechend dar, die GmbH

habe für die Jahre 2014 bis 2018 eine "äusserst positive Geschäftsentwicklung" durchgemacht.

#### **E. 4.4.3**

Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass sich der geltend gemachte Gesundheitsschaden offensichtlich nicht erwerblich ausgewirkt hat. Es zeigte sich kein entsprechender Niederschlag im Geschäftsergebnis, nachdem der Beschwerdeführer uneingeschränkt noch als Gesellschafter und Geschäftsführer der B. \_\_\_\_\_ GmbH tätig sein kann. Die vorinstanzliche Verneinung des Anspruchs auf eine Invalidenrente hält demnach im Ergebnis vor Bundesrecht stand. Weitere Abklärungen führte die Vorinstanz daher zu Recht nicht durch. Die Beschwerde ist unbegründet.

#### **E. 5**

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG ).

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