

## **BGer 8C\_330/2008 vom 24. Oktober 2008**

Bundesgericht, 2008-10-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_330\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_330_2008)

FR: TF 8C\_330/2008 du 24 octobre 2008

IT: TF 8C\_330/2008 del 24 ottobre 2008

### **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 S. 140). Das Bundesgericht prüft grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen; es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu prüfen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen wurden. Es kann die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht nur insofern prüfen, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ).

#### **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**

Gemäss 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). Als versicherter Verdienst gilt im Regelfall der nach dem Bundesgesetz über die AHV massgebende Lohn ( Art. 22 Abs. 2 UVV ). Gestützt auf Art. 15 Abs. 3 UVG hat der Bundesrat in Art. 22 bis 24 UVV nähere Bestimmungen zum versicherten Verdienst erlassen. Art. 23 UVV enthält Bestimmungen über den massgebenden Lohn für das Taggeld in Sonderfällen. Gemäss Art. 23 Abs. 3 UVV wird auf einen angemessenen Durchschnittslohn pro Tag abgestellt, wenn der Versicherte keine regelmässige Erwerbstätigkeit ausübt oder sein Lohn starken Schwankungen unterliegt.

#### **E. 3**

Strittig und zu prüfen ist einerseits die Bemessung des versicherten Verdienstes für Taggeldleistungen und andererseits die Bestimmung des mutmasslich entgangenen Verdienstes als wesentlicher Faktor der Überentschädigungsberechnung nach Art. 69 Abs. 2 ATSG .

#### **E. 4.1**

Generali und Vorinstanz gehen davon aus, dass der Lohn des Beschwerdeführers vor dem Unfall starken Schwankungen unterlegen ist, weshalb sie Art. 23 Abs. 3 UVV anwenden. Gemäss dieser Bestimmung ist auf einen angemessenen Durchschnittslohn pro Tag abzustellen, wenn der Versicherte keine regelmässige Erwerbstätigkeit ausübt oder der Lohn starken Schwankungen unterliegt. Die Bestimmung zielt darauf ab, dort einen Ausgleich zu schaffen, wo eine versicherte Person einen Unfall zufälligerweise in einer Tief- oder gar Nichtlohnphase erleidet. Das Kriterium der starken Lohnschwankungen ist erfüllt, wenn der Lohn vom erzielten Umsatz oder anderen mehr oder weniger unbestimmten Faktoren abhängig ist (vgl. die in BGE 128 V 298 E. 2b/aa und cc S. 300 f. erwähnte Rechtsprechung). Ob die Voraussetzungen zur Anwendung dieser Sonderregelung erfüllt sind, ist mit Blick auf dasjenige Arbeitsverhältnis zu beurteilen, in dem die versicherte Person im Unfallzeitpunkt stand (RKUV 1997 Nr. U 274 S. 181 ff. E. 3b mit Hinweisen). Im hier zu beurteilenden Fall liegen solche Umstände vor, ist der Lohn des Versicherten bei der Personenversicherung X. \_\_\_\_\_ doch massgeblich von den verschiedenen Provisionen und damit vom erzielten Umsatz abhängig (vgl. Anstellungsvertrag vom 3. bzw. 5. Februar 2004). Die Bemessung des massgebenden Lohnes hat damit in Übereinstimmung mit der Auffassung der Parteien und des kantonalen Gerichts aufgrund von Art. 23 Abs. 3 UVV zu erfolgen.

#### **E. 4.2**

Massgeblich für die Festlegung des angemessenen Durchschnittslohns sind die Faktoren des konkret ausgeübten Anstellungsverhältnisses. Unfallversicherer und kantonales Gericht haben den angemessenen Durchschnittslohn einerseits aufgrund des Verdienstes bei der Personenversicherung X. \_\_\_\_\_ in den sechs Monaten unmittelbar vor dem Unfall (März bis August 2004) und andererseits unter Anrechnung der letzten sechs Monate des Anstellungsverhältnisses bei der Allgemeinen Versicherung X. \_\_\_\_\_ (September 2003 bis Februar 2004) berechnet. Mit dieser Berechnungsweise sollte wohl dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich der Unfall in einem Zeitpunkt ereignete, als der Versicherte erst seit kurzem bei der Personenversicherung X. \_\_\_\_\_ tätig war, sich also in einer Aufbau- und Einarbeitungsphase befand, was sich in dieser Berufssparte, in welcher das Einkommen stark umsatz- und provisionsabhängig ist, auf den Verdienst auswirkt (vgl. Einspracheentscheid vom 3. Oktober 2006, E. 2.4). Für die Ermittlung des versicherten Verdienstes nahm die Generali vom Bruttolohn - nach Abzug der Kinderzulagen - einen pauschalen Abzug von 25 % vor, was einen für die Taggeldberechnung massgeblichen Jahresverdienst von Fr. 66'382.85 und ein Taggeld von Fr. 145.50 ergab. Diese vom kantonalen Gericht geschützte Berechnungsweise der Unfallversicherung ist auch mit Blick auf die Vorbringen des Beschwerdeführers im bundesgerichtlichen Verfahren, welche im Übrigen weitestgehend den Vorbringen im kantonalen Verfahren entsprechen, nicht zu beanstanden.

#### **E. 4.3**

Soweit der Beschwerdeführer rügt, es hätte für die Festlegung des angemessenen Durchschnittslohns ein längerer Zeitraum als 12 Monate berücksichtigt werden müssen, ist ihm entgegen zu halten, dass für die Bemessung des Taggeldes grundsätzlich der letzte vor dem Unfall erzielte Lohn massgeblich ist. Für die Bemessung der Renten ist demgegenüber auf den innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogenen Lohn abzustellen ( Art. 22 Abs. 4 UVV ). Weil sich bei der Massgeblichkeit des letzten Lohns Verzerrungen ergeben können,

sieht Art. 23 Abs. 3 UVV eine Korrektur bei starken Lohnschwankungen vor. Eine derartige Korrektur ist bei der Bemessung von Renten nicht vorgesehen, weil die für Renten grundsätzlich massgebliche Bemessungsperiode von einem Jahr vom Verordnungsgeber als genügend lang erachtet wird, um solche Schwankungen aufzufangen (vgl. dazu JEAN-MAURICE FRÉSARD/MARGIT MOSER-SZELESS, L'assurance-accidents obligatoire, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel 2007, F, S. 887 f. Rz. 131). Eine Periode von mehr als einem Jahr für die Bemessung des Taggeldes kommt deshalb nicht in Frage. Im Übrigen sieht auch die Empfehlung der Ad-Hoc-Kommission Schaden UVG Nr. 03/84 (angemessener Durchschnittslohn) maximal eine Bemessungsperiode von 12 Monaten vor. Auf keinen Fall geht es an, wie dies der Beschwerdeführer anregt, für die Bemessung des Taggeldes Einkommen zu berücksichtigen, die bis zu 10 Jahre zurückliegen.

#### **E. 4.4**

Im Eventualstandpunkt beantragt der Beschwerdeführer, den angemessenen Durchschnittslohn aufgrund des durchschnittlichen Lohnes eines Versicherungsmitarbeiters mit Alter, Berufserfahrung etc. des Beschwerdeführers festzulegen. Dazu wären nach seiner Auffassung Abklärungen beim Bundesamt für Statistik oder bei der Firma K. \_\_\_\_\_ AG welche regelmässig im Auftrag der Schweizer Assekuranz Salärvergleiche anstelle, zu tätigen. Diesem Ansinnen kann nicht gefolgt werden. Derartige Abklärungen hinsichtlich der Löhne von im gleichen Betrieb und in gleicher Weise tätigen Arbeitskollegen und -kolleginnen oder bezüglich der in der Branche üblicherweise bezahlten Entgelte sind allenfalls dann notwendig, wenn ein Arbeitsverhältnis erst seit kurzem besteht. So hat das Bundesgericht im Falle eines Taxifahrers, der erst seit kurzem und nur an vier Wochentagen in dieser Branche tätig war, die Entlohnung eines Arbeitskollegen (mit)berücksichtigt; auch in jenem Fall hat es aber betont, dass die Faktoren des konkreten Arbeitsverhältnisses und auch bisher erzielte Tagesumsätze zu berücksichtigen sind (RKUV 2001 Nr. U 423 S. 201 E. 3c/cc, U 428/99). Weil im vorliegenden Fall immerhin die Lohnentwicklung des konkreten Arbeitsverhältnisses in den sechs Monaten vor dem Unfall bekannt ist und zudem Erfahrungen aus dem verwandten, vorgängigen Arbeitsverhältnis bestehen, erübrigt sich der Beizug der durchschnittlichen Branchenlöhne.

#### **E. 4.5**

Wie die Vorinstanz im Übrigen richtig ausgeführt hat, führte der Versicherte durch den Spartenwechsel die Lohneinbusse selber herbei. Diese selbst gewählte Lohnminderung wirkt sich auch auf die Höhe des versicherten Verdienstes aus. Art. 23 Abs. 3 UVV bezweckt, Schwankungen innerhalb eines Arbeitsverhältnisses auszugleichen. Die Regelung dient aber an sich nicht dazu, einen Ausgleich für einen vor dem Unfall vorgenommenen Berufs- oder Spartenwechsel mit einer damit verbundenen Lohneinbusse zu schaffen. Indem der Unfallversicherer immerhin zur Hälfte den höheren Lohn aus dem früheren Arbeitsverhältnis zur Bestimmung des Durchschnittslohns herangezogen hat, ist er dem Beschwerdeführer bereits in einer Weise entgegengekommen, die eigentlich als systemwidrig zu bezeichnen ist. Eine Abänderung des Entscheides zu Ungunsten des Beschwerdeführers ist dem Bundesgericht aber wegen der Bindung an die Parteibegehren verwehrt ( Art. 107 Abs. 1 BGG ); ohnehin ist nach der Rechtsprechung von der Möglichkeit einer reformatio in peius zurückhaltend Gebrauch zu machen ( BGE 119 V 241 E. 5 S. 249 mit Hinweisen). Mit diesem Entgegenkommen muss es aber sein Bewenden haben; für eine Erhöhung des Durchschnittslohns auf ein Niveau, das der Beschwerdeführer

im Unfallzeitpunkt und auch in einer beträchtlichen Zeit danach nie erreicht hätte, besteht keine Veranlassung.

### **E. 5.1**

Nach Art. 68 ATSG werden Taggelder unter Vorbehalt der Überentschädigung kumulativ zu Renten anderer Sozialversicherungen gewährt. Eine Überentschädigung liegt in dem Masse vor, als die gesetzlichen Sozialversicherungsleistungen den wegen des Versicherungsfalls mutmasslich entgangenen Verdienst zuzüglich der durch den Versicherungsfall verursachten Mehrkosten und allfälliger Einkommenseinbussen von Angehörigen übersteigen ( Art. 69 Abs. 2 ATSG ). Die Leistungen werden um den Betrag der Überentschädigung gekürzt. Von einer Kürzung ausgeschlossen sind die Renten der Alters- und Hinterbliebenenversicherung und der Invalidenversicherung sowie alle Hilflosen- und Integritätsentschädigungen ( Art. 69 Abs. 3 ATSG ).

### **E. 5.2**

Mutmasslich entgangen ist derjenige Verdienst, den die versicherte Person ohne das schädigende Ereignis wahrscheinlich erzielt hätte ( BGE 126 V 468 E. 4a S. 471 ). Der mutmasslich entgangene Verdienst entspricht demnach rechtlich nicht oder höchstens zufällig dem versicherten Verdienst oder dem bei Eintritt der Invalidität tatsächlich erzielten Einkommen. Massgebend für die Bestimmung des hypothetischen Einkommens ist der Zeitpunkt, in welchem sich die Kürzungsfrage stellt.

### **E. 5.3**

Im vorliegenden Fall hat der Unfallversicherer den mutmasslich entgangenen Verdienst aufgrund des in den zwölf Monaten vor dem Unfall tatsächlich erzielten Einkommens berechnet, womit einerseits die höher entschädigte Tätigkeit beim früheren Arbeitgeber und andererseits die niedriger entlohnte Tätigkeit beim letzten Arbeitgeber während je sechs Monaten umfasst ist. Anders als bei der Berechnung des versicherten Verdienstes wurde zwar zur Ermittlung des mutmasslich entgangenen Verdienstes vom Bruttolohn nicht ein pauschaler Abzug von 25 % vorgenommen (vgl. oben E 4.2), sondern (lediglich) die vertraglich vereinbarte Spesenentschädigung abgezogen. Ansonsten aber beruht die Berechnung des mutmasslich entgangenen Verdienstes auf der gleichen Grundlage wie diejenige des versicherten Verdienstes bzw. des angemessenen Durchschnittslohns gemäss Art. 23 Abs. 3 UVV . - Auch wenn nach dem vorstehend Gesagten versicherter und mutmasslich entgangener Verdienst keineswegs identisch sind, ist diese verwandte Berechnungsweise im vorliegenden Fall letztlich nicht zu beanstanden, insbesondere nicht mit Blick auf die Bestimmung des mutmasslich entgangenen Verdienstes. Mit dem Einbezug der besser entlohnten, im Unfallzeitpunkt aber nicht mehr ausgeübten Tätigkeit beim früheren Arbeitgeber wird dem mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zwar zu erwartenden, aber doch hypothetischen Moment Rechnung getragen, dass das Einkommen des Beschwerdeführers in dem für Taggeldleistungen massgeblichen Zeitraum bis zum Abschluss der Heilbehandlung ( Art. 19 UVG ; vgl. auch BGE 134 V 109 E. 5. S. 115 ) stärker ansteigen wird als (allein) aufgrund der Entwicklung des Lohns beim letzten Arbeitgeber zu erwarten gewesen wäre. Nach der Rechtsprechung steht dem Gericht, aber auch der Verwaltung, bei der Festlegung des mutmasslich entgangenen Verdienstes ein gewisser Ermessensspielraum zu ( BGE 123 V 88 E. 3b S. 93 ). Dieses Ermessen hat der Unfallversicherer in nicht zu beanstandender Weise ausgeübt, wenn er den mutmasslich entgangenen Verdienst für das Jahr 2005 mit Fr. 72'881.-- berechnet hat.

#### **E. 5.4**

Die Tatsache, dass die Eidgenössische Invalidenversicherung (IV) beim Einkommensvergleich gestützt auf das Durchschnittseinkommen in den Jahren 2001 bis 2003 ein Valideneinkommen von Fr. 77'379.-- ermittelte, vermag die Berechnungsweise der Generali nicht als falsch erscheinen lassen, ist doch bei der von der IV angestellten Berechnung ausser Acht geblieben, dass der Versicherte aus freien Stücken zumindest für einen gewissen Zeitraum eine Lohneinbusse in Kauf nahm. Anzumerken ist dazu im Weiteren, dass angesichts der eindeutig gegebenen, vollständigen Invalidität die genaue Ermittlung des Validenlohns für die Entscheidungsfindung der IV nicht von Bedeutung war.

#### **E. 5.5**

Zur Berechnung des mutmasslich entgangenen Verdienstes stellte die Generali auf die im Jahr vor dem Unfall erwirtschafteten Bruttolöhne (inkl. Kinder- und Ausbildungszulagen) ab. Davon hat sie die vertraglich vereinbarten Spesen von Fr. 1'300.-- im Arbeitsverhältnis bei der Allgemeinen Versicherung X. \_\_\_\_\_ und von Fr. 900.-- in demjenigen bei der Personenversicherung X. \_\_\_\_\_ in Abzug gebracht. Der Beschwerdeführer stellt sich nun auf den Standpunkt, pauschale Reise- und Repräsentationsspesen seien ebenfalls zu berücksichtigen. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Eine ausdrücklich als Spesenersatz deklarierte Entschädigung ist nicht nur bei der Bestimmung des versicherten Verdienstes auszuklammern (vgl. ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 3. Aufl., Zürich 2003, S. 101), sondern hat auch bei der Festlegung des mutmasslich entgangenen Verdienstes ausser Betracht zu bleiben. Es besteht vorliegend kein Anlass, die als Spesenersatz ausbezahlte pauschale Entschädigung als versteckte Lohnausschüttung zu qualifizieren. In den "Allgemeinen Anstellungsbedingungen für Aussendienstmitarbeiter" ist in Ziff. 7.2 vielmehr ausdrücklich festgehalten, dass mit der pauschalen Spesenersatzentschädigung die durch die Erfüllung der Aufgabe anfallenden Kosten, insbesondere die Fahrkosten abgegolten sind; ausdrücklich gilt dies auch bei Verwendung eines Motorfahrzeuges. Durch die unfallbedingte Erwerbsunfähigkeit geht der Beschwerdeführer zwar der Spesenersatzentschädigung verlustig, gleichzeitig fällt aber auch weniger (finanzieller) Aufwand an. Mit der Vorinstanz ist deshalb die Berechnungsweise des mutmasslich entgangenen Verdienstes durch die Generali zu schützen.

#### **E. 5.6**

Der Beschwerdeführer rügt im Weiteren, die Generali habe bei der Ermittlung des mutmasslich entgangenen Verdienstes zu Unrecht einerseits die sogenannten Fringe Benefits und andererseits eine Gutschrift von Fr. 5'635.-- auf dem Individuellen Konto (IK) bei der Sozialversicherungsanstalt Y. \_\_\_\_\_ nicht berücksichtigt. Er macht in diesem Zusammenhang eine unvollständige Sachverhaltsermittlung geltend. Auch dieser Hinweis ist jedoch nicht geeignet, die von der Generali angestellte Berechnung des mutmasslich entgangenen Verdienstes in Frage zu stellen. Es bestehen keine Anzeichen dafür, dass dem Beschwerdeführer solche Fringe Benefits in einem ins Gewicht fallenden Umfang zugekommen wären. Derartige Zusatzleistungen sind in den Lohnausweisen nicht ausgewiesen. Zudem unterlässt es der Beschwerdeführer, diesbezüglich konkrete Angaben zu machen; es ist zwar zutreffend, dass er dazu angesichts seines gesundheitlichen Zustandes selber heute kaum in der Lage ist, hingegen ist davon auszugehen, dass seinen Angehörigen, insbesondere seiner Ehefrau, solche Fringe Benefits bekannt gewesen wären und sie auf deren Wegfall hingewiesen hätten. - Was die Gutschrift von Fr. 5'635.-- auf dem

Individuellen Konto (IK) bei der Sozialversicherungsanstalt Y. \_\_\_\_\_ betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass der mutmasslich entgangene Verdienst aufgrund des im Zeitraum September 2003 bis August 2004 erzielten Lohnes berechnet wurde. Die im Jahre 2005 erfolgte Zahlung kann deshalb ausser Betracht bleiben. Im Übrigen ist entgegen den Vermutungen des Beschwerdeführers anzunehmen, dass diese Gutschrift nichts mit dem Arbeitsverhältnis bei der Allgemeinen Versicherung X. \_\_\_\_\_ bzw. der Personenversicherung X. \_\_\_\_\_ zu tun hat, weil eine allfällige Provisionsnachzahlung aus diesen Arbeitsverhältnissen bei der Ausgleichskasse "Z. \_\_\_\_\_" eingegangen wäre, über welche die beiden Arbeitsverhältnisse abgerechnet wurden. Der Sachverhalt erweist sich somit als genügend abgeklärt.

#### **E. 5.7**

Die Überentschädigungsberechnung wird lediglich hinsichtlich des mutmasslich entgangenen Verdienstes bestritten. Die übrigen Parameter der Überentschädigung - die anzurechnenden Sozialversicherungsleistungen, die Mehrkosten oder die Einkommenseinbussen von Angehörigen - werden in der Beschwerde nicht gerügt, weshalb dazu Weiterungen unterbleiben können.

#### **E. 6**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die von der Unfallversicherung angestellte Berechnung des versicherten Verdienstes aufgrund nicht nur des Einkommens aus dem im Unfallzeitpunkt bestehenden Arbeitsverhältnisses, sondern auch unter Berücksichtigung der (höheren) Einkommen aus dem abgeschlossenen früheren Arbeitsverhältnis, eine Lösung darstellt, welche der besonderen Situation des Beschwerdeführers in entgegenkommender Weise Rechnung trägt. An sich gilt nämlich der Grundsatz, dass die Berechnung des versicherten Verdienstes aufgrund der Gegebenheiten des im Unfallzeitpunkt bestehenden Arbeitsverhältnisses vorzunehmen ist. Art. 23 Abs. 3 UVV bezweckt, Lohnschwankungen innerhalb dieses Arbeitsverhältnisses auszugleichen; die Bestimmung ist nicht darauf ausgerichtet, einen Ausgleich dafür zu schaffen, dass die Taggelderleistungen wegen eines vorgenommenen Berufswechsels aufgrund eines im Vergleich zum Einkommen in früheren Arbeitsverhältnissen tieferen Einkommens berechnet werden müssen bzw. müssten.

Bei der Bemessung des mutmasslich entgangenen Verdienstes erscheint die Berücksichtigung eines höheren Verdienstes in einem früheren Arbeitsverhältnis demgegenüber deshalb als gerechtfertigt, weil sich aus dem früheren Verdienst Rückschlüsse auf die Entwicklung des Verdienstes in dem im Unfallzeitpunkt bestehenden Arbeitsverhältnis für die Zukunft ziehen lassen. Es wäre hingegen nicht begründet, ausschliesslich auf den früheren Verdienst abzustellen, ist doch die mutmassliche Lohnentwicklung im fraglichen Zeitraum zwischen Unfall bis zum Abschluss der Heilbehandlung (auch) dadurch gekennzeichnet, dass der Beschwerdeführer sich in einem neuen beruflichen Umfeld hätte behaupten müssen. Aus den dargelegten Gründen sind der Einspracheentscheid der Unfallversicherung und der vorinstanzliche Entscheid zu schützen, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

#### **E. 7**

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten vom Beschwerdeführer zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

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