

# **BGer 8C 83/2009 vom 15. Mai 2009**

Bundesgericht, 2009-05-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_83\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_83_2009)

FR: TF 8C 83/2009 du 15 mai 2009

IT: TF 8C 83/2009 del 15 maggio 2009

## **Regeste**

Unfallversicherung | Unfallversicherung

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist folglich 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 oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGE 132 II 257 E. 2.5 S. 262; 130 III 136 E. 1.4 S. 140). Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung 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. Es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254).

### **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**

Die Vorinstanz hat die Bestimmungen und Grundsätze über den Anspruch auf eine Invalidenrente der Unfallversicherung ( Art. 18 Abs. 1 UVG ), den Begriff der Invalidität ( Art. 8 Abs. 1 ATSG ) sowie die Ermittlung des Invaliditätsgrades bei Erwerbstätigen nach der allgemeinen Methode des Einkommensvergleichs ( Art. 16 ATSG ; BGE 128 V 29 E. 1 S. 30 mit Hinweisen; vgl. bezüglich der Anwendung der DAP-Profile BGE 129 V 472 ) zutreffend dargelegt. Darauf - wie auch auf die Erwägungen zu dem im Sozialversicherungsrecht massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ( BGE 119 V 335 E. 1 S. 338; vgl. auch BGE 129 V 177 E. 3.1 S. 181 mit Hinweisen), zu den nach der Praxis bei der beweismässigen Auswertung medizinischer Berichte zu beachtenden Regeln ( BGE 125 V 351 E. 3a und b S. 352 ff. mit Hinweisen) und zum massgebenden Zeitpunkt der Sachverhaltsermittlung ( BGE 129 V 222 ) - wird verwiesen.

### **E. 3**

Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Invalidenrente hat. Die Integritätsentschädigung lag schon im vorinstanzlichen Gerichtsverfahren nicht mehr im Streit, womit der Einspracheentscheid insoweit in Teilrechtskraft erwachsen ist.

#### **E. 4.1.1**

Für die Ermittlung des Einkommens, welches die versicherte Person ohne Invalidität erzielen könnte (Valideneinkommen), ist entscheidend, was sie im Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns (hier: 1. August 2006) nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdient hätte. Dabei wird in der Regel am zuletzt erzielten, nötigenfalls der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung angepassten Verdienst angeknüpft, da es empirischer Erfahrung entspricht, dass die bisherige Tätigkeit ohne Gesundheitsschaden fortgesetzt worden wäre. Ausnahmen müssen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt sein ( BGE 129 V 222 E. 4.3.1 S. 224 mit Hinweisen).

#### **E. 4.1.2**

Der Beschwerdeführer hat seine ursprüngliche Tätigkeit als Maurer bereits infolge eines im Jahr 1970 erlittenen komplizierten Unterschenkelbruchs aufgegeben. Seine Anstellung als Schichtarbeiter/Schichtführer für die C. \_\_\_\_\_ AG ausgeübt vom 17. Dezember 1973 bis 30. Juni 1976 und vom 11. Mai 1977 bis 31. Dezember 1997, kündigte er, weil er mit seiner zweiten Ehefrau in deren Heimatland auswanderte. Nach seiner 1998 erfolgten Rückkehr in die Schweiz fand er erst im Jahr 2000 wieder eine Arbeit, zunächst als Geschäftsführer in einem "Cabaret" und ab 1. August 2001 als Serviceangestellter/Geschäftsführer für die E. \_\_\_\_\_ AG, bzw. für den angegliederten Nachtclub. Das letzte Arbeitsverhältnis ist im Nachgang zum Unfall vom 17. August 2001 mit Schreiben vom 23. Juli 2002 "in gegenseitigem Einverständnis" aufgelöst worden. Es deutet nichts darauf hin, dass der Versicherte diese Beschäftigung auch aufgegeben hätte, wenn der Unfall nicht passiert wäre oder keine unfallbedingten Gesundheitseinschränkungen aufgetreten wären. Der Beschwerdeführer (welcher seitdem offenbar in reduziertem Mass wieder im Nachtclub eingesetzt worden ist) opponiert dieser Vermutung nicht. Er ist allerdings der Ansicht, dass mit Blick auf seine jahrzehntelang ausgeübte Schichtarbeit in einem Chemiebetrieb als Valideneinkommen der Lohn berücksichtigt werden müsse, welcher gemäss der vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) 2006 in der chemischen Industrie erzielt wird. Dabei übersieht er jedoch, dass das Valideneinkommen im Bereich der Unfallversicherung nicht das Einkommen betrifft, welches ohne jeglichen Gesundheitsschaden - also vorliegend namentlich ohne die Folgen des Unterschenkelbruchs im Jahr 1970 und ohne die bereits vor dem Unfall aufgetretenen Rückenbeschwerden, deretwegen er sich im Jahr 1999 zum Bezug von Leistungen bei der Invalidenversicherung angemeldet hatte - hätte erzielt werden können. Massgebend ist vielmehr der Lohn, welcher nach überwiegender Wahrscheinlichkeit ohne den unfallbedingten Gesundheitsschaden erwirtschaftet worden wäre. Demnach lässt sich nicht beanstanden, dass AXA und kantonales Gericht als Valideneinkommen den Jahreslohn in der Tätigkeit als Mitarbeiter der E. \_\_\_\_\_ AG (Fr. 54'600.- im Jahr 2001) angenommen haben. Unklar bleibt allerdings, auf welcher Basis sie diesen Verdienst (Fr. 57'688.70 im Jahr 2006) der seitherigen Lohnentwicklung angepasst haben, nachdem die bisherige Arbeitgeberin selbst für das Jahr 2005 noch einen mutmasslich unveränderten Lohn von Fr. 54'600.- angegeben hat. Wird die Lohnentwicklung im Gastgewerbe berücksichtigt (in den Jahren 2002 [1,9 %], 2003 [1,5 %], 2004 [1,0 %], 2005 [1,2 %] und 2006 [1,0 %]; Die

Volkswirtschaft 4/2009 Tabelle B10.2 S. 91) resultiert für das Jahr 2006 ein Valideneinkommen von Fr. 58'298.35.

#### **E. 4.2.1**

Für die Festsetzung des nach Eintritt der Invalidität zumutbarerweise noch erzielbaren Einkommens (Invalideneinkommen) ist nach der Rechtsprechung primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht. Übt sie nach Eintritt der Invalidität eine Erwerbstätigkeit aus, bei der - kumulativ - besonders stabile Arbeitsverhältnisse gegeben sind und anzunehmen ist, dass sie die ihr verbleibende Arbeitsfähigkeit in zumutbarer Weise voll ausschöpft, und erscheint zudem das Einkommen aus der Arbeitsleistung als angemessen und nicht als Soziallohn, gilt grundsätzlich der tatsächlich erzielte Verdienst als Invalidenlohn. Ist kein solches tatsächlich erzieltetes Erwerbseinkommen gegeben, namentlich weil die versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder jedenfalls keine ihr an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, so können nach der Rechtsprechung die Tabellenlöhne gemäss der vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) oder die sogenannten DAP (Dokumentation von Arbeitsplätzen der SUVA)-Zahlen herangezogen werden ( BGE 129 V 472 E. 4.2.1 S. 475 mit Hinweisen). Um ein Invalideneinkommen zu ermitteln, welches der im Einzelfall zumutbaren erwerblichen Verwertung der noch möglichen Verrichtungen im Rahmen der (Rest-)Arbeitsfähigkeit am besten entspricht, ist vom statistischen LSE-Tabellenlohn ein Abzug von insgesamt höchstens 25 % vorzunehmen, wenn im Einzelfall Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die versicherte Person wegen bestimmter einkommensbeeinflussender Merkmale (leidensbedingte Einschränkung, Alter, Dienstjahre, Nationalität/Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad) ihre (Rest-) Arbeitsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem erwerblichem Erfolg verwerten kann ( BGE 129 V 472 E. 4.2.3 S. 481 mit Hinweisen). Beim Abstellen auf DAP-Löhne wird vorausgesetzt, dass, zusätzlich zur Auflage von mindestens fünf DAP-Blättern, Angaben gemacht werden über die Gesamtheit der auf Grund der gegebenen Behinderung in Frage kommenden dokumentierten Arbeitsplätze, über den Höchst- und den Tiefstlohn sowie über den Durchschnittslohn der entsprechenden Gruppe. Bei der Ermittlung des Invalideneinkommens gestützt auf DAP-Profile sind Abzüge vom System der DAP her nicht sachgerecht und nicht zulässig ( BGE 129 V 472 ).

#### **E. 4.2.2**

Anhand der Tabellenlöhne der LSE 2006, Tabelle A1, Anforderungsniveau 4, monatlicher Bruttolohn von Männern in allen Wirtschaftszweigen des privaten Sektors ("Total") ergibt sich umgerechnet auf die betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit von 41,7 Stunden ein hypothetisches Einkommen von Fr. 59'197.30. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin haben von diesem Jahresverdienst einen Abzug vom Tabellenlohn nach BGE 126 V 75 von 10 % vorgenommen, da der Versicherte auch in einer Hilfsarbeitertätigkeit eingeschränkt (leichte angepasste Tätigkeit) und daher auf dem Arbeitsmarkt in Konkurrenz mit gesundheitlich nicht beeinträchtigten Personen benachteiligt sei, was mit einer Lohneinbusse einhergehe.

#### **E. 4.2.3**

Der Versicherte ist der Ansicht, die Angelegenheit sei an das kantonale Gericht zurückzuweisen, damit es zunächst ein Ergänzungsgutachten einhole, welches sich zur Frage äussere, wie hoch die durchschnittliche Arbeitsfähigkeit in Bezug auf alle möglichen

Verweistätigkeiten sei, und alsdann die "konkrete Erwerbsunfähigkeit anhand eines DAP-Lohnvergleichs" ermittle. Es steht auf Grund der medizinischen Akten allerdings fest und ist nunmehr unbestritten, dass der Beschwerdeführer in einer dem unfallbedingten Schulterleiden angepassten Tätigkeit (kein Heben von Lasten über 10 kg, keine länger dauernden Überkopfarbeiten) in einem Vollpensum, ohne Bedarf nach vermehrten Pausen, einsetzbar ist. Für die letzte Beschäftigung als Serviceangestellter/Geschäftsführer ist die Leistungsfähigkeit um maximal 20 % reduziert. Die Einholung eines Ergänzungsgutachtens erübrigt sich, weil auf Grund der Angaben der involvierten medizinischen Fachpersonen klar ist, in welchen Tätigkeiten der Versicherte trotz seiner unfallbedingten Leiden noch zu 100 % arbeitsfähig ist. Weshalb des Weiteren das Invalideneinkommen in casu mittels DAP-Zahlen ermittelt werden soll, wird in der Beschwerde nicht weiter begründet. Da die Rechtskonformität der LSE-Invaliditätsbemessung im konkreten Fall nicht zweifelhaft ist ( BGE 129 V 472 ), erübrigen sich diesbezüglich Weiterungen. Es ist dem Versicherten zwar beizupflichten, dass die Tabellenlöhne der LSE 2006 (ebenso wie diejenigen der letztinstanzlich beigezogenen LSE 2004), Tabelle A1, Anforderungsniveau 4, monatlicher Bruttolohn von Männern in allen Wirtschaftszweigen des privaten Sektors ("Total") teilweise für Arbeiten gelten, welche unfallbedingt nicht mehr in Frage kommen. Allerdings übersieht er bei seiner Argumentation, dass diesem Umstand durch die Berücksichtigung eines leidensbedingten Abzuges Rechnung getragen wird (Erwägung 4.2.4 nachfolgend). Soweit er schliesslich vorbringen lässt, als Basis des Invalideneinkommens habe der gesamtschweizerische Medianwert im Gastgewerbe (Anforderungsniveau 4) zu gelten, kann ihm ebenfalls nicht gefolgt werden, auch wenn er zwischenzeitlich wieder in reduziertem Mass für die ehemalige Arbeitgeberin tätig war. Unter Berücksichtigung der Schulterproblematik steht ihm ein breites Spektrum an Hilfsarbeitertätigkeiten offen, in welchen ein ganztägiger Einsatz zumutbar ist. Die dem Leiden am besten angepassten Beschäftigungen lassen sich gemäss den ärztlichen Angaben eben gerade nicht im Gastgewerbe finden.

#### **E. 4.2.4.1**

Die Frage, ob ein Abzug nach Massgabe der Grundsätze von BGE 126 V 75 vorzunehmen sei, ist rechtlicher Natur, die Bestimmung eines solchen Abzuges dagegen Ermessensfrage, welche als solche nicht überprüfbar ist ( Art. 95 und 97 BGG ). Gerügt werden kann - auch auf dem Gebiet der Geldleistungen der Unfallversicherung - nur die Höhe des Abzuges im Hinblick auf Ermessensüberschreitung oder -missbrauch als Formen rechtsfehlerhafter ( Art. 95 lit. a BGG ) Ermessensbetätigung ( BGE 132 V 393 E. 3.3. S. 399). Ist über die ärztliche Bezeichnung des massgebenden Pensums hinaus zusätzlichen Einschränkungen - wie vermindertes Rendement pro Zeiteinheit wegen verlangsamter Arbeitsweise, Bedarf nach ausserordentlichen Pausen - Rechnung zu tragen oder ist die funktionelle Einschränkung ihrer besonderen Natur nach nicht ohne weiteres mit den Anforderungen vereinbar, vermag dieser Umstand grundsätzlich einen leidensbedingten Abzug zu begründen (Urteil [des Bundesgerichts] 9C\_119/2008 vom 16. Juli 2008 E. 2.3.1). Zu beachten ist jedoch, dass allfällige bereits in der Beurteilung der medizinischen Arbeitsfähigkeit enthaltene gesundheitliche Einschränkungen nicht zusätzlich in die Bemessung des leidensbedingten Abzuges einfließen und so zu einer doppelten Anrechnung desselben Gesichtspunktes führen.

#### **E. 4.2.4.2**

Vorliegend macht der Beschwerdeführer geltend, mit Blick auf seine ungenügende Schul- und Berufsbildung, seine mangelnden Deutschkenntnisse, sein Alter, seine Nationalität und seine jahrelange Beschäftigung im Gastgewerbe infolge Aufgabe der besser bezahlten angestammten Tätigkeiten, sei der leidensbedingte Abzug auf 25 % zu erhöhen. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Alter des Versicherten kaum ins Gewicht fällt, weil Hilfsarbeiten auf dem massgebenden hypothetischen ausgeglichenen Arbeitsmarkt ( Art. 16 ATSG ) grundsätzlich altersunabhängig nachgefragt werden und sich das Alter bei Männer-Hilfsarbeitertätigkeiten im hier relevanten Anforderungsniveau 4 im Alter von 50 bis 63/65 sogar lohn erhöhend auswirkt (LSE 2004 Tabelle A9 S. 65). Die Ausländereigenschaft (Italien) hat beim während mehreren Jahrzehnten in der Schweiz erwerbstätig gewesenen Beschwerdeführer keine negativen Auswirkungen auf den Verdienst. Im Hinblick auf die ihm zumutbare Erwerbstätigkeit im Anforderungsniveau 4 (einfache und repetitive Tätigkeiten) lässt sich ein Abzug vom Tabellenlohn infolge sprachlicher Schwierigkeiten ebenfalls nicht rechtfertigen. Im Übrigen war es ihm in seiner letzten Tätigkeit im Gastgewerbe trotz seiner behaupteten Sprachschwierigkeiten möglich, ein weitaus überdurchschnittliches Einkommen zu erwirtschaften. Mangelnde Schul- und Berufsbildung geben keinen Anlass zu einem leidensbedingten Abzug. Es stehen ihm viele Stellenprofile offen, welche den medizinischen Anforderungen an eine angepasste Tätigkeit gerecht werden, ohne dass sie deswegen mit höheren Erfordernissen bezüglich Ausbildung und Sprachkenntnissen verbunden wären. Der Abzug vom Tabellenlohn umfasst demgemäss hier nur die unmittelbar leidensbezogenen arbeitsmarktlichen Nachteile. Soweit die Beschwerdegegnerin und das kantonale Gericht unter Berücksichtigung der unfallbedingten Einschränkungen in einem Vollzeitpensum einen Abzug am Tabellenlohn von insgesamt 10 % vorgenommen haben, liegt unter diesen Umständen weder ein Ermessensmissbrauch noch eine Ermessensüber- oder -unterschreitung vor. Bei einem 10%igen Abzug ergibt sich ein Invalideneinkommen von Fr. 53'277.60. Verglichen mit dem Valideneinkommen von Fr. 58'298.35 resultiert ein - rentenausschliessender - Invaliditätsgrad von 9 % ( BGE 130 V 121 ).

#### **E. 5**

Der unentgeltliche Rechtsbeistand ist legitimiert, gegen die Festsetzung seines Honorars durch das kantonale Gericht in eigenem Namen ( BGE 110 V 360 E. 2 S. 363; Urteil [des Eidg. Versicherungsgerichts] C 130/99 vom 11. Juni 2001, in: SVR 2002 ALV Nr. 3 S. 5; UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Aufl. 2009, N. 109 zu Art. 61 ATSG ) Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu führen ( Art. 89 Abs. 1 BGG ). Da der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (auch) in Bezug auf die Höhe der ihm im kantonalen Verfahren zugesprochenen Entschädigung nicht in eigenem Namen, sondern in Vertretung des Versicherten Beschwerde führt, kann auf das Rechtsmittel insoweit mangels Beschwerdelegitimation nicht eingetreten werden.

#### **E. 6**

Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 65 Abs. 1 und Abs. 4 lit. a BGG). Die Gerichtskosten werden dem unterliegenden Beschwerdeführer auferlegt ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Dem Gesuch um unentgeltliche Prozessführung (im Sinne der vorläufigen Befreiung von den Gerichtskosten und der unentgeltlichen Verbeiständung) kann entsprochen werden, da die Bedürftigkeit ausgewiesen ist, die Beschwerde nicht als aussichtslos zu bezeichnen und die Vertretung durch einen Rechtsanwalt geboten war ( Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG ; BGE 125 V 371 E. 5b S. 372 mit Hinweisen). Es wird indessen

ausdrücklich auf Art. 64 Abs. 4 BGG aufmerksam gemacht, wonach die begünstigte Partei der Gerichtskasse Ersatz zu leisten haben wird, wenn sie später dazu im Stande ist.

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