

# **GL\_GERICHTE VG.2020.00032 vom 13. August 2020**

GL Gerichte, 2020-08-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gl\\_gerichte\\_VG.2020.00032](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gl_gerichte_VG.2020.00032)

FR: GL\_GERICHTE VG.2020.00032 du 13 août 2020

IT: GL\_GERICHTE VG.2020.00032 del 13 agosto 2020

## **Regeste**

Sozialversicherung - Unfallversicherung

## **Erwägungen**

### **E. 6.1.1**

Für die Ermittlung des Valideneinkommens ist entscheidend, was der Versicherte im Zeitpunkt des Rentenbeginns nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunder tatsächlich verdient hätte. Dabei wird in der Regel beim zuletzt erzielten, nötigenfalls der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung angepassten Verdienst angeknüpft, da es einer empirischen Erfahrung entspricht, dass die bisherige Tätigkeit ohne Gesundheitsschaden fortgesetzt worden wäre. Grundsätzlich ist dabei auf die konkreten Lohnangaben des ehemaligen Arbeitgebers abzustellen, wenn angenommen werden kann, der Beschwerdeführer wäre, wäre er nicht invalid geworden, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit weiterhin beim selben Arbeitgeber tätig (vgl. dazu BGE 134 V 322 E. 4.1; 129 V 222 E. 4.3.1). Für die Ermittlung des hypothetischen Valideneinkommens ist relevant, was grundsätzlich zum massgebenden Lohn gemäss dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHVG) zu zählen ist (BGer-Urteil 8C\_465/2009 vom 12. Februar 2010 E. 2.1, mit Hinweisen). Als massgebender Lohn nach Art. 5 Abs. 2 AHVG gilt jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit. Er umfasst unter anderem auch Teuerungs- und andere Lohnzulagen sowie Ferien- und Feiertagsentschädigungen (vgl. Art. 7 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 [AHVV]).

### **E. 6.1.2**

Der Beschwerdeführer erhebt zu Recht keine Einwendungen dagegen, dass die Beschwerdegegnerin zur Bestimmung des Valideneinkommens die Lohnangaben seiner früheren Arbeitgeberin heranzog. Aus den Akten zeigt sich, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2019 einen Stundenlohn von Fr. 28.- erzielt hätte. Darauf ist abzustellen, wird doch damit der Mindestlohn für Bauarbeiter ohne Fachkenntnisse gemäss Art. 41 Abs. 2 des Landesmantelvertrages des Schweizerischen Bauhaupt-gewerbes der Jahre 2019 – 2022 (LMV) nicht unterschritten.

### **E. 6.1.3**

Für die Berechnung des Valideneinkommens ist die jährliche Arbeitszeit von 2'112 Stunden ausschlaggebend (vgl. Art. 24 Abs. 2 LMV sowie den Bundesrats-beschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe vom 6. Februar 2019). 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

Bruttosollarbeitszeit vor Abzug der allgemeinen Nichtleistungsstunden definiert wird. Damit sind von der Jahresarbeitszeit von 2'112 Stunden die Ferien (5 Wochen à 40.5 Stunden = 202.5 Stunden; vgl. Art. 34 Abs. 1 LMV) abzuziehen. Die acht Feiertage nach Art. 38 Abs. 1 LMV sind hingegen nicht zu subtrahieren, da sie wie normale Arbeitszeit zu entschädigen sind (Art. 38 Abs. 2 LMV; vgl. BGer-Urteil 8C\_61/2012 vom 25. April 2012 E. 2.6, 9C\_232/2010 vom 13. Oktober 2010 E. 3.2, 8C\_1028/2009 vom 21. Mai 2010 E. 9.3). Zu berücksichtigen bleibt die Ferienentschädigung von 10,6 % gemäss Art. 34 Abs. 1 LMV, woraus folglich ein Jahreseinkommen von Fr. 59'133.40 ( $1'909.5 \times \text{Fr. } 28.- \times 1.106$ ) resultiert. Würde hingegen der Argumentation des Beschwerdeführers gefolgt und die Ferien- sowie die Feiertagsentschädigung ausgehend von der Bruttosollarbeitszeit von 2'112 Stunden berechnet, würden die Feiertage wie auch die Ferientage doppelt berücksichtigt, was nicht sachgerecht wäre. Insofern der Beschwerdeführer überdies der Ansicht ist, die Beschwerdegegnerin hätte abzuklären, ob er die Ferien auch tatsächlich bezogen hatte, ist er darauf hinzuweisen, dass der Bezug von Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden darf (vgl. Art. 329d Abs. 3 i.V.m. Art. 362 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR]). Daraus darf geschlossen werden, dass der Beschwerdeführer die Ferien auch tatsächlich bezogen hat, zumal er keine gegenteiligen Ausführungen macht. Sodann zeigt sich aus den Lohnabrechnungen des Beschwerdeführers, dass er von April 2015 bis und mit April 2016 weniger als die Nettoarbeitszeit von 1'909.5 Stunden arbeitete, was zum einen auf einen tatsächlichen Bezug der Ferien hindeutet. Zum anderen kann daraus ebenfalls geschlossen werden, dass der Beschwerdeführer keine Mehrstunden leistete, woraus folgt, dass entgegen dessen Ansicht nicht zu prüfen ist, ob ein Mehrstundenzuschlag zu gewähren ist.

#### **E. 6.1.4**

Weiter ist der 13. Monatslohn in der Höhe von 8,33 % gemäss Art. 50 Abs. 1 LMV anzurechnen. Dabei ist zu beachten, dass auch der während den Ferien bezogene Lohn in die Berechnung des 13. Monatslohns miteinzubeziehen ist, was sich explizit aus Ziffer 301 Anhang 8 des LMV ergibt (vgl. BGer-Urteil 8C\_61/2012 vom 25. April 2012 E. 2.6). Nicht zu berücksichtigen ist bei der Berechnung des 13. Monatslohns der entrichtete Zuschlag für die Reisezeit, sofern deren Abrechnung aufgrund von vereinbarten pauschalen Frankenbeiträgen erfolgt (vgl. Anhang 8 Ziffer 503 LMV). Da der Beschwerdeführer mit seinem ehemaligen Arbeitgeber eine tägliche Entschädigung für Reisezeit von pauschal Fr. 11.- vereinbarte, entfällt deren Berücksichtigung bei der Berechnung des 13. Monatslohns. Folglich ergibt sich ein Jahreseinkommen von Fr. 64'059.20 ( $\text{Fr. } 59'133.40 + 8,33\%$ ).

#### **E. 6.1.5**

Dass die vereinbarte und entrichtete Reisezeitentschädigung einen Lohnbestandteil darstellt, ist unbestritten. Dabei ist zu beachten, dass während den Ferien wie auch während den Feiertagen keine Reisezeitentschädigung ausgerichtet wird, weshalb die Ferientage und die Feiertage diesbezüglich unberücksichtigt zu bleiben haben. Folglich ist eine Reisezeitentschädigung für 227.4 Arbeitstage ( $[2'112 \text{ Stunden Jahresarbeitszeit} - 202.5 \text{ Ferienstunden}] / [40.5 \text{ Wochenstunden} / 5 \text{ Arbeitstage pro Woche}] - 8 \text{ Feiertage} = 227.74 \text{ Arbeitstage pro Jahr}$ ) in die Berechnung miteinzubeziehen, womit Fr. 2'505.15 ( $227.74 \times \text{Fr. } 11.-$ ) dem Valideneinkommen hinzuzurechnen sind.

### **E. 6.1.6**

Soweit die Beschwerdegegnerin bei der Festsetzung des Valideneinkommens die dem Beschwerdeführer entrichtete Mittagzulage von jeweils Fr. 15.- nicht berücksichtigte, ist ihr nicht zu folgen. Denn ob die Mittagzulage in die Berechnung des versicherten Verdienstes und des Valideneinkommens einzubeziehen ist, hängt davon ab, ob sie eine regelmässige Entschädigung für die übliche Verpflegung am Wohnort oder am gewöhnlichen Arbeitsort war, welche zum massgebenden Lohn gehört (Art. 9 Abs. 2 AHVV; BGer-Urteil 8C\_430/2010 vom 28. September 2010 E. 6.3). Aus den Lohnabrechnungen der Monate April 2015 bis April 2016 zeigt sich, dass dem Beschwerdeführer allmonatlich eine Mittagzulage entrichtet wurde. Deren Anzahl stimmt zudem jeweils mit der Anzahl der ausbezahlten Reisezeitentschädigungen überein, woraus einzig folgen kann, dass sich der gewöhnliche Arbeitsort des Beschwerdeführers auf auswärtigen Baustellen befand. Entsprechend stellte die Mittagzulage eine Abgeltung für Verpflegungskosten dar, womit es sich bei der Mittagzulage um der AHV-Beitragspflicht unterliegenden massgeblichen Lohn handelt (vgl. auch Art. 60 Abs. 2 LMV). Da die Mittagzulage während den Ferien und den Feiertagen nicht entrichtet wird, rechtfertigt es sich, eine jährliche Mittagzulage von Fr. 3'416.10 (227.74 Arbeitstage pro Jahr x Fr. 15.-) bei der Festsetzung des Valideneinkommens zu berücksichtigen. Diese ist jedoch bei der Berechnung des 13. Monatslohns ausser Acht zu lassen (vgl. Anhang 8 Ziffer 601 LMV). Zusammenfassend beträgt das gesamte Jahreseinkommen und damit das Valideneinkommen des Beschwerdeführers Fr. 69'980.45 ([Fr. 59'133.40 + 8,33 %] + Fr. 2'505.15 Reisezeitentschädigung + Fr. 3'416.10 Mittagzulage).

### **E. 6.2.1**

Für die Ermittlung des Invalideneinkommens ist primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht. Übt sie nach Eintritt der Invalidität keine Erwerbstätigkeit aus, namentlich weil die versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder jedenfalls keine an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, so ist auf Erwerbstätigkeiten abzustellen, die der versicherten Person angesichts ihrer Ausbildung und ihrer physischen sowie intellektuellen Eignung zugänglich wären. Rechtsprechungsgemäss werden hierzu die Tabellenlöhne der Lohnstrukturerhebung des Bundesamts für Statistik (LSE) herangezogen (BGE 129 V 472 E. 4.2.1). Ausnahmsweise kann bei Personen, welche vor der Gesundheitsschädigung lange Zeit in diesem Bereich tätig waren und bei denen eine Arbeit in anderen Bereichen kaum in Frage kommt, auf das statistische Durchschnittseinkommen einzelner Branchen abgestellt werden, wenn dies sachgerecht erscheint, um der im Einzelfall zumutbaren erwerblichen Verwertung der verbleibenden Arbeitsfähigkeit Rechnung zu tragen (vgl. BGer-Urteil 8C\_457/2017 vom 11. Oktober 2017 E. 6.2, mit Hinweisen).

### **E. 6.2.2**

Dem Beschwerdeführer ist gemäss dem ärztlich umschriebenen Leistungsprofil eine bis knapp mittelschwere (regelmässig bis 15 kg, ausnahmsweise auch 20 bis 25 kg), wechselbelastende Tätigkeit vollschichtig und vollzeitig zumutbar. Nicht zumutbar sind Tätigkeiten in der Höhe mit Absturzgefahr sowie Tätigkeiten auf unebenem Boden oder in abschüssigem Gelände, kniende Tätigkeiten sowie Tätigkeiten, die zu heftigen Erschütterungen und Vibrationen des linken Beins führen. Entsprechend ist auch die früher ausgeübte Tätigkeit als Bauhilfsarbeiter andauernd nicht mehr möglich. Hingegen gibt es insbesondere im Bereich der Produktion verschiedene Tätigkeiten, welche er mit dem

soeben umschriebenen Leistungsprofil ausüben kann. Zwar war der Beschwerdeführer seit seiner Einreise in die Schweiz bis zu seinem Unfall sieben Jahre auf dem Bau tätig. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass für ihn keine andere Tätigkeit in einem anderen Bereich in Frage kommen würde, zumal er erst 34 Jahre alt ist. Entsprechend liegt kein Ausnahmefall vor, welcher das Abstellen auf das statistische Durchschnitts-einkommen der Baubranche rechtfertigen würde. Stattdessen ist die LSE 2016 für die Festsetzung des Invalideneinkommens heranzuziehen. Auszugzugehen ist von Tabelle TA1, Kompetenzniveau 1, Total Männer, welche ein monatliches Einkommen von Fr. 5'340.- für Männer ausweist. Aufgerechnet auf ein Jahr und die übliche Arbeitszeit von 41,7 Stunden resultiert so ein Einkommen von Fr. 66'803.40 (Fr. 5'340.- x 12 x 41,7 / 40). Indexiert auf das Jahr 2019 ergibt sich ein Invalideneinkommen von Fr. 68'012.60 (Fr. 66'803.40 x 1.004 x 1.005 x 1.009).

### **E. 6.3.1**

Wird das Invalideneinkommen wie vorliegend auf der Grundlage von statistischen Durchschnittswerten ermittelt, ist der entsprechende Ausgangswert allenfalls zu kürzen. Praxisgemäss können persönliche und berufliche Merkmale der versicherten Person wie Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Nationalität oder Aufenthaltskategorie sowie Beschäftigungsgrad einen Abzug von dem nach den Tabellenlöhnen der LSE zu ermittelnden Invalideneinkommen rechtfertigen, soweit anzunehmen ist, dass die trotz des Gesundheitsschadens verbleibende Leistungsfähigkeit infolge eines oder mehrerer dieser Merkmale auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem Einkommen verwertet werden kann (BGE 134 V 322 E. 5.2, mit Hinweis). Ein Abzug soll aber nicht automatisch, sondern nur dann erfolgen, wenn im Einzelfall Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die versicherte Person wegen eines oder mehrerer dieser Merkmale ihre gesundheitlich bedingte (Rest-)Arbeitsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem Einkommen verwerten kann. Bei der Bestimmung der Höhe des Abzugs ist der Einfluss aller in Betracht fallenden Merkmale auf das Invalideneinkommen unter Würdigung der Umstände im Einzelfall gesamthaft zu schätzen und insgesamt auf höchstens 25 % des Tabellenlohns zu begrenzen (vgl. zum Ganzen BGE 126 V 75). Die Frage, ob ein Abzug nach Massgabe der Grundsätze von BGE 126 V 75 vorzunehmen sei, ist rechtlicher Natur, die Bestimmung der Höhe eines solchen Abzugs dagegen Ermessensfrage (BGer-Urteil 8C\_530/2015, 8C\_563/2015 vom 6. Januar 2016 E. 6.1.2).

### **E. 6.3.2**

Vorliegend ist mit Blick auf das von Dr. D.\_\_\_\_\_ umschriebene Zumutbarkeitsprofil von einem genügend breiten Spektrum an zumutbaren Verweisungstätigkeiten auszugehen, welche keine besondere Beanspruchung des linken Unterschenkels erfordern. So stehen dem Beschwerdeführer beispielsweise in stehender wie auch in sitzender Position auszuführende Hilfsarbeiten in der Produktion offen, welche auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt grundsätzlich altersunabhängig nachgefragt werden. Ferner ist der Beschwerdeführer im Rahmen eines Vollzeitpensums arbeitsfähig, wobei es die ihm auferlegten Einschränkungen der angepassten Arbeitstätigkeit nicht als unrealistisch erscheinen lassen, eine Arbeitsstelle zu finden (vgl. BGer-Urteil I 69/07 vom 2. November 2007 E. 5.1 f). Sodann rechtfertigt allein der Umstand, dass ihm höchstens nur noch bis knapp mittelschwere Erwerbstätigkeiten zumutbar sind, keinen Abzug vom Tabellenlohn (vgl. BGer-Urteil 8C\_82/2019 vom 19. September 2019 E. 6.3.2). Die eingeschränkte Belastbarkeit des Beschwerdeführers sowie seine Schmerzen sind überdies bereits bei der

Umschreibung des ihm zumutbaren Leistungsprofils berücksichtigt worden. Dies kann unter dem Titel des Tabellenlohnabzugs nicht erneut und damit doppelt beachtet werden. Weitere Gründe für einen allfälligen Abzug sind schliesslich nicht ersichtlich und werden vom Beschwerdeführer auch nicht substantiiert dargelegt. Der pauschale Hinweis darauf, dass er aufgrund seines bereits erlittenen Unfalls mit einem unterdurchschnittlichen Einkommen rechnen müsse, genügt zumindest nicht für die Gewährung eines Abzugs vom Tabellenlohn. Der Vollständigkeit halber hinzuweisen bleibt darauf, dass die Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren einen Abzug vom Tabellenlohn von 5 % gewährte. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass das Verwaltungsgericht nach Art. 61 lit. d ATSG an die Begehren der Parteien nicht gebunden ist und daher die Beschwerde gestützt auf einen anderen Grund als die Vorinstanz abweisen darf (BGE 140 V 136 E. 1.1). Da auch die Beschwerdegegnerin im Dispositiv des Einspracheentscheids zum Schluss kam, dass kein rentenbegründender Invaliditätsgrad gegeben ist, liegt keine Schlechterstellung des Beschwerdeführers vor, welche die Gewährung einer vorgängigen Gelegenheit zur Stellungnahme nötig gemacht hätte (vgl. Art. 61 lit. d ATSG; Bollinger, Art. 61 N. 51).

#### **E. 6.4**

Stellt man unter Anwendung des Einkommensvergleichs das Invalideneinkommen von Fr. 68'012.60 dem jährlichen Valideneinkommen von Fr. 69'980.45 gegenüber, resultiert ein unfallversicherungsrechtlicher Invaliditätsgrad von gerundet 3 %, was keinen Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Invalidenrente der Unfallversicherung begründet. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. III. 1. Die Gerichtskosten sind von Gesetzes wegen auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 1 Abs. 1 UVG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG). Da der Beschwerdeführer unterliegt, steht ihm keine Parteientschädigung zu (Art. 1 Abs. 1 UVG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG e contrario). 2. 2.1 Der Beschwerdeführer beantragt die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und der unentgeltlichen Rechtsverteidigung. Gemäss Art. 139 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Mai 1986 (VRG) befreit die Behörde eine Partei, der die Mittel fehlen um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Verfahrenskosten aufzubringen, auf Gesuch hin ganz oder teilweise von der Kosten- und Vorschusspflicht, sofern das Verfahren nicht aussichtslos ist. Der Nachweis der Bedürftigkeit obliegt nach Art. 139 Abs. 3 VRG der gesuchstellenden Partei. 2.2 Da die Gerichtskosten auf die Staatskasse zu nehmen sind, ist das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung als gegenstandslos geworden abzuschreiben. 2.3 Die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers erscheint aufgrund der Aktenlage als offensichtlich. Zudem kann das vorliegende Verfahren nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Da der Beschwerdeführer auf eine rechtliche Vertretung angewiesen war, ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung gutzuheissen und ihm ist in der Person von Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Dieser ist mit Fr. 2'000.- (inkl. Mehrwertsteuer) zu entschädigen. Der Beschwerdeführer ist darauf hinzuweisen, dass eine Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden ist, für den Fall, dass sie später in günstige wirtschaftliche Verhältnisse gelangt, zur Nachzahlung der Verfahrenskosten verpflichtet werden kann (Art. 139a VRG).