

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT UV.2007.00364 vom 18. Juni 2009

ZH Sozialversicherungsgericht, 2009-06-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_UV.2007.00364

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT UV.2007.00364 du 18 juin 2009

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT UV.2007.00364 del 18 giugno 2009

Erwägungen

E. 3

3.1. Der Beschwerdeführer stützt sich für die geltend gemachten Lohnerhöhungen und Gratifikationen auf die von seinem Sohn Z., welcher Inhaber der Restaurant-Bar A. ist, unterzeichnete Telefonnotiz vom 4. Juli 2003. Darin bestätigte Z. auf Anfrage gegenüber dem Vertreter des Beschwerdeführers, er hätte seinem Vater gemäss dem Gesamtarbeitsvertrag im Jahr 1999 eine Gratifikation von 25 % des Monatslohns ausbezahlt, im Jahr 2000 eine solche von 50 % und ab 2001 eine solche von 100 %. Das seien Minimalwerte, je nach Geschäftsgang wäre auch mehr möglich gewesen. Zudem wäre der Monatslohn jährlich um mindestens Fr. 150.-- gestiegen. Er habe das auch bei anderem Personal so gehandhabt. Daraus ergebe sich für 1999 ein Jahreslohn von Fr. 58'800.--, für 2000 ein Jahreslohn von Fr. 61'875.--, für 2001 ein Jahreslohn von Fr. 66'300.--, für 2002 ein Jahreslohn von Fr. 68'250.-- und für 2003 ein Jahreslohn von Fr. 70'200.-- (Urk. 8/117).

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers vermag diese Telefonnotiz nicht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu belegen, dass er ohne den Unfall und die Arbeitsunfähigkeit im Jahr 1999 und in den darauf folgenden Jahren tatsächlich die oben erwähnten Gratifikationen und Lohnerhöhungen erhalten hätte. Denn Z. hatte in der Unfallmeldung UVG vom 25. November 1999 keine Gratifikation oder den 13. Monatslohn, sondern lediglich den Grundlohn von Fr. 4'800.-- aufgeführt, obwohl es hierfür eine speziell gekennzeichnete Zeile in der Lohntabelle gehabt hätte (Urk. 8/4). Der Unfallmeldung kommt als "Aussage der ersten Stunde" mehr Gewicht zu als dem Inhalt der Telefonnotiz vom 4. Juli 2003, welcher möglicherweise bewusst oder unbewusst von nachträglichen Überlegungen versicherungsrechtlicher oder anderer Art beeinflusst wurde (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 23. November 2006 in Sachen M., U 258/04, Erw. 3.1 mit Hinweisen). Im Juli 2003 war der Beschwerdeführer nämlich bereits seit bald vier Jahren nicht mehr erwerbstätig und es war abzusehen, dass er seine Arbeit in der Restaurant-Bar A. nicht mehr würde aufnehmen können, zumal ihm am 17. Oktober 2002 beziehungsweise am 19. März 2003 vom Y. eine erhebliche Einschränkung in der bisherigen Tätigkeit attestiert worden war (Urk. 8/105, Urk. 8/114). Z. wäre somit nicht mehr in die Lage gekommen, die Gratifikationen sowie die Lohnerhöhungen tatsächlich bezahlen zu lassen. Zusagen, die in einer solchen Situation gemacht werden, sind rein hypothetisch und erscheinen, insbesondere auch aufgrund der familiären Verflechtung zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Sohn als Inhaber der Restaurant-Bar A. als Gefälligkeit. Auch das Argument, Z. hätte die Gratifikation gemäss dem Gesamtarbeitsvertrag ausgerichtet (vgl. Urk. 8/117), vermag

nicht zu überzeugen. Denn der Landes-Gesamtarbeitsvertrag (L-GAV) des Gastgewerbes ist einerseits aufgrund seiner Stellung als Geschäftsleiter-Stellvertreter und andererseits aufgrund seiner familiären Beziehung zum Betriebsleiter (Vater-Sohn-Beziehung) auf den Beschwerdeführer nicht anwendbar (vgl. Art. 1 und Art. 2 L-GAV Gastgewerbe). Ferner hat der Beschwerdeführer bereits einen aussergewöhnlich hohen Grundlohn bezogen. Zwar war er als Geschäftsleiter-Stellvertreter angestellt. Es bestehen jedoch keine Hinweise darauf, dass er über eine Ausbildung oder längerdauernde Berufserfahrung im Gastgewerbe verfügt, besondere Verantwortung übernehmen oder regelmässig Mitarbeiter führen musste, was einen entsprechenden Lohn möglicherweise gerechtfertigt hätte. Vielmehr ergibt sich aus dem UVG-Abklärungsbericht vom 21. Juni 2001, dass der Beschwerdeführer in der Funktion als Geschäftsleiter-Stellvertreter zu 80 % Nachschubarbeiten (beispielsweise Bestellungen) erledigte und zu 20 % die Stellvertretung seines Sohns als Wirt übernahm (Urk. 8/53 S. 2). In Berücksichtigung der im L-GAV vom 19. November 1998 aufgeführten Mindestlöhne für Mitarbeiter ohne Berufslehre und besondere Erfahrung oder Verantwortung von Fr. 2'350.-- beziehungsweise Fr. 2'650.-- (Art. 10 L-GAV Gastgewerbe) erscheint eine Lohnerhöhung von jährlich Fr. 150.-- zum Grundlohn von Fr. 4'800.-- als unrealistisch und unglaubwürdig, zumal sie nicht mit einer beruflichen Weiterentwicklung oder mit der Zunahme von Verantwortung und Kompetenzen im Zusammenhang steht. Zusammengefasst ist somit festzuhalten, dass mit der Telefonnotiz vom 4. Juli 2003 nicht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit dargelegt ist, dass die Gratifikationen und die Lohnerhöhungen ausbezahlt worden wären.

Dem vom Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang gestellten Beweisantrag auf Einvernahme von Z. ___ als Zeugen (Urk. 1 S. 4 f.) ist sodann nicht stattzugeben. Denn es ist davon auszugehen, dass das Ergebnis der Zeugenbefragung mit dem Inhalt der Telefonnotiz vom 4. Juli 2003 übereinstimmen würde, die Zeugenbefragung damit nichts Neues ergäbe (antizipierte Beweiswürdigung, BGE 122 V 157 Erw. 1d S. 162). Dabei käme einer entsprechenden Zeugenaussage keine erhöhte Beweiskraft zu. Denn auch eine Zeugenaussage untersteht der freien richterlichen Beweiswürdigung (vgl. Christian Zünd, Kommentar zum Gesetz über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Zürich 1999, N 22 zu Art. 23; Frank/Struuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, Art. 140 N 4, Art. 148 N 4, Art. 157 N 3). Eine mit der Telefonnotiz übereinstimmende Zeugenaussage würde wie oben erwähnt gewürdigt, zumal es sich ebenfalls um eine hypothetische Aus- und Zusage eines Familienmitgliedes handeln würde, und diese Aussage somit eine reine Behauptung ist.

3.2. Damit sind - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - bei der Bemessung des versicherten Verdienstes und des Valideneinkommens weder die jährlichen Lohnerhöhungen noch die Gratifikationen zu berücksichtigen. Vielmehr ist vom letzten Einkommen des Jahres 1999 von Fr. 57'600.-- (Fr. 4'800.-- x 12 = Fr. 57'600.--; vgl. Urk. 8/4) auszugehen, welches um die Nominallohnentwicklung zu erhöhen ist. Unter Berücksichtigung der Nominallohnentwicklung für Männer ohne von 1835 Punkten im Jahre 1999 auf 1958 Punkte im Jahre 2003 (Die Volkswirtschaft 5-2009, S. 95, und 6-2002, S. 81, Tabelle B10.3) ergibt sich somit ein Valideneinkommen von Fr. 61'461.--.

unfallkausalen Beschwerden in der rechten Schulter, im rechten Arm und der rechten Hand gewisse Anforderungen an die leidensbedingte Tätigkeit zu stellen sind, indem beidhändige Heben von Lasten über 10 kg, beidhändige Überkopparbeiten sowie Schwerarbeiten nicht mehr möglich sind und der rechte Arm beziehungsweise die rechte Hand nur für Hilfsfunktionen eingesetzt werden kann (Urk. 8/105 S. 21 f., S. 24 und S. 27 f., Urk. 8/114; Erw. 2.1). Dabei wiegen diese Einschränkungen nicht derart schwer, zumal beidhändige Tätigkeiten durchaus noch möglich sind. Zudem ist nicht ausgewiesen, dass der Beschwerdeführer vor dem Unfall weit überwiegend körperlicher Schwerarbeit nachkam (vgl. Urk. 1 S. 5; Urk. 8/53 S. 2; vgl. auch Urk. 8/105 S. 7 und S. 9) und ihm nunmehr einzig ganz leichte Tätigkeiten zumutbar sind. Während das Kriterium des fortgeschrittenen Alters (Jahrgang 1942 bei Rentenbeginn im Jahr 2003) zweifellos erfüllt ist, sind die weiteren Kriterien der Dauer der Betriebszugehörigkeit, der Nationalität oder Aufenthaltskategorie (vgl. Urk. 8/105 S. 9) sowie des Beschäftigungsgrads (100%ige Arbeitsfähigkeit in leidensangepasster Tätigkeit; vgl. Erw. 2.1) nicht gegeben, weshalb sie zu keinem weiteren Abzug führen. Dass der Beschwerdeführer praktisch Analphabet ist und nur äusserst rudimentär Deutsch spricht, berechtigt gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche die zu berücksichtigenden Kriterien abschliessend aufzählt, sodann nicht zu einem höheren leidensbedingten Abzug.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Damit ergibt sich ein Invalideneinkommen von Fr. 49'083.-- (Fr. 57'745.-- - 15 % = Fr. 49'083.--). Bei einer Differenz von Fr. 12'378.-- (Fr. 61'461.-- - Fr. 49'083.-- = Fr. 12'378.--) resultiert daher ein Invaliditätsgrad von 20 % (Fr. 12'378.-- / Fr. 61'461.-- = 20 %). Der Beschwerdeführer hat damit ab dem 1. Oktober 2003 Anspruch auf eine Invalidenrente der Unfallversicherung gestützt auf einen Invaliditätsgrad von 20 %.

3.4 Ä Ä Ä Der Beschwerdeführer beantragt, der Invalidenrente sei ein versicherter Verdienst von Fr. 58'800.-- zugrunde zu legen, da er gemäss der Aussage seines Sohnes bereits im Jahr 1999 eine Gratifikation von 25 % erhalten hätte (Fr. 57'600.-- + Fr. 1'200.-- = Fr. 58'800.--; Urk. 1 S. 2 und S. 4).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Bemessung des versicherten Verdienstes für die Berechnung der Invalidenrente erfolgt gestützt auf Art. 15 UVG beziehungsweise Art. 22 Abs. 4 Satz 1 und 2 UVV, zumal nicht geltend gemacht wird, dass ein Sonderfall gemäss Art. 24 UVV vorliegt, und hierfür auch keine Anhaltspunkte bestehen (vgl. Urk. 8/53 S. 2). Da das Arbeitsverhältnis mit der Restaurant-Bar A. am 1. August 1999 begann und damit bis zum Unfall am 16. September 1999 nicht ein ganzes Jahr dauerte, ist der in dieser Zeit bezogene Lohn auf ein volles Jahr umzurechnen. Dabei ist von dem auf der Unfallmeldung vom 25. November 1999 aufgeführten Monatslohn von Fr. 4'800.-- auszugehen, womit ein versicherter Verdienst von Fr. 57'600.-- resultiert (Fr. 4'800.-- x 12 = Fr. 57'600.--). Denn - wie bereits oben erwähnt - ergibt sich aus der Telefonnotiz vom 4. Juli 2003 nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer im Jahr 1999 eine Gratifikation im Umfang von 25 % erhalten hätte, weshalb eine solche keine Berücksichtigung finden kann. Zudem kann weder aus einem Arbeitsvertrag noch aus dem L-GAV ein Rechtsanspruch auf weitere noch nicht ausbezahlte Lohnbestandteile, welche zu berücksichtigen wären, abgeleitet werden.

4. Ä Ä Ä Ä Ä Ä

4.1 Schliesslich ist die Höhe des den Taggeldern zugrunde zu legenden versicherten Verdienstes zu prüfen. Der Beschwerdeführer macht diesbezüglich erneut geltend, es seien bei dessen Ermittlung die jährlich steigenden Gratifikationen und die jährlichen Lohnerhöhungen zu berücksichtigen. Der versicherte Verdienst sei somit anfänglich mit Fr. 58'800.-- und ab 2001 mit Fr. 66'300.-- zu beziffern, letzteres in Anwendung von Art. 23 Abs. 7 UVV, weil der Lohn im Jahr 2001 um mehr als 10 % höher gewesen wäre als im Jahr 1999 (Urk. 1 S. 5).

4.2 Auf diese Vorbringen kann nach dem Gesagten nicht abgestellt werden. Grundlage für die Bemessung des die Taggelder betreffenden versicherten Verdienstes ist der letzte vor dem Unfall bezogene Lohn einschliesslich noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht (Art. 15 UVG und Art. 22 Abs. 3 UVV). Der letzte vor dem Unfall bezogene Lohn betrug Fr. 4'800.-- (Urk. 8/3-4), womit sich hochgerechnet auf ein Jahr Fr. 57'600.-- ergeben. Wird dieser Betrag für den Zeitraum bis zur Einstellung der Taggelder per 30. September 2003 (Urk. 8/158) um die Nominallohnentwicklung erhöht, ergibt sich im Jahr 2003 ein versicherter Verdienst von Fr. 61'461.-- (Nominallohnentwicklung für Männerlöhne von 1835 Punkten im Jahre 1999 auf 1958 Punkte im Jahre 2003; Die Volkswirtschaft 5-2009, S. 95, und 6-2002, S. 81, Tabelle B10.3). Im Zeitraum von 1999 bis 2003 erhöhte sich demnach der Lohn um 6,7 % (Fr. 61'461.-- / Fr. 57'600.--), womit der Sonderfall gemäss Art. 23 Abs. 7 UVV - mangels Erreichen einer 10%igen Erhöhung - nicht zur Anwendung gelangt. Damit ist für die Bemessung der Taggelder bis Ende September 2003 auf einen versicherten Verdienst von Fr. 57'600.-- abzustellen.

Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

Das Gericht erkennt:

- Die Beschwerde wird abgewiesen.
- Das Verfahren ist kostenlos.
- Zustellung gegen Empfangsschein an:
 - Max S. Merkli
 - SWICA Krankenversicherung AG
 - Bundesamt für Gesundheit

4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

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