

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT UV.2007.00393 vom 2. März 2009

ZH Sozialversicherungsgericht, 2009-03-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_UV.2007.00393

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT UV.2007.00393 du 2 mars 2009

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT UV.2007.00393 del 2 marzo 2009

Erwägungen

E. 1

1.1 Die zugespochene Integritätsentscheidung wurde nicht angefochten, womit die Verfügung diesbezüglich in Teilrechtskraft erwachsen ist.

Sodann gehen die Parteien übereinstimmend von einem hypothetischen Invalideneinkommen von Fr. 43'643.-- im Jahr 2005 aus (Urk. 11/36 S. 2, Urk. 1 S. 8 Ziff. 4).

Strittig ist im vorliegenden Verfahren somit ausschliesslich - im Hinblick auf die Ermittlung des Invaliditätsgrades - die Höhe des hypothetischen Valideneinkommens.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Ermittlung des Valideneinkommens entscheidend, was die versicherte Person im Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns 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 Erw. 4.3.1 S. 224 mit Hinweisen).

Der Rentenanspruch gemäss 18 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG) entsteht, wenn von der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung keine namhafte Besserung des Gesundheitszustandes erwartet werden kann und allfällige Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung abgeschlossen sind. Mit dem Rentenbeginn fallen die Heilbehandlung und die Taggeldleistungen dahin (Art. 19 Abs. 1 UVG).

Extratrinkgelder (overtips) im Taxigewerbe gelten grundsätzlich nicht als massgebender Lohn; sie sind damit bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes für die Bemessung der Invalidenrente der Unfallversicherung ausser acht zu lassen (BGE 115 V 416 Erw. 5 S. 419 ff.).

Auch im Gastgewerbe ist der Service im Preis inbegriffen; die Berücksichtigung zusätzlicher Trinkgelder (Overtips) würde voraussetzen, dass darauf paritätische Beiträge erhoben wurden (Urteil des Bundesgerichts vom 29. August 2007 i.S. P., 9C_386/2007, Erw. 5).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Lediglich behauptete und nicht nachgewiesene Trinkgelder (im Gastgewerbe) sind bei der Ermittlung der Überschreibensgrenze des mutmasslich entgangenen Verdienstes nicht zu berücksichtigen, zumal es nicht angeht, dass erhebliche Einkünfte beitragsmässig nicht erfasst werden, diese dann aber im Schadenfall als erzielt Valideneinkommen gegenüber der Unfallversicherung (nicht veröffentlichtes Urteil R. vom 23. Juni 1999, U 222/97) oder im Rahmen der Überschreibensberechnung gegenüber dem Berufsvorsorgeversicherer geltend gemacht werden (Urteil des Bundesgerichts vom 26. Januar 2007 i.S. L., B 83/06, Erw. 7.2).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Beim Fehlen geeigneter Beweise finden nicht mit der Ausgleichskasse abgerechnete Trinkgelder für das hypothetische Valideneinkommen keine Berücksichtigung. Einzig der Hinweis auf die Erfahrungstatsache, dass im Gastgewerbe oftmals auch Trinkgelder bezahlt werden, genügt nicht (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 20. Oktober 2003 i.S. B., I 225/02, Erw. 3.1).

1.5 Ä Ä Ä Der erstinstanzliche Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (Art. 61 lit. c ATSG). Danach hat das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 193 Erw. 2 S. 195; 122 V 157 Erw. 1a S. 158; vgl. BGE 130 I 180 Erw. 3.2 S. 183).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Der Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne einer Beweisführungslast begriffsnotwendig aus. Im Sozialversicherungsprozess tragen mithin die Parteien in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 117 V 261 Erw. 3b S. 264).

E. 2

2.1 Ä Ä Ä Die Beschwerdegegnerin ging davon aus, gemäss Auskunft der damaligen Arbeitgeberin würde die Beschwerdeführerin heute maximal Fr. 3'596.-- pro Monat verdienen. Dies entspreche dem Mindestlohn einer gelernten Servicefachangestellten, obwohl die Beschwerdeführerin einen solchen Berufsabschluss nicht besitze. Bei 41 Wochenstunden und 4 Ferienwochen gemäss Landes-Gesamtarbeitsvertrag (L-GAV) entspreche dies Fr. 46'748.-- pro Jahr (Urk. 11/36 S. 2).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Von diesem Einkommen (beziehungsweise lediglich Fr. 43'332.--; Urk. 10 S. 8 oben) sei auch die Invalidenversicherung ausgegangen, deren Berechnung von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet worden sei. Das von der Beschwerdeführerin behauptete Valideneinkommen von Fr. 65'000.-- sei nicht belegt (Urk. 2 S. 2 Mitte).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Wohl habe die Beschwerdeführerin gemäss Auszug aus dem individuellen Konto (IK-Auszug) zwischen 1997 und 2000 als Serviceangestellte tatsächlich Fr. 51'000.-- pro Jahr verdient. Im Jahr 2001 habe sie dann aber nur Fr. 45'766.-- verdient und als Selbständigerwerbende sei ihr Durchschnittsverdienst noch

tiefer (Urk. 2 S. 2 oben).

Der Monatslohn für ungelernete Service-Angestellte würde ferner (statt Fr. 3'596.-- für Gelernte) Fr. 3'182.-- betragen (Urk. 10 S. 7 unten).

Die von der Beschwerdeführerin für die Jahre 1999 und 2000 geltend gemachten Overtips von Fr. 50.-- pro Tag seien von dieser nicht bewiesen; unabhängig davon, ob diese im Gastgewerbe traditionellerweise in der Lohnabrechnung aufgeführt oder nicht aufgeführt würden, sei nicht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit belegt, dass die Beschwerdeführerin diese tatsächlich realisiert habe (Urk. 21 S. 2 f.). Soweit die Beschwerdeführerin das behauptete Mehreinkommen nicht beweisen könne, weil darauf keine Sozialversicherungsbeiträge abgerechnet worden seien und sie es nicht versteuert habe, habe sie sich schliesslich entsprechende Abgaben und Steuerzahlungen erspart (Urk. 21 S. 5 unten).

Die Beschwerdeführerin stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, aus den entsprechenden Lohnabrechnungen ergebe sich für die Jahre 1999-2001 ein Valideneinkommen von mindestens Fr. 54'000.-- im Jahr (Urk. 11/37 S. 2 f). Ferner seien - im Service nicht unerhebliche - freiwillige Trinkgelder (Overtips) zu berücksichtigen. Diese machten im Durchschnitt mindestens Fr. 50.-- pro Tag aus, mithin rund Fr. 11'000.-- im Jahr (Urk. 11/37 S. 3 Mitte). Beschwerdeweise führte sie aus, realistisch wäre, zirka Fr. 100.-- bis 200.-- pro Tag einzusetzen (Urk. 1 S. 5 oben). Dass sie im Jahr 2001 als Selbständigerwerbende vorübergehend weniger als Fr. 51'000.-- verdient habe, hänge mit der erfahrungsgemäss erforderlichen Aufbauzeit von rund 5 Jahren zusammen; zudem sei diese Tätigkeit ihrer Behinderung nicht angepasst (Urk. 1 S. 6 Mitte).

Die Mindestlöhne gemäss GAV seien nicht massgebend; in der Praxis seien die Löhne nach oben offen und ein Jahreslohn von Fr. 65'000.-- würde für eine erfahrene Barmaid durchaus im üblichen Rahmen liegen (Urk. 1 S. 7). Ohne Berücksichtigung von Overtips habe ihr Bruttolohn in den Jahren 1999 und 2000 bereits Fr. 51'000.-- betragen, was sich auch aus dem IK-Auszug ergebe (Urk. 15 S. 2 unten). Dass Overtips in der geltend gemachten Grössenordnung üblich seien, sei allgemein bekannt und deshalb mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen (Urk. 15 S. 3 oben).

Die Erfassung im Rahmen der Beitragspflicht sei nur Voraussetzung für die Berücksichtigung als massgebender Lohn in der Unfallversicherung und die frankennässige Rentenberechnung in der Invalidenversicherung, nicht aber im Zusammenhang mit der Ermittlung des hypothetischen Valideneinkommens (Urk. 15 S. 3 f.).

E. 3

3.1 Gemäss ihren Angaben in der Anmeldung bei der Invalidenversicherung (Urk. 11/H5/3 = Urk. 11/IV/1) absolvierte die Beschwerdeführerin in ihrem Heimatland die Primarschule und von 1975 bis 1978 eine Lehre als Schneiderin (Ziff. 6.1-6.2) und ist seit 1. September 2001 selbständigerwerbend (Ziff. 6.3.1).

3.2 In der Unfallmeldung vom 30. Juni 1990 (Urk. 11/1) wurde der Monatslohn der Beschwerdeführerin mit Fr. 3'000.-- angegeben (Ziff. 13). Die Taggeldleistungen in den Jahren 1990 und 1991 basierten auf einem versicherten Verdienst von Fr. 36'000.-- im

Jahr (Urk. 11/4-6).

3.3 Die Einträge im IK-Auszug der Beschwerdeführerin lauten von 1989-1991 auf ihren damaligen verheirateten Namen (Urk. 11/H5/7) und ab 1992 auf ihren heutigen Namen (Urk. 11/H5/8 = Urk. 16/2). Bis August 2001 wurden die Beiträge von einem Arbeitgeber abgerechnet, ab September 2001 wurde die Beschwerdeführerin als Selbständigerwerbende geführt. Ab dem Unfalljahr sind folgende Einkommen verzeichnet:

Jahr

Einkommen in Fr.

1990

20'287

1991

32'200

1992

42'573

1993

43'550

1994

45'500

1995

38'970

1996

49'948

1997

51'000

1998

51'000

1999

51'000

2000

51'000

2001

45'766

2002

22'600

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä In den Jahresabschlüssen des seit 1. September 2001 von der Beschwerdeführerin und ihrem Ehemann betriebenen Lokals (Urk. 11/H5/11-13) wurden folgende Betriebsgewinne ausgewiesen, welche auch die Beschwerdeführerin in ihrer Anmeldung bei der Invalidenversicherung als im betreffenden Jahr erzielte Einkommen angab (Urk. 11/IV/1 Ziff. 6.3.1):

2001

14'929

2002

46'525

2003

54'321

3.4 Ä Ä Ä Ä Ä Am 24. April 2006 erkundigte sich die Beschwerdegegnerin bei der vormaligen Arbeitgeberin, wie der Verdienst der Beschwerdeführerin wäre, wenn sie weiterhin dort beschäftigt wäre (Urk. 11/26).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä In Beantwortung dieser Anfrage wurde die Beschwerdegegnerin am 28. Mai 2006 auf den L-GAV des Gastgewerbes verwiesen, wonach sich der Mindestlohn für eine ungelernete Servicemitarbeiterin auf Fr. 3'182.-- pro Monat und für eine Servicefachangestellte auf Fr. 3'596.-- pro Monat belaufe. Es sei anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin je nach Ausbildung heute dieses Gehalt beziehen würde (Urk. 11/29).

3.5 Ä Ä Ä Ä Ä Im Abklärungsbericht für Selbständigerwerbende vom 20. Dezember 2005 über die am 6. September 2005 erfolgte Erhebung (Urk. 11/IV/18) nahm die Invalidenversicherung ein Valideneinkommen von Fr. 43'232.40 an (S. 5 Mitte). Dabei wurde nicht auf die in den Jahresabschlüssen enthaltenen Zahlen über den Betriebsgewinn abgestellt, dies mit der Begründung, das Jahr 2002 sei als Aufbauphase zu werten, es seien erhebliche betriebsfremde Kosten angefallen und 2003 habe sich bereits der Gesundheitsschaden bemerkbar gemacht (S. 4 unten). Vielmehr wurde ein Betätigungsvergleich vorgenommen und für die Bereiche Service/Bar, Reinigungsarbeiten, Kochen entsprechend ihrem Anteil ohne Behinderung der jeweilige Tabellenlohn der Lohnstrukturerhebung (LSE) 2002 bezogen auf eine standardisierte 40-Stundenwoche eingesetzt.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ferner wurde festgehalten, das geschädigte Knie sei 1996 operiert worden und gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin seien vor zwei Jahren erneut Schmerzen aufgetreten (S. 1 unten). Seit 2003 habe sie wegen des Gesundheitsschadens langandauernde Absenzen gehabt (S. 2 oben). Die selbständige Erwerbstätigkeit habe sie, nachdem sie bisher als Serviertochter tätig gewesen sei, aufgenommen, um besser verdienen zu können (S. 2 unten Ziff. 3.2).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Berufsberatung der Invalidenversicherung ging am 20. Dezember 2005 von einem Valideneinkommen von Fr. 43'532.50 im Jahr 2002 aus und rechnete dieses auf Fr. 44'539.23 im Jahr 2004 hoch (Urk. 11/IV/20). Dieser Betrag wurde im ebenfalls am 20. Dezember 2005 erstellten Feststellungsblatt übernommen (Urk. 11/IV/19/1 = Urk. 16/1).

Im Vorbescheid vom 11. Mai 2007 (Urk. 11/IV/61) und in der Verfügung vom 28. Juni 2007 (Urk. 11/IV/72), mit welcher mit Wirkung ab September 2005 eine Rente zugesprochen wurde, ging die Invalidenversicherung von einem Valideneinkommen von Fr. 43'232.40 im Jahr 2004 aus (S. 2 Mitte).

Mit Gerichtsverfügung vom 15. Januar 2008 wurde der Beschwerdeführerin Gelegenheit gegeben, die in den Jahren 1999 und 2000 vor Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit erzielten Over-Tips nachzuweisen und diese mit den Steuererklärungen und -rechnungen dieser Jahre oder anderen geeigneten Beweismitteln zu belegen (Urk. 13).

Dazu erklärte die Beschwerdeführerin am 31. Januar 2008 (Urk. 15), Over-Tips würden im Gastgewerbe traditionellerweise nicht in der Lohnabrechnung aufgeführt und darum auch nicht in den Steuererklärungen deklariert (S. 2 Mitte).

Bezüglich anderer Beweismittel führte sie aus, dass Overtips in der geltend gemachten Grössenordnung üblich seien, sei allgemein bekannt und deshalb mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen (S. 3 oben).

Die Erfassung im Rahmen der Beitragspflicht sei nur Voraussetzung für die Berücksichtigung als massgebender Lohn in der Unfallversicherung und die frankenmässige Rentenberechnung in der Invalidenversicherung, nicht aber im Zusammenhang mit der Ermittlung des hypothetischen Valideneinkommens (S. 3 f.).

E. 4

4.1 Die Beschwerdeführerin zog sich im Jahre 1990 eine Verletzung am linken Knie zu; bis Februar 1991 wurden Taggeldleistungen erbracht. Im Jahre 1996 erfolgte eine Revisionsoperation am linken Knie. Per 1. September 2001 wechselte die Beschwerdeführerin von der bisherigen unselbständigen zu einer selbständigen Tätigkeit und führte zusammen mit ihrem Ehemann ein Lokal. Im November 2003 erfolgte eine den Knieschaden betreffende Rückfallmeldung und die Beschwerdegegnerin erbrachte Taggeldleistungen von September 2003 bis jedenfalls April 2004; für die Zeit ab 1. Mai 2005 verneinte sie eine Taggeldleistungspflicht.

4.2 Das Valideneinkommen ist auf den Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns hin zu ermitteln. Angesichts der ab 1. Mai 2005 verneinten Taggeldleistungspflicht ist dies der 1. Mai 2005.

Das im Mai 2005 mutmasslich erzielte Einkommen kann auf verschiedene Weise ermittelt werden; für eine allfällige Nominallohnentwicklung wird dabei auf den nach Männer- und Frauenlöhnen unterscheidenden Index abgestellt (vgl. BGE 129 V 420 Erw. 3.1.2), der im Jahr 2005 bei 2'386 Punkten stand (Die Volkswirtschaft 1/2-2009, S. 99, Tab. B 10.3):

(a) Dem von der Beschwerdeführerin im Jahr 1990 erzielten Einkommen von Fr. 36'000.-- entspricht im Jahr 2005 der Betrag von Fr. 48'392.-- (Fr. 36'000.-- : 1,775 x 2'386).

(b) Dem gemäss IK-Auszug im Jahr 2000 als letztem Jahr in unselbständiger Tätigkeit erzielten Einkommen von Fr. 51'000.-- entspricht im Jahr 2005 der Betrag von Fr. 52'999.-- (Fr. 51'000.-- : 2,296 x 2'386).

(c) Die monatlichen Mindestlöhne gemäss L-GAV entsprechen im Jahr Fr. 38'184.-- für Ungelernte (Fr. 3'182.-- x 12) und Fr. 43'152.-- für Gelernte (Fr. 3'596.-- x 12).

(d) Dem von der Invalidenversicherung gestützt auf die Tabellenlöhne 2002 angenommenen Valideneinkommen von Fr. 43'232.-- entspricht im Jahr 2005 der Betrag von rund Fr. 44'927.-- (Fr. 43'232.-- : 2'296 x 2'386). Angepasst an die Wochenarbeitszeit im Gastgewerbe von 42.1 Stunden (Die Volkswirtschaft 1-2/2009, S. 98, Tab. B 9.2, lit. H) ergibt dies rund Fr. 47'286.-- (Fr. 44'297.-- : 40.0 x 42.1).

4.3 Angesichts der diesbezüglich eindeutigen Rechtsprechung (vorstehend Erw. 1.4) steht ausser Zweifel, dass eine Berücksichtigung von bloss behaupteten, aber weder nachgewiesenen noch versteuerten Overtips nicht in Frage kommt. Der anderslautende Standpunkt der Beschwerdeführerin (Urk. 15 S. 3 f.) verkennt den Gehalt der genannten Rechtsprechung.

4.4 Entscheidend dafür, welche der vorstehend genannten Variante (a)-(d) die richtige ist, ist der Kern der massgebenden Umschreibung des Valideneinkommens, nämlich was die Beschwerdeführerin im entsprechenden Zeitpunkt nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdient hätte (vorstehend Erw. 1.2).

Das damit scheidet in einem ersten Schritt jedenfalls Variante (c) aus, denn dabei handelt es sich lediglich um Mindestlöhne, welche von der Beschwerdeführerin auch betroffen worden sein dürften, wie die Varianten (a) und (b) belegen. Zwischen diesen beiden verdient (b) den Vorzug, denn offensichtlich hat die Beschwerdeführerin als Unselbständigerwerbende in den Jahren 1998 bis 2000 ein Einkommen zu erzielen vermocht, das höher lag als das lediglich nachgeführte Einkommen im Unfallzeitpunkt.

Entscheidend ist nun jedoch, dass die Beschwerdeführerin als Gesunde im Jahr 2005 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht mehr unselbständig erwerbstätig, sondern selbständig gewesen wäre. Die Eröffnung eines eigenen Lokals und damit der Statuswechsel im Jahr 2001 erfolgten gemäss den eigenen Angaben aus wirtschaftlichen Überlegungen. Bezogen auf den vorliegend relevanten Knieschaden erfolgte der Wechsel in einem Zustand relativer Gesundheit: Die Revisionsoperation von 1996 lag Jahre zurück; ein Rückfall bezogen auf den erlittenen Knieschaden trat erst im Herbst 2003, mithin zwei Jahre später auf. Daraus ist zu schliessen, dass die Beschwerdeführerin, wäre kein Rückfall erfolgt, auch im Mai 2005 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit weiterhin als Selbständigerwerbende das 2001 eröffnete Lokal betrieben hätte.

Das dies entgegen den ursprünglichen Erwartungen der Beschwerdeführerin nicht ein höheres Einkommen verschafft hat als die frühere Angestelltentätigkeit, ist für sie bedauerlich, insbesondere weil es sich in der vorliegenden Weise auch auf das Valideneinkommen auswirkt. Es ändert jedoch nichts daran, dass der Statuswechsel 2001 erfolgt und im dargelegten Sinn massgeblich ist. Ferner vermag sich auch die in Art. 24 Abs. 2 der Verordnung über die Unfallversicherung (UVV) vorgesehene Vergleichsrechnung nicht zu Gunsten der Beschwerdeführerin auszuwirken, betrifft diese doch ausdrücklich den versicherten Verdienst und nicht das Valideneinkommen.

