

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT UV.2007.00513 vom 10. August 2009

ZH Sozialversicherungsgericht, 2009-08-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_UV.2007.00513](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_UV.2007.00513)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT UV.2007.00513 du 10 août 2009

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT UV.2007.00513 del 10 agosto 2009

## Erwägungen

### E. 2

2. Gemäss Art. 15 UVG werden die Renten nach dem versicherten Verdienst bemessen (Absatz 1). Als versicherter Verdienst gilt für die Bemessung der Renten der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogene Lohn (Absatz 2). Gestützt auf die in Art. 15 Abs. 3 UVG eingeräumte Delegationskompetenz hat der Bundesrat unter dem Titel "versicherter Verdienst" die Art. 22-24 der Verordnung über die Unfallversicherung (UVV) erlassen. Nach der Bestimmung von Art. 22 UVV, welche den versicherten Verdienst im Allgemeinen regelt, gilt als solcher der nach der Bundesgesetzgebung über die AHV massgebende Lohn mit unter anderem der Abweichung, dass Kinderzulagen ebenfalls als versicherter Verdienst gelten (Abs. 2 lit. b). Absatz 4 von Art. 22 UVV legt sodann Folgendes fest: Als Grundlage für die Bemessung der Renten gilt der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bei einem oder mehreren Arbeitgebern bezogene Lohn, einschliesslich noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht (Satz 1). Dauerte das Arbeitsverhältnis nicht das ganze Jahr, so wird der in dieser Zeit bezogene Lohn auf ein volles Jahr umgerechnet (Satz 2). Bei einer zum Voraus befristeten Beschäftigung bleibt die Umrechnung auf die vorgesehene Dauer beschränkt (Satz 3).

Die geschilderte gesetzliche Ordnung knüpft damit beim angestammten Arbeitsverhältnis an und stellt auf die Lohnverhältnisse ab, wie sie vor dem Unfall bestanden haben. Dieser Grundsatz hängt eng mit dem Äquivalenzprinzip zwischen versichertem Verdienst und Prämienordnung zusammen. Es soll damit sichergestellt werden, dass bei den finanziell wichtigsten Versicherungsleistungen, wie bei den Renten, von den gleichen Faktoren ausgegangen wird, die auch Basis für die Prämienberechnung bilden. Dem entspricht, dass Veränderungen des von versicherten Personen ohne den Versicherungsfall mutmasslich erzielbaren Verdienstes keinen Einfluss auf die Rente der Unfallversicherung haben sollen (vgl. BGE 127 V 172 Erw. 3b mit Hinweisen, Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen D. vom 2. Februar 2006, U 469/05, Erw. 4.1, und in Sachen G. vom 1. April 2003, U 292/01, Erw. 3.2).

3. Strittig ist die Berechnung des versicherten Verdienstes. Die SUVA ging vom Arbeitsbeginn per 10. April 2006 und einer wahrscheinlichen Anstellungsdauer bis 31. Oktober 2006 aus. In Anwendung von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV rechnete sie den bis zum Unfalltag erzielten Lohn auf diese Dauer um (Urk. 9/40, Urk. 9/41). Die Beschwerdeführenden machen geltend, das Arbeitsverhältnis sei unbefristet gewesen. Demzufolge sei der Lohn auf ein volles Jahr umzurechnen. Eventualiter sei von einer Anstellung bis Ende Dezember statt lediglich bis Ende Oktober 2006 auszugehen. In

diesem Fall sei der volle schweizerische Kinderzulagenzusatz beim versicherten Verdienst zu berücksichtigen, da ein Abzug der in Portugal bezogenen Kinderzulagen unzulässig sei. Ebenfalls seien allfällige ausländische Einkünfte sowie die vom Verstorbenen in Portugal bezogenen Arbeitslosengelder einzuberechnen. In Bezug auf Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV beanstanden sie, diese Bestimmung diskriminiere ausländische Arbeitnehmer, weil diese häufiger in befristeten und unterjährigen Arbeitsverhältnissen angestellt seien, und verstosse somit gegen das im Freizügigkeitsabkommen (FZA) statuierte Gleichbehandlungsgebot (Urk. 1, Urk. 16).

#### E. 4

4.1 Zunächst ist zu prüfen, ob die Anwendung von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV zu Recht und in korrekter Weise erfolgte. Bejahendenfalls stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit dem im FZA statuierten Diskriminierungsverbot.

4.2 Der Arbeitsvertrag zwischen dem Versicherten und der B.\_\_\_\_ vom 20. März 2006 war befristet für die Dauer vom 10. April bis 30. September 2006 (Urk. 9/25.7). Laut Angaben der Arbeitgeberin gegenüber der SUVA wäre die Anstellung jedoch sicher bis 31. Oktober 2006 verlängert worden. Dies sei seit Tätigwerden des Verstorbenen für die B.\_\_\_\_ im Jahr 2001 immer der Fall gewesen (Urk. 9/25.1). Vor diesem Hintergrund ist der SUVA beizupflichten, dass von einem von vornherein vom 10. April bis 31. Oktober 2006 befristeten Arbeitsverhältnis auszugehen ist. Der Verstorbene war seit 1996 in der Schweiz und seit 2001 bei der B.\_\_\_\_ erwerbstätig gewesen (Urk. 3/3, Urk. 3/4, Urk. 9/26.1). Dabei handelte es sich indessen stets um befristete, saisonale Beschäftigungen (vgl. Urk. 9/26.1). Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann daraus nicht abgeleitet werden. Der Arbeitsvertrag vom 20. März 2006 enthält den Vermerk, eventuell werde das Arbeitsverhältnis bis 23. Dezember 2006 verlängert (Urk. 9/25.7). Da eine Verlängerung lediglich als mögliche Option erwähnt wurde, fehlt es für deren Annahme an dem im Sozialversicherungsrecht erforderlichen Grad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. BGE 126 V 360 Erw. 5b mit Hinweisen) und rechtfertigt sich umso weniger, als in den vergangenen Jahren das Arbeitsverhältnis nie länger als sechs Monate gedauert hatte (Urk. 9/26.1). Daran ändert auch nichts, dass der Arbeitgeber bereits vorsorglich eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung beantragt und erhalten hatte. Denn dies geschah aus administrativen Gründen und galt für eine Vielzahl von Mitarbeitern (Urk. 3/6, Urk. 3/7). Ist demzufolge von einem befristeten unterjährigen Arbeitsverhältnis auszugehen, gelangt Art. 22 Abs. 4 Satz 3 zur Anwendung.

4.3 Nebst dem Lohn wurden dem Verstorbenen von der B.\_\_\_\_ Kinderzulagen von monatlich Fr. 289.70 ausbezahlt. Laut Angaben der Arbeitgeberin entspricht dies der Differenz zwischen den Schweizer Kinderzulagen und denjenigen, welche in Portugal an die Mütter der beiden Kinder ausbezahlt wurden (Urk. 9/40). Ob diese Differenzberechnung korrekt ist, lässt sich anhand der Akten nicht beurteilen. Dies ist jedoch im Zusammenhang mit der Berechnung des versicherten Verdienstes nicht weiter von Belang. Auszugehen ist von den tatsächlichen, erwerblichen Verhältnissen, die vor dem Unfall effektiv bestanden. Massgebend sind die tatsächlichen Bezüge (BGE 131 V 450 Erw. 3.2.1; Urteil des Bundesgerichts in Sachen B. vom 28. Dezember 2007, 8C\_151/2007, Erw. 5.1, Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen G. vom 1. April 2003, U 292/01, Erw. 5.1). Deren Höhe war während der Dauer des

Arbeitsverhältnisses, soweit ersichtlich, denn auch unbestritten (Urk. 9/25.2-25.6). Soweit der Lohn für geleistete Arbeit und die bereits angefallenen Kinderzulagen im Zeitpunkt des Unfalls noch nicht ausbezahlt worden waren, bestand darauf ein Rechtsanspruch. Nach Art. 22 Abs. 4 Satz 1 sind noch nicht ausbezahlte Lohnbestandteile bei der Bemessung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigen, was die SUVA auch tat (vgl. Urk. 9/41). Diese Bestimmung bietet jedoch entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden nicht Grundlage zur Überprüfung, ob das Vorgehen der Arbeitgeberin korrekt war.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Soweit die Beschwerdeführenden bei der Bemessung des versicherten Verdienstes allfällige ausländische Einkünfte des Verstorbenen sowie die von ihm vom 7. November 2005 bis 17. April 2006 in Portugal bezogenen Arbeitslosengelder gestützt auf Art. 24 Abs. 1 UVV berücksichtigt haben wollen (Urk. 1 S. 6, Urk. 16 S. 3), sind sie darauf hinzuweisen, dass für befristet unterjährig angestellte Arbeitnehmer die Regel von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV zur Anwendung kommt (Rumo-Jungo, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, S. 111; vgl. auch BGE 118 V 303 Erw. 3b). Dementsprechend erweist sich das Vorgehen der SUVA als korrekt, welche einzig den bei der B.\_\_\_\_ erzielten Lohn berücksichtigte und diesen zur Bemessung des versicherten Verdienstes auf die mutmassliche Dauer des Arbeitsverhältnisses vom 10. April bis 31. Oktober 2006 umrechnete.

#### **E. 4.4**

4.4.1Ä Ä Nach Art. 1 Abs. 1 des auf der Grundlage des Art. 8 FZA ausgearbeiteten und Bestandteil des Abkommens bildenden (Art. 15 FZA) Anhangs II ("Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit") des FZA in Verbindung mit Abschnitt A dieses Anhangs wenden die Vertragsparteien untereinander insbesondere die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (nachfolgend: Verordnung Nr. 1408/71), und die Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, oder gleichwertige Vorschriften an.

4.4.2Ä Ä In zeitlicher Hinsicht sind das FZA und die Verordnung Nr. 1408/71 anwendbar; denn die Verwaltungsverfügungen vom 22. Mai 2007 beziehen sich auf den Anspruch auf eine Halbwaisenrente ab 1. Juni 2006, mithin auf einen Zeitraum nach In-Kraft-Treten des Abkommens (vgl. Art. 94 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71; BGE 132 V 48 Erw. 3.2.1). Dasselbe gilt in persönllicher Hinsicht. Der Verstorbene besass die Staatsangehörigkeit eines Staates, der Partei des FZA ist, und war als Arbeitnehmer dem portugiesischen wie auch dem schweizerischen System der sozialen Sicherheit angeschlossen (vgl. Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 lit. a VO Nr. 1408/71). Auch materiellrechtlich fallen die im Streit liegenden Halbwaisenrenten in den Zuständigkeitsbereich der Koordinierungsverordnungen. Die Renten der Unfallversicherung beziehen sich auf eines der Risiken, die ausdrücklich in Art. 4 Abs. 1 VO Nr. 1408/71 aufgeführt sind, d.h. auf das in lit. e erwähnte Unfallrisiko.

4.4.3Ä Ä Im Zentrum des FZA steht das Verbot der direkten und indirekten Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Das Diskriminierungsverbot gilt laut

Art. 2 FZA bei der Anwendung des Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III, nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 im Rahmen der Systeme der sozialen Sicherheit und nach Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA bei den sozialen Vergünstigungen. Direkte Diskriminierungen sehen entweder die Versicherungsunterstellung oder eine Leistung nur für Schweizer/innen vor oder sie verlangen von EU/EFTA-Ausländer/innen ein im Vergleich zu Schweizer/innen zusätzliches Erfordernis. Indirekt diskriminierend sind nachteilige Normen, die zwar gleichermassen für Inländer/innen wie für EU/EFTA-Ausländer/innen gelten, die aber typischerweise häufiger die EU/EFTA-Ausländer/innen treffen. Anders verhält es sich nur dann, wenn sie durch objektive, von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer unabhängige Erwägungen gerechtfertigt sind und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck stehen, der mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt wird (BGE 131 V 214 ff. Erw. 6 mit Hinweisen auf die EuGH-Rechtsprechung).

Um festzustellen, ob die Verwendung eines bestimmten Unterscheidungsmerkmals im erwähnten Sinne indirekt zu einer Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit führt, ist das Verhältnis zwischen Nichtinländern und Inländern innerhalb des benachteiligten beziehungsweise nicht begünstigten Personenkreises auf der einen dem Verhältnis zwischen Nichtinländern und Inländern innerhalb der Vergleichsgruppe der nicht benachteiligten beziehungsweise der begünstigten Personen auf der anderen Seite gegenüberzustellen (vgl. Urteil des EuGH vom 21. September 2000 in der Rechtssache C-124/99, Borowitz, Slg. 2000, I-7293, Randnrn. 28 bis 31).

4.4.4 Die Voraussetzungen von Art. 22 Abs. 4 UVV gelten für schweizerische und ausländische Staatsangehörige gleichermassen. Eine direkte Diskriminierung liegt somit nicht vor. Dies ist insoweit unbestritten. Strittig ist hingegen, ob Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV seinem Wesen nach eher ausländische als inländische Erwerbstätige benachteiligt, weil bei einem im Voraus befristeten unterjährigen Arbeitsverhältnis das damit erzielte Einkommen bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes nicht auf das ganze Jahr umgerechnet wird. Dies ist wohl zu bejahen, zumal ausländische Arbeitnehmer häufiger in befristeten unterjährigen Arbeitsverhältnissen tätig sind als Inländer (vgl. dazu auch Edgar Imhof, FZA/EFTA-Äquivalenzprinzip und soziale Sicherheit, Ein Überblick unter Berücksichtigung der bis Juni 2006 ergangenen höchstgerichtlichen Rechtsprechung zum materiellen Koordinationsrecht, in: Jusletter vom 23. Oktober 2006, S. 8 f. Rz 29). Eine indirekte Diskriminierung ist hingegen zu verneinen. Wie bereits erwähnt, liegt der Ordnung von Art. 22 Abs. 4 UVV das Äquivalenzprinzip zu Grunde. Es entspricht dem Grundsatz der Kongruenz, dass der versicherte Verdienst bei einem befristeten unterjährigen Arbeitsverhältnis geringer ausfällt als bei einer unbefristeten beziehungsweise befristeten überjährigen Anstellung. Das Bundesgericht hat das Äquivalenzprinzip im Zusammenhang mit Art. 86 Abs. 1 lit. b der Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (VUV) als objektiven und triftigen Grund anerkannt, welcher eine Ungleichbehandlung rechtfertigt (BGE 134 V 284 [Pra 2009 Nr. 60 S. 387]). Nach dieser Bestimmung erhält ein Arbeitnehmer, der von einer Arbeit befristet oder dauernd ausgeschlossen oder nur als bedingt geeignet erklärt worden ist, vom Versicherer eine Übergangentschädigung, wenn er in einem Zeitraum von zwei Jahren unmittelbar vor Erlass der Verfügung oder vor einem medizinisch notwendigen

und tatsächlich vollzogenen Wechsel der Beschäftigung bei einem der Versicherung unterstellten Arbeitgeber mindestens 300 Tage lang die gefährdende Arbeit ausgeübt hat. Das Bundesgericht führte dazu im besagten Entscheid im Wesentlichen aus, die obligatorische Versicherung gegen Berufskrankheiten werde vom Arbeitgeber finanziert (Art. 91 Abs. 1 UVG). Nur der Arbeitgeber eines der Versicherung unterstellten Arbeitnehmers - grundsätzlich eines in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmers (Art. 1a UVG) - unterliege dieser Finanzierungspflicht. Die öffentliche Hand beteilige sich nicht an der Finanzierung der obligatorischen Versicherung. Und auch der Arbeitgeber eines nicht in der Schweiz beschäftigten Lohnempfängers beteilige sich nicht an den Kosten der Versicherung. Dies seien objektive und triftige Gründe für das Erfordernis der Mindestdauer der Anstellung von 300 Tagen bei einem der Versicherung unterstellten Arbeitgeber (BGE 134 V 293 f. Erw. 4.5.3). Vorliegend geht es zwar nicht um eine Übergangentschädigung im Sinne von Art. 86 VUV, sondern um die Ausrichtung von Renten als Folge eines Nichtbetriebsunfalls. Jedoch sind die Konstellationen von Art. 86 VUV und Art. 22 Abs. 4 UVV unter dem Gesichtspunkt der Prämienpflicht vergleichbar. Während Art. 86 VUV für die Entstehung des Anspruchs eine (durch den Arbeitgeber zu leistende) Prämienbeitragspflicht von mindestens 300 Tagen vorsieht, bewirkt Art. 22 Abs. 4 UVV eine unterschiedliche Bemessung des versicherten Verdienstes je nachdem, ob aufgrund der vereinbarten Dauer des Arbeitsverhältnisses eine unter- oder ganzjährige Beitragsleistung der Prämien vorgesehen war. Es rechtfertigt sich daher, das Äquivalenzprinzip auch im Fall von Art. 22 Abs. 4 UVV als objektiven Grund anzuerkennen. Im Weiteren ist Art. 22 Abs. 4 UVV in Bezug auf das verfolgte Ziel schon alleine deshalb verhältnismässig, weil er eine Kongruenz von Prämienpflicht und versichertem Verdienst gewährleistet. Dementsprechend begründet Art. 22 Abs. 4 UVV keine unzulässige Diskriminierung.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

Das Gericht erkennt:

1. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Das Verfahren ist kostenlos.

3. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Dominique Chopard

- Schweizerische Unfallversicherungsanstalt

- Bundesamt für Gesundheit

4. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä 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).

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

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines

Vertreter 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.