Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
U 387/01

Urteil vom 11. September 2002
III. Kammer

Besetzung
Präsident Borella, Bundesrichter Meyer und nebenamtlicher Richter Weber; Gerichtsschreiber Scartazzini

Parteien
K._____, 1964, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Werner Bodenmann, Brühlgasse 39, 9000 St. Gallen,

gegen

Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft, Bundesgasse 35, 3011 Bern, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwalt Bruno A. Hubatka, Obere Bahnhofstrasse 24, 9500 Wil

Vorinstanz
Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen, St. Gallen

(Entscheid vom 19. September 2001)

Sachverhalt:
A.
Der 1964 geborene K._____ verunfallte am 28. September 1994, als er mit seiner rechten Hand in eine Aufrollmaschine geriet, mit welcher eine schwarze Plastikfolie auf dem Feld in der Firma von H._____, Gemüsegärtnerei, aufgerollt wurde. In der Unfallmeldung war als Beginn der Beschäftigung der 26. September 1994 angegeben worden. Am 22. Februar 1995 teilte die Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft (Mobiliar) als Unfallversicherer dem Arbeitgeber mit, dass sie für den gemeldeten Fall Versicherungsleistungen im Rahmen der obligatorischen Unfallversicherung erbringe. Dabei legte sie das Taggeld auf Grund eines Jahreslohnes von Fr. 35'152.- auf Fr. 78.- pro Tag fest.

Mit Verfügung vom 12. November 1998 legte die Mobiliar das Taggeld auf Fr. 11.- fest. Sie ging dabei von einer maximalen Anstellungsdauer von K._____ bei der Firma H._____ von sieben Wochen zu 53.5 Stunden und einem Stundenlohn von Fr. 13.- aus und ermittelte daraus den Wert von Fr. 4'868.50 als massgebenden Jahreslohn. K._____ erhob gegen die Verfügung Einsprache, welche am 24. Dezember 1999 teilweise gutgeheissen wurde, indem von einer massgebenden Wochenarbeitszeit von 60 Stunden ausgegangen wurde; bei sieben Arbeitswochen und einem Stundenlohn von Fr. 13.- wurde der versicherte Jahresverdienst auf Fr. 5'915.- und das Taggeld auf Fr. 13.- festgelegt.
B.
Die von K._____ beim Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen erhobene Beschwerde (kantonalrechtlich: Klage) mit dem Antrag, das Taggeld sei auf mindestens Fr. 78.-, basierend auf einem Jahreslohn von mindestens Fr. 35'152.-, festzulegen, wurde am 19. September 2001 abgewiesen.

C.
K._____ lässt hiegegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit folgenden Rechtsbegehren erheben:
1. Der angefochtene Entscheid des Versicherungsgerichtes des Kantons St. Gallen vom 19. September 2001 sowie der Einsprache-Entscheid vom 24. Dezember 1999 seien vollumfänglich auf zuheben.
2. Es sei festzustellen, dass der versicherte Jahresverdienst des Beschwerdeführers mindestens Fr. 35'152.- und der Taggeldansatz mindestens Fr. 78.- betrage.
Während die Mobiliar, soweit darauf einzutreten sei, auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliesst, verzichtet das Bundesamt für Sozialversicherung auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Nach Art. 15 UVG werden Taggelder nach dem versicherten Verdienst bemessen (Abs. 1). Als versicherter Verdienst gilt für die Bemessung der Taggelder der letzte vor dem Unfall bezogene Lohn (Abs. 2). Gestützt auf Art. 15 Abs. 3 UVG hat der Bundesrat bestimmt, dass falls das Arbeitsverhältnis nicht das ganze Jahr gedauert habe, werde der in dieser Zeit bezogene Lohn auf ein volles Jahr umgerechnet (Art. 22 Abs. 4 Satz 2 UVV). Für Versicherte, die eine Saisonbeschäftigung ausüben, ist die Umrechnung auf die normale Dauer dieser Beschäftigung beschränkt (Art. 22 Abs. 4 UVV Satz 3 in dem im Jahre 1994 gültig gewesenen Wortlaut). Die massgebende Bestimmung von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV ist dabei als gesetzeskonform erkannt worden (vgl. die in RKUV 1994 Nr. U 186 S. 82 nicht publizierte Erw. 2c des Urteils O. vom 29. November 1993, U 88/93). In Analogie zu Art. 22 Abs. 4 UVV wurde zudem festgelegt, dass bei einem Versicherten, der ohne Bewilligung eine befristete Gelegenheitsarbeit angenommen hat, nur der während der beabsichtigten Arbeitsdauer erzielbare Lohn für die Festlegung der Taggelder zu berücksichtigen ist (RKUV 1992 Nr. U 148 S. 121 Erw. 4c/bb sowie nicht veröffentlichtes Urteil E. vom 29. November 1993, Erw. 2d, U 88/93).
2.
Streitig und zu prüfen ist einzig die Bemessung des versicherten Verdienstes. Währenddem die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin von einem versicherten Jahresverdienst von Fr. 5'915.- ausgehen, macht der Beschwerdeführer einen versicherten Verdienst von jährlich mindestens Fr. 35'152.- geltend.
2.1 Am 18. Dezember 1997 teilte die Mobiliar dem Rechtsvertreter von K._____ mit, dass bei der Berechnung des massgebenden Verdienstes ein Fehler unterlaufen sei. Das Taggeld sei auf der Basis eines Jahreslohnes von Fr. 676.- zu berechnen und betrage Fr. 2.- pro Tag. die Firma H._____ gab am 30. Juni 1998 an, dass bezüglich des Arbeitsverhältnisses mit K._____, welches am 23. August 1994 begonnen hatte, keine Vereinbarung getroffen worden sei. Der Versicherte hätte nur noch arbeiten können, solange viel Arbeit vorhanden gewesen wäre, aber allerhöchstens zwei Wochen. Er sei ohne Arbeitsbewilligung bei ihm tätig gewesen, sodass er nicht mehr genau wisse, wie viel Lohn ausbezahlt worden sei. Es habe nicht die Absicht bestanden, mit K._____ ein dauerhaftes Arbeitsverhältnis einzugehen. Die Mobiliar legte auf Grund dieser Angaben das Taggeld bei einem Jahreslohn von Fr. 4'868.50 auf Fr. 11.- fest und behielt sich für den Zeitraum vom 1. Oktober 1994 bis 28. November 1997 für die nach ihrer Auffassung zu viel ausbezahlten Taggelder von Fr. 66'000.- die Verrechnung oder Rückforderung vor. Der Rechtsvertreter von K._____ opponierte diesem Vorgehen und wies darauf hin, dass die Firma H._____ am 20. August 1996 bestätigt
habe, dass sie bereit sei, den Versicherten bei einer Entlöhnung zu 50 % bei Erhalt einer Arbeitsbewilligung zu beschäftigen.
2.1.1 Wie es sich aus der Strafverfügung des Bezirksamtes Y._____ vom 16. Oktober 1995 ergibt, war der Beschwerdeführer als Ausländer von die Firma H._____ ohne fremdenpolizeiliche Bewilligung beschäftigt worden. Dabei beruft sich K._____ zwar zu Recht (BGE 114 II 279; Rehbinder, N 25 zu Art. 320 OR, Berner Kommentar) darauf, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und dem Arbeitgeber zivilrechtlich gültig gewesen sei. Jedoch ergibt sich daraus keine Antwort auf die Frage, wie lange das Arbeitsverhältnis mit die Firma H._____ nach dem Unfall vom 28. September 1994 noch gedauert hätte.
2.1.2 Vom Beschwerdeführer wird ein unbefristetes Arbeitsverhältnis geltend gemacht und daraus abgeleitet, dass der von ihm vom 23. August bis 28. September 1994 erzielte Lohn für die Ermittlung des Taggeldes auf ein Jahr umzurechnen sei. Damit setzt er sich aber über die Tatsache hinweg, dass er in der Schweiz als Ausländer einer Erwerbstätigkeit ohne entsprechende Bewilligung nachging. Die mutmassliche zukünftige Dauer des Arbeitsverhältnisses eines ausländischen Arbeitnehmers kann nicht ohne Berücksichtigung des Ausländerrechts beurteilt werden. Aus dieser Sicht ist in erster Linie bedeutsam, dass es keinen Anspruch auf Erteilung einer

Bewilligung des Aufenthalts in der Schweiz gibt. Die Behörden entscheiden darüber nach freiem Ermessen (Art. 4 ANAG). Für die Bewilligung des Aufenthalts zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit müssen die allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen nach den Bestimmungen von Art. 6 bis 10 und Art. 11 BVO erfüllt sein, und eine Bewilligung kann nur im Rahmen der Kontingentierung gemäss Art. 12 f. BVO erteilt werden. Reist ein Ausländer ohne Zusicherung einer Aufenthaltsbewilligung in die Schweiz ein und ist er hier als Schwarzarbeiter tätig, so steht sein illegaler Aufenthalt einer nachträglichen Erteilung
der Aufenthaltsbewilligung zum Stellenantritt in der Regel entgegen (Peter Kottusch, Das Ermessen der kantonalen Fremdenpolizei und seine Schranken, ZBl 91/1990, S. 145 ff., insbesondere S. 169 sowie RKUV 1994 Nr. U 186 S. 82 Erw. 3d).

Auf Grund dieser ausländerrechtlichen Betrachtungsweise kann beim Beschwerdeführer nicht von einem unbefristeten Arbeitsverhältnis ausgegangen werden.
2.2 Im Lichte der erhobenen Indizien ist es keineswegs unangemessen, als mutmassliches Ende des Arbeitsverhältnisses den 14. Oktober 1994 anzunehmen. Zwar ist dem Beschwerdeführer Recht zu geben, wenn er festhält, dass sein Arbeitgeber anfänglich falsche Angaben bezüglich Beginn des Arbeitsverhältnisses und Anzahl gearbeiteter Stunden pro Woche machte. Allerdings hatte die Firma H._____ diese falschen Angaben insbesondere bezüglich Beginn des Arbeitsverhältnisses bereits gegenüber der Invalidenversicherung korrigiert und dort korrekte Ausführungen gemacht. Ihre schriftlichen Angaben vom 30. Juni 1998 zum Fragenkatalog der Beschwerdegegnerin, der dem Beschwerdeführer respektive seinem Rechtsvertreter vorgängig zur Prüfung vorgelegt worden war, erscheinen somit als plausibel. Diese Aussagen werden auch entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht widerlegt durch die vom Arbeitgeber am 20. August 1996 geäusserte Absicht, ihn bei Erhalt einer Arbeitsbewilligung bei einer Entlöhnung zu 50 % zu beschäftigen. Sie bezogen sich offensichtlich nicht auf das am 23. August 1994 begründete Arbeitsverhältnis, sondern zeigten nur die Bereitschaft des Arbeitgebers auf, den Beschwerdeführer auch bei einer reduzierten Arbeitsfähigkeit
nach dem Unfall zu beschäftigen, wobei dies vom Erhalt einer Arbeitsbewilligung abhängig gemacht wurde.

Gerade wegen des Fehlens einer solchen Arbeitsbewilligung hatte der Beschwerdeführer jedoch damit rechnen müssen, dass sein Arbeitsverhältnis bei einer Personenkontrolle jederzeit faktisch hätte beendet werden können, was die Annahme eines befristeten Arbeitsverhältnisses rechtfertigt (vgl. auch hier RKUV 1994 Nr. U 186 S. 83).
2.3 Würde beim Beschwerdeführer ein unbefristetes Arbeitsverhältnis angenommen werden, nur weil vorgängig wohl gerade auch bezüglich der fehlenden ausländerrechtlichen Bewilligung nichts Schriftliches fixiert wurde, so würde dies zu einer unzulässigen Besserstellung von K._____ gegenüber einem Versicherten, der eine bewilligte Saisonbeschäftigung ausübte, führen. Währenddem bei Letzterem gemäss Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV der im Jahre 1994 gültigen Fassung dieser Bestimmung die Umrechnung auf die normale Dauer der Beschäftigung beschränkt ist, verlangt der Beschwerdeführer ein Taggeld, das aus der Umrechnung auf ein volles Jahr resultieren würde.

Eine solche Ungleichbehandlung lässt sich gerade auch im Hinblick auf die vom Beschwerdeführer ausgeübte, nicht bewilligte Tätigkeit nicht rechtfertigen. Überdies sieht auch die Fassung von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV der auf den 1. Januar 1998 in Kraft getretenen Verordnungsänderung vom 15. Dezember 1997 (AS 1998 151) vor, dass bei einer zum Voraus befristeten Beschäftigung die Umrechnung auf die vorgesehene Dauer derselben beschränkt ist.
3.
Dem Beschwerdeführer kann auch insoweit nicht gefolgt werden, als er sich in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf die Praxis zu Art. 22 Abs. 4 UVV stützt.
3.1 Die in RKUV 1992 Nr. U 148 S. 121 Erw. 4c/bb und RKUV 1994 Nr. U 186 S. 82 veröffentlichte Rechtsprechung wurde diesbezüglich in BGE 121 V 321 ff. und wird auch im zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehenen Urteil A. vom 25. Juni 2002, U 217/01, nicht in Frage gestellt. Vielmehr hatte das Eidgenössische Versicherungsgericht im erstgenannten Entscheid eine Dauer des Arbeitsverhältnisses von lediglich noch zehn Tagen angenommen bei einem Versicherten, der an seinem ersten Arbeitstag einen Verkehrsunfall erlitt. Das Vorgehen, bei einem Arbeitnehmer ohne gültige Arbeitsbewilligung die einschlägigen Bestimmungen des Ausländerrechtes zu berücksichtigen, ist in der Lehre nicht grundsätzlich auf Kritik gestossen (vgl. Alexan-

dra Rumo-Jungo, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, S. 85). Im zur Veröffentlichung bestimmten Entscheid A. vom 25. Juni 2002, U 217/01, wurde zwar entschieden, dass es sich nicht rechtfertige, bei Taggeldern als einer zeitlich begrenzten Leistung die gleichen Grundsätze zur Ermittlung des Einkommens anzunehmen wie bei den Renten, weil daraus doch extrem tiefe massgebende Einkommen resultieren können (vgl. Jean-Maurice Frésard,
L'assurance-accidents obligatoire, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bd. Soziale Sicherheit, S. 25 Rz 54 insbesondere Anm. 95). Diese Rechtsprechung richtet sich indessen nicht spezifisch gegen die vorgenommene Umrechnung des Einkommens auf die vorgesehene Dauer der Beschäftigung gemäss Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV, die bereits früher als gesetzeskonform bezeichnet wurde (vgl. die in RKUV 1994 Nr. U 186 S. 82 nicht publizierte Erw. 2c des Urteils O. vom 29. November 1993, U 88/93). Zudem wurde vorliegend als Grundlage für die Bemessung der Taggelder tatsächlich der letzte vor dem Unfall (Art. 22 Abs. 3 UVV) und nicht der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall (Art. 22 Abs. 4 UVV) bezogene Lohn berücksichtigt.
3.2 Sprechen keine entscheidenden Gründe zu Gunsten einer Praxisänderung, ist die bisherige Praxis beizubehalten. Gegenüber dem Postulat der Rechtssicherheit lässt sich eine Praxisänderung grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht. Nach der Rechtsprechung ist eine bisherige Praxis zu ändern, wenn sie als unrichtig erkannt oder wenn deren Verschärfung wegen veränderter Verhältnisse oder zufolge zunehmender Missbräuche für zweckmässig gehalten wird (BGE 127 V 273 Erw. 4a, 355 Erw. 3a, 126 V 40 Erw. 5a; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 125 I 471 Erw. 4a, 124 V 124 Erw. 6a, 387 Erw. 4c, je mit Hinweisen). Solche Voraussetzungen, die eine Praxisänderung rechtfertigen würden, sind vorliegend nicht gegeben. Daher ist der Entscheid der Vorinstanz zu bestätigen.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.
Luzern, 11. September 2002
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der III. Kammer: Der Gerichtsschreiber: