«AZA 7»
U 297/99 Vr

III. Kammer
Bundesrichter Schön, Spira und Bundesrichterin Widmer; Gerichtsschreiber Hadorn

Urteil vom 14. Juli 2000

in Sachen
G._____, 1953, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Michael Ausfeld, Weinbergstrasse 18, Zürich,

gegen
Schweizerische Unfallversicherungsanstalt, Luzern, Beschwerdegegnerin,
und
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

A.- Der 1953 geborene, bei der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) versicherte G._____ erlitt am 15. August 1982 einen Unfall. Nach der ärztlichen Behandlung war der Versicherte wieder voll arbeitsfähig. 1985 trat eine posttraumatische Femurkopfnekrose links auf und ab 1987 wurden Probleme mit dem Herzen festgestellt. G._____ wurde im Juli 1990 intensiv untersucht und hernach für einen operativen Eingriff am Spital X._____ hospitalisiert. Dabei traten Komplikationen auf. Am 16. August 1990 fiel G._____ aus dem Spitalbett, was zu einem Atem- und Herzkreislaufstillstand mit anschliessender Reanimierung führte. Am 27. August 1990 erfolgte in tief komatösem Zustand eine Verlegung ins Spital Y._____. In der Folge blieb G._____ wegen einer hypoxischen Hirnschädigung mit schwerer Tetrapastik, Hirnnervenausfällen und weiteren Leiden dauernd erwerbsunfähig. Mit Verfügung vom 14. März 1996 sprach ihm die SUVA für die Unfälle vom 15. August 1982 und 16. August 1990 eine Invalidenrente bei einer Erwerbsunfähigkeit von 100 % ab 1. Januar 1996 bei einem versicherten Jahresverdienst von Fr. 68'771.- (berechnet als Komplementärrente mit einer Monatsrente von Fr. 308.-), eine Hilflosenentschädigung schweren Grades von Fr. 1602.- im Monat und eine Entschädigung bei einem Integritätsschaden von 100 % (Fr. 79'200.-) zu, lehnte aber Beiträge an die Hauspflege und die Übernahme eines TurnSoft-Systems ab. Auf Einsprache hin erhöhte die SUVA mit Entscheid vom 22. Januar 1997 den versicherten Verdienst auf Fr. 71'338.- und verneinte den Anspruch auf Beiträge an die Hauspflege erneut.

B.- Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 14. Juli 1999 ab.

C.- G._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen und beantragen, der versicherte Verdienst sei ab 1. Januar 1996 auf Fr. 78'338.20 festzusetzen. Sodann sei die SUVA zu verpflichten, die "Ausrichtung einer Entschädigung für Hauspflege zu prüfen und darüber unter Abgabe einer Begründung zu entscheiden".
Die SUVA verweist ohne Vernehmlassung auf den kantonalen Entscheid. Das Bundesamt für Sozialversicherung reicht keine Stellungnahme ein.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Die Vorinstanz hat die massgebenden gesetzlichen Vorschriften zur Berechnung des versicherten Verdienstes, über die Pflegeleistungen und Kostenvergütungen in der Unfallversicherung sowie die dazu ergangene Rechtsprechung richtig dargelegt, weshalb darauf verwiesen wird.

2.- Bei der Berechnung des versicherten Verdienstes ist streitig, ob Überstunden mit zu berücksichtigen sind.

a) Zur Ermittlung des hypothetischen Valideneinkommens ist von jenem Lohn auszugehen, den der Versicherte aufgrund seiner beruflichen Fähigkeiten und persönlichen Umstände zu erwarten gehabt hätte. Wenn dabei in

der Regel beim zuletzt erzielten, nötigenfalls der Teuerung sowie der realen Einkommensentwicklung angepassten Verdienst angeknüpft wird, beruht dies auf der empirischen Feststellung, dass die bisherige Tätigkeit ohne Invalidität in der Regel weitergeführt worden wäre. Ausnahmen müssen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt sein. Entscheidend ist letztlich immer, was der Versicherte im massgebenden Zeitpunkt nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ohne Invalidität tatsächlich verdienen würde (RKUV 1999 Nr. U 327 S. 110 Erw. 4a mit Hinweis).

b) In den Akten finden sich folgende Belege zum Verdienst des Beschwerdeführers:
- eine Unfallanzeige der Firma E._____ vom 1. September 1982, wonach der Grundlohn Fr. 16.10 in der Stunde betrug, dies bei einem Pensum von 45 Stunden in der Woche. Dazu kamen Fr. 210.- im Monat für Kinderzulagen sowie eine Prämie von Fr. 300.- im Monat. Das entsprechende Formular enthält keine Rubrik "Überstunden". An Ende findet sich die Bemerkung, der Beschwerdeführer (als Saisonnier angestellt) habe nur bis 13. August 1982

gearbeitet, da er noch 90 Stunden oder 2 Wochen Ferienanspruch gehabt habe.
- ein Gesprächsprotokoll, wonach am 7. April 1995 eine Vertreterin der erwähnten Firma gegenüber dem SUVA-Inspektor angegeben hat, 1994 hätte der Versicherte einen Stundenlohn von Fr. 24.-, 1995 einen solchen von Fr. 25.- erzielt. Dazu wäre jeweils ein Anteil von 8,33 % Ferienentschädigung und eine Gratifikation von der Hälfte des im betreffenden Jahr erzielten durchschnittlichen Monatslohns gekommen. Zusätzlich hätte der Beschwerdeführer eine Prämie von Fr. 400.- im Monat für seine Funktionen als Equipenchef erhalten. Die Frage nach den möglichen und betriebsüblichen Überstunden werde noch abgeklärt.
- eine Mitteilung der Firma E._____ an die SUVA vom 11. Mai 1995, sie habe in ihren Betrieben A._____, B._____ und C._____ acht Mitarbeiter nach dem Zufallsprinzip ausgewählt und die von ihnen 1994 geleisteten Überstunden erfasst. Dabei hätten sich Werte von zwischen 105,00 und 259,00 Überstunden zum Tarif von 125 % des Stundenlohns (Arbeit zwischen 20.00 und 22.00 Uhr gemäss Auskunft vom 7. April 1995) bei allen 8 Angestellten, 2,5 Stunden zum Tarif von 150 % (Arbeitszeit nach 22 Uhr) bei 2 Arbeitnehmern sowie zwischen 0 und 12,00 Stunden zum Tarif von 200 % des Stundenlohns (Sonntagsarbeit) bei 5 Leuten ergeben.
- eine zweite Aufstellung geleisteter Überstunden vom 1. Januar bis 30. Oktober 1995, für welche die Firma E._____ erneut 8 Mitarbeiter aus den Betrieben A._____, B._____ und C._____ zufällig ausgewählt hatte. Alle 8 Angestellten wiesen zwischen 38,5 und 180 Überstunden zum Tarif von 125 % auf. Dazu kamen bei 7 Arbeitnehmern zwischen 4 und 6 Überstunden zum Tarif von 150 %, bei vier von ihnen überdies 9 bis 18 Stunden zum 200 %-Tarif.
- Einträge im Individuellen Konto (IK) des Versicherten, wonach er 1982 bei zwei verschiedenen Arbeitgebern Ein-

kommen erzielt hat: einmal Fr. 2200.- von Januar bis Mai,
sodann Fr. 33'187.- von Januar bis August.

c) Der Beschwerdeführer hat gemäss den Angaben seiner Firma im Jahr 1982 nur bis am 13. August gearbeitet. Hinzu kamen zwei Wochen Ferienanspruch. Dies ergibt für 1982 eine gesamte Arbeitszeit von 8 Monaten. Daher bezieht sich der Eintrag im IK, welcher für die erwähnte Periode ein Einkommen von Fr. 33'187.- ausweist, offensichtlich auf die bei der Firma E._____ geleistete Arbeit, zumal die entsprechende Abrechnungsnummer schon seit 1975 im IK erscheint. Wird von den Zahlen in der Unfallanzeige vom 1. September 1982 ausgegangen, käme der Versicherte ohne Überstunden auf folgenden Lohn: 9 Stunden pro Tag x Fr. 16.10 x 21,7 Arbeitstage im Monat x 8 Monate + 8 x Fr. 210.- Kinderzulagen + 8 Prämien zu Fr. 300.-. = total Fr. 29'234.65. Dieser Betrag liegt Fr. 3952.25 unter dem im IK aufgeführten Eintrag von Fr. 33'187.- Der Beschwerdeführer muss also zusätzliche Einkünfte bei der selben Firma erzielt haben. In Verbindung mit der Tatsache, dass bei den erwähnten beiden Stichkontrollen ausnahmslos alle insgesamt 16 Angestellten der Betriebe A._____, B._____ und C._____ beachtliche, in 14 Fällen dreistellige Überstundenzahlen aufwiesen, ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass der Beschwerdeführer 1982
Überstunden geleistet hat und solche ohne seine gesundheitlichen Beeinträchtigungen weiterhin erbracht hätte.

d) Der zweite im IK für 1982 vermerkte Verdienst wurde von einem andern Arbeitgeber bezahlt, steht doch bei diesem Eintrag eine andere Abrechnungsnummer. Es fehlen jedoch weitere Hinweise zu diesem Einkommen. Die entsprechende Abrechnungsnummer erscheint im IK nur 1981 und 1982 mit Lohnbeträgen, die auf einen Nebenerwerb schliessen lassen. Der erwähnte zweite Eintrag kann daher vorliegend nicht berücksichtigt werden. Mangels hinreichender Anhaltspunkte ist nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass der Beschwerdeführer ohne seine Unfälle auch heute Nebenverdienste erzielen würde.

e) Zu prüfen bleibt, in welchem Ausmass die Überstunden in die Berechnung des versicherten Verdienstes einzubeziehen sind.

aa) Beginnt die Rente mehr als fünf Jahre nach dem Unfall, ist laut Art. 24 Abs. 2 UVV der Lohn massgebend, den der Versicherte ohne den Unfall im Jahr vor dem Rentenbeginn bezogen hätte, sofern er höher ist als der letzte vor dem Unfall erzielte Lohn. Auf den vorliegenden Fall trifft dieser Tatbestand zu, begann doch die Rente am 1. Januar 1996, somit mehr als fünf Jahre nach dem zweiten Unfall vom August 1990. Ausserdem steht fest, dass das Einkommen, das der Beschwerdeführer 1995 hätte erzielen können, höher gewesen wäre als der letzte vor dem Unfall bezogene Lohn. Demnach ist vorliegend der Verdienst zu ermitteln, welchen der Beschwerdeführers 1995 mit Einbezug der Überstunden als Gesunder mutmasslich erzielt hätte.

bb) Die Firma E._____ hat zweimal stichprobenweise je acht Angestellte auf die von ihnen geleisteten Überstunden untersucht. Die dabei ermittelten Zahlenwerte können als repräsentativ gelten, da die Auswahl der Mitarbeiter nach dem Zufallsprinzip erfolgte, dabei Leute dreier Filialen betraf, die Überstunden zweier Jahre (1994 und Januar bis Oktober 1995) erfasst wurden und sich zwischen dem Durchschnitt der Zahlen von 1994 und der auf ein Jahr umgerechneten Werte von Januar bis Oktober 1995 keine grossen Abweichungen ergeben. Es rechtfertigt sich daher, von den Zahlen für 1995 auszugehen, diese auf ein Jahr umzurechnen, die Anzahl der Stunden pro Tarifstufe (125 %, 150 % bzw. 200 %) nach dem gewichteten arithmetischen Mittel aufzuteilen und hierauf den versicherten Verdienst des Beschwerdeführers um die solcherart ermittelten Zuschläge für Überstunden zu erhöhen. Die SUVA, an welche die Sache zurückzuweisen ist, wird die entsprechenden Berechnungen durchführen und hernach ihre Leistungen aufgrund des dabei ermittelten neuen versicherten Verdienstes erhöhen.

3.- a) Der Beschwerdeführer beantragt im Weiteren die Zusprechung von Entschädigungen für Pflegeleistungen. Er sei aufgrund seiner gesundheitlichen Einschränkungen nicht mehr im Stande, irgendwelche alltäglichen Verrichtungen selbstständig vorzunehmen. Seine Ehefrau müsse ihn rund um die Uhr betreuen. Zwar sei diese Betreuung nicht ausdrücklich von einem Arzt angeordnet worden, doch ergebe sich aus der Natur der Sache, dass der Versicherte ohne diese Pflege nicht überleben könnte. Die Leistungen der Ehefrau würden von der Spitex ergänzt und vom Hausarzt überwacht, seien somit medizinisch indiziert.

b) Gemäss Art. 18 Abs. 1 UVV (in der vorliegend anwendbaren, bis Ende 1997 gültig gewesenen Fassung) richtet der Versicherer Beiträge an eine vom Arzt angeordnete Hauspflege aus, sofern diese durch eine nach Art. 8 der Verordnung VI vom 11. März 1966 über die Krankenversicherung (vgl. auch Art. 49 und 51 der seit 1. Januar 1998 geltenden Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung) zugelassene Person durchgeführt wird. Bei solchen Personen handelt es sich um Krankenschwestern und Krankenpfleger. Nach Abs. 2 von Art. 18 UVV kann der Versicherer ausnahmsweise auch Beiträge an eine Hauspflege durch eine nicht zugelassene Person gewähren.

c) Die Leistungspflicht nach Art. 18 Abs. 1 UVV setzt somit voraus, dass die Hauspflege durch eine nach den entsprechenden Vorschriften des Krankenversicherungsrechts zugelassene Person durchgeführt wird. Die Ehefrau des Versicherten ist keine Krankenschwester oder -pflegerin in diesem Sinne. Eine Leistungszusprechung für die von ihr erbrachte Betreuung kann daher nur auf der Grundlage des Abs. 2 von Art. 18 UVV erfolgen. Indessen zeigt der Wortlaut (”ausnahmsweise”, ”kann”), dass dem Unfallversicherer bei der Gewährung von Beiträgen für die Hauskrankenpflege durch nicht zugelassene Personen ein zurückhaltend auszuübendes Ermessen eingeräumt wird. Es erhebt sich daher die Frage, ob auf diese Beitragsgewährung ein Rechtsanspruch besteht. Ist dies zu verneinen, kann auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht eingetreten werden. Denn nach Art. 129 Abs. 1 lit. c OG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig gegen Verfügungen über die Bewilligung oder Verweigerung vermögensrechtlicher Zuwendungen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt. Die Parteien haben sich zu dieser Eintretensfrage nicht geäussert. Sie ist indessen von Amtes wegen zu prüfen (BGE 116 V 50 Erw. 7b in fine mit Hinweis).

d) Nach der Rechtsprechung ist ein bundesrechtlicher Anspruch auf einen Beitrag zu bejahen, wenn das Bundesrecht selber die Bedingungen umschreibt, unter welchen Leistungen zu erbringen sind, ohne dass es im Ermessen der gesetzesanwendenden Behörde läge, ob sie einen Beitrag gewähren will oder nicht. Die eidgenössischen Gerichte haben deshalb einen bundesrechtlichen Anspruch auf Leistungen wiederholt auch dann bejaht, wenn die betreffende Rechtsnorm als KannVorschrift formuliert war (BGE 116 V 50 Erw. 7c mit Hinweis; RKUV 1993 Nr. U 163 S. 56 Erw. 1b).
Im Lichte dieser Rechtsprechung räumt Art. 18 Abs. 1 einen Rechtsanspruch auf Beiträge an medizinische Hauspflege ein. Sodann gilt der gleiche Hauspflegebegriff auch im Rahmen des Abs. 2 von Art. 18 UVV (BGE 116 V 50 Erw. 7c; RKUV 1993 Nr. U 136 S. 56 Erw. 1b). Jedoch verliert der Hauspflegeanspruch bei Zuziehung einer nicht zugelassenen Person seinen Anspruchscharakter und wird unter diesem Gesichtspunkt zu einer Ermessensleistung des Versicherers. Die SUVA hat in diesem Rahmen gegebenenfalls abzuklären, ob der Einsatz einer nicht zugelassenen Person nach den konkreten Umständen zweckmässig ist. Daraufhin hat sie nach pflichtgemässem Ermessen über einen Anspruch auf Beiträge nach Art. 18 Abs. 2 UVV zu befinden. Dieser Entscheid hat dem Gebot rechtsgleicher Behandlung zu genügen und ist auch zu begründen. Ein Anspruch im Sinne von Art. 129 Abs. 1 lit. c OG liegt indessen nicht vor, weshalb insoweit auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht eingetreten werden kann (BGE 116 V 50 Erw. 7c; RKUV 1993 Nr. U 163 S. 56 Erw. 1b und 2).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. In teilweiser Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, soweit darauf einzutreten ist, werden der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Juli 1999 und der Einspracheentscheid der SUVA vom 22. Januar 1997 aufgehoben, und die Sache wird an die SUVA zurückgewiesen, damit sie die dem Beschwerdeführer geschuldeten Leistungen im Sinne der Erwägungen neu berechne.

II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
III. Die SUVA hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine

Parteientschädigung (einschliesslich Mehrwertsteuer)
von Fr. 1500.- zu bezahlen.

IV. Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich wird über eine Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses zu befinden haben.

V. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.
Luzern, 14. Juli 2000
Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident Der Gerichts der III. Kammer: schreiber:

i.V.