Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
U 152/02

Urteil vom 18. Februar 2003
II. Kammer

Besetzung
Präsident Schön, Bundesrichterin Widmer und Bundesrichter Ursprung; Gerichtsschreiber Jancar

Parteien
Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft, Bundesgasse 35, 3011 Bern, Beschwerdeführerin, vertreten durch Fürsprecher René W. Schleifer, Stampfenbachstrasse 42, 8006 Zürich,

gegen

D._____, Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt Dominique Chopard, Werdstrasse 36, 8004 Zürich

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, Chur

(Entscheid vom 1. März 2002)

Sachverhalt:
A.
Der 1973 geborene D._____ wurde vom Hotel X._____ ab 17. Dezember 1996 bis 10. April 1997 im Rahmen einer Saison-Tätigkeit als "Portier d'étage" zu einem Monatslohn von brutto Fr. 2300.- angestellt und war bei der Schweizerischen Mobiliar Versicherungsgesellschaft (nachfolgend Mobiliar) unfallversichert. Am 5. Januar 1997 erlitt er einen Verkehrsunfall und zog sich dabei schwere Verletzungen zu. Die Mobiliar erbrachte die gesetzlichen Leistungen (Heilbehandlung und Taggeld). Mit Verfügungen vom 21. August 2000 gewährte ihm die IV-Stelle für Versicherte im Ausland ab 1. Januar 1998 eine ganze Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von 70 % und ab 1. September 1998 eine halbe Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von 50 %. Mit Verfügung vom 6. Oktober 2000 sprach ihm die Mobiliar ab 1. Oktober 1998 eine Komplementärrente zur Rente der Invalidenversicherung auf Grund einer Erwerbsunfähigkeit von 50 % und eines versicherten Jahresverdienstes von Fr. 8817.- (Einkommen vom 17. Dezember 1996 bis 10. April 1997) zu. Die hiegegen erhobene Einsprache, mit der der Versicherte die Bemessung des versicherten Verdienstes unter Mitberücksichtigung der Sommersaison 1997 verlangte, wies die Mobiliar mit Entscheid vom 27. Juni 2001
ab.
B.
In Gutheissung der hiegegen eingereichten Beschwerde hob das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden den Entscheid auf und wies die Sache zur Neuberechnung und neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Mobiliar zurück. Den Erwägungen ist zu entnehmen, dass diese angewiesen wurde, für die Berechnung des versicherten Verdienstes auch das während der Sommersaison 1997 mutmasslich erzielte Einkommen zu berücksichtigen (Entscheid vom 1. März 2002).
C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt die Mobiliar, in Aufhebung des kantonalen Entscheides sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese das Beweisverfahren fortsetze, indem sie dem Arbeitgeber Ergänzungsfragen im Sinne ihrer Eingabe im kantonalen Verfahren vom 18. Januar 2002 stelle und anschliessend neu entscheide.

Der Versicherte schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde; ebenso das kantonale Gericht, soweit darauf einzutreten sei. Ferner ersucht der Versicherte um Bewilligung der unentgeltlichen Verbeiständung für das letztinstanzliche Verfahren. Das Bundesamt für Sozialversicherung verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Der Beschwerdegegner ist portugiesischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Portugal.
Der streitige Einspracheentscheid wurde vor Inkrafttreten (1. Juni 2002) des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit erlassen. Dieses Abkommen, insbesondere dessen Anhang II, der die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit regelt, muss demnach im vorliegenden Verfahren unberücksichtigt bleiben (zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehenes, in SVR 2003 ALV Nr. 3 S. 7 veröffentlichtes Urteil S. vom 9. August 2002, C 357/01, Erw. 1).
1.2 Die vorliegende Streitsache ist demnach allein auf Grund des für den hier zu beurteilenden Zeitraum massgebenden innerstaatlichen schweizerischen Unfallversicherungsrechts zu entscheiden (Art. 1 Abs. 1 lit. A.c. und Art. 4 Abs. 1 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Portugal über Soziale Sicherheit vom 11. September 1975, nachfolgend Abkommen, SR 0.831.109.654.1).
2.
Obwohl von keiner Seite aufgeworfen, stellt sich zunächst die Frage nach der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 27. Juni 2001.
2.1 Art. 29 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsvereinbarung vom 24. September 1976 zur Durchführung des Abkommens (SR 0.831.109.654.12) bestimmt, dass in Portugal wohnhafte schweizerische oder portugiesische Staatsangehörige sowie deren Hinterlassene ihre Klagen über Leistungen der schweizerischen Unfallversicherung beim Kantonalen Versicherungsgericht in Luzern und ihre Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Urteile dieses Gerichts beim Eidgenössischen Versicherungsgericht in Luzern entweder direkt oder durch Vermittlung der "Caixa Central" einreichen.

Rechtsprechungsgemäss kann das mit einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid einer örtlich unzuständigen Rekursbehörde befasste Eidgenössische Versicherungsgericht aus prozessökonomischen Gründen von der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und Überweisung der Sache an die zuständige Beschwerdeinstanz absehen; dies aber nur unter der doppelten Voraussetzung, dass die Unzuständigkeit der Vorinstanz nicht gerügt wird und dass auf Grund der gegebenen Aktenlage in der Sache entschieden werden kann (Urteile R. vom 19. Dezember 2002 Erw. 1, I 516/01, und L. vom 16. Juli 2002 Erw. 1.1, I 8/02, je mit Hinweisen).
2.2 Bei Erhebung der Beschwerde vor dem kantonalen Gericht wohnte der Versicherte in Portugal, weshalb nicht das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, sondern das Kantonale Versicherungsgericht in Luzern zuständig gewesen wäre.

Weil indessen die Unzuständigkeit der kantonalen Rekursbehörde von keiner Seite gerügt wird und in der dem Eidgenössischen Versicherungsgericht unterbreiteten Sache - im Sinne der nachfolgenden Erwägungen - auf Grund der vorliegenden Akten entschieden werden kann, ist rechtsprechungsgemäss von der Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids wegen örtlicher Unzuständigkeit des Vewaltungsgerichts des Kantons Graubünden und Überweisung der Sache an das Kantonale Versicherungsgericht in Luzern abzusehen.
3.
Die Vorinstanz hat die Bestimmungen und Grundsätze zum für die Rentenbemessung massgebenden versicherten Verdienst, insbesondere bei Versicherten, die eine Saisonbeschäftigung ausüben (Art. 15 UVG; Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV in dem bis Ende 1997 gültig gewesenen und hier anwendbaren Wortlaut; BGE 124 V 227 Erw.

1, 118 301 Erw. 2b, 114 V 118 Erw. 3d, je mit Hinweisen), sowie zu dem im Sozialversicherungsrecht geltenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 126 V 360 Erw. 5b mit Hinweisen) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

Zu ergänzen ist, dass die künftige Ausgestaltung eines Arbeitsverhältnisses hinsichtlich der mutmasslichen Beschäftigungsdauer durch konkrete, vor dem Unfall getroffene Vorkehren unter Beweis gestellt sein muss. Bei der Beweiswürdigung sind die gesamten Gegebenheiten persönlicher, familiärer, wirtschaftlicher und betrieblicher Art zu berücksichtigen. Nach dem Unfall abgegebene Erklärungen oder vor dem Unfall bekundete, unbestimmte Absichten eines Saisonbeschäftigten reichen nicht aus (RKUV 1997 Nr. U 280 S. 279 Erw. 2b).

Das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 ist im vorliegenden Fall nicht anwendbar, da nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Einspracheentscheids (hier: 27. Juni 2001) eingetretene Rechts- und Sachverhaltsänderungen vom Sozialversicherungsgericht nicht berücksichtigt werden (BGE 127 V 467 Erw. 1, 121 V 366 Erw. 1b).

4.

Streitig und zu prüfen ist einzig die Höhe des für die Bemessung des Rentenanspruchs massgebenden versicherten Verdienstes.

4.1

4.1.1 Beschwerdegegner und Vorinstanz stellen sich auf den Standpunkt, es sei überwiegend wahrscheinlich, dass er neben der Wintersaison 1996/1997 (17. Dezember 1996 bis 10. April 1997) auch in der Sommersaison 1997 (10. Juni bis 19. September 1997) im Hotel X._____ gearbeitet hätte, weshalb der versicherte Verdienst aus den in beiden Saisons mutmasslich erzielten Einkommen zu ermitteln sei.

Zur Begründung berufen sie sich auf die schriftliche Auskunft des Direktors des Hotels X._____ vom 5. Dezember 2001. Darin wurde auf die Frage der Vorinstanz hin, ob ohne den Unfall Aussichten auf eine Anstellung des Versicherten auch in der Sommersaison 1997 bestanden hätten, ausgeführt, da seine Ehefrau inzwischen eine langjährige und geschätzte Mitarbeiterin sei, sei davon auszugehen, dass sie auch den Beschwerdegegner - wenn der Unfall nicht passiert wäre - bei Zufriedenheit weiter beschäftigt hätten. Die Ehefrau sei im Hotel wie folgt tätig gewesen: Wintersaisons 1996/97, 1997/98, 1998/99, 1999/2000, 2000/01 und 2001/02 sowie Sommersaisons 1997, 1999 und 2000.

4.1.2 Die Mobiliar macht geltend, es sei keineswegs erstellt, dass der Beschwerdegegner ohne den Unfall weiter beschäftigt worden wäre. Der Arbeitgeber habe dies nämlich von der "Zufriedenheit" mit ihm abhängig gemacht. Ob diese Voraussetzung erfüllt gewesen sei, gehe aus seiner Auskunft nicht hervor. Solange dies nicht geklärt sei, sei die Annahme einer Weiterbeschäftigung willkürlich. Weiter sei abzuklären, ob der Versicherte und der Arbeitgeber gegenseitig jemals zum Ausdruck gebracht hätten, das Arbeitsverhältnis auch in der Sommersaison 1997 weiterführen zu wollen.

4.2

4.2.1 Vor dem Unfall (5. Januar 1997) hatte der Versicherte vom 17. bis 25. Dezember 1996 (Ferienbeginn), mithin erst neun Tage, im Hotel X._____ gearbeitet. Es kann nicht erwartet werden, dass Arbeitnehmer und Arbeitgeber bereits nach einem so kurzen Einsatz, noch vor Ablauf der 14-tägigen Probezeit, die bestimmte Absicht äusserten, den Arbeitsvertrag auch für die Sommersaison 1997 erneuern zu wollen. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Abklärung dieser Frage ist daher nicht angebracht, zumal weder der Versicherte noch die Arbeitgeberin vorbringen, vor dem Unfall eine solche Absicht kundgegeben zu haben.

4.2.2 Auf Grund der Angaben des Hotels vom 5. Dezember 2001 ist zu schliessen, dass auch für die Sommersaison 1997 Bedarf an einer Anstellung des Beschwerdegegners bestand, da man ihn bei Zufriedenheit weiter beschäftigt hätte. Aus dieser Auskunft geht zwar nicht hervor, ob man mit ihm im Rahmen des absolvierten neuntägigen Arbeitseinsatzes zufrieden war. Zu beachten ist jedoch, dass das Hotel dem Vertreter des Versicherten am 26. Oktober 2000 mitteilte, man habe ihn für die Sommersaison 2000/01 als Hausangestellten mit einem 50 %igen Arbeitspensum unter Vertrag genommen; leider hätten sie ihm aber absagen müssen, da das Arbeitsamt ihnen nach Einreichung der Aufenthaltsbewilligung A mitgeteilt habe, diese könne nur für ein 100 %-Pensum erteilt werden. Hieraus folgt, dass das Hotel mit dem kurzen Einsatz des Versicherten in der Wintersaison 1996/97 zufrieden war, ansonsten man ihn zweifellos nicht noch einmal als Hausangestellten hätte

beschäftigen wollen.

Unter diesen Umständen ist es unbeachtlich, wenn im Einspracheentscheid ausgeführt wurde, auf Grund der am 17. September 1998 erfolgten telefonischen Auskunft der Frau M._____ vom Hotel X._____ hätten die Leistungen des Versicherten in der Wintersaison 1996/97 nicht überzeugt, weshalb nicht feststehe, ob er in der Sommersaison 1997 weiter beschäftigt worden wäre. Abgesehen hievon stellt eine formlos eingeholte und in einer Aktennotiz festgehaltene mündliche bzw. telefonische Auskunft nur insoweit ein zulässiges und taugliches Beweismittel dar, als damit blosse Nebenpunkte, namentlich Indizien oder Hilfstatsachen, festgestellt werden. Dagegen kommt grundsätzlich nur die Form einer schriftlichen Anfrage und Auskunft in Betracht, wenn - wie vorliegend - Auskünfte zu wesentlichen Punkten des rechtserheblichen Sachverhaltes einzuholen sind (BGE 117 V 285 Erw. 4c mit Hinweis; Urteil R. vom 6. November 2002 Erw. 3.2, U 131/02).

Die Ehefrau und der Beschwerdegegner begannen in der Wintersaison 1996/97 im Hotel X._____ zum gleichen monatlichen Bruttolohn von Fr. 2300.- zu arbeiten. Der Arbeitsvertrag der Ehefrau wurde für die Sommersaison 1997 erneuert. Zu beachten ist weiter, dass das Ehepaar damals kinderlos war, weshalb kein Bedürfnis bestand, dass einer der beiden sich der Kinderbetreuung hätte widmen müssen.

Auch wenn es sich im vorliegenden Fall in beweismässiger Hinsicht um einen Grenzfall handelt, ist angesichts der dargelegten familiären und wirtschaftlichen Verhältnisse des Versicherten sowie der betrieblichen Angaben vom 26. Oktober 2000 und 5. Dezember 2001 davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis ohne den Unfall mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für die Sommersaison 1997 erneuert worden wäre (Art. 16 und Art. 27 Abs. 2 der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986, BVO, SR 823.21). Dass dem ausländerrechtliche Bestimmungen entgegengestanden hätten, wird von keiner Seite geltend gemacht und ist auf Grund der Akten auch nicht anzunehmen.

Für die Berechnung des versicherten Verdienstes sind daher die in der Wintersaison 1996/97 und in der Sommersaison 1997 mutmasslich erzielten Einkommen zu berücksichtigen.
5.
Das Verfahren ist kostenlos (Art. 134 OG). Dem Ausgang des letztinstanzlichen Verfahrens entsprechend steht dem obsiegenden Versicherten eine Parteientschädigung zu (Art. 135 OG in Verbindung mit Art. 159 Abs. 2 OG). Das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung erweist sich damit als gegenstandslos.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Die Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft hat dem Beschwerdegegner für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 1500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.

Luzern, 18. Februar 2003
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der II. Kammer: Der Gerichtsschreiber: