Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
U 252/03

Urteil vom 23. März 2004
II. Kammer

Besetzung
Präsident Borella, Bundesrichter Rüedi und Schön; Gerichtsschreiber Ackermann

Parteien
M._____, 1976, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Bruno Häfliger, Schwanenplatz 7, 6004 Luzern,

gegen

Helsana Versicherungen AG, Schadenrecht, Birmensdorferstrasse 94, 8003 Zürich, Beschwerdegegnerin

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Luzern, Luzern

(Entscheid vom 5. September 2003)

Sachverhalt:
A.
M._____, geboren 1976, arbeitete von Dezember 1996 bis zu seiner Entlassung wegen Vertrauensbruchs per Ende Dezember 1997 in der Firma X._____ und war bei der Helsana Versicherungen AG, Zürich, unfallversichert. Am 12. Juni 1997 erlitt er einen Verkehrsunfall, worauf die Helsana ihre Leistungspflicht anerkannte und, neben Heilbehandlung, Taggelder in Höhe von Fr. 72.-- erbrachte, wobei sie sich auf einen versicherten Lohn von Fr. 2'700.-- pro Monat (ohne 13. Monatslohn) stützte. Nachdem die Invalidenversicherung mit Verfügung vom 24. Februar 2000 M._____ mit Wirkung ab dem 1. Juli 1999 eine ganze Invalidenrente zugesprochen hatte, nahm die Helsana mit Schreiben vom 11. Februar 2000 eine Berechnung der Überentschädigung vor und richtete ab dem 1. Juli 1999 ein Komplementärtaggeld von Fr. 4.86 aus. Mit Verfügung vom 18. Juni 2002 verweigerte die Helsana eine Erhöhung des Taggeldes aufgrund eines höheren versicherten Verdienstes, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass im Gesundheitsfall eine Lohnerhöhung um mindestens 10% erfolgt wäre; dies wurde durch Einspracheentscheid vom 31. Oktober 2002 bestätigt.
B.
Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern mit Entscheid vom 5. September 2003 teilweise gut und wies die Sache zu neuer Verfügung an die Helsana zurück, damit sie die Überentschädigung und das Komplementärtaggeld unter Berücksichtigung der Kinderzulagen für die 1998 geborene Tochter des M._____ neu berechne.
C.
M._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Antrag, es sei der vorinstanzliche Entscheid insoweit aufzuheben, als ab dem 8. Mai 2002 keine Einkommensverbesserung von 10% zuerkannt und nicht von einem Einkommen von Fr. 50'000.-- ausgegangen werde; ferner lässt er die Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung beantragen.

Die Helsana und das Bundesamt für Sozialversicherung, Abteilung Kranken- und Unfallversicherung (ab dem 1. Januar 2004 im Bundesamt für Gesundheit), verzichten auf Vernehmlassungen.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Wie das kantonale Gericht zu Recht festgehalten hat, ist das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 im vorliegenden Fall nicht anwendbar, da nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Einspracheentscheides (31. Oktober 2002) eingetretene Rechts- und Sachverhaltsänderungen vom Sozialversicherungsgericht nicht berücksichtigt werden (RKUV 2001 Nr. U 419 S. 101 Erw. 2). Die Vorinstanz hat im Weiteren auch die Bestimmungen über den bei langdauernder Taggeldberechtigung versicherten Verdienst (Art. 15 UVG, Art. 23 Abs. 7 UVV) sowie die dabei geltenden Beweisgrundsätze (RKUV 1994 Nr. U 195 S. 211 Erw. 5b) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.
2.
Streitig ist in letzter Instanz allein die Höhe des massgebenden Lohnes für das Taggeld.
2.1 Das kantonale Gericht hat erwogen, dass der Beschwerdeführer den Nachweis eines höheren Lohnes nicht erbracht habe: So sei ihm insbesondere keine Lohnerhöhung in Aussicht gestellt worden und er habe auch nicht dargelegt, weshalb er (ohne Eintritt des Unfalls) eine besser bezahlte Stelle hätte annehmen können; nicht massgebend sei zudem das Argument, er hätte sich nach der Geburt seiner Tochter nicht mehr mit dem bisherigen geringen Lohn begnügt. Auch die Behauptung, dass heute ein Mindestlohn von Fr. 3'000.-- anerkannt sei, treffe in dieser absoluten Formulierung nicht für alle unqualifizierten Arbeitnehmer im Gastgewerbe zu.

Der Versicherte ist demgegenüber der Ansicht, es sei die Kinderzulage für die 1998 geborene Tochter bei der Anpassung des massgebenden Lohnes für das Taggeld zu berücksichtigen; zusammen mit dem ab Mai 2002 gemäss Gesamtarbeitsvertrag gültigen Mindestverdienst von Fr. 3'000.-- sowie einem dreizehnten Monatslohn ergebe sich eine Lohnerhöhung von über 10%.
2.2 Entgegen der Auffassung in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist die nach der Geburt der Tochter nach Art. 22 Abs. 2 lit. b UVV dem versicherten Verdienst zuzurechnende Kinderzulage nicht für den (mindestens zehn Prozent betragenden) Umfang der Lohnerhöhung gemäss Art. 23 Abs. 7 UVV zu berücksichtigen (vgl. auch **BGE 127 V 173** Erw. 3b für den massgebenden Lohn für Renten nach Art. 24 Abs. 2 UVV). Es handelt sich bei den Kinderzulagen nämlich nicht um eine Lohnerhöhung im eigentlichen Sinn (welche eine Erhöhung des Entgelts für die geleistete Arbeit darstellt; vgl. Art. 319 Abs. 1 OR), sondern um einen vom Austauschverhältnis Arbeitsleistung-Lohn unabhängigen Zuschlag zum bisherigen, in der Höhe unveränderten Lohn. So sind Kinderzulagen denn auch für den Arbeitgeber wirtschaftlich keine Lohn-, sondern Lohnnebenkosten, da damit eben nicht die geleistete Arbeit an sich bezahlt wird.
2.3 Nicht gefolgt werden kann dem Versicherten auch dahin, dass ab dem 8. Mai 2002 der Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes einen Mindestlohn von Fr. 3'000.-- pro Monat sowie einen dreizehnten Monatslohn vorsehe, weshalb gegenüber dem 1997 erzielten Verdienst von Fr. 2'700.-- eine Steigerung von über 10% eingetreten sei. Grundlage für die Bemessung des Taggeldes ist nämlich der versicherte Verdienst gemäss Art. 22 Abs. 3 UVV, d.h. der letzte vor dem Unfall bezogene Lohn einschliesslich noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht. Massgebend ist dabei der effektiv bezogene Lohn, der anhand der unbestritten gebliebenen Meldung des Arbeitgebers Fr. 2'700.-- pro Monat ausmacht. Eine Erhöhung des versicherten Verdienstes im Sinne des Art. 23 Abs. 7 UVV - und damit ein Abweichen vom Regelfall des Art. 22 Abs. 3 UVV - ist indessen nicht allein schon deswegen als überwiegend wahrscheinlich anzunehmen, wenn auf fiktive Löhne verwiesen wird, die allenfalls in einer gerichtlichen Auseinandersetzung mit dem Arbeitgeber hätten erwirkt werden können. Ein gemäss Gesamtarbeitsvertrag vorgesehener Mindestlohn ist im Übrigen auch kein in Art. 22 Abs. 3 UVV erwähnter, noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteil, auf den ein Rechtsanspruch besteht, denn einerseits sind in dieser Regelung offensichtlich Bestandteile wie dreizehnter Monatslohn, Kinderzulagen oder Gratifikationen gemeint, und andererseits ist nicht klar, ob dieser Mindestlohn hier überhaupt geschuldet ist (und auch eingefordert worden wäre), da die Anstellung des Versicherten als Auslieferer von Pizze

(sowie als Mitarbeiter im Betrieb) nicht zwingend unter den Gesamtarbeitsvertrag für das Gastgewerbe fallen muss.

Da das kantonale Gericht die weiteren vom Versicherten geltend gemachten (und in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht mehr erwähnten) Gründe für eine angebliche Lohnerhöhung zu Recht verworfen hat, ist die nach Art. 23 Abs. 7 UVV vorausgesetzte Einkommenssteigerung um mindestens 10% als nicht überwiegend wahrscheinlich erstellt (RKUV 1994 Nr. U 195 S. 211 Erw. 5b), so dass der versicherte Verdienst in dieser Hinsicht nicht zu ändern ist.
3.
Da es um Versicherungsleistungen geht, sind gemäss Art. 134 OG keine Gerichtskosten zu erheben.

Die unentgeltliche Verbeiständung kann gewährt werden (Art. 152 OG in Verbindung mit Art. 135 OG), da die Bedürftigkeit aktenkundig ist, die Beschwerde nicht als aussichtslos zu bezeichnen und die Vertretung geboten war (**BGE 125 V 202** Erw. 4a und 372 Erw. 5b, je mit Hinweisen). Es wird indessen ausdrücklich auf Art. 152 Abs. 3 OG aufmerksam gemacht, wonach die begünstigte Partei der Gerichtskasse Ersatz zu leisten haben wird, wenn sie später dazu im Stande ist.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Zufolge Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung wird Rechtsanwalt Dr. Bruno Häfliger, Luzern, für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht aus der Gerichtskasse eine Entschädigung (einschliesslich Mehrwertsteuer) von Fr. 800.-- ausgerichtet.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Luzern und dem Bundesamt für Gesundheit (BAG) zugestellt.
Luzern, 23. März 2004
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der II. Kammer: Der Gerichtsschreiber: