



Fall-Nr.: UV 2008/104
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: UV - Unfallversicherung
Publikationsdatum: 23.04.2020
Entscheiddatum: 13.07.2009

Entscheid Versicherungsgericht, 13.07.2009

Art. 18 UVG; Art. 8 ATSG; Art. 16 ATSG: Invaliditätsbemessung nach unfallbedingter Lisfranc-Luxationsfraktur. Bemessung des Invalideneinkommens anhand von DAP-Profilen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 13. Juli 2009, UV 2008/104).

Vizepräsident Joachim Huber, Versicherungsrichterin Lisbeth Mattle Frei und Versicherungsrichter Martin Rutishauser; a.o. Gerichtsschreiber Benedikt Fässler

Entscheid vom 13. Juli 2009

in Sachen

J.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Rainer Niedermann, St. Leonhard-Strasse 20,
Postfach, 9001 St. Gallen,

gegen

Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Suva), Fluhmattstrasse 1, Postfach 4358,
6002 Luzern,

Beschwerdegegnerin,

betreffend



Invalidenrente

Sachverhalt:

A.

A.a Am 13. September 2005, stürzte J.____, geboren 1955, angelernter Baumonteur bei der A.____, bei der Fensterdemontage von einer Leiter und trug sich eine Lisfranc-Luxationsfraktur des linken Fusses zu. Die Suva anerkannte ihre Leistungspflicht und erbrachte die gesetzlichen Leistungen.

A.b Am 30. März 2007 wurde der Versicherte von Kreisarzt Dr. med. B.____, Facharzt FMH für Chirurgie, untersucht. Dr. B.____ stellte als Folgen des Unfalls folgende Diagnosen: Lisfranc-Luxationsfraktur links, offen reponiert, Arthrodesse TMT I-Gelenk mit Schraube und TMT II bis V mit Kirschnerdrähten, Metallentfernung; Narbenallodynie und Verdacht auf Dystrophie; Verdacht auf Lisfranc-Arthrose (act. G 8.1/91.2). Als unfallfremde Beschwerden stellte er folgende Diagnosen: Chronisches lumbospondylogenes Syndrom links und Spondylarthropathie bei muskulärer Dysbalance und Morbus Bechterew; Metabolisches Syndrom mit Diabetes mellitus Typ II, arterieller Hypertonie, Adipositas und Hyperlipidämie; Dyspepsie; seit sechs Jahren bekannte depressive Störung (act. G 8.1/91). Bezüglich der unfallbedingten Einschränkung der Arbeitsfähigkeit kam Dr. B.____ zum Ergebnis, dass der Versicherte in einer angepassten Tätigkeit unter Einhaltung einer verlängerten Pause von einer Stunde jeweils vormittags und nachmittags künftig ganztätig arbeitsfähig wäre (act. G 8.1/91.2). Der Einschätzung von Dr. B.____, welche dieser im Rahmen einer ergänzenden Beurteilung am 2. August 2007 nochmals bestätigte (act. G 8.1/115), wurde vom Kantonsspital St. Gallen nach Untersuchung vom 4. Juli 2007 beigeplichtet (act. G 8.1/112).

A.c Mit Verfügung vom 24. Januar 2008 (act. G 8.1/125) sprach die Suva dem Versicherten ab dem 1. Januar 2008 eine Invalidenrente aufgrund eines Invaliditätsgrades von 46 % und eine Integritätsentschädigung für eine Integritätseinbusse von 20 % zu. Das Valideneinkommen wurde von der Suva mit Fr. 73'368.-- festgesetzt. Bei der Bestimmung des Invalideneinkommens ging die Suva



St.Galler Gerichte

von einer gemäss Dr. B.____ zumutbaren Erwerbstätigkeit aus. Unter Heranziehung von fünf Arbeitsplätzen mit zumutbarem Tätigkeitsprofil aus der Internen Dokumentation von Arbeitsplätzen (DAP) ermittelte die Beschwerdegegnerin ein Durchschnittseinkommen aller DAP's von Fr. 52'463.--. Durch die aus ärztlicher Sicht nötige Einschaltung von 2 zusätzlichen Stunden Pause pro Tag ergebe sich bei Zugrundelegung einer wöchentlichen Arbeitszeit von 41.7 Stunden eine Beeinträchtigung von 24 %. Gestützt darauf wurde das Invalideneinkommen mit Fr. 39'872.-- (Fr. 52'463.-- abzüglich 24 %) festgesetzt. (act. G 8.1/122 und 123).

B.

Mit Eingabe vom 28. Februar 2008 und Ergänzung vom 5. Mai 2008 erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Rainer Niedermann, St. Gallen, Einsprache gegen die Verfügung vom 24. Januar 2008 (act. G 8.1/126-131). Der Rechtsanwalt beantragte die Zusprechung einer höheren Invalidenrente entsprechend einem Invaliditätsgrad von mindestens 48,5 % und einer Integritätsentschädigung von mindestens 25 %. Bezüglich der Berechnung des Invaliditätsgrads rügte der Rechtsanwalt, es müsse von einem höheren Valideneinkommen von mindestens Fr. 77'313.-- ausgegangen werden (act. G 8.1/131). Mit Einspracheentscheid vom 15. Juli 2008 wies die Suva die Einsprache ab (act. G 1.1/1 und act. G 8.1/134).

C.

C.a Am 15. September 2008 erhob der Versicherte, wiederum vertreten durch Rechtsanwalt Niedermann, Beschwerde gegen den Einspracheentscheid an das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen (act. G 1). Darin beantragt er die Zusprechung einer Invalidenrente entsprechend einem Invaliditätsgrad von mindestens 67 %. Beim Valideneinkommen sei, wie schon in der Einsprache geltend gemacht, von Fr. 77'313.-- auszugehen. In der Beschwerde wird neu auch das Invalideneinkommen bestritten. Zur Begründung verweist der Anwalt auf ein bidisziplinäres Gutachten der Klinik Valens vom 17. März 2008, wonach die unfallbedingte Einschränkung der Arbeitsfähigkeit in einer leichten, wechselbelastenden Tätigkeit 50 % betrage (act. G 1.1/3 S. 31). Infolge des vorgerückten Alters von 53 Jahren, des Ausländerstatus und der minimalen Schul- und Deutschkenntnisse sei zudem vom Durchschnitt der



St.Galler Gerichte

Minimaleinkommen der DAP-Profilen von Fr. 48'829.-- und nicht vom Durchschnittseinkommen von Fr. 52'463.-- auszugehen. Somit ergebe sich bei einer Arbeitsfähigkeit von 50 % ein Invalideneinkommen von Fr. 24'415.--, was selbst bei Zugrundelegung des bestrittenen Valideneinkommens von Fr. 73'368.-- zu einem Invaliditätsgrad von 67 % führen würde. Mit Beschwerdeantwort vom 24. November 2008 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde (act. G 8).

C.b Am 9. Januar 2009 wurde dem Beschwerdeführer vom Präsidenten des Versicherungsgerichts die unentgeltliche Rechtsverteidigung genehmigt (act. G 16). Mit Schreiben vom 12. März 2009 verzichtete der Rechtsanwalt des Beschwerdeführers nach mehrmaliger Fristerstreckung auf die Einreichung einer Replik (act. G 21).

Erwägungen:

1.

1.1 Streitgegenstand bildet einzig die Festsetzung des Invaliditätsgrades. Die Festsetzung der Integritätsentschädigung auf 20 % wird in der Beschwerde nicht mehr angefochten. Diesbezüglich ist der Einspracheentscheid vom 15. Juli 2008 in Rechtskraft erwachsen.

1.2 Gemäss Art. 18 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20) hat ein Versicherter Anspruch auf eine Invalidenrente, wenn er infolge des Unfalls zu mindestens 10 % invalid ist. Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 7 ATSG). Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei



ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung gesetzt zum
Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre
(Art. 16 ATSG). Beim Einkommensvergleich nach Art. 16 ATSG darf nicht einfach
darauf abgestellt werden, welche Arbeitsleistung der Versicherte nach dem Unfall
tatsächlich erbracht hat und was er dabei verdient hat. Entscheidend ist, was der
Versicherte trotz der Unfallfolgen zumutbarerweise noch zu erwerben fähig ist.

2.

2.1 Bei der Festsetzung des Valideneinkommens ist als Ausgangspunkt vom vor
Eintritt der Invalidität tatsächlich erzielten Einkommen auszugehen. Dabei sind neben
dem Grundlohn auch weitere Lohnbestandteile wie Vergütungen für regelmässig
geleistete Überstunden zu berücksichtigen (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2.
Auflage, 2009, Art. 16 Rz. 12 f.).

2.2 Das Valideneinkommen wurde von der Beschwerdegegnerin mit Fr. 73'368.--
festgesetzt (act. G 8.1/123). Sie stützte sich dabei auf Angaben der Arbeitgeberin des
Beschwerdeführers, der A.____, für das Jahr 2007 (act. G 8.1/89 und 136). Danach
beträgt die monatliche Arbeitszeit nach Gesamtarbeitsvertrag 180.3 Stunden
(Jahresarbeitszeit x 12) bei einem Stundenansatz von Fr. 29.--. Dazu kommen Fr. 2.41
pro Stunde als Gratifikation und Fr. 2.50 pro Stunde als Bauüberschuss, so dass sich
gesamthaft ein Stundenlohn von Fr. 33.91 ergibt. Daraus ergibt sich das von der
Beschwerdegegnerin berechnete Valideneinkommen von Fr. 73'368.-- (Fr. 33.91 x
180.3 x 12). Der Anwalt des Beschwerdeführers macht geltend, das Valideneinkommen
des Beschwerdeführers setze sich neben dem Grundgehalt zu einem erheblichen Teil
aus leistungsabhängigen Zuschüssen (Akkord, Regie, etc.) zusammen. Dies ergebe
sich u.a. aus der Berechnung des Jahresverdienstes von Fr. 83'993.-- für die Periode
vom 13. September 2004 bis 12. September 2005 (act. G 8.1/118). Nach Abzug der
Kinderzulagen in Höhe von Fr. 6'680.--, auf welche seit 2007 kein Anspruch mehr
besteht, betrage das Valideneinkommen somit mindestens Fr. 77'313.-- (act. G 1 und
act. G 8.1/131.1). In ihrem Einspracheentscheid hält die Beschwerdegegnerin
demgegenüber fest, die Angaben des Betriebes seien klar und überzeugend und der
vom Versicherten behauptete höhere Lohn sei nicht mit rechtsgenügender
Wahrscheinlichkeit nachweisbar (act. G 1.1/1). In ihrer Beschwerdeantwort (act. G 8)



weist sie darauf hin, dass die Angaben zum Validenlohn von der Arbeitgeberin (A.____) am 20. November 2008 unterschriftlich bestätigt wurden (act. G 8.1/136). Zudem seien die in der Einsprache angesprochenen Bauzuschüsse bei der Berechnung des Validenlohns sehr wohl mitberücksichtigt worden (vgl. act. G 8.1/89 und 136, Position Bauüberschuss/Std.). Auch sei gegenüber 2005 eine Lohnerhöhung berücksichtigt worden.

2.3 Dem Beschwerdeführer ist zuzugestehen, dass die Beschwerdegegnerin die auch nach Abzug der Kinderzulagen noch erhebliche Differenz zwischen dem versicherten Verdienst und dem angenommenen Valideneinkommen nicht erläutert. Betrachtet man jedoch den für die Berentung massgeblichen Zeitraum vom 13. September 2004 bis zum 12. September 2005 (vgl. Art. 22 Abs. 4 der Verordnung über die Unfallversicherung [UVV; SR 832.202]), zeigt sich, dass Akkord- und Regiezulagen unregelmässig ausbezahlt wurden. Zudem erfolgte im Mai 2005 eine "Auszahlung Vorholzeiten" in der Höhe von Fr. 4'828.-- (vgl. act. G 8.1/118). Nach Angaben der Arbeitgeberin handelt es sich dabei um eine Auszahlung für Überzeiten (act. G 8.1/118.1). Dadurch lässt sich der relativ hohe versicherte Jahresverdienst von Fr. 83'399.-- erklären. Betrachtet man demgegenüber die AHV-pflichtige Lohnsumme für das Jahr 2004, beträgt diese lediglich Fr. 71'954.-- (act. G 8.1/118.3). Vor diesem Hintergrund erscheinen die Angaben der Arbeitgeberin nachvollziehbar. Diese hat unter der Position Bauüberschuss/Std. einen Zuschlag von Fr. 2.50 pro Arbeitsstunde berechnet. Damit dürften die unregelmässig ausbezahlten Akkordzuschüsse und Regiezulagen abgegolten sein. Dass Überzeiten regelmässig geleistet und abgegolten wurden, ist nicht nachgewiesen. Die Beschwerdegegnerin geht zudem bei der Berechnung von der monatlichen Arbeitszeit von 180.3 Stunden gemäss Gesamtarbeitsvertrag und nicht von der leicht niedrigeren betriebsüblichen Arbeitszeit von 41.5 Stunden pro Woche aus. Damit werden einige Überstunden bereits einkalkuliert. Das aufgrund der Angaben des Arbeitgebers festgelegte Valideneinkommen von Fr. 73'368.-- ist somit nicht zu beanstanden.

3.

3.1 Die Beschwerdegegnerin hat bezüglich der unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit auf die Beurteilung von Dr. B.____ abgestellt. Dieser führt wörtlich aus: "Von seiten des



Fusses sind lange Gehstrecken, vor allem in unebenem Gelände und wiederholtes Treppensteigen eingeschränkt. Zu vermeiden ist das Besteigen von Leitern und Gerüsten sowie das Heben von schweren Gewichte, leichte Gewichte bis 5 kg häufig, Gewichte bis 10 kg gelegentlich, bevorzugt auf Tischhöhe, Vermeiden vom Boden wegen Eingehen in kauernde und knieflektierende Stellungen. In einer angepassten Tätigkeit vorwiegend sitzend, im Raum stehend und gehend wäre der Patient unter vorgenannten Einschränkungen vollschichtig künftig einsetzbar, aktuell unter theoretisch Einhalten einer verlängerten Pause von einer Stunde jeweils vormittags und nachmittags." (act. G 8.1/91.2). Infolge der zusätzlichen 2 Stunden Pause pro Tag ergibt sich bei Zugrundelegung einer wöchentlichen Arbeitszeit von 41.7 Stunden (durchschnittliche betriebsübliche Arbeitszeit im Jahr 2007 gemäss Daten des Bundesamts für Statistik; <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/02-/blank/data/07.html>) in einer leidensangepassten Tätigkeit eine unfallbedingte Einschränkung von 24 % (act. G 8.1/123).

3.2 Der Anwalt des Beschwerdegegners macht geltend, die Arbeitsfähigkeit betrage unfallbedingt nur 50 % (act. G 1). Er stützt sich dabei auf ein bidisziplinäres Gutachten der Klinik Valens vom 17. März 2008, worin die Gutachter die unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit für eine leichte wechselbelastende Tätigkeit mit 50 % einschätzten. Dabei sollten Arbeiten wie Heben und Tragen und Arbeiten über Kopfhöhe sowie vorgeneigtes Sitzen und Stehen nur selten (rund 10 %) vorkommen (act. G 1.1/3 S. 31). In ihrer Beschwerdeantwort spricht die Beschwerdegegnerin dem Gutachten der Klinik Valens jegliche Beweistauglichkeit ab (act. G 8). Sie stützt sich dabei auf eine ärztliche Beurteilung vom 17. November 2008 durch Dr. med. C.____, Facharzt für Orthopädische Chirurgie FMH, SUVA Versicherungsmedizin (act. G 8.1/135). Dr. C.____ kritisiert, dass die Gutachter der Klinik Valens nicht ausführten, wie der Wert von 50 % Arbeitsunfähigkeit errechnet wurde bzw. auf welche Daten bei der Quantifizierung in Prozentwerte abgestellt wurde. Ferner sei nicht ersichtlich, inwiefern die Feststellung der Gutachter, die Resultate der ergonomischen Tests seien wegen erheblicher Symptomausweitung, Selbstlimitierung und Inkonsistenz zur Beurteilung der zumutbaren Belastbarkeit nur teilweise verwertbar (act. G 1.1/3 S. 20 ff.), in die Beurteilung der unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit eingeflossen sei (act. G 8.1/135 S. 5 und 8). Die Beschwerdegegnerin macht zudem geltend, die Tatsache, dass die Gutachter die Frage nach der krankheitsbedingten Leistungseinschränkung einerseits



und der unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit andererseits identisch beantwortet hätten (vgl. act. G 1.1/3 S. 30 f.), zeige, dass sie keine Differenzierung zwischen krankheits- und unfallbedingten Ursachen trafen (act. G 8 Ziff. 5.3). Die Kritik am Gutachten der Klinik Valens ist berechtigt. Es ist in keiner Weise nachvollziehbar, gestützt auf welche Daten die Gutachter zu ihrer Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit gelangt sind. Insbesondere ist nicht ersichtlich, warum die Gutachter bezüglich der krankheits- und unfallbedingten Beschwerden zu einem identischen Behinderungsprofil gelangt sind. So ist z.B. in keiner Weise nachvollziehbar, inwiefern die unfallkausalen Beschwerden am Fuss dazu führen sollten, dass der Beschwerdegegner nicht mehr zu Arbeiten über Kopfhöhe sowie vorgeneigtem Sitzen oder Stehen in der Lage sein sollte (vgl. act. G 1.1/3 S. 31). Es muss angenommen werden, dass nicht zwischen unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit wegen der Fussbeschwerden und krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit infolge der Beschwerden vorab am Rücken sowie derjenigen psychischer Natur differenziert wurde. Die Beurteilung der unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit durch die Gutachter der Klinik Valens ist somit nicht verwertbar. Die Beschwerdegegnerin hat nach dem Gesagten bezüglich der zumutbaren Arbeitstätigkeit somit zu Recht auf die Beurteilung von Dr. B.____ abgestellt und daraus korrekt eine unfallbedingte Einschränkung von 24 % ermittelt.

3.3 Die von der Beschwerdegegnerin ausgewählten fünf DAP-Arbeitsplätze (act. G 8.1/122.1 bis 122.10) sind den behinderungsbedingten Einschränkungen des Beschwerdeführers angepasst. Keiner der fünf Arbeitsplätze erfordert längere Gehstrecken. Kurze Strecken bis 50 Meter sind nur selten bis manchmal zurückzulegen. Auch das Heben von schweren Gewichten ist an keinem der Arbeitsplätze erforderlich. Zudem besteht an allen Arbeitsplätzen die Möglichkeit zum Einschalten von Pausen. Etwas höhere körperliche Anforderungen stellt nur die Tätigkeit als Punktschweisser (DAP-Nr. 9831; act. G 8.1/122.7). Hier müssen sehr oft Gewichte bis zu 5 kg, selten auch bis 10 kg bis auf Lendenhöhe gehoben werden. Gewichte bis 5 kg müssen oft auch über Brusthöhe gehoben werden. Selten müssen auch Gewichte über 5 kg über Brusthöhe gehoben werden. Die in E. 3.1 zitierte Beurteilung der unfallbedingten Einschränkungen durch Dr. B.____ ist jedoch dahingehend zu interpretieren, dass dem Beschwerdeführer das häufige Heben von leichten Gewichten bis 5 kg, gelegentlich auch bis 10 kg, bevorzugt auf Tischhöhe, zumutbar ist. Diese Einschätzung wird gestützt durch die Beurteilung durch Dr. C.____,



der die DAP-Tätigkeiten explizit als zumutbar erachtet, da diese ausgesprochen geringe Anforderungen an Heben und Tragen und praktisch keinerlei Anforderungen an die Belastbarkeit des Fusses stellten (act. G 8.1/135, S. 4 und 9). Somit erscheint auch das DAP-Profil mit den höchsten körperlichen Anforderungen dem Beschwerdeführer noch zumutbar.

3.4 Im Hinblick auf die geforderte Repräsentativität der DAP-Profile und der daraus abgeleiteten Lohnangaben hat die Beschwerdegegnerin nach der Rechtsprechung, zusätzlich zur Auflage von mindestens fünf DAP-Blättern, Angaben zu machen über die Gesamtzahl der aufgrund der gegebenen Behinderung in Frage kommenden dokumentierten Arbeitsplätze, über den Höchst- und den Tiefstlohn sowie über den Durchschnittslohn der dem jeweils verwendeten Behinderungsprofil entsprechenden Gruppe. Im Beschwerdeverfahren ist es Sache des angerufenen Gerichts, die Rechtskonformität der DAP-Invaliditätsbemessung zu prüfen, gegebenenfalls die Sache an den Versicherer zurückzuweisen oder an Stelle des DAP-Lohnvergleichs einen Tabellenlohnvergleich gestützt auf die LSE vorzunehmen (BGE 129 V 472 E. 4.2.2). Im vorliegenden Fall liegen die erforderlichen Angaben vor (act. G 8.1/122). Daraus ergibt sich, dass die Gesamtzahl der in Frage kommenden Arbeitsplätze 90 beträgt und sich das Mittel aus den Durchschnittslöhnen dieser Arbeitsplätze auf Fr. 49'170.-- beläuft bei einem Minimallohn (1. Dezil) von Fr. 37'523.-- und einem Maximallohn (9. Dezil) von Fr. 64'998.--. Der Durchschnittslohn aus den 5 von der Beschwerdegegnerin ausgewählten DAP-Profilen von Fr. 52'463.-- liegt zwar über dem Mittel der Durchschnittslöhne aller in Frage kommenden DAP-Profile von Fr. 49'170.--. Das der Beschwerdegegnerin zustehende Auswahlermassen gilt jedoch als gewahrt, wenn das aus den fünf massgeblichen DAP-Blättern ermittelte Invalideneinkommen nicht mehr als 10 % vom Durchschnitt der Durchschnittslöhne abweicht (vgl. Stefan A. Dettwiler, Suva "DAP"t nicht im Dunkeln, in: SZS 50/2006 S. 6 ff., 12).

3.5 Der Anwalt des Beschwerdeführers macht geltend, aufgrund des vorgerückten Alters von 53 Jahren, des Ausländerstatus und der minimalen Schul- und Deutschkenntnisse sei vom Durchschnitt der Minimaleinkommen der DAP-Profile von Fr. 48'829.-- und nicht vom Durchschnittseinkommen von Fr. 52'463.-- auszugehen (act. G 1). Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung sind im Rahmen des DAP-Systems leidensbedingte Abzüge grundsätzlich nicht sachgerecht und damit nicht



zulässig, weil den spezifischen Beeinträchtigungen der Leistungsfähigkeit bereits bei der Auswahl der zumutbaren DAP-Profile Rechnung getragen wird (BGE 129 V 472 E. 4.2.3). Bezüglich weiterer beruflicher und persönlicher Umstände besteht jedoch ein gewisser Spielraum. Da auf den DAP-Blättern neben dem Durchschnittslohn auch ein Maximum und ein Minimum angegeben werden, kann innerhalb dieser Spannbreite auf weitere persönliche und berufliche Umstände (z.B. Teilzeitarbeit, Alter, Anzahl Dienstjahre, Aufenthaltsstatus) Rücksicht genommen werden (BGE 129 V 472 E. 4.2.3 S. 482). Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführer verweist diesbezüglich mit nachträglicher Eingabe vom 5. Juni 2009 auf einen inzwischen rechtskräftigen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 25. März 2009 (VV 2008.492/E). Darin stellte das Verwaltungsgericht aufgrund des vorgerückten Alters des Versicherten von 59 Jahren im Zeitpunkt des Rentenbeginns auf den Durchschnitt der Minimaleinkommen der fünf DAP-Profile ab (E. 4 des erwähnten Entscheids). In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht jedoch ausgeführt, dass bei einem DAP-Profil mit einem Lohnband für die betreffende, dem Zumutbarkeitsprofil der versicherten Person entsprechende Tätigkeit grundsätzlich der Minimal- oder der Maximallohn erreichbar ist, je nach weiteren zu berücksichtigenden Umständen wie Alter, Anzahl Dienstjahre usw. In diesem Fall sei vom Durchschnittswert auszugehen, weil auch dieser die behinderungsbedingten Einschränkungen, die weiteren persönlichen und beruflichen Umstände sowie die regionalen Aspekte berücksichtigt und somit immer noch konkretere Angaben liefert als gesamtschweizerisch und unabhängig von den leidensbedingten Einschränkungen erhobene statistische Löhne (Urteil des Bundesgerichts vom 26. Juni 2008, 8C_72/2008, E. 5.2). Eine Abweichung vom Durchschnittslohn der DAP-Profile erscheint vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung als nur ausnahmsweise gerechtfertigt. Vorliegend wurde den vom Anwalt geltend gemachten Faktoren schon bei Auswahl der DAP-Profile Rechnung getragen: Bei den ausgewählten DAP-Profilen handelt es sich nur um Hilfsarbeiten, die weder berufliche Vorkenntnisse, noch besondere Sprachkenntnisse, sondern nur eine Grundschulausbildung erfordern. Eine Tätigkeit erfordert zwar ausdrücklich Deutschkenntnisse (DAP-Nr. 10463; act. G 8.1/122.10). Der Beschwerdeführer ist jedoch seit Jahrzehnten im deutschen Sprachraum arbeitstätig und hat damit bewiesen, dass seine hierzu erforderlichen Sprachkenntnisse ausreichend sind. Auch der Ausländerstatus ist angesichts der langjährigen Erwerbstätigkeit in der Schweiz zu



vernachlässigen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 27. Februar 2008, U 11/07, E. 8.4). Bezüglich des geltend gemachten fortgeschrittenen Alters des Beschwerdeführers von 53 Jahren ist zu bemerken, dass laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung Hilfsarbeiten auf dem massgebenden hypothetischen ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 16 ATSG) grundsätzlich altersunabhängig nachgefragt werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 27. Februar 2008, U 11/07, E. 8.4; Urteil des EVG vom 12. Oktober 2006, U 404/05, E. 2.3.2). Das vom Anwalt des Beschwerdeführers angeführte Urteil des Thurgauer Verwaltungsgerichts setzt sich mit dieser Rechtsprechung nicht auseinander und ist damit wenig aussagekräftig. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn die Beschwerdegegnerin vom Mittelwert der Durchschnittslöhne der DAP-Profile ausgegangen ist.

4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin zu Recht von einem Valideneinkommen von Fr. 73'368.-- ausgegangen ist. Auch das Invalideneinkommen wurde korrekt mit Fr. 39'872.-- (Durchschnittslohn der fünf DAP-Profile Fr. 52'463.-- abzüglich unfallbedingte Einschränkung von 24 %) ermittelt. Daraus ergibt sich der von der Beschwerdegegnerin errechnete Invaliditätsgrad von 46 %.

5.

5.1 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin den Invaliditätsgrad korrekt ermittelt hat. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

5.2 Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

5.3 Dem Beschwerdeführer wurde am 9. Januar 2009 die unentgeltliche Rechtsverbeiständung bewilligt. Der Staat ist zufolge unentgeltlicher Rechtsverbeiständung zu verpflichten, für die Kosten der Rechtsvertretung des Beschwerdeführers aufzukommen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem unentgeltlichen Rechtsbeistand lediglich ein um 20% reduziertes Honorar zusteht (vgl. Art. 31 Abs. 3 des Anwaltsgesetzes, sGS 963.70). Mangels Kostennote ist die Entschädigung vom Gericht ermessensweise festzusetzen. Ein Betrag von Fr. 2'800.-- (80% von Fr. 3'500.--; inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) scheint der Bedeutung der Streitsache, der



Schwierigkeit des Prozesses und dem Aufwand des Rechtsvertreters, welcher auf die Einreichung einer Replik verzichtet hat, angemessen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Der Staat hat den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mit Fr. 2'800.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.