



Fall-Nr.: UV 2006/88
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: UV - Unfallversicherung
Publikationsdatum: 05.05.2020
Entscheiddatum: 13.08.2007

Entscheid Versicherungsgericht, 13.08.2007

Art. 16 Abs. 2 und 19 Abs. 1 UVG sowie Art. 15 Abs. 2 UVG und Art. 22 Abs. 4 und 24 Abs. 1 UVV. Zeitpunkt des Rentenbeginns. Festlegung des versicherten Verdienstes bei befristeter Anstellung im Unfallzeitpunkt (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 16. August 2007, UV 2006/88).

Vizepräsident Joachim Huber, Versicherungsrichterinnen Christiane Gallati Schneider und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiber Walter Schmid

Entscheid vom 13. August 2007

In Sachen

P.____

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Rainer Niedermann, Neugasse 55, 9000 St. Gallen,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend



Invalidenrente

hat das Versicherungsgericht in Erwägung gezogen:

I.

A.- a) Der 1971 geborene P.____ war bei der Gemeinde A.____ als Bademeisteraushilfe/ Beckenaufsicht für die Saison 2003 angestellt und dadurch bei der Suva versichert, als er sich am 7. Juni 2003 bei einem Verkehrsunfall am rechten Bein Verletzungen zuzog (UV-act. 1). Vom 7. bis 28. Juni 2003 und vom 1. bis 5. Juli 2003 erfolgten Hospitalisationen in der Klinik für Orthopädische Chirurgie am Spital B.____, wobei die Diagnosen einer USG-Luxation rechts mit Calcaneus-Trümmerfraktur und distaler Fibulafraktur sowie Rissquetschwunde des linken Knies gestellt wurden (UV-act. 6, 7). Mit Verfügung vom 1. April 2004 eröffnete die Suva dem Versicherten, dass die Geldleistungen für die Folgen des Unfalls vom 7. Juni 2003 um 20% gekürzt würden, da er in alkoholisiertem Zustand und nach Konsum von Drogen eine Frontalkollision verursacht habe (UV-act. 29). Nach Durchführung von weiteren Operationen, ärztlichen Behandlungen und Abklärungen teilte die Suva dem Versicherten am 19. November 2004 mit, ab 21. November 2004 bestehe eine Arbeitsfähigkeit von mindestens 75%. Ab diesem Datum würden daher die Taggeldleistungen eingestellt (UV-act. 69). Mit Schreiben vom 9. Januar 2006 gab die Suva dem Rechtsvertreter des Versicherten bekannt, die Heilkostenleistung werde eingestellt (UV-act. 138).

b) Mit Verfügung vom 27. März 2006 sprach die Suva dem Versicherten für die verbliebenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen aus dem Unfall vom 7. Juni 2003 ab dem 1. Dezember 2004 eine Invalidenrente auf der Basis einer Erwerbsunfähigkeit von 22% (Valideneinkommen von Fr. 50'944.-- und Invalideneinkommen von Fr. 39'852.--) und eines versicherten Jahresverdienstes von Fr. 14'994.-- sowie eine Integritätsentschädigung auf der Basis einer Integritätseinbusse von 30% zu. Sie wies darauf hin, dass die Rentenleistungen aufgrund der in Rechtskraft erwachsenen Verfügung um 20% gekürzt würden (UV-act. 149). Die gegen diese Verfügung vom Rechtsvertreter erhobene Einsprache mit den Antrag, die Invalidenrente sei auf der Grundlage eines versicherten Jahresverdienstes von Fr. 54'000.-- festzusetzen und ab 21. November 2004 auszurichten (UV-act. 156), wies die Suva mit Einsprache-



St.Galler Gerichte

Entscheid vom 28. Juli 2006 ab. Der Krankenversicherer des Versicherten hatte eine vorsorglich erhobene Einsprache nach Einsicht in die Akten wieder zurückgezogen (UV-act. 150, 153).

B.- a) Gegen den Einsprache-Entscheid vom 28. Juli 2006 erhob Rechtsanwalt Rainer Niedermann, St. Gallen, für den Versicherten mit Eingabe vom 2. November 2006 Beschwerde mit den Anträgen, der Entscheid sei in Bezug auf die Festsetzung der Invalidenrente aufzuheben; die Invalidenrente sei auf der Grundlage eines versicherten Jahresverdienstes von Fr. 54'000.-- festzusetzen und ab 21. November 2004 auszurichten; eventualiter sei der Beginn der Invalidenrente ab 1. Dezember 2004 festzusetzen, wobei dann dem Beschwerdeführer die restlichen Taggelder von 21. bis 31. November 2004 auszurichten seien; unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu gewähren. Der Rechtsvertreter erklärte die Ausführungen in der Einsprache zum integrierenden Bestandteil der Beschwerde und beanstandete, dass im angefochtenen Entscheid fälschlicherweise Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV statt Art. 24 Abs. 1 UVV Anwendung finde. Es treffe nicht zu, dass alle befristeten Arbeitsverhältnisse bzw. Saisonstellen ausschliesslich unter die Sonderregel von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV fallen würden, ansonsten kein befristetes Arbeitsverhältnis denkbar wäre, das unter die Sonderregel von Art. 24 Abs. 1 UVV fallen würde. Im Fall der befristeten Arbeitsverhältnisse im Sinn von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV handle es sich stets um eine (in den Schranken des Gesetzes) selbst gewählte Arbeit (Saisonnier), im anderen Fall von Art. 24 Abs. 1 UVV jedoch um eine ungewollte Erwerbslosigkeit. Beim Beschwerdeführer sei von einer unverschuldeten Teilarbeitslosigkeit und nicht von einer Saisonierbarkeit auszugehen. Er habe die Saisonstelle als Bademeister nicht deshalb angenommen, weil er lediglich eine Saisonanstellung gewünscht habe, sondern aus wirtschaftlicher Not heraus, weil er vorher arbeitslos gewesen sei und vom Sozialamt habe unterstützt werden müssen. Er sei gehalten gewesen, jede zumutbare Arbeit anzunehmen. Zweifellos bevorzugt hätte er jedoch eine Dauerstelle angetreten. Ebenso sei davon auszugehen, dass er noch während der Saisonbeschäftigung als Bademeister eine Anschlussbeschäftigung gesucht hätte. Die Beschäftigungsbiographie zeige denn auch, dass er, mit der Ausnahme ungewollter Erwerbslosigkeit, jederzeit vollbeschäftigt einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. Wäre er nicht erwerbslos gewesen, hätte er wohl ein Einkommen von rund Fr. 4'500.-- brutto erzielen können. Dieses Einkommen



sei für die Zeit vor dem Unfall zugrunde zu legen. Der Beschwerdeführer hätte deutlich mehr Stunden arbeiten können als in der Verfügung zugrunde gelegt. Es könne von 42 Stunden pro Woche ausgegangen werden. Für den Fall des Bestreitens werde beantragt, im Schwimmbad A. ___ Angaben zu den durch die Bademeister in der Sommersaison 2003 geleisteten Stunden einzuholen. Beim Beschwerdeführer habe die subjektive Bereitschaft bestanden, in der Zeit vom 6. Juni bis 15. September 2003 mehr arbeiten zu wollen, als sich aus dem in der Anstellungsbestätigung festgehaltenen Beschäftigungsumfang von 60 bis 80% ergebe. Die Ausführungen im Einsprache-Entscheid betreffend Rentenbeginn ab 1. Dezember 2004 bzw. auslaufender Taggeldleistung ab 21. November 2004 seien nicht stichhaltig.

b) In der Beschwerdeantwort vom 8. Januar 2007 beantragte die Beschwerdegegnerin, der angefochtene Entscheid sei bezüglich der Höhe des versicherten Verdienstes aufzuheben; es sei festzustellen, dass der versicherte Verdienst Fr. 6'637.50 betrage; im Übrigen sei die Beschwerde abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen. Zur Begründung verwies sie auf die Darlegungen im angefochtenen Entscheid, soweit keine abweichende Begründung zur Festsetzung des versicherten Verdienstes erfolgte. Auf ihre weiteren Ausführungen wird in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

c) Mit Replik vom 15. Februar 2007 bestätigte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers seinen Standpunkt und erklärte unter anderem, die Beschwerdegegnerin sei auf der Jahresverdienstberechnung von Fr. 14'994.-- zu behaften. Eine reformatio in peius sei nicht statthaft. Die von der Beschwerdegegnerin eingeholten Auskünfte betreffend die effektiv geleisteten Arbeitsstunden im Jahr 2003 seien nicht relevant. Es sei auf das Einkommen des Beschwerdeführers von Januar bis April 2003 abzustellen. Dieses sei auf einen versicherten Jahresverdienst von Fr. 54'000.-- hochzurechnen.

C.- Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Duplik (act. G 12).

II.



St.Galler Gerichte

1.- Zu prüfen ist vorliegend, ob die Beschwerdegegnerin die dem Beschwerdeführer zugesprochene IV-Rente zu Recht mit Wirkung ab 1. Dezember 2004 zusprach. Abzuklären ist im weiteren die Höhe des der Rente zugrunde liegenden versicherten Verdienstes.

2.- a) Gemäss Art. 16 Abs. 2 UVG erlischt der Anspruch auf Taggeld mit der Wiedererlangung der vollen Arbeitsfähigkeit, mit dem Beginn einer Rente oder mit dem Tod der versicherten Person. Nach Art. 19 Abs. 1 UVG entsteht der Anspruch auf eine Invalidenrente, wenn von der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung keine namhafte Besserung des Gesundheitszustandes mehr erwartet werden kann und allfällige Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung abgeschlossen sind. - Im Bericht vom 17. November 2004 sowie im Austrittsbericht vom 10. Dezember 2004 bestätigte die Rehaklinik C.____ beim Beschwerdeführer im Nachgang zu einem stationären Aufenthalt vom 13. Oktober bis 17. November 2004 eine Arbeitsfähigkeit im Rahmen des Zumutbaren ab 22. November 2004. Aus orthopädischer Sicht seien vorwiegend sitzende, leichte körperliche Tätigkeiten ganztags zumutbar. Aus psychiatrischer Sicht bestehe gegenwärtig keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit (UV-act. 67, 72). Dr. med. D.____, FMH Allgemeine Medizin, vermerkte am 22. März 2005 einen seit der Rehabilitation in C.____ im Wesentlichen unveränderten gesundheitlichen Zustand (UV-act. 91). Von Seiten der Invalidenversicherung war dem Beschwerdeführer mitgeteilt worden, dass die Voraussetzungen für eine Umschulung nicht erfüllt seien und die Arbeitsvermittlung abgeschlossen werde (UV-act. 121, 124). Dr. med. E.____, Facharzt FMH für Orthopädische Chirurgie, führte im Bericht vom 6. Juni 2005 unter anderem aus, bei jetzt nicht mehr vorliegender Sudeck-Dystrophie sei eine talare oder pantalare Arthrodesse zu diskutieren (UV-act. 110). Am 18. Oktober 2005 legte Dr. E.____ dar, es bestehe noch Verbesserungspotential, wenn der Patient die Reoperationen auf sich nehme (UV-act. 127). Dr. D.____ hielt in einem Schreiben an Dr. med. F.____, vom 20. Oktober 2005 unter anderem fest, die Verletzungen des rechten Beins seien zwischenzeitlich zu stabiler Belastbarkeit ausgeheilt. Die Rehabilitations- und beruflichen Eingliederungsmassnahmen seien ausgeschöpft. Der Beschwerdeführer stehe in psychiatrischer Behandlung (UV-act. 129). Am 14. November 2005 erklärte Dr. D.____, das psychische Leiden des Beschwerdeführers stehe überwiegend wahrscheinlich in Zusammenhang mit dem Unfallereignis und seinen direkten Folgen. Die Frage weiterer orthopädischer Eingriffe sei nach seiner



Beurteilung erst wieder bei besserer psychischer Verfassung des Patienten anzugehen (UV-act. 132). Die ärztliche Abschlussuntersuchung durch Dr. med. G.____ ergab gemäss Bericht vom 6. Januar 2006, dass der Beschwerdeführer eine operative Massnahme zur Zeit nicht wünsche. Weitere Behandlungen (Spezialschuh, Abrollrampe, Badeabo usw.) würden noch übernommen. Mangels Unfallkausalität könne für die psychiatrische Behandlung keine Kostengutsprache erteilt werden (UV-act. 133). Mit Bericht vom selben Datum schätzte Dr. G.____ den Integritätsschaden auf 30% (UV-act. 136).

b) Mit Blick auf die vorstehend dargelegte Aktenlage waren die Voraussetzungen für eine Rentenzusprechung mit Wirkung ab 1. Dezember 2004 erfüllt, da die Verletzungen des rechten Beins in diesem Zeitpunkt insofern ausgeheilt waren, als sie aus medizinischer Sicht eine stabile Belastbarkeit im Rahmen einer leichten, vorwiegend sitzenden Tätigkeit zuließen; von Seiten der Invalidenversicherung waren in jenem Zeitpunkt und auch später keine Eingliederungsmassnahmen vorgesehen. Weitere operative Massnahmen wurden später zwar diskutiert; jedoch fehlte es an der entsprechenden Bereitschaft des Beschwerdeführers, solche durchführen zu lassen. Unbestritten blieb, dass die psychiatrische Behandlung nicht in adäquatkausalem Zusammenhang mit dem Unfall steht (vgl. UV-act. 129, 133 S. 3, 139). Diesbezüglich ist zu beachten, dass die noch im Austrittsbericht der Rehaklinik C.____ vom 10. Dezember 2004 (UV-act. 72) angeführte Sudeck-Dystrophie, welcher eine grundsätzliche Eignung, psychische Gesundheitsschäden auszulösen, nicht ohne weiteres abgesprochen werden könnte, jedenfalls im Zeitpunkt des Berichts von Dr. E.____ vom 6. Juni 2005 nicht mehr vorlag (UV-act. 110). Der - hier nicht streitige - Abschluss der Heilbehandlung (per 9. Januar 2006) muss zeitlich nicht unbedingt mit dem Ende der Taggelderleistung zusammenfallen. So erlischt der Taggeldanspruch bei versicherten Personen, die nach dem Unfall nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis stehen, nicht erst mit Wiedererlangung der vollen Arbeitsfähigkeit, sondern bereits bei Bestehen einer Arbeitsfähigkeit von 75 % und mehr (vgl. Art. 25 Abs. 3 UVV). Konkret erübrigt sich jedoch eine nähere Prüfung, denn die Beschwerdegegnerin richtete - im Sinn des Antrags des Beschwerdeführers - für die Zeit ab der ursprünglichen Taggelderleistung bis zum Rentenbeginn (22. bis 30. November 2004) nachträglich noch Taggelder aus (UV-act. 163). Dem Beschwerdeführer ging es im übrigen auch nicht um eine eigentliche Vorverlegung des Rentenbeginns, sondern um einen



"nahtlosen" Übergang vom Taggeld zur Rente (vgl. Beschwerdebegehren 2 und 3). Da dies bereits im Zeitpunkt des Schreibens vom 4. August 2006 (UV-act. 163) gewährleistet war, fehlte es bei Anhängigmachung der Beschwerde an einem Rechtsschutzinteresse, so dass in diesem Umfang auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

3.- a) Während die Beschwerdegegnerin den der Rente zugrunde liegenden versicherten Verdienst im angefochtenen Entscheid auf Fr. 14'994.-- festsetzte und nunmehr die Neufestsetzung auf Fr. 6'637.50 beantragt, lässt der Beschwerdeführer geltend machen, es sei von einem Betrag von Fr. 54'000.-- auszugehen. - Nach Art. 15 Abs. 2 UVG gilt als versicherter Verdienst für die Bemessung der Rente der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogene Lohn. Dieser bestimmt sich gemäss Art. 22 Abs. 2 UVV grundsätzlich nach dem massgebenden Lohn gemäss Bundesgesetzgebung über die AHV. Als Grundlage für die Bemessung der Renten gilt der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bei einem oder mehreren Arbeitgebern bezogene Lohn. Dauerte das Arbeitsverhältnis nicht das ganze Jahr, so wird der in dieser Zeit bezogene Lohn auf ein ganzes Jahr umgerechnet (Art. 22 Abs. 4 Satz 2 UVV). Bei einer zum voraus befristeten Tätigkeit bleibt die Umrechnung auf die vorgesehene Dauer beschränkt (Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV, in der ab 1. Januar 1998 gültigen Fassung). Die Befristung des Arbeitsverhältnisses kann durch eine ausdrückliche Zeitangabe erfolgen, sich aus dem Zweck der Anstellung ergeben oder vom Eintritt eines künftigen Ereignisses abhängig sein. Bei Zweckbefristungen steht zwar der Endtermin des Arbeitsverhältnisses nicht von vornherein fest; er ist aber aufgrund objektiver Kriterien für beide Parteien erkennbar. Eine durch Arbeitsumschreibung erfolgte sachliche Befristung setzt einen ausreichenden Grad der Bestimmbarkeit voraus. Fehlt es hieran, liegt mangels einer anderweitigen Befristung ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vor, zu dessen Beendigung es der Kündigung bedarf (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] vom 26. Juni 2001 i/ S H. [U 42/01], Erw. 2b mit Hinweis).

b) Der Beschwerdeführer stand im Zeitpunkt des streitigen Unfalls unbestrittenermassen in einem unterjährigen, zum voraus vom 6. Juni bis "spätestens ca. Mitte September 2003" (UV-act. 2) befristeten Arbeitsverhältnis. Nach der bereits vor Änderung der "Saisonniernorm" von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV ergangenen



Rechtsprechung waren die Regeln über die Saisonbeschäftigten auf alle Arbeiten analog anzuwenden, die nicht während des ganzen Jahres, sondern nur während eines Teils davon und befristet verrichtet wurden (RKUV 1992 U 148, Erw. 4c/bb zweiter Absatz, RKUV 1988 U 45). Der Ordnungsgeber übernahm diese analoge Anwendung bei der auf den 1. Januar 1998 erfolgten Änderung von Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV. Nach dieser allgemeinen Bemessungsregel hat keine Umrechnung auf einen Jahresverdienst zu erfolgen, und der versicherte Verdienst entspricht dem, was die versicherte Person während der Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses verdient hat (Urteil des EVG vom 26. Juni 2001 i/S H. [U 42/01] Erw. 2b am Schluss) bzw. ohne Unfall verdient hätte. Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV spricht denn auch nicht mehr von der normalen Beschäftigungsdauer, sondern von der vorgesehenen Dauer der Beschäftigung und gilt für sämtliche im Voraus befristeten Beschäftigungen (Urteil des EVG vom 24. Juli 2001 [U 16/01] Erw. 1b).

c) Gemäss Anstellungsbestätigung vom 6. Juni 2003 vereinbarte der Beschwerdeführer mit der Gemeinde A.____ einen Stundenlohn von Fr. 25.-- brutto, einschliesslich Ferienanteil und 13. Monatslohn. Ein Anspruch auf regelmässige Beschäftigung wurde ausdrücklich verneint und der Beschäftigungsgrad mit 60-80% angegeben (UV-act. 2). Der zeitliche Aufwand für die Beckenaufsicht betrug im Jahr 2003 insgesamt 402.75 Stunden (UV-act. 97 S. 2). Neben dem Beschwerdeführer waren nach Angaben der Arbeitgeberin in der Saison 2003 noch vier weitere Personen als Beckenaufsicht auf Abruf tätig. Wäre der Beschwerdeführer am 7. Juni 2003 nicht verunfallt, wäre die anfallende Arbeit auf fünf Personen aufgeteilt worden. Durch den unfallbedingten Ausfall des Beschwerdeführers entfiel die Arbeit auf vier Personen; eine zusätzliche Arbeitskraft wurde nicht eingestellt (UV-act. 177). Aufgrund der Angaben der Arbeitgeberin und der geschilderten personellen Situation (kein Ersatz des unfallbedingt ausfallenden Beschwerdeführers) ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer ohne Eintritt des Unfallereignisses nicht mehr Arbeitsstunden hätte erbringen können als die Beckenaufsicht mit den meisten Arbeitsstunden, welche insgesamt 265.5 Stunden leistete (UV-act. 177). Dies umso weniger, als diesfalls die Arbeit auf fünf (und nicht auf vier) Personen aufgeteilt worden wäre. Angesichts dieser Umstände liesse sich - falls die Bestimmung des Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV tatsächlich zur Anwendung käme - die ursprüngliche Annahme der Beschwerdegegnerin, wonach bei einer durchschnittlichen



Beschäftigung von 70% bzw. einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden (5.88 Std. pro Tag) und einer Anstellungsdauer von 102 Tagen (6. Juni bis 15. September 2003) ein Bruttoeinkommen von Fr. 14'994.-- (5.88 Std. x 102 Tage x Fr. 25.--) resultiere, nicht aufrecht erhalten. Mit der Beschwerdegegnerin (act. G 5) wäre bei (maximal) 265.5 Arbeitsstunden à Fr. 25.-- vielmehr von einem versicherten Verdienst von Fr. 6'637.50 auszugehen, was eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Beschwerdeführers bedeuten würde.

d) Eine Anwendung von Art. 22 Abs. 4 Satz 2 UVV (Umrechnung des aus einem unterjährigem Arbeitsverhältnis bezogenen Lohnes auf ein ganzes Jahr) fällt dann in Betracht, wenn im Zeitpunkt des Unfalls die klare Absicht bestanden hat, eine ganzjährige Beschäftigung aufzunehmen, was von der versicherten Person durch konkrete, bereits vor dem Unfall getroffene Vorkehren nachzuweisen ist (RKUV 1997 Nr. U 280 S. 276). Sodann sieht Art. 24 Abs. 1 UVV - als Ausnahmebestimmung bzw. "Sonderfall" (vgl. Überschrift zu Art. 24 UVV) unter anderem zu Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV - vor, dass der versicherte Verdienst unter anderem dann abweichend von der Grundregel (nämlich aufgrund des Lohnes, welchen die versicherte Person ohne den Unfall erzielt hatte oder hätte) bestimmt wird, wenn sie zufolge Arbeitslosigkeit einen verminderten Lohn bezog. Entscheidendes Kriterium für die Anwendung dieser Bestimmung ist, dass der von der versicherten Person tatsächlich erzielte Verdienst im Jahre vor dem Unfall aus einem der darin erwähnten Gründe nicht "normal" war (vgl. BGE 122 V 101 Erw. 5b).

e) Der Beschwerdeführer verfügt - jedenfalls seit dem Jahr 2003 - über die Niederlassungsbewilligung C (vgl. UV-act. 16). Er arbeitete nach seinen Angaben im Jahr 1998 als Mitarbeiter des Bademeisters im Schwimmbad H.____; er habe dort einen Lohn von Fr. 3'500.-- brutto erzielt. Daran schloss sich eine Tätigkeit als Möbelverkäufer von 1998 bis 2001 an. Daraufhin übte er von Juli 2001 bis September 2002 im Gastronomiebereich eine selbständige Erwerbstätigkeit aus. Vor Antritt des Arbeitsverhältnisses bei der Gemeinde A.____ war er im Rahmen einer befristeten Tätigkeit vom 20. Januar bis 6. April 2003 als Kellner/Barmann in einem Hotel tätig, wo er einen Verdienst von ca. Fr. 4'500.-- brutto erzielt habe. Ab April 2003 war er beim Sozialamt angemeldet, weil kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestand. Nach einem einmonatigen Einsatz als Chauffeur, vermittelt durch die Stiftung für Arbeit,



habe er die Saisonstelle als Bademeister in A.____ ab 6. Juni 2003 gefunden (vgl. UV-act. 16, 156 S. 3).

f) Art. 24 Abs. 1 UVV würde im vorliegenden Fall dann keine Anwendung finden, wenn davon auszugehen wäre, dass der Beschwerdeführer vor Eintritt des versicherten Unfalls von sich aus nicht regelmässig erwerbstätig war und nichts dafür spräche, dass der vor dem Unfall erzielte Verdienst aus einem der in Art. 24 Abs. 1 UVV genannten Gründe nicht "normal" war (vgl. Urteil des EVG vom 26. Juni 2001 i/S H. [U 42/01] Erw. 3b). Aufgrund des geschilderten Sachverhalts lassen sich solche Annahmen jedoch nicht treffen. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer ab April 2003 keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hatte, ist soweit ersichtlich darauf zurückzuführen, dass er wegen vorangegangener selbständiger Erwerbstätigkeit die zwölfmonatige Beitragszeit (Art. 13 Abs. 1 AVIG; SR 837.0) nicht erfüllte. Eine Arbeitslosigkeit im Sinn von Art. 24 Abs. 1 UVV kann aber auch bei Nichtbestehen eines eigentlichen ALV-Leistungsanspruchs vorliegen; die Anknüpfung an einen ALV-Anspruch liesse sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen. Bereits im Einspracheverfahren hatte der Beschwerdeführer geltend gemacht, dass er eine Vollzeit-Dauerstelle gegenüber der Anstellung bei der Gemeinde A.____ bevorzugt hätte und noch während dieser Tätigkeit eine Anschlussbeschäftigung gesucht habe. Sein Lebenslauf zeige, dass er, mit Ausnahme ungewollter Erwerbslosigkeit, jederzeit vollzeitbeschäftigt einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. Gegebenenfalls seien bezüglich der Festlegung des versicherten Verdienstes ergänzende Abklärungen vorzunehmen (UV-act. 156 S. 4). Diese Ausführungen liess er im vorliegenden Verfahren bestätigen. Entgegen der im angefochtenen Entscheid (S. 6) vertretenen Auffassung kann somit nicht ohne weiteres, d.h. ohne konkrete Anhaltspunkte, davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer vor Antritt des Arbeitsverhältnisses bei der Gemeinde A.____ keine Vollzeittätigkeit anstrebte bzw. freiwillig nicht regelmässig erwerbstätig war. Wäre der Beschwerdeführer ALV-anspruchsberechtigt gewesen, hätte es sich bei der Tätigkeit bei der Gemeinde A.____ soweit ersichtlich um einen Zwischenverdienst im Sinn Art. 24 Abs. 1 AVIG gehandelt (vgl. auch Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG). Unter diesen Umständen lässt sich der angefochtene Entscheid nicht aufrecht erhalten. Die Beschwerdegegnerin wird bezüglich der Festlegung des versicherten Verdienstes bzw. der vorgängigen Beantwortung der Frage, ob Art. 22 Abs. 4 Satz 3 oder Art. 24 Abs. 1 UVV zur Anwendung kommt, weitere Abklärungen vorzunehmen und dabei insbesondere den



Beschwerdeführer aufzufordern haben, seine Bereitschaft, im Nachgang zum Arbeitsverhältnis als Barman/Kellner eine Vollzeittätigkeit anzunehmen, mit Arbeitsbemühungen sowie allfälligen anderen Belegen zu dokumentieren. Wenn in der Folge die Bereitschaft, im erwähnten Zeitraum einer Vollzeittätigkeit nachzugehen, überwiegend wahrscheinlich als erstellt anzusehen ist, wäre der versicherte Verdienst auf der Basis der Verdienste der bisherigen bzw. der gesuchten Tätigkeiten - wenn nötig unter Zuhilfenahme von Tabellenwerten - festzulegen.

4.- Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist, unter Aufhebung des Einsprache-Entscheids vom 28. Juli 2006 teilweise gutzuheissen und die Angelegenheit zur weiteren Abklärung des versicherten Verdienstes und zu neuer Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Der Beschwerdeführer hat bei diesem Verfahrensausgang Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 61 lit. g ATSG), weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung gegenstandslos wird. Es rechtfertigt sich, die Entschädigung - wie in vergleichbaren Verfahren üblich - auf pauschal Fr. 4'000.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzulegen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist, wird der Einsprachentscheid vom 28. Juli 2006 aufgehoben und die Angelegenheit zur weiteren Abklärung im Sinn der Erwägungen und zu neuer Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.

2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.