



**Fall-Nr.:** UV 2008/107  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** UV - Unfallversicherung  
**Publikationsdatum:** 23.04.2020  
**Entscheiddatum:** 01.09.2009

### **Entscheid Versicherungsgericht, 01.09.2009**

**Art. 15 UVG, Art. 23 Abs. 3 und 7 UVV: Berechnungsgrundlagen für die Höhe des versicherten Verdienstes eines Aussendienstmitarbeiters. Bei einem vollständig umsatzbedingten Lohn ist auch nach einer relativ kurzen Anstellungsdauer auf den Durchschnittslohn pro Tag abzustellen. Eine Lohnentwicklung von mindestens 10% ist auf Grund der Mitwirkungspflicht durch den Versicherten mit dem üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit darzulegen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 1. September 2009, UV 2008/107).**

Präsident Martin Rutishauser, Versicherungsrichter Joachim Huber und  
Versicherungsrichterin Karin Huber-Studerus; Gerichtsschreiberin Jeannine Bodmer

Entscheid vom 1. September 2009

in Sachen

R.\_\_\_\_,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. oec. Fritz Dahinden, Blumenbergplatz 1,  
9000 St. Gallen,

gegen

AXA Versicherungen AG, General Guisan-Str. 40, Postfach 357, 8401 Winterthur,

Beschwerdegegnerin,



## St.Galler Gerichte

betreffend

Versicherungsleistungen

Sachverhalt:

A.

A.a Der 1982 geborene R.\_\_\_\_ war bei der A.\_\_\_\_ seit 13. November 2006 als Aussendienstmitarbeiter tätig und dadurch bei der AXA Versicherungen AG (nachfolgend: AXA) unfallversichert, als er am 26. März 2007 bei einer Auffahrkollision eine commotio cerebri (AXA-act. M 3) und eine HWS-Distorsion erlitt (AXA-act. M 8). Nach vollständiger Arbeitsunfähigkeit konnte der Versicherte die Arbeit ab 5. April 2007 wieder zu 20 % und ab 12. April 2007 zu 50 % aufnehmen. Am 29. und 30. Mai 2007 war er nochmals zu 100 % arbeitsunfähig, ab Juni 2007 wieder zu 50 % (AXA-act. M 8). Die AXA anerkannte ihre Leistungspflicht für das Unfallereignis und erbrachte die gesetzlichen Versicherungsleistungen (Heilkosten und Taggelder), wobei sie bei der Berechnung der Taggelder von einem versicherten Verdienst von Fr. 50'763.-- ausging (AXA-act. A 4 S. 3).

A.b Per 31. Mai 2007 kündigte der Versicherte sein Arbeitsverhältnis (AXA-act. A 19). Am 1. Januar 2008 trat er, nun wieder vollständig arbeitsfähig, eine neue Stelle im Aussendienst einer Versicherungsgesellschaft an (AXA-act. A 59).

A.c Nachdem die AXA mit Schreiben vom 26. September 2007 (AXA-act. A 49) einen Fehler in der Taggeldberechnung geltend gemacht und den versicherten Verdienst, basierend auf dem durchschnittlichen Monatseinkommen aus den Löhnen von November 2006 bis und mit Februar 2007, auf den Betrag von Fr. 45'479.-- korrigiert hatte, hielt sie mit Verfügung vom 16. Januar 2008 an diesen Berechnungsgrundlagen fest. Sie begründete dies damit, dass der Lohn des Versicherten starken Schwankungen unterlegen habe, weshalb nach Art. 23 Abs. 3 der Verordnung über die Unfallversicherung (UVV, SR 832.202) auf einen angemessenen Durchschnittslohn abzustellen sei (AXA-act. A 66).

B.



## St.Galler Gerichte

Die gegen diese Verfügung durch Rechtsanwalt lic. oec. F. Dahinden, St. Gallen, für den Versicherten erhobene Einsprache (AXA-act. A 69) wies die AXA mit Entscheid vom 1. September 2008 ab. Auf Grund ihrer Überprüfung der Berechnung des versicherten Verdienstes hielt sie jedoch fest, dass eigentlich nur auf die Löhne der Monate Februar und März 2007 abzustellen wäre, was einen versicherten Verdienst von Fr. 44'280.-- ergeben würde. Zu Gunsten des Versicherten verzichtete sie jedoch auf eine Anpassung (AXA-act. A 73).

C.

C.a Gegen diesen Einspracheentscheid liess der Versicherte durch seinen Rechtsvertreter mit Eingabe vom 2. Oktober 2008 Beschwerde erheben. Der Rechtsvertreter beantragte die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 1. September 2008, die Verpflichtung der Beschwerdegegnerin, die Leistungsansprüche auf der Basis eines versicherten Jahresverdienstes von mindestens Fr. 65'526.-- (ausschliesslich basierend auf dem im Monat Februar 2007 erzielten Lohn) zu errechnen und die Streitsache zur Festlegung der Leistungsansprüche an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

C.b In der Beschwerdeantwort vom 20. Januar 2009 beantragte die Beschwerdegegnerin Abweisung der Beschwerde.

C.c Mit Replik vom 4. Oktober 2008 (recte: 4. März 2009; act. G 11) und Duplik vom 24. März 2009 (act. G 13) hielten die Parteien unverändert an ihren Anträgen fest.

C.d Auf die Begründungen in den einzelnen Rechtsschriften wird, soweit entscheidnotwendig, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1.

Streitig und zu prüfen ist einzig die Bemessung des versicherten Verdienstes für die Taggelderleistungen. Während der Beschwerdeführer argumentiert, der versicherte



Verdienst bemesse sich mindestens nach dem im Februar 2007 erzielten Lohn, hält die Beschwerdegegnerin dafür, es seien die gesamten, seit Beginn der vereinbarten Provisionsentlohnung erzielten Einkommen, d.h. jene der Monate Februar und März 2007, in die Berechnung miteinzubeziehen.

2.

2.1 Nach Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG, SR 832.20) werden Taggelder und Renten nach dem versicherten Verdienst bemessen. Als versicherter Verdienst gilt für die Bemessung der Taggelder der letzte vor dem Unfall bezogene Lohn, für die Bemessung der Renten der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogene Lohn (Art. 15 Abs. 2 UVG). Gestützt auf Abs. 3 dieser Norm hat der Bundesrat in Art. 22 - 24 UVV nähere Bestimmungen zum versicherten Verdienst erlassen. Gemäss Art. 22 UVV, welcher den versicherten Verdienst "im Allgemeinen" regelt, gilt als versicherter Verdienst der nach der Bundesgesetzgebung über die AHV massgebende Lohn mit verschiedenen, hier nicht zur Diskussion stehenden Abweichungen (Abs. 2). Nach Abs. 3 der Bestimmung gilt als Grundlage für die Bemessung der Taggelder der letzte vor dem Unfall bezogene Lohn, einschliesslich noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht.

2.2 Art. 23 UVV enthält Bestimmungen über den massgebenden Lohn für das Taggeld in Sonderfällen. Gemäss Abs. 1 wird der versicherte Verdienst nach dem Lohn festgesetzt, den der Versicherte ohne Militärdienst, Zivildienst, Zivilschutzdienst, Unfall, Krankheit, Mutterschaft, Arbeitslosigkeit oder Kurzarbeit erzielt hätte, wenn er aus einem dieser Gründe keinen oder einen verminderten Lohn bezogen hat. Übt der Versicherte keine regelmässige Erwerbstätigkeit aus oder unterliegt sein Lohn starken Schwankungen, so wird auf einen angemessenen Durchschnittslohn pro Tag abgestellt (Abs. 3). Hat die Heilbehandlung wenigstens drei Monate gedauert und wäre der Lohn des Versicherten in dieser Zeit um mindestens 10 Prozent erhöht worden, so wird der massgebende Lohn für die Zukunft neu bestimmt (Abs. 7).

2.3 Massgebend für die nach der abstrakten Methode erfolgende Berechnung des Taggeldes ist somit nicht der mutmasslich entgangene Verdienst, sondern jener, den die versicherte Person vor dem Unfall bezogen hat. Das gilt grundsätzlich auch für die



in Art. 23 UVV geregelten Sonderfälle. Mit Ausnahme von Abs. 7 (lang andauernde Taggeldberechtigung) und Abs. 8 (Rückfall) knüpfen die Regeln des Art. 23 UVV allesamt an Tatsachen an, die sich vor dem Unfall verwirklicht haben. Art. 23 Abs. 3 UVV zielt darauf, dort einen Ausgleich zu schaffen, wo eine versicherte Person einen Unfall zufälligerweise in einer Tief- oder eventuell gar einer Nichtlohnphase im Rahmen der bislang ausgeübten Erwerbstätigkeit erleidet. Damit wird nichts am Prinzip geändert, wonach die bis zum Unfall geltenden Verhältnisse massgebend sind: Arbeitsverhältnisse, die erst nach dem Unfallereignis angetreten oder umgestaltet werden (sollten), bleiben bei der Taggeldberechnung ausser Acht. Das Kriterium der starken Lohnschwankungen ist erfüllt, wenn der Lohn vom erzielten Umsatz oder anderen mehr oder weniger unbestimmten Faktoren abhängig ist (vgl. die in [BGE 128 V 300 f. E. 2b/aa und cc](#) erwähnte Rechtsprechung). Ob die Voraussetzungen zur Anwendung dieser Sonderregelung erfüllt sind, ist mit Blick auf dasjenige Arbeitsverhältnis zu beurteilen, in dem die versicherte Person im Unfallzeitpunkt stand (RKUV 1997 Nr. U 274 S. 181 ff. E. 3b mit Hinweisen). Bei einem Taxifahrer, dessen monatlicher Verdienst im Zeitraum von acht Monaten vor dem Unfallereignis um Fr. 851.-- schwankte, ist der durchschnittlich erzielte Lohn relevant (nicht veröffentlichtes Urteil T. vom 23. Oktober 1990 [U 130/89]). In RKUV 1989 Nr. U 70 S. 213 ff. entschied das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG; seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts), dass bei einem im Frühling engagierten, Ende Oktober verunfallten Eishockeyspieler nicht auf den zuletzt erzielten (monatlichen) Verdienst abzustellen sei. Da der Spielerlohn weitgehend von den durch die Mannschaft erzielten Punkten und von der Zuschauerzahl abhängig war, wurde davon ausgegangen, dass er starken Schwankungen im Sinn von Art. 23 Abs. 3 UVV unterliege, und für die Taggeldberechnung ein angemessener Durchschnittslohn pro Tag als massgebend erachtet. Dieser wurde prognostisch auf Grund der vertraglichen Abreden bestimmt.

2.4 Eignet sich ein Unfall während eines seit längerer Zeit dauernden Arbeitsverhältnisses, birgt die Beurteilung, ob der Lohn starken Schwankungen gemäss Art. 23 Abs. 3 UVV unterliegt, keine grösseren Probleme. Anzuknüpfen ist an die in der Vergangenheit erzielten Entgelte. Diese (rückblickende) Möglichkeit entfällt, wenn - etwa bei erst seit kurzem bestehendem Arbeitsvertrag - im Zeitpunkt des Unfalls noch keine Löhne geleistet worden sind. Die kurze Dauer des Arbeitsvertrags



und der Umstand, dass bis zum Unfallereignis keine Entgelte ausbezahlt wurden, schliessen die Anwendung von Art. 23 Abs. 3 UVV indes nicht grundsätzlich aus. Es ist Zufall und mit Blick auf den Normzweck unbeachtlich, ob ein Unfall in ein mehrjähriges Arbeitsverhältnis fällt oder sich bereits kurz nach Antritt einer neuen Stelle ereignet. Es verstösst weiter nicht gegen das Prinzip, wonach die Verhältnisse im Zeitpunkt des Unfalls massgebend sind, wenn die Auswirkungen der aktuellen Lohnabrede geprüft werden (BGE 128 V 301 E. 2b/bb).

3.

3.1 Gemäss Arbeitsvertrag vom 13. November 2006 (AXA-act. A 19) trat der Beschwerdeführer per selbem Datum bei der A. \_\_\_ nach einem internen Wechsel die Stelle eines Aussendienstmitarbeiters/Junior-Sales an. Dabei wurde "für die ersten drei Monate" vereinbart, dass ein Garantielohn von Fr. 3'000.-- brutto oder die Provisionstabelle (Anhang B) zum Tragen käme. "Ab (gemeint ist wohl: Nach) dem dritten Anstellungsmonat" sollte kein Garantielohn mehr geschuldet sein, sondern die Provisionstabelle (Anhang B) zur Anwendung kommen. Ein Anspruch auf einen 13. Monatslohn wurde ausdrücklich verneint.

3.2 Den Lohnabrechnungen ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer im November 2006 (vom 13. bis 30. November) Fr. 1'800.-- (Garantielohn), im Dezember 2006 Fr. 3'383.02 (Umsatz/Ferienanteil), im Januar 2007 Fr. 3'000.-- (Garantielohn), im Februar 2007 Fr. 5'460.50 (Umsatz/Ferienanteil) und im März 2007 (1. bis 25. März) Fr. 1'548.-- (Umsatz) Lohn generierte (AXA-act. A 42). Demnach wurde dem Beschwerdeführer im Sinn der nicht ganz klaren Vertragsklausel ab Februar 2007 kein Lohn mehr garantiert. Ab diesem Zeitpunkt wurde der Lohn ausschliesslich nach den getätigten Umsätzen abgerechnet.

3.3 Das EVG hielt mit Urteil vom 17. Januar 2001 im Fall eines Taxichauffeurs fest, dass bei einem vollständig umsatzabhängigen Lohn - ungeachtet dessen, wie lange das konkrete Vertragsverhältnis im Zeitpunkt des Unfallereignisses bereits dauerte und ob Entgelte ausbezahlt wurden - das Kriterium der starken Lohnschwankungen gemäss Art. 23 Abs. 3 UVV als erfüllt gelte (RKUV 2001 Nr. U 423 S. 203 f. E. 3c/cc). Vorliegend wurde der Lohn ab Februar 2007 nur noch auf Grund der erzielten Umsätze



ausgerichtet. Dabei ist offensichtlich, dass die Umsätze eines Aussendienstmitarbeiters/Junior Sales von diversen Faktoren, wie Verkaufstalent, Kunden- und Beziehungsnetzen, jeweiliger Marktsituation und allfälliger Verkaufserfahrung etc. abhängen und der Lohn dadurch stark schwankt. Die Bemessung des massgebenden Lohnes hat damit in Übereinstimmung mit den Auffassungen der Parteien auf Grund von Art. 23 Abs. 3 UVV zu erfolgen.

4.

4.1 Uneinigkeit besteht jedoch hinsichtlich der konkret für die Bemessung des versicherten Verdienstes beizuziehenden Monatslöhne. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er ohne den Unfall jeweils mindestens einen Monatslohn in Höhe des Februarlohnes hätte erreichen können. Er beruft sich dabei auf ein Schreiben der Arbeitgeberin (vgl. AXA-act. A 6), welche davon ausgegangen war, dass er auch nach dem Februar 2007 höhere Monatslöhne als den Garantilohn von Fr. 3'000.-- erzielt hätte. Mehr als eine Prognose lässt sich aus diesem Schreiben jedoch nicht entnehmen. Weiter hält der Beschwerdeführer fest, dass er ohne das Unfallereignis im März 2007 zusätzlich einen grösseren Auftrag unter Dach und Fach hätte bringen können, weshalb ihm die erst im April 2007 ausgerichtete Provision bereits im März 2007 zugeflossen wäre. Daher dürfe nicht nur auf den tatsächlich entrichteten Märzlohn abgestellt werden. Hierzu ist einmal festzuhalten, dass sich allein aus der Lohnabrechnung des Monats April 2007 (act. G 1.1.10), während welchem der Beschwerdeführer immerhin bereits wieder zu mehr als 50 % gearbeitet hat, nicht auf einen konkreten, unfallbedingt verzögerten Vertragsabschluss schliessen lässt. Selbst wenn dieser behauptete Vertrag jedoch ohne den Unfall bereits Ende März 2007 hätte abgeschlossen werden können, würde dem Beschwerdeführer daraus kein Vorteil erwachsen. Nachdem Art. 22 Abs. 3 UVV als Grundlage für die Bemessung der Taggelder auf den letzten vor dem Unfall erzielten Lohn abstellt, können lediglich die bis zum Unfalltag erreichten Provisionen berücksichtigt werden. Anzumerken bleibt, dass sich demgegenüber auch Bemühungen während eines für die Bemessung des versicherten Verdienstes nicht berücksichtigten Monats, welche aber vor dem Unfall und somit in den massgeblichen Monaten zu einem Vertragsabschluss geführt haben, positiv auf die Höhe des versicherten Verdienstes ausgewirkt hätten. Solche Verwerfungen liegen im Wesen der Lohnabrechnungen auf Grund reiner



Provisionsentschädigung. In dem Sinn kann vorliegend somit von einem relativ fairen Ausgleich ausgegangen werden.

4.2 Auch das Argument des Beschwerdeführers, es müssten auf Grund des kurzen Arbeitsverhältnisses Vergleichslöhne beigezogen werden, vermag nicht zu überzeugen. Wie kaum ein anderer Bereich ist derjenige des Verkaufs einem Vergleich nicht zugänglich. Im Unterschied zu einem Taxichauffeur, bei welchem die Umsätze zwar von Tages- oder Nachtschichten, Feier- oder Werktagen, dem jeweiligen Standort etc. abhängen (vgl. RKUV 2001 Nr. U 423 S. 204 E. 3c/cc), oder zu einem Skilehrer, bei dem die Arbeitstage stark von Wetter- und Schneeverhältnissen sowie der Anzahl Gäste beeinflusst werden (vgl. BGE 128 V 303 E. 3b), kann bei Verkäufern kein Vergleich aus einem ähnlichen, auf dieselbe Zeitperiode beschränkten Bereich gezogen werden. Wie bereits ausgeführt hängen die Umsätze in diesem Berufssegment vom Verkaufstalent, Kunden- und Beziehungsnetzen, jeweiliger Marktsituation sowie allenfalls Erfahrung und Alter des Aussendienstmitarbeiters ab. Daher können bereits im selben Verkaufsteam die Umsatzzahlen derart stark voneinander abweichen, dass sich kein Durchschnittslohn ausmachen lässt. Aus diesem Grund ist die Lohnhöhe ehemaliger Arbeitskollegen des Beschwerdeführers für den hier zu beurteilenden Fall unerheblich. Im Übrigen wären auch weitere Abklärungen nicht geeignet, ein mit den tatsächlichen Verhältnissen überwiegend wahrscheinlich besser übereinstimmendes Resultat zu erbringen.

4.3 Nach dem Gesagten lässt sich grundsätzlich nicht beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin als Basis für die Bemessung des versicherten Verdienstes auf die Löhne der Monate Februar und März 2007, also diejenigen vor Eintritt des Unfallereignisses, abgestellt hat. Hingegen haben sich bei ihrer Berechnung insofern Fehler eingeschlichen, als sie den März-Lohn auf einen Monat aufgerechnet und den versicherten Verdienst auf Grund von Monaten auf ein Jahr hochgerechnet hat. Art. 23 Abs. 3 UVV stellt wörtlich auf einen angemessenen "Durchschnittslohn pro Tag" ab. Folglich wäre die Summe aus den Löhnen Februar und März 2007 von Fr. 7'008.50 (Fr. 5'460.50 + Fr. 1'548.00) durch die Anzahl der damit abgegoltenen Kalendertage von insgesamt 53 (28 Tage + 25 Tage) zu teilen, was einen Durchschnittslohn von Fr. 132.23 pro Tag (Fr. 7'008.50: 53 Tage) ergibt. Dieser scheint sowohl auf Grund der gesamten Umstände als auch im Hinblick auf die Annahme der Arbeitgeberin, dass der



Beschwerdeführer zukünftig einen höheren als den Garantielohn erzielen könne, als angemessen. Umgerechnet auf ein Jahr resultiert demnach ein versicherter Verdienst von Fr. 48'266.10 (Fr. 132.23 x 365 Tage). Auf diesen ist für die Berechnung der Taggelder abzustellen.

5.

Der Beschwerdeführer macht schliesslich geltend, die Beschwerdegegnerin hätte nach dreimonatiger Heilbehandlung auch Art. 23 Abs. 7 UVV berücksichtigen müssen. Zur Begründung verweist er wiederum auf einen ehemaligen Arbeitskollegen, welcher nach ungefähr einem Jahr als Aussendienstmitarbeiter einen Bruttolohn von Fr. 11'829.44 erzielt habe (vgl. act. G 1.1.9). Zudem habe er selber bei seiner neuen Arbeitgeberin, der Versicherungsgesellschaft, bereits Bruttoeinkünfte von bis zu Fr. 9'638.30 erreicht und dies, obgleich er sich noch in Ausbildung befinde (act. G 1.1.11). Auf die Einholung einer Expertise zur Lohnentwicklung des Beschwerdeführers ab März 2007 - gemäss seinem Antrag - kann hingegen verzichtet werden. Es ist im Rahmen der Mitwirkungspflicht der Versicherten deren Sache, mit dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit darzutun, dass eine Erhöhung erfolgt wäre, wenn kein Unfall eingetreten wäre (RKUV 1994 Nr. U 195 S. 211 E. 5b). Vorliegend sind jedoch keinerlei Anhaltspunkte vorhanden, dass der Beschwerdeführer, sofern er sein Arbeitsverhältnis nicht selbst gekündigt hätte, bereits nach drei Monaten auf Grund einer beträchtlichen Umsatzsteigerung mindestens 10 % mehr Lohn erzielt hätte. Hingegen scheint auch hier die hypothetische Lohnentwicklung des Beschwerdeführers einem Vergleich mit anderen Aussendienstmitarbeitern nicht zugänglich. Da die geltend gemachte Lohnsteigerung somit nicht als überwiegend wahrscheinlich betrachtet werden kann, fällt eine Anwendung von Art. 23 Abs. 7 UVV nicht in Betracht.

6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin bei der Berechnung der von ihr geschuldeten Taggelder von einem versicherten Verdienst von Fr. 48'266.10 auszugehen hat.

7.



Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde unter Aufhebung des Einspracheentscheids vom 1. September 2008 dahingehend gutzuheissen, dass der versicherte Verdienst für die auf Grund des Unfalls vom 26. März 2007 auszurichtenden Taggelder des Beschwerdeführers auf Fr. 48'266.10 festgelegt wird. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.1]). Der Beschwerdeführer hat bei diesem Verfahrensausgang Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 61 lit. g ATSG). Es rechtfertigt sich, die Entschädigung - wie in vergleichbaren Verfahren üblich - auf pauschal Fr. 3'000.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzulegen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. Die Beschwerde wird in dem Sinn gutgeheissen, dass der versicherte Verdienst für die auf Grund des Unfalls vom 26. März 2007 auszurichtenden Taggelder auf Fr. 48'266.10 festgelegt wird.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer zu bezahlen.