



**Fall-Nr.:** UV 2009/43  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** UV - Unfallversicherung  
**Publikationsdatum:** 08.04.2020  
**Entscheiddatum:** 02.09.2010

### **Entscheid Versicherungsgericht, 02.09.2010**

**Art. 15 Abs. 2 UVG. Art. 22 Abs. 4 und 24 Abs. 1 UVV: Bemessung des der Rente zugrunde liegenden versicherten Verdienstes bei einem Versicherten, der im Unfallzeitpunkt in einem zum voraus befristeten Arbeitsverhältnis tätig war (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 2. September 2010, UV 2009/43).**

Vizepräsident Joachim Huber, Versicherungsrichterinnen Christiane Gallati Schneider und Marie-Theres Rüegg Haltinner; Gerichtsschreiber Walter Schmid

Entscheid vom 2. September 2010

in Sachen

P.\_\_\_\_,

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 (versicherter Verdienst)

Sachverhalt:

A.

A.a 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 Kantonsspital St. Gallen, wobei die Diagnosen einer USG-Luxation rechts mit Calcaneus-Trümmerfraktur und distaler Fibulafraktur sowie Rissquetschwunde des linken Knies gestellt wurden (UV-act. 6, 7). 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, Rechtsanwalt Rainer Niedermann, St. Gallen, bekannt, die Heilkostenleistungen würden eingestellt (UV-act. 138). 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 vom 1. April 2004 (UV-act. 29) um 20% gekürzt würden (UV-act. 149). Die gegen die Verfügung vom 27. März 2006 von Rechtsanwalt Niedermann erhobene Einsprache mit dem 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-Entscheidung vom 28. Juli 2006 ab. Eine gegen diesen Entscheid vom Rechtsvertreter für den Versicherten erhobene Beschwerde hiess das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen mit Entscheid vom 13. August 2007 (UV 2006/88) in dem Sinn gut, dass der Einsprache-Entscheid vom



## St.Galler Gerichte

28. Juli 2006 aufgehoben und die Angelegenheit zur weiteren Abklärung des versicherten Verdienstes und zu neuer Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wurde.

A.b In der Folge nahm die Suva weitere Abklärungen bezüglich der Arbeitsbemühungen des Versicherten vor und teilte das Ergebnis dem Rechtsvertreter des Versicherten am 6. März 2008 mit (UV-act. 219-227). Nachdem der Rechtsvertreter hierzu am 15. Mai 2008 Stellung genommen hatte (UV-act. 237), setzte die Suva - bei im Übrigen unveränderten Rentenfaktoren - den versicherten Jahresverdienst in der Verfügung vom 29. Juli 2008 auf Fr. 42'584.-- fest (UV-act. 248). Im Nachgang zu einer hiergegen erhobenen Einsprache, mit welcher der Versicherte die Zugrundelegung eines versicherten Verdienstes von Fr. 68'136.-- geltend machen liess (UV-act. 250, 256), gab die Suva dem Rechtsvertreter des Versicherten am 7. Januar 2009 bekannt, dass sie im Sinn einer Reformatio in peius lediglich einen versicherten Jahresverdienst von Fr. 18'534.-- anerkennen könne (UV-act. 263). Mit Schreiben vom 6. März 2009 hielt der Rechtsvertreter des Versicherten an der Einsprache fest (UV-act. 268). Im Einspracheentscheid vom 18. März 2009 (UV-act. 269) änderte die Suva die Verfügung vom 29. Juli 2008 im Sinne einer Reformatio in peius dahingehend ab, dass der versicherte Jahresverdienst, welcher der dem Versicherten ab dem 1. Dezember 2004 zustehenden Invalidenrente zugrundeliege, von Fr. 42'584.-- auf Fr. 18'534.-- herabgesetzt werde (Ziffer 1). Eine Parteientschädigung, welche den mit Schreiben vom 19. Dezember 2008 gutgesprochenen und in der Folge ausbezahlten Betrag von Fr. 2'905.50 übersteige, werde nicht ausgerichtet (Ziffer 3).

B.

B.a Gegen diesen Einspracheentscheid erhob Rechtsanwalt Niedermann für den Versicherten mit Eingabe vom 4. Mai 2009 Beschwerde mit den Rechtsbegehren, der Entscheid sei aufzuheben, insofern ein den Betrag von Fr. 18'534.-- übersteigender versicherter Jahresverdienst verneint werde. Es sei der versicherte Jahresverdienst auf mindestens Fr. 68'136.-- festzulegen. Eventualiter sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, auf die mit Abrechnung vom 20. März 2009 (UV-act. 270) geltend gemachte Rückforderung von Fr. 15'004.35 zufolge grosser Härte zu verzichten. Es sei die Beschwerdegegnerin im Sinn einer vorsorglichen Massnahme zu verpflichten,



einstweilen auf die in der Abrechnung vom 20. März 2009 zufolge der Reformatio in peius geltend gemachte Rückforderung von zuviel bezahlten Rentenleistungen bzw. deren Verrechnung mit künftigen Rentenleistungen bis zur rechtskräftigen Entscheidung in vorliegender Sache zu verzichten. Es sei die unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu bewilligen. Zur Begründung verwies der Rechtsvertreter auf die Darlegungen in den früheren Rechtsschriften, insbesondere die Beschwerde vom 28. Juli 2006 (UV 2006/88), die Stellungnahme vom 15. Mai 2008 (UV-act. 237), die Einsprachebegründung vom 15. Oktober 2008 (UV-act. 256) sowie die Stellungnahme vom 6. März 2009 (UV-act. 268). Er führte unter anderem aus, gemäss Entscheid des Versicherungsgerichts vom 13. August 2007 sei der versicherte Verdienst auf der Basis der Verdienste der bisherigen bzw. der gesuchten Tätigkeiten - wenn nötig unter Zuhilfenahme von Tabellenwerten - festzulegen. Der Beschwerdeführer habe sich für die unterschiedlichsten Stellen beworben. Es könne nicht einfach auf seine bisherige Tätigkeit als Barmann beim Hotel B.\_\_\_\_ bzw. auf die Gastronomiebranche abgestellt werden. Vielmehr seien aufgrund des breiten Fächers der Stellenbewerbungen die Tabellenwerte der schweizerischen Lohnstrukturerhebung heranzuziehen und der Jahresverdienst auf mindestens Fr. 68'136.-- festzusetzen. Die Behauptung sei haltlos, wonach der Beschwerdeführer im Nachgang zu seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit Anfang September 2002 bis zum Stellenantritt am 19. Januar 2003 im Hotel B.\_\_\_\_ weder einer Erwerbstätigkeit habe nachgehen können noch wollen. Da kein Anspruch auf Arbeitslosentschädigung bestanden habe, seien die Arbeitsbemühungen des Beschwerdeführers nirgends dokumentiert. Andererseits sei es heute, bald sieben Jahre später, praktisch unmöglich, den entsprechenden Nachweis zu erbringen, was bei der Beweisführung zu berücksichtigen sei. Gleichwohl habe der Beschwerdeführer nochmals den Versuch unternommen, Bestätigungen für einige wenige Bewerbungen in der Zeit von Anfang September 2002 bis 19. Januar 2003 erhältlich zu machen (act. G 1.1/2-4). Nach Aufgabe der selbstständigen Tätigkeit sei der Beschwerdeführer völlig überschuldet und schon allein deshalb auf Arbeit angewiesen gewesen. Es sei im Nachhinein praktisch ein Ding der Unmöglichkeit, Bewerbungsbestätigungen einzuholen, zumal sämtliche Bewerbungen in Davos und Klosters bei den Hotels mündlich erfolgt seien. Aufgrund dieser erschwerten Umstände sei daher der Beweis als erbracht anzusehen, dass der Beschwerdeführer von Anfang September 2002 bis 19. Januar 2003 einer Erwerbstätigkeit habe nachgehen wollen.



B.b In der Eingabe vom 20. Mai 2009 stellte die Beschwerdegegnerin den Antrag, der Verfahrensantrag betreffend Anordnung von vorsorglichen Massnahmen sei abzuweisen. In der Beschwerdeantwort vom 29. Mai 2009 beantragte sie die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 18. März 2009 und die Festsetzung des versicherten Verdienstes im Rahmen einer Reformatio in peius auf Fr. 10'482.--. Eventuell sei die Beschwerde vom 4. Mai 2009 - soweit darauf einzutreten sei - abzuweisen und der Einspracheentscheid vom 18. März 2009 (mit einem versicherten Verdienst von Fr. 18'534.--) zu bestätigen. Zur Begründung verwies die Beschwerdegegnerin auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid und legte unter anderem dar, der versicherte Verdienst entspreche bei UV-Renten dem innerhalb eines Jahres vor dem Unfall aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit tatsächlich bezogenen Lohn. Der Beschwerdeführer sei bis Anfang September 2002 als Selbstständigerwerbender tätig gewesen und habe somit keinen Lohn im obgenannten Sinne bezogen. Demzufolge bestehe bis zu diesem Zeitpunkt auch kein versicherter Verdienst. Anschliessend sei er bis 19. Januar 2003 keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen. Somit liege auch für diesen Zeitraum kein Lohnbezug im Sinn von Art. 15 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20) vor. Im September 2002 habe er seine selbständige Tätigkeit freiwillig aufgegeben, bevor seine künftige berufliche Entwicklung festgestanden habe. Er habe damit seine Arbeitslosigkeit bis 19. Januar 2003 freiwillig in Kauf genommen. Bereits deshalb entfalle für diesen Zeitraum die Anwendung von Art. 24 Abs. 1 der Verordnung über die Unfallversicherung (UVV; SR 832.202). Hinzu komme, dass sich der Beschwerdeführer damals weder beim RAV noch bei der Arbeitslosenkasse gemeldet habe, obwohl er Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gehabt hätte. Für die Zeit vom 20. Januar bis 6. April 2003 werde der effektiv im Rahmen der Anstellung im Hotel B.\_\_\_\_ erzielte Lohn von Fr. 10'335.-- als versicherter Verdienst berücksichtigt. Vom 7. April bis 5. Juni 2003 sei der Beschwerdeführer arbeitslos gewesen. Dabei habe er wiederum die Anmeldung beim Arbeitsamt zwecks Arbeitsvermittlung unterlassen und habe keine Arbeitslosenentschädigung bezogen. Demzufolge könne er sich auch für diese Zeitperiode nicht auf Art. 24 Abs. 1 UVV berufen. Die Beschwerdegegnerin habe für die Zeit vom 7. April bis 5. Juni 2003 zu Unrecht einen versicherten Verdienst aufgerechnet. Dies sei im vorliegenden Prozess im Rahmen einer Reformatio in peius zu korrigieren. Für den 6. Juni 2003 sei der effektive Lohn von Fr. 147.-- aufzurechnen,



den der Beschwerdeführer als Bademeister in A.\_\_\_\_ erzielt habe. Zusammenfassend ergebe sich ein versicherter Verdienst von Fr. 10'482.-- (Fr. 10'335.-- + Fr. 147.--). Eine pauschale Festlegung des versicherten Verdienstes anhand der LSE ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände in den einzelnen Phasen des massgebenden Jahres vom 7. Juni 2002 bis 6. Juni 2003 widerspreche der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Dem vom Beschwerdeführer reklamierten Betrag von Fr. 68'136.-- stünden keine äquivalenten Prämienzahlungen gegenüber, weshalb ein solcher Verdienst nicht als "versichert" qualifiziert werden könne.

B.c Am 6. August 2009 bewilligte der Gerichtspräsident die unentgeltliche Rechtsverbeiständung des Beschwerdeführers für das vorliegende Verfahren.

B.d Mit Replik vom 31. August 2009 bestätigte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers seinen Standpunkt. In der Eingabe vom 17. Dezember 2009 wies er im Zusammenhang mit dem Einspracheverfahren zusätzlich darauf hin, dass trotz Bewilligung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Einspracheverfahren ohne sachlichen Grund nicht sämtliche Bemühungen abgegolten worden seien. Es werde beantragt, dass die Beschwerdegegnerin zur Übernahme der restlichen Bemühungen in der Höhe von Fr. 640.30 im Einspracheverfahren ab 5. November 2008 bis zum Erlass des Einspracheentscheids vom 18. März 2009 verpflichtet werde (act. G 16). Hierzu nahm die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 23. Dezember 2009 Stellung (act. G 18).

B.e Zuvor hatte der Gerichtspräsident mit Zwischenentscheid vom 26. Oktober 2009 das Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen abgewiesen.

Erwägungen:

1.

1.1 Vorliegend bildet der Einspracheentscheid vom 18. März 2009 Anfechtungsgegenstand. Dieser behandelt ausschliesslich die auch in diesem Verfahren streitige Frage der Höhe des versicherten Verdienstes. Die Rückforderung bzw. Verrechnung von Rentenleistungen (als Folge der Herabsetzung des versicherten Verdienstes) wurde im angefochtenen Entscheid nicht materiell abgehandelt, zumal



hierüber noch gar nicht verfügt worden war. In Erw. 6b des Einspracheentscheids behielt sich die Beschwerdegegnerin lediglich die Rückforderung von Rentenleistungen vor und beauftragte die Abteilung Versicherungsleistungen gleichzeitig mit dem Vollzug. Die Frage der Rückforderung/Verrechnung kann daher auch nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bilden. Auf den Eventualantrag (Ziffer 3) ist daher nicht einzutreten.

Der Einspracheentscheid vom 18. März 2009 enthält für die Frage des versicherten Verdienstes und diejenige der Parteientschädigung für das Einspracheverfahren eigene Dispositiv-Ziffern (UV-act. 269). Die Beschwerde vom 4. Mai 2009 bezog sich sowohl in den Anträgen als auch in der Begründung ausschliesslich auf die Frage des versicherten Verdienstes. In der Eingabe vom 17. Dezember 2009 beantragte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zusätzlich, dass die Beschwerdegegnerin zur Übernahme der restlichen Bemühungen in der Höhe von Fr. 640.30 im Einspracheverfahren ab 5. November 2008 bis zum Erlass des Einspracheentscheids vom 18. März 2009 zu verpflichten sei (act. G 16). Diese Eingabe wurde lange nach Ablauf der dreissigtägigen Rechtsmittelfrist (vgl. Art. 60 Abs. 1 sowie 38 Abs. 1 und 3 ATSG; SR 830.1) der Post übergeben, weshalb hinsichtlich der Frage der Parteientschädigung im Einspracheverfahren eine Teilrechtskraft des Einspracheentscheids eintrat (BGE 119 V 347 Erw. 1b; U. Kieser, ATSG-Kommentar, 2. A., Rz 26 zu Art. 52) und die Beschwerde in diesem Umfang als verspätet zu qualifizieren ist mit der Folge, dass hierauf nicht eingetreten werden kann.

1.2 Während die Beschwerdegegnerin den der Rente zugrunde liegenden versicherten Verdienst in der Verfügung vom 29. Juli 2008 auf Fr. 42'584.-- festlegte, ihn in der Folge im angefochtenen Entscheid auf Fr. 18'534.-- herabsetzte und nunmehr die Neufestsetzung auf Fr. 10'482.-- beantragt, lässt der Beschwerdeführer geltend machen, es sei von einem Betrag von mindestens Fr. 68'136.-- 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).

2.

2.1 Der Beschwerdeführer stand im Zeitpunkt, als er den Unfall erlitt, 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 "Saisonnornorm" 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 Nr. U 148, Erw. 4c/bb zweiter Absatz, RKUV 1988 Nr. U 45 S. 214). 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 i/S H. [U 16/01] Erw. 1b).



2.2 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). Das Versicherungsgericht kam im Entscheid vom 13. August 2007 zum Schluss, aufgrund der Angaben der Arbeitgeberin und der geschilderten personellen Situation (kein Ersatz des unfallbedingt ausfallenden Beschwerdeführers) sei 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 (in der Verfügung vom 27. März 2006 und im Einspracheentscheid vom 28. Juli 2006), 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 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 (Entscheid, a.a.O., Erw. 3c).

2.3 Eine Anwendung von Art. 22 Abs. 4 Satz 2 UVV (Umrechnung des aus einem unterjährigen 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). - 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 C.\_\_\_\_; er habe dort einen Lohn von Fr. 3'500.-- brutto erzielt. Daran schloss sich eine Tätigkeit von Oktober 1998 bis Juli 2001 an. Daraufhin übte er von Juli 2001 bis September 2002 im Gastronomiebereich eine selbstständige 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. Nach einem Einsatz als Chauffeur, vermittelt durch die Stiftung für Arbeit (Einkommen von Fr. 324.-- gemäss IK-Auszug; UV-act. 216), habe er die Saisonstelle als Bademeister in A.\_\_\_\_ ab 6. Juni 2003 gefunden (vgl. UV-act. 16 und 156 S. 3).

2.4 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). Das Versicherungsgericht legte diesbezüglich im erwähnten Entscheid vom 13. August 2007 unter anderem dar, eine Arbeitslosigkeit im Sinn von Art. 24 Abs. 1 UVV könne auch bei Nichtbestehen eines eigentlichen ALV-Leistungsanspruchs vorliegen. Bereits im Einspracheverfahren habe 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. Es könne nicht ohne konkrete Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, dass er vor Antritt des Arbeitsverhältnisses bei der Gemeinde A.\_\_\_\_ keine Vollzeitätigkeit angestrebt habe bzw. freiwillig nicht regelmässig erwerbstätig gewesen sei. 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). Die Beschwerdegegnerin werde 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 komme, weitere Abklärungen vorzunehmen und dabei insbesondere den Beschwerdeführer aufzufordern haben, seine Bereitschaft, im Nachgang zum Arbeitsverhältnis als Barmann/Kellner eine Vollzeitätigkeit anzunehmen, mit Arbeitsbemühungen sowie allfälligen anderen Belegen zu dokumentieren. Wenn in der Folge die Bereitschaft, im erwähnten Zeitraum einer Vollzeitätigkeit nachzugehen, überwiegend wahrscheinlich als erstellt anzusehen sei, wäre der versicherte Verdienst auf der Basis der Verdienste der bisherigen bzw. der gesuchten Tätigkeiten - wenn nötig unter Zuhilfenahme von Tabellenwerten - festzulegen (Entscheid, a.a.O, Erw. 3f).

2.5 Zu prüfen ist, ob gestützt auf die Ergebnisse der von der Beschwerdegegnerin vorgenommenen weiteren Abklärungen im Unfallzeitpunkt bzw. im Nachgang zum Arbeitsverhältnis als Barmann/Kellner (d.h. ab 6. April 2003) von der klaren Absicht des Beschwerdeführers ausgegangen werden kann, eine ganzjährige Vollzeitbeschäftigung aufzunehmen. Im Arbeitsbemühungsnachweis für April/Mai 2003 führte der Beschwerdeführer zehn schriftliche Bewerbungen für Vollzeitstellen (als Chauffeur, Portier, Versicherungsberater, Betriebsmitarbeiter, Staplerfahrer, Barmann, Badeaufsicht) an, wobei er einzelne Bewerbungs- und Absageschreiben beilegte (UV-act. 219 Beilagen). In diesem Zeitraum waren von Seiten des Sozialamtes keine Arbeitsbemühungen verlangt bzw. die diesbezügliche Kontrolle dem RAV überlassen worden. Der Beschwerdeführer bemühte sich nach Auskunft des Sozialamtes, eine Arbeitsstelle zu finden. Er habe jegliche Arbeiten, auch befristete, angenommen und sei bestrebt gewesen, eine Vollzeitstelle zu finden. Von Mai bis September 2003 sei Sozialhilfe ausgerichtet worden (UV-act. 220, 221). Auf telefonische Anfrage der Beschwerdegegnerin vom 25. Februar 2008 gab das RAV bekannt, bei Beendigung einer selbstständigen Tätigkeit werde jeweils geprüft, ob ein Versicherter vor Aufnahme



der Selbstständigkeit die Beitragszeit von zwölf Monaten erfüllt habe. Der Beschwerdeführer hätte nach Beendigung seiner selbstständigen Tätigkeit (im September 2002) wieder ALV-Leistungen erhalten, wenn er sich gemeldet hätte. Es müssten von den Versicherten (pro Monat) jeweils 7-8 Bemühungen vorgewiesen werden. Es sei dem RAV nicht bekannt, weshalb sich der Beschwerdeführer erst im Oktober 2004 zum ALV-Leistungsbezug gemeldet habe. Der Beschwerdeführer wolle nun als Taxichauffeur arbeiten (UV-act. 223f).

Die Arbeitsbemühungen des Beschwerdeführers für April und Mai 2003 und die erwähnten Auskünfte des Sozialamtes zeigen grundsätzlich, dass er in diesem Zeitraum eine Vollzeitbeschäftigung anstrebte. Die Bemühungen wurden offenbar vom Sozialamt in quantitativer und qualitativer Hinsicht als genügend angesehen, andernfalls der Beschwerdeführer diesbezüglich überwiegend wahrscheinlich gemahnt worden wäre. Auch die Beschwerdegegnerin erachtete die Bereitschaft des Beschwerdeführers, in diesem Zeitraum eine Vollzeittätigkeit anzunehmen, als erstellt (vgl. UV-act. 263 und 269 S. 4). Nach Lage der Akten wäre - entgegen der vom Versicherungsgericht im Entscheid vom 13. August 2007 getroffenen Annahme - ab Oktober 2002 die damals für einen ALV-Anspruch vorausgesetzte sechsmonatige ALV-Beitragszeit erfüllt gewesen, da der Beschwerdeführer in der Rahmenfrist für die Beitragszeit (Oktober 2000 bis September 2002) während zehn Monaten (bis Juli 2001) tätig war (vgl. Art. 9 und 13 Abs. 1 AVIG [in der bis 30. Juni 2003 anwendbaren Fassung]). Der Tätigkeit als Möbelverkäufer (Oktober 1998 bis Juli 2001) schloss sich die selbstständige Tätigkeit (Juli 2001 bis September 2002) an (vgl. dazu vorstehend Erw. 2.3 und UV-act. 216 [IK-Auszug]).

2.6 Angesichts der geschilderten Umstände (klare Absicht des Beschwerdeführers im Zeitpunkt des Unfalls, eine unbefristete Vollzeitbeschäftigung aufzunehmen) käme Art. 22 Abs. 4 Satz 2 UVV (Umrechnung des aus dem unterjährigem Arbeitsverhältnis bei der Gemeinde A.\_\_\_\_ bezogenen Lohnes auf ein ganzes Jahr) zur Anwendung, wenn die Tätigkeit des Beschwerdeführers als Bademeisteraushilfe nicht zum vornherein - im Sinn einer Zweckbefristung (vgl. dazu Erw. 1) - auf die Badesaison, d.h. den Zeitraum vom 6. Juni bis "spätestens ca. Mitte September 2003" (UV-act. 2), zeitlich begrenzt gewesen wäre (vgl. Art. 22 Abs. 4 Satz 3 UVV). Zu prüfen bleibt damit die Anwendbarkeit von Art. 24 Abs. 1 UVV. Dazu ist vorweg festzuhalten, dass für die Zeit



ab Oktober 2002 eine Arbeitslosigkeit im Sinn von Art. 24 Abs. 1 UVV zu bejahen ist. Wie das Versicherungsgericht bereits im Entscheid vom 13. August 2007 festhielt, ist hierfür nicht zwingend ein ALV-Leistungsanspruch vorausgesetzt (UV 2006/88, Erw. 3f). Zu beachten ist allerdings, dass in dem von der Beschwerdegegnerin (in act. G 7 S. 3 unten) angeführten Entscheid des EVG vom 11. Juni 2001 i/S S. (U 298/00) sich die versicherte Person trotz grundsätzlich gegebenem ALV-Anspruch nicht bei der ALV angemeldet hatte, weshalb ihr die Anwendung von Art. 24 Abs. 1 UVV versagt wurde (vgl. Urteil, a.a.O., Erw. 2c). Auch der Beschwerdeführer hätte wie dargelegt ab Oktober 2002 soweit ersichtlich einen ALV-Anspruch gehabt. Es hätte daher von ihm verlangt werden können, sich bei der ALV zum Leistungsbezug anzumelden. Im Rahmen des ALV-Taggeldbezugs wären in der Folge auch UV-Prämien entrichtet worden. Nun lässt sich zwar die Schlussfolgerung einer freiwilligen Stellenlosigkeit ab Oktober 2002 nicht aus dem Umstand allein ziehen, dass der Beschwerdeführer für den erwähnten Zeitraum seine Arbeitsbemühungen nicht mehr (zureichend) dokumentieren kann (vgl. dazu die nachträglich erstellten Bescheinigungen in act. G 1.1/2-4, deren Beweistauglichkeit von der Beschwerdegegnerin zu Recht bestritten wird). Die fehlende ALV-Antragstellung deutet jedoch darauf hin, dass für den Beschwerdeführer die Beendigung der seit Oktober 2002 bestehenden Stellenlosigkeit bzw. ein ALV-Taggeldbezug jedenfalls nicht im Vordergrund standen. Andernfalls hätte er letzteres abschliessend klären lassen. Ein Interesse an der Klärung seines ALV-Anspruchs hätte der Beschwerdeführer im Übrigen auch aus familiären Gründen gehabt, stand er doch ab 28. Oktober 2002 in einem Verfahren betreffend Eheschutzmassnahmen, welches am 11. Dezember 2002 sistiert wurde, weil er kein Einkommen erzielen konnte. Bei nicht ausreichend nachgewiesener Stellensuche und Vermittlungsbereitschaft kann Art. 24 Abs. 1 UVV in der Zeit von Oktober 2002 bis zum Antritt der Stelle beim Hotel B.\_\_\_\_ am 20. Januar 2003 (vgl. UV-act. 219 Beilage) nicht zur Anwendung kommen. Im Weiteren fällt das bis Ende September 2002 erzielte, unbestrittenermassen nicht nach UVG versicherte Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit zum vornherein ausser Betracht. Als nicht UV-versicherte Tätigkeit kann sie nicht zur Erhöhung des versicherten Verdienstes führen.

Für die Zeit nach Beendigung der Tätigkeit im Hotel B.\_\_\_\_ (6. April bis und mit 5. Juni 2003) erscheint der Schluss gerechtfertigt, dass der im Jahr vor dem Unfall erzielte Verdienst wegen der Stellenlosigkeit (ohne ALV-Anspruch) nach Aufgabe der



## St.Galler Gerichte

selbstständigen Tätigkeit nicht normal im Sinn von Art. 24 Abs. 1 UVV war, auch wenn sich der Beschwerdeführer in diesem Zeitraum wiederum nicht bei der ALV anmeldete. Zum einen tätigte er in dieser Zeitspanne wie erwähnt immerhin einige Arbeitsbemühungen. Zum anderen meldete er sich im April 2003 beim Sozialamt, welches in der Folge von Mai bis September 2003 Leistungen ausrichtete (vgl. vorstehende Erw. 2.5). Die Aufnahme der befristeten Tätigkeit bei der Gemeinde A.\_\_\_\_ erfolgte durch Vermittlung des Sozialamtes. Von einer freiwilligen Stellenlosigkeit kann daher im erwähnten Zeitraum nicht ausgegangen werden. Zu ermitteln ist somit grundsätzlich das Jahreseinkommen, welches ohne Stellenlosigkeit in der Zeit von 6. April bis 5. Juni 2003 (Tag vor Antritt der Stelle bei der Gemeinde A.\_\_\_\_) überwiegend wahrscheinlich erzielt worden wäre.

2.7 Bei der vom 20. Januar bis 6. April 2003 (77 Tage) ausgeübten Tätigkeit im Hotel B.\_\_\_\_ (vgl. Arbeitszeugnis vom 6. April 2003; UV-act. 219 Beilage) handelte es sich nach Angaben des Beschwerdeführers um eine Anstellung als Kellner, wo er ca. Fr. 3'600.-- brutto plus Trinkgeld, total rund Fr. 4'500.-- brutto verdient habe (UV-act. 156 S. 3). Die Beschwerdegegnerin ging vorerst für die Berechnung des versicherten Verdienstes ebenfalls von dieser Tätigkeit aus. Sie errechnete in der Verfügung vom 29. Juli 2008 mit Hinweis auf - nicht bei den Akten liegende - Lohnabrechnungen des Hotels B.\_\_\_\_ für Februar und März 2003 (je Fr. 3'500.-- für 30 Tage) sowie April 2003 (Fr. 700.-- für 6 Tage) ein Jahresbetroffnis (365 Tage) von Fr. 42'584.-- (66 Tage entsprechen Fr. 7'700.--; UV-act. 248). Dabei wurden aber offenbar die vom Beschwerdeführer erwähnten Trinkgelder nicht berücksichtigt, denn dem Auszug aus dem individuellen Konto (IK) für die Monate Januar bis April 2003 ist ein Einkommen aus der Tätigkeit beim Hotel B.\_\_\_\_ von Fr. 10'335.--, und nicht lediglich Fr. 7'700.--, zu entnehmen (UV-act. 216). Nach der Rechtsprechung soll bei der Berechnung des versicherten Verdienstes nach Art. 24 Abs. 1 UVV möglichst dem Grundsatz nachgelebt werden, dass der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall tatsächlich bezogene Lohn massgebend sein soll. Die Ausnahmeregelung des Art. 24 Abs. 1 UVV komme nur insoweit und für diejenigen Zeiträume zur Anwendung, in denen wegen Arbeitslosigkeit kein oder ein verminderter Lohn bezogen worden sei (Urteil des Bundesgerichts i/S B. [8C\_549/2007] Erw. 8.3.4). Das Einkommen aus der Tätigkeit im Hotel B.\_\_\_\_ im Betrag von Fr. 10'335.-- ist daher für den Zeitraum, in welchem es erzielt wurde, anzurechnen. Im Weiteren erscheint es angemessen, auch für die daran



anschliessende Zeit ohne Erwerbstätigkeit auf den beim Hotel B.\_\_\_\_ erzielten Verdienst abzustellen, zumal der Beschwerdeführer von Juli 2001 bis September 2002 als selbstständig Erwerbender im Gastgewerbe (Bar) tätig war und sich in der Zeit ab September 2002 nach seinen eigenen Angaben wiederum überwiegend im Gastgewerbe bewarb (vgl. act. G 1 S. 8 mit Hinweis auf act. G 1.1/2-4).

2.8 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für die Zeit vom 20. Januar bis 6. April 2003 (77 Tage) ein Einkommen von Fr. 10'335.-- zur Anrechnung kommt. Für den Zeitraum vom 7. April bis 5. Juni 2003 (60 Tage) resultiert aus der "Weiterführung" dieses Einkommens ein Betrag von Fr. 8'052.-- (Fr. 134.20 x 60). Für den 6. Juni 2003 ist das bei der Gemeinde A.\_\_\_\_ effektiv erzielte Einkommen von Fr. 147.--(5.88 Stunden [70 %] x Fr. 25.--; vgl. UV-act. 2) anzurechnen. Aufsummiert ergibt sich ein versicherter Verdienst von Fr. 18'534.--, wie ihn die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Entscheid berechnete. Mit diesem Verdienst ist - mit Blick auf die vom Beschwerdeführer in den Jahren vor 2003 erzielten Einkommen (vgl. IK-Auszug; UV-act. 216) - auch der Grundsatz der Äquivalenz zwischen versichertem Verdienst und Prämienhebung (vgl. RKUV 1993 Nr. U 161, 50 Erw. 2b) ohne weiteres als gewahrt anzusehen, wenn beachtet wird, dass der Zeitraum mit selbstständiger Tätigkeit hier wie erwähnt als nicht verdienstbildend auszuklammern ist.

3.

Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist, unter Bestätigung des Einspracheentscheids vom 18. März 2009 abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Zuzufolge bewilligter unentgeltlicher Rechtsverteidigung ist der Rechtsbeistand durch den Staat zu entschädigen. In aller Regel wird dabei eine Pauschalentschädigung zugesprochen. Ein Anlass, in Abweichung von der Pauschalentschädigung auf den mit Kostennote vom 17. Dezember 2009 in Rechnung gestellten Betrag von Fr. 4'044.20 (act. G 16.2) abzustellen, liegt nicht vor. Die Pauschalentschädigung beträgt bei vollem Obsiegen praxisgemäss Fr. 4'000.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer). Der Staat hat den Rechtsbeistand des Beschwerdeführers somit mit Fr. 3'200.-- (Reduktion um einen Fünftel; vgl. Art. 31 Abs. 3 AnwG [sGS 963.70]) zu entschädigen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht



im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Der Staat entschädigt den Rechtsbeistand des Beschwerdeführers mit Fr. 3'200.--.