

# AR\_GERICHTE OG O3V-23-16 vom 4. Juni 2024

AR Gerichte, 2024-06-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar\\_gerichte OG O3V-23-16](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar_gerichte OG O3V-23-16)

FR: AR\_GERICHTE OG O3V-23-16 du 4 juin 2024

IT: AR\_GERICHTE OG O3V-23-16 del 4 giugno 2024

## Erwägungen

### E. 1

1.1 Der angefochtene Entscheid regelt einen Anspruch gegenüber der Invalidenversicherung, ist mithin in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) bestellt jeder Kanton ein Versicherungsgericht als einzige Instanz zur Beurteilung von Beschwerden aus dem Bereich der Sozialversicherung. Im Kanton Appenzell Ausserrhoden beurteilt das Obergericht in seiner Eigenschaft als kantonales Versicherungsgericht Beschwerden gegen solche Entscheide (Art. 28 Abs. 1 lit. b des Justizgesetzes vom 13. September 2010; bGS 145.31). Auf dem Rechtsgebiet der Invalidenversicherung ist sodann die Vorschrift von Art. 69 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) zu beachten, gemäss welcher Verfügungen der kantonalen IV-Stellen direkt vor dem Versicherungsgericht am Ort der IV-Stelle anzufechten sind. Da vorliegend eine Verfügung der IV-Stelle Appenzell Ausserrhoden Gegenstand der Beschwerde bildet, ist die örtliche Zuständigkeit des Obergerichts gegeben.  
Seite 3

### E. 1.2

Das Gesamtgericht des Obergerichts hat Beschwerden in Sozialversicherungssachen der

### E. 1.3

Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen ergibt, dass letztere sowohl hinsichtlich der Beschwerdeberechtigung als auch hinsichtlich der Form- und Fristenfordernisse erfüllt sind (Art. 1 Abs. 1 und Art. 69 Abs. 1 lit. a IVG, Art. 60 Abs. 1 und Art. 61 lit. b ATSG, Art. 28 lit. b Justizgesetz sowie Art. 54, Art. 56 und Art. 59 des Gesetzes vom 9. September 2002 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG, bGS 143.1]). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten. 2. 2.1 Am 1. Januar 2022 sind die geänderten Bestimmungen des ATSG, der Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV; SR 830.11), des IVG sowie der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV; SR 831.201) in Kraft getreten. 2.2 In zeitlicher Hinsicht sind vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 146 V 364 E. 7.1; 144 V 210 E. 4.3.1, je mit Hinweisen). Da der Zeitpunkt des Invaliditätseintritts (Art. 28 Abs. 1 und 1bis IVG) und jener des Rentenanspruchs nicht unbedingt identisch sind (verspätete Anmeldung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 IVG), fällt eine IV-Rente unter das neue Recht, wenn der Anspruchsbeginn ab dem 1. Januar 2022 liegt, auch wenn die Invalidität vor diesem Zeitpunkt eingetreten ist. Neurechtliche IV-Renten sind somit Renten, auf die gemäss Art.

29 Abs. 1 und 2 IVG der Anspruch ab dem 1. Januar 2022 entsteht (vgl. Rz. 1008 f. des Kreisschreibens zu den Übergangsbestimmungen zur Einführung des linearen Rentensystems, KS ÜB WE IV, gültig ab 1. Januar 2022; Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich IV.2022.00227 vom 22. September 2022 E. 1.1; Urteile des Obergerichts Appenzell Auser-rhoden O3V 22 12 vom 21. März 2023 E. 2.2 und O3V 22 22 vom 30. Mai 2023 E. 2.2). Seite 4 2.3 Vorliegend erging die angefochtene Verfügung nach dem 1. Januar 2022. Der frühestmöglichste Zeitpunkt des Rentenbeginns liegt aber vor diesem Datum. Damit sind die bis 31. Dezember 2021 gültig gewesenen Rechtsvorschriften anwendbar, die nachfolgend auch in dieser Fassung zitiert werden.

2.4 Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Sie kann Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein (Art. 4 Abs. 1 IVG). Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 7 Abs. 1 ATSG). Für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit sind ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt zudem nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist (Art. 7 Abs. 2 ATSG).

2.5 Bei der Frage des Erwerbsstatus' geht es darum, ob eine versicherte Person als ganztätig oder zeitweilig erwerbstätig oder als nichterwerbstätig einzustufen ist. Dies ergibt sich aus der Prüfung, was sie bei im Übrigen unveränderten Umständen täte, wenn keine gesundheitliche Beeinträchtigung bestünde. Entscheidend ist somit nicht, welches Ausmass der Erwerbstätigkeit der versicherten Person im Gesundheitsfall zugemutet werden könnte, sondern in welchem Pensum sie hypothetisch erwerbstätig wäre (Urteil des Bundesgerichts 9C\_567/2012 vom 10. Januar 2013 E. 2.2.1, mit Verweisen). Grundsätzlich gilt, dass Erwerbstätigkeit und nichterwerblicher Aufgabenbereich – als solcher gelten insbesondere die übliche Tätigkeit im Haushalt sowie die Pflege und Betreuung von Angehörigen (Art. 27 IVV) – im Rahmen der gemischten Methode komplementär sind, wobei der Haushaltsanteil nicht in Abhängigkeit vom Umfang der im Aufgabenbereich anfallenden Arbeiten festgesetzt werden darf. Daraus kann allerdings nicht abgeleitet werden, dass bei allen teilzeitlich erwerbstätigen Personen mit eigenem Haushalt ein Aufgabenbereich (mit einem Anteil im Umfang der nicht durch die Erwerbstätigkeit ausgefüllten Zeit) angenommen werden muss. Es kann sich bei der erwerbslosen Zeit auch um Freizeit handeln, welcher invalidenversicherungsrechtlich keine Bedeutung zukommt. In Konstellationen, in welchen der Versicherte eine Teilzeitanstellung wählte, um mehr Freizeit zu haben, und nicht, um die Haushaltsführung wahrnehmen zu können, liegt kein Aufgabenbereich vor (Urteil des Kantonsgerichts Luzern 5V 18 101 vom 14. Juni 2019 E. 9.1.1, mit Verweisen).

Seite 5 2.6 Gemäss Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG haben nur diejenigen versicherten Personen Anspruch auf eine Rente, die während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40 % arbeitsunfähig gewesen sind (sog. Wartejahr). Ein wesentlicher Unterbruch der Arbeitsunfähigkeit im Sinne dieser Gesetzesbestimmung liegt dann vor, wenn die versicherte Person an mindestens 30 aufeinanderfolgenden Tagen voll arbeitsfähig gewesen ist (vgl. Art. 29ter IVV). Die Wartezeit im Sinne von Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG gilt in jenem Zeitpunkt als eröffnet, in welchem eine deutliche Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit eingetreten ist. Als erheblich gilt bereits eine Arbeitsunfähigkeit von 20 % (Urteil des Bundesgerichts 9C\_757/2010 vom

24. November 2010 E. 4.1). Unerheblich ist, auf welche gesundheitlich bedingten Ursachen die Arbeitsunfähigkeit zurückzuführen ist (Kreisschreiben des Bundesamtes für Sozialversicherungen [BSV] über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung [KSIH], gültig ab 1. Januar 2015, Rz. 2009). Der Rentenanspruch entsteht frühestens nach Ablauf von sechs Monaten nach Geltendmachung des Leistungsanspruchs (Art. 29 Abs. 1 IVG). 2.7 Bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40 % besteht Anspruch auf eine Viertelsrente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 % auf eine halbe Rente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 60 % auf eine Dreiviertelsrente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70 % auf eine ganze Rente (Art. 28 Abs. 2 IVG). 2.8 Zur Feststellung der medizinischen Verhältnisse ist die rechtsanwendende Behörde auf Unterlagen angewiesen, die ihr von Ärztinnen und Ärzten zur Verfügung zu stellen sind (BGE 122 V 158 f. E. 1b mit zahlreichen Hinweisen). Das Gericht hat diese Unterlagen nach dem für den Sozialversicherungsprozess gültigen Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 61 lit. c ATSG) - wie alle anderen Beweismittel - frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Dies bedeutet, dass das Sozialversicherungsgericht alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten. Insbesondere darf das Gericht bei einander widersprechenden medizinischen Berichten den Prozess nicht erledigen, ohne das gesamte Beweismaterial zu würdigen und die Gründe anzugeben, warum es auf die eine und nicht auf die andere medizinische These abstellt. Hinsichtlich des Beweiswertes eines ärztlichen Berichtes ist entscheidend, ob dieser für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden Seite 6 berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darstellung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen der Expertin oder des Experten begründet sind. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten (BGE 134 V 232 E. 5.1; 125 V 352 E. 3a, 122 V 160 E. 1c).

### **E. 3**

3.1 Zunächst ist auf den massgebenden medizinischen Sachverhalt und damit zusammenhängend die Arbeitsfähigkeit des Versicherten einzugehen. Der Regionale ärztliche Dienst (RAD) führte im Rahmen einer Stellungnahme vom 5. November 2020 aus, der Versicherte leide an einer Herzinsuffizienz bei dilatativer Kardiomyopathie und schwerer koronarer 3-Gefässerkrankung. Der Beschwerdeführer weise eine dauerhaft deutlich verminderte Belastungsfähigkeit des Herz-Kreislauf-Systems auf. Eine durchgreifende interventionelle Behandlung sei noch nicht möglich gewesen, da bereits zu weite Teile des Herzens irreversibel geschädigt seien. Eine körperlich belastende Tätigkeit sei sicher nicht mehr möglich, damit wohl auch die angestammte Arbeit in der Profi-Gastronomie nicht mehr. Bezüglich einer adaptierten Tätigkeit könne eine gewisse Arbeitsfähigkeit postuliert werden, eine exakte Leistungseinschätzung sei noch nicht möglich und sollte nach Möglichkeit in der Praxis ab Januar 2021 erprobt werden (act. 7.2/12). Während des Arbeitstrainings, welches der Beschwerdeführer bei der D. absolvierte, erging mit Datum vom 23. Februar 2022 eine weitere Stellungnahme des RAD. Dort ist ausgeführt, der Versicherte müsse in seiner Arbeit gebremst werden. Auch wenn zeitweise eine hohe Leistungsfähigkeit bei aussergewöhnlicher Motivation vorliege, so sei

diese für die nächsten Berufsjahre auf keinen Fall als täglicher Standard heranzuziehen. Ansonsten werde der Versicherte einmal tödlich bei seiner Arbeit zusammenbrechen. Dass sich nun in der einjährigen beruflichen Massnahme der IV eine konstante 50%ige Arbeitsfähigkeit zeige, grenze an ein Wunder und sollte auf keinen Fall ausgereizt werden (act. 7.2/99). Anlässlich der von der IV-Stelle durchgeführten Rentenprüfung äusserte sich der RAD am 22. Dezember 2022 und legte dabei namentlich dar, der Gesundheitszustand des Versicherten sei relativ stabil, mit einer Progression sei jedoch über die Jahre leider zu rechnen. In der angestammten Tätigkeit als Hilfskoch sei eine Arbeitsfähigkeit von 60 % gegeben. Leidensadaptiert könne der Versicherte mit seiner lebenslangen Vorerfahrung in der Gastronomie seine Restarbeitsfähigkeit scheinbar gut in dieser Branche verwerten, so dass aus arbeitsmedizinischer Sicht die angestammte Tätigkeit mit den entsprechenden Teiladaptation (Rücksicht des Betriebes) die gleiche zumutbare Leistung aufweise wie eine medizinisch-theoretisch adaptierte Arbeit (act. 7.2/112). Seite 7

### **E. 3.2**

Von Seiten der behandelnden Ärzte ist hier insbesondere auf den Bericht der E. AG vom 15. Februar 2023 hinzuweisen, welchen der Beschwerdeführer im Rahmen des Vorbescheidverfahrens bei der IV-Stelle einreichte. Dort wird seitens des zuständigen Arztes namentlich ausgeführt, die vom Versicherten erbrachte Arbeitsleistung von 60 % sei weit über dem, was er in ähnlichen Fällen an Arbeitsfähigkeiten sehe. Der Patient leiste eigentlich über seinen Verhältnissen. Rein medizinisch sei weniger zu empfehlen. Jedes Pensum von 30 % wäre schon eine gute Leistung (act. 7.2/118).

### **E. 3.3**

a) Vorliegend besteht bezogen auf die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers nach dem Gesagten eine augenscheinliche Diskrepanz zwischen den Einschätzungen des RAD und der E. AG. Während der RAD es offenbar als zumutbar betrachtet, dass der Versicherte ein 60%-Pensum leistet, sollte laut der behandelnden Einrichtung ein Pensum von 30 % nicht überschritten werden. Es fragt sich, welcher Beurteilung hier zu folgen ist. Von Bedeutung erscheint diesbezüglich, dass der Bericht der E. AG – anders als die RAD-Stellungnahme – von einem Facharzt auf dem Gebiet der Kardiologie erstellt worden ist. Davon abgesehen sind auf Seiten des RAD auch gewisse Widersprüche zu erkennen. Während nämlich im RAD-Bericht vom 23. Februar 2022 ausgeführt wurde, das vom Versicherten im Rahmen des Arbeitstrainings wahrgenommene Pensum von 50 % sollte auf keinen Fall weiter ausgereizt werden, soll nun gemäss den aktuellsten Einschätzungen vom 22. Dezember 2022 doch ein Pensum von 60 % möglich sein. Der zuständige IV-Arzt kommentiert diese Abweichung in Bezug auf die frühere Stellungnahme nicht weiter. Nebst der kardiologischen Problematik finden sich im medizinischen Dossier im Übrigen auch Akten, die eine psychiatrische Erkrankung beim Versicherten thematisieren. Diesbezüglich ist auf die einwandweise beigebrachte Stellungnahme der Allgemeinmedizinerin Dr. F. vom 21. Februar 2023 hinzuweisen, wo ausgeführt wird, beim Beschwerdeführer sei eine Belastungsstörung, depressive Phase gegeben. Sie habe deshalb eine psychiatrische Abklärung veranlasst (act. 7.2/118). Sodann liegt ein E-Mail des Psychiaters Dr. G. an die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers vom 15. Juli 2023 (act. 14.7) vor. Der Psychiater schildert darin, dass er vor kurzem das Restaurant besucht habe, in dem der Versicherte arbeitet. Man habe sich gegenseitig erkannt, weil der Versicherte schon zweimal bei einer Assistenzärztin von Dr. G. gewesen sei. Letzterer gab in dem E-Mail dann eine kurze psychiatrische Beurteilung ab gestützt auf seine Beobachtungen in Bezug den Versicherten.

Er äusserte dabei namentlich die "Tendenz zur Dissimulation" und erörterte die Möglichkeit einer psychiatrischen Medikation. Seite 8 b) Bezüglich des dargestellten medizinischen Sachverhaltes ist zu bemerken, dass die Arbeitsfähigkeit des Versicherten weder aus kardiologischer noch aus psychiatrischer Sicht abschliessend beurteilt zu werden braucht. Denn da der Beschwerdeführer offenbar nach wie vor zu 60 % im Service arbeitet, ist bei der Berechnung des Invalideneinkommens zwingend auf das betreffende Pensum abzustellen (vgl. dazu unten E. 4.4).

#### **E. 4**

4.1 Für die Ermittlung des Invaliditätsgrads wird im Sinne der Bestimmung des Art. 16 ATSG das Erwerbseinkommen, welches 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 (Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, welches sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen).

#### **E. 4.2**

a) Bei der Ermittlung des Valideneinkommens ist entscheidend, was die versicherte Person im massgebenden Zeitpunkt nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdienen würde. Die Einkommensermittlung hat so konkret wie möglich zu erfolgen. Es ist in der Regel vom letzten Lohn, welchen die versicherte Person vor Eintritt der Gesundheitsschädigung erzielt hat, auszugehen (BGE 135 V 58 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 8C\_832/2019 vom 5. Mai 2020 E. 6.1). Ausnahmen von der grundsätzlichen Massgeblichkeit des Vorinvalideneinkommens für das Valideneinkommen müssen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt sein. Die Beweislast dafür trifft je nachdem, zu wessen Gunsten sich das Abrücken auswirkt, die versicherte Person oder die IV-Stelle (MEYER/REICHMUTH, in: Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesgesetz über die Invalidenversicherung [IVG], 2022, N. 53 zu Art. 28a IVG, mit Verweisen auf die Rechtsprechung). b) In der angefochtenen Verfügung qualifizierte die IV-Stelle den Versicherten bezogen auf den Gesundheitsfall als Hilfskoch und ermittelte ein Valideneinkommen von Fr. 52'654.--. Sie stellte diesbezüglich auf den vom Restaurant H. am 22. Oktober 2020 ausgefüllten Fragebogen für Arbeitgebende ab. Dort ist ausgeführt, dass der Versicherte ab August 2014 jeweils 22 Stunden pro Woche gearbeitet hatte, was somit einem Pensum von rund 50 % entspricht. Der Stundenlohn total habe sich auf Fr. 27.52 belaufen (act. 7.2/6). Unter der Rubrik "Lohnzahlungen der letzten 3 Jahre" führte die Arbeitgeberin auf, was der Versicherte in den Jahren 2018 bis 2020 verdient hatte. Da im Jahr 2020 die Krankschreibung des Versicherten erfolgte, erklärte die Vorinstanz den Lohn für das Jahr 2019 für massgebend, Seite 9 welcher Fr. 26'327.-- betrug. Im angefochtenen Entscheid rechnete die IV-Stelle den Betrag auf ein Pensum von 100 % hoch – entsprechend der erwähnten Summe von Fr. 52'654.--. Sie folgte hier offenbar dem Eingliederungsbericht vom 16. Mai 2022, dem zu entnehmen ist, es sollte berücksichtigt werden, dass der Versicherte vor dem Zeitpunkt des Gesundheitsschadens bemüht gewesen sei, einer 100%-Anstellung nachzugehen, aus wirtschaftlichen Gründen jedoch nur eine Teilzeitstelle gefunden habe (act. 7.2/107). c) Der Beschwerdeführer hält der vorinstanzlichen Auffassung entgegen, dass er im Jahre 2011 letztmals ein Einkommen erzielt habe, das er ohne gesundheitliche Beeinträchtigung heute auch erzielen wollen würde. Ab dem Jahr 2012 sei er vermehrt bei der Arbeitslosenkasse gewesen und habe

Teilzeitpensen wahrgenommen. Er habe nur noch Hilfsstellen gefunden, was der Grund für das schwankende Jahreseinkommen gewesen sei. Es sei ein Valideneinkommen von Fr. 79'374.75 festzusetzen, welches dem Durchschnittseinkommen der letzten vier Jahre (2008 – 2011) entsprochen habe, in denen er seine erlernte Tätigkeit ausgeübt habe. d) Vorliegend ist zunächst entgegen der beschwerdeführerischen Kritik festzustellen, dass seitens der Vorinstanz bei der Bestimmung des Valideneinkommens korrekterweise auf jene Arbeit abgestellt wurde, die jener zuletzt beim Restaurant H. geleistet hatte. Betrachtet man den Lebenslauf des Versicherten (vgl. act. 3.1) war dieser ab August 2014 – mit Ausnahme einer Tätigkeit als Kellner beim Restaurant I. in J. von Februar bis April 2018 – bis April 2021 stets als Hilfskoch/Küchenhilfe beim Restaurant H. angestellt (wobei indes ab dem 7. September 2020 eine volle Arbeitsunfähigkeit bestand). Bis Juli 2016 hatte er dabei noch Arbeitslosenentschädigung bezogen (vgl. den IK-Auszug; act. 7.2/8). Die Anstellung beim Restaurant H. entspricht jedenfalls offensichtlich einer langen Dauer. Für eine Berücksichtigung der in den Jahren 2008 – 2011 erzielten Einkünfte ist kein Raum, zumal der Versicherte die damalige Arbeitsstelle aus wirtschaftlichen und nicht aus gesundheitlichen Gründen verloren hatte (vgl. dazu AHI 1999 S. 240 E. 3b; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 587/04 vom 27. April 2005 E. 3.1). Fraglich ist derweil aber, inwieweit es seitens der Vorinstanz sachgerecht war, das vom Beschwerdeführer beim Restaurant H. erzielte Einkommen – unter Verweis auf dessen Bemühungen, eine Vollzeitstelle zu finden – auf ein 100%-Pensum hochzurechnen. e) Der Versicherte bringt vor, er sei ursprünglich das Teilzeitpensum nur deshalb eingegangen, weil er keine Vollzeitstelle mehr gefunden habe. Im Rahmen seiner ergänzenden Stellungnahme vom 15. Januar 2024 reichte er diverse Weiterbildungszertifikate ein, mit dem Zweck, zu belegen, dass er für den Gesundheitsfall hypothetisch als Vollerwerbstätiger zu qualifizieren sei, so Kursatteste der Ostschweizer Seite 10 Gastronomiefachschule (act. 14/3), einen Modulnachweis Gastrounternehmerausbildung (act. 14/4), ein Diplom Qualitätscoach (act. 14/5) sowie ein Zertifikat der Prüfungskommission GWG des Kantons K. (act. 14/6). Die betreffenden Bescheinigungen wurden allesamt zwischen November 2015 und Juli 2017 ausgestellt. Vorweg ist hier nochmals darauf hinzuweisen, dass beim Beschwerdeführer eine medizinisch begründete Arbeitsunfähigkeit erst ab dem 7. September 2020 ausgewiesen ist. Für die Zeit davor kann aus versicherungsmedizinischer Hinsicht eine entsprechende Einschränkung nicht angenommen werden. Der Beschwerdeführer hat auch im Rahmen seiner Stellungnahme vom 15. Januar 2024 keine medizinischen Unterlagen eingereicht, die eine andere Schlussfolgerung nahelegen. Man kann hier also festhalten, dass der Beschwerdeführer in der Zeit von August 2014 (Beginn der Anstellung im Restaurant H.) und September 2020 (Eintritt der Arbeitsunfähigkeit) zu 50 % gearbeitet hat, obwohl ihm für die ganze Zeit aus gesundheitlicher Sicht ein volles Erwerbsspensum zumutbar gewesen wäre, wobei aber eben noch anzumerken ist, dass der Beschwerdeführer laut IK-Auszug bis Juli 2016 Arbeitslosenentschädigung bezogen hatte (vgl. act. 7.2/8). Zwischen dem Zeitpunkt des Auslaufens der Taggelder bis zum Eintritt der Arbeitsunfähigkeit liegen aber immer noch mehr als vier Jahre. In Bezug auf diese Zeitspanne wäre jedenfalls zu erwarten gewesen, dass der Versicherte – wenn er denn wirklich (wieder) Vollzeit arbeiten wollte – in Ergänzung zu seiner Tätigkeit beim Restaurant H. eine beliebige zusätzliche Hilfsarbeit im Umfang von 50 % gesucht hätte, wobei ihm hierzu der gesamte Arbeitsmarkt offen gestanden hätte (vgl. dazu Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 587/04 vom 27. April 2005 E. 3.1). Solche Anstrengungen sind nicht dokumentiert und in den beschwerdeführerischen Rechtsschriften

auch nicht konkret geltend gemacht. Aus dem Lebenslauf des Versicherten ergibt sich vielmehr, dass der Versicherte die erwähnte dreimonatige Arbeit als Kellner beim Restaurant I. nicht zusätzlich, sondern anstelle der Tätigkeit für das Restaurant H. ausgeübt hat (vgl. act. 3/1). Anschliessend kehrte er zum Restaurant H. zurück. Dieses Vorgehen des Versicherten steht im Widerspruch zu einer vorgeblichen Vollzeitätigkeit im Gesundheitsfalle. Davon abgesehen wird vom Versicherten auch nicht ausgeführt, dass es für ihn nach Auslaufen der Arbeitslosenentschädigung nicht möglich gewesen sei, mit dem 50%-Pensum beim Restaurant H. seinen Lebensunterhalt zu finanzieren. Beziehungsweise deckt sich dies mit den Akten, aus welchen namentlich nicht hervorgeht, dass der Versicherte sich damals verschulden musste oder Sozialhilfe bezog. Umgekehrt scheint der Versicherte aber doch einige Anstrengungen unternommen zu haben, um seine Bewerbungschancen im Gastgewerbe zu verbessern, wie die diversen vorgelegten Weiterbildungsnachweise belegen. Nachdem der Versicherte bereits einen Job im Service hatte, sind die Weiterbildungen doch ein Indiz dafür, dass er sein Pensum steigern wollte. Seite 11 Gesamthaft ist hier letztlich offenzulassen, ob beim Beschwerdeführer ein Voll- oder Teilzeiterwerbspensum vorliegt. Dies ist deshalb möglich, weil selbst bei der Annahme eines Vollzeitpensums im Gesundheitsfall kein rentenbegründender IV-Grad resultieren würde, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen. f) Geht man zugunsten des Versicherten von einer Vollerwerbstätigkeit im Gesundheitsfall aus, gilt es in Bezug auf die konkrete Berechnung des Valideneinkommens noch zu beachten, dass das vom Beschwerdeführer beim Restaurant H. im Rahmen eines 50%- Pensums erzielte Einkommen von Fr. 26'327.-- nicht einfach verdoppelt werden kann. Hierdurch würde ein hypothetisches 100%-Pensum beim Restaurant H. suggeriert. Dabei war eine Aufstockung des Pensums des Versicherten bei diesem Arbeitgeber offenbar ja aber gerade nie ein Thema. Dementsprechend sind die "restlichen" 50 % gestützt auf die standardisierten Durchschnittswerte der schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) festzulegen (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 587/04 vom 27. April 2005 E. 3.1). Auszugehen ist von den LSE 2020, Tabelle TA1\_tirage\_skill\_level, Kompetenzniveau 1, Total, Männer. Der betreffende Wert beträgt Fr. 5'261.--. Unter Berücksichtigung der betriebsüblichen Wochenarbeitszeit im Jahr 2020 von 41.7 Stunden resultiert ein jährliches Einkommen von Fr. 65'815.-- (Fr. 5'261.-- x 12 x : 40 x 41.7). Reduziert um 50 % ergibt sich eine Summe von Fr. 32'908.--. Damit beträgt das Valideneinkommen total Fr. 59'235.-- (Fr. 26'327.-- + Fr. 32'908.--).

#### **E. 4.3**

a) Für die Festsetzung des Invalideneinkommens ist nach der Rechtsprechung primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht. Übt sie nach Eintritt der Invalidität eine Erwerbstätigkeit aus, bei der – kumulativ – besonders stabile Arbeitsverhältnisse gegeben sind und anzunehmen ist, dass sie die ihr verbleibende Arbeitsfähigkeit in zumutbarer Weise voll ausschöpft, und erscheint zudem das Einkommen aus der Arbeitsleistung als angemessen und nicht als Soziallohn, gilt grundsätzlich der tatsächlich erzielte Verdienst als Invalidenlohn. Ist kein solches tatsächlich erzieltes Erwerbseinkommen gegeben, namentlich weil die versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder jedenfalls keine ihr an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, so können nach der Rechtsprechung entweder die LSE-Tabellen oder die DAP-Zahlen herangezogen werden (BGE 126 V 76 E. 3b mit Hinweisen; RKUV 1999 Nr. U 343 S. 412 f. E. 4b/aa). b) Die IV-Stelle stellte bei der Bemessung des Invalidenlohnes auf einen Betrag von Fr. 39'000.-- ab. Sie erwog

namentlich, der Versicherte arbeite weiterhin in einem 60%- Seite 12  
<https://entscheide.weblaw.ch/cache.php?link=BGE-126-V-75> Pensum und sei gemäss den  
ausgestellten Arbeitsunfähigkeitszeugnissen zu 40 % krankgeschrieben. Der  
Beschwerdeführer rügt das Vorgehen der Vorinstanz insoweit, als nach seiner Auffassung  
das 60%-Pensum über seinem medizinisch-theoretischen Erwerbspotential liege; im Sinne  
der Angaben der E. AG dürfe bei der Bestimmung des Invalideneinkommens höchstens  
eine Restarbeitsfähigkeit von 30 % angenommen werden. Mit einem Pensum von 30 % sei  
nur ein Jahreseinkommen von Fr. 19'500.-- erzielbar. c) Der Vorinstanz ist beizupflichten,  
dass als Grundlage für die Berechnung des Invalideneinkommens zwingend das 60  
%-Pensum herangezogen werden muss, welches der Versicherte bei der D. offenbar nach  
wie vor ausübt. Art. 7 ATSG definiert Erwerbsunfähigkeit als den durch Beeinträchtigung  
der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachten und nach zumutbarer  
Behandlung und Eingliederung verbleibenden ganzen oder teilweisen Verlust der  
Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt. Die  
Rente der Invalidenversicherung ist grundsätzlich eine  
Erwerbsausfall-Versicherungsleistung. Versichert ist nicht der Gesundheitsschaden an sich,  
sondern der durch den Gesundheitsschaden verursachte Verlust der Erwerbsmöglichkeit  
(BGE 135 V 58 E. 3.4.1; Urteil des Bundesgerichts 9C\_10/2012 vom 23. Mai 2012 E. 3.1).  
Das Bundesgericht hat bezüglich der Invaliditätsbemessung insbesondere folgendes  
präzisiert: "Die Erwerbsinvalidität hängt nicht von der Einbusse des mutmasslichen  
Potenzials bzw. des funktionellen Leistungsvermögens als solchem ab, sondern von der  
effektiven, gesundheitlich bedingten Einbusse im Erwerbseinkommen" (BGE 135 V 58 E.  
3.4.1-3.4.5). Geht man vorliegend im Sinne der Auffassung des Beschwerdeführers von  
einer verbleibenden Arbeitsfähigkeit von 30 % aus, so besteht zwar ein "Verlust des  
funktionellen Leistungsvermögens" von 70 %, wohingegen der Einkommensverlust nur 40  
% beträgt. Es stünde im Widerspruch zum Wesen der Invalidenversicherung als reine  
Erwerbsausfall-Versicherung, wenn nicht das vom Versicherten nach Eintritt der Invalidität  
tatsächlich noch erzielte Einkommen als Grundlage für die Bestimmung des IV-Grads  
herangezogen würde. Zutreffend verweist die IV-Stelle den Versicherten auf den Weg einer  
Neuanmeldung, für den Fall, dass es seine Gesundheit künft- igt nicht mehr zulassen sollte,  
dass er ein rentenausschliessendes Einkommen generiert. Gesamthaft hat die IV-Stelle das  
Invalideneinkommen jedenfalls zutreffend auf Fr. 39'000.-- festgelegt. d) Bei  
Gegenüberstellung des (zugunsten des Versicherten hochgerechneten) Valideneinkommens  
von Fr. 59'235.-- und des Invalideneinkommens von Fr. 39'000.-- resultiert eine  
Erwerbseinbusse von Fr. 20'235.-- bzw. ein IV-Grad von rund 34 % ([Fr. 20'235.-- / Fr.  
59'235.-- x 100), womit der massgebende Mindestprozentsatz für eine IV- Rente (40 %)   
nicht erreicht wird. Soweit in der angefochtenen Verfügung ein Rentenanspruch Seite 13  
des Versicherten verneint wurde, war dies demnach korrekt. Demzufolge ist hier auf  
Abweisung der Beschwerde zu entscheiden.

## **E. 5**

5.1 Nach Art. 69 Abs. 1bis IVG sind Beschwerdeverfahren um die Bewilligung oder  
Verweigerung von Leistungen der Invalidenversicherung kostenpflichtig. Dem  
Beschwerdeführer sind daher ausgangsgemäss die Kosten des Verfahrens in Höhe von Fr.  
800.-- aufzuerlegen. Diese werden im Rahmen der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege  
der Staatskasse belastet, unter Vorbehalt der Rückerstattungspflicht nach Art. 25 Abs. 3  
VRPG.

## E. 5.2

a) Der obsiegenden IV-Stelle wird keine Parteientschädigung ausgerichtet (BGE 126 V 143 E. 4; UELI KIESER, Kommentar ATSG, 4. Aufl. 2020, N. 218 f. zu Art. 61 ATSG; SUSANNE BOLLINGER, in: Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, 2020, N. 77 zu Art. 61 ATSG). b) Da dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtsverteidigung durch Rechtsanwältin AA. bewilligt wurde, ist dieser zulasten der Staatskasse eine Entschädigung auszurichten. Im Verfahren vor Obergericht in Sozialversicherungssachen wird die Entschädigung pauschal bemessen (Art. 13 Abs. 1 lit. c Anwaltstarif [AT], bGS 145.53). Das Honorar des unentgeltlichen Rechtsvertreters richtet sich zwar grundsätzlich nach dem notwendigen Zeitaufwand, darf aber nicht höher sein als das pauschal zu bemessende Honorar (Art. 23 Abs. 1 und 24 Abs. 2 AT). Vorliegend hat man es mit einem durchschnittlich leichten Fall zu tun. In diesem Sinne ist das Honorar von RA AA. als Grundlage der Parteientschädigung auf Fr. 2'500.-- festzulegen. Hinzu kommt eine Entschädigung für die Barauslagen von praxisgemäss pauschal 4 % (Art. 23 Abs. 2 AT), wodurch sich der genannte Betrag auf Fr. 2'600.-- erhöht. Ebenfalls zu berücksichtigen ist die Mehrwertsteuer. Dabei gilt es zu beachten, dass sich per 1. Januar 2024 eine Erhöhung des Mehrwertsteuersatzes von 7.7 % auf 8.1 % ergeben hat. In Bezug auf anwaltlichen Aufwand, der bis zum 31. Dezember 2023 angefallen ist, gelangt der alte Mehrwertsteuersatz zur Anwendung, während für nach dem 1. Januar 2024 vorgenommene Aufwendungen der neue Satz gilt. Bezugsnehmend auf die beschwerdeführerischen Rechtsschriften kann festgestellt werden, dass die Beschwerde vom 1. Mai 2023 12 Seiten umfasst, die (sehr knapp gehaltene) Replik vom 14. Juni 2023 1 Seite, und die Stellungnahme vom 15. Januar 2024 8 Seiten. Insgesamt ist so davon auszugehen, dass 60 % der anwaltlichen Aufwendungen vor dem 1. Januar 2024 erfolgt sind, und 40 % danach. In diesem Sinne sind 60 % der Fr. 2'600.--, entsprechend einem Betrag von Fr. 1'560.--, nach dem Satz von 7.7 % zu vergüten, was eine Entschädigung von Seite 14 Fr. 1'680.10 ergibt. Auf die restlichen Fr. 1'040.-- ist der Satz von 8.1 % anwendbar; diesbezüglich ergibt sich eine Entschädigung von Fr. 1'124.25. Zusammenaddiert ergeben die beiden separat ermittelten Entschädigungen eine Summe von Fr. 2'804.35. In der Höhe dieses Betrages ist die unentgeltliche Rechtsvertreterin im vorliegenden Beschwerdeverfahren aus der Staatskasse zu entschädigen. Die Zahlung erfolgt unter ausdrücklichem Vorbehalt der Rückforderung beim Beschwerdeführer für den Fall günstiger wirtschaftlicher Verhältnisse. Seite 15 Das Obergericht erkennt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.