

SG_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2008/206 vom 28. Oktober 2008

Sg Versicherungsgericht, 2008-10-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_IV_2008_206

FR: SG_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2008/206 du 28 octobre 2008

IT: SG_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2008/206 del 28 ottobre 2008

Regeste

Art. 22 Abs. 1 IVG, Art. 17bis IVV, Art. 21septies Abs. 1 IVV. Durchgehendes Taggeld bei voller Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf. In einer adaptierten Tätigkeit besteht volle Arbeitsfähigkeit. Die Umschulung nimmt zwei Tage wöchentlich, also ein Pensum von 40% in Anspruch. Die Beschwerdeführerin ist im Rahmen der Schadenminderungspflicht gehalten, ihre Arbeitsfähigkeit zu verwerten. Tut sie dies aus von ihr zu vertretenden Gründen nicht, ist das Taggeld um ein hypothetisches Einkommen zu kürzen. Bei der vorzunehmenden Einzelfallbeurteilung ist nicht auf den hypothetischen ausgeglichenen, sondern auf den konkreten Arbeitsmarkt abzustellen. Gelingt der versicherten Person der Nachweis, dass sie sich intensiv und ernsthaft, aber erfolglos um eine Teilzeitarbeit bemüht hat, ist auf die Kürzung des Taggelds zu verzichten (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 28. Oktober 2008, IV 2008/206).

Erwägungen

E. 1

1.1 Nach Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) hat die versicherte Person während der Eingliederung Anspruch auf ein Taggeld, wenn sie an wenigstens drei aufeinander folgenden Tagen wegen der Eingliederung verhindert ist, einer Arbeit nachzugehen oder in ihrer gewohnten Tätigkeit mindestens zu 50% arbeitsunfähig ist. Der Anspruch besteht diesfalls gemäss Art. 17 bis der Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV; SR 831.201) für die Eingliederungstage und die dazwischen liegenden Tage, also durchgehend. Bei Erwerbstätigen beträgt die Grundentschädigung 80% des Erwerbseinkommens, das zuletzt ohne gesundheitliche Einschränkung erzielt wurde (Art. 23 Abs. 1 IVG). Für das massgebende Erwerbseinkommen bildet das durchschnittliche Einkommen, von dem Beiträge nach dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) erhoben werden, die Grundlage (Art. 23 Abs. 3 IVG). Zur Berechnung des Taggelds von Versicherten, die in einem auf Dauer angelegten Arbeitsverhältnis stehen und deren Einkommen keinen starken Schwankungen ausgesetzt ist, legt Art. 21 bis Abs. 3 lit. a IVV fest, dass der letzte ohne gesundheitlichen Einschränkung erzielte Monatslohn mit zwölf zu vervielfachen und ein allfälliger 13. Monatslohn hinzuzurechnen ist. Der so ermittelte Jahresverdienst ist durch 365 zu teilen. Hat die versicherte Person kein regelmässiges Einkommen im Sinn von Art. 21 bis IVV, so wird gemäss Art. 21 ter IVV auf das während der letzten drei Monate ohne gesundheitliche Einschränkung erzielte und auf den Tag umgerechnete Einkommen abgestellt. 1.2 Die Beschwerdeführerin ist nach Einschätzung von Prof. Dr. A. ___ vom 25. Oktober 2007 in ihrer angestammten Tätigkeit als Bäckerin-Konditorin nicht mehr arbeitsfähig, da diese Tätigkeit praktisch

ausschliesslich im Gehen/Stehen auszuüben sei (act. G 4.1.16/6). Diese Einschätzung ist plausibel. Die letzte Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin hatte im Fragebogen vom 15. Oktober 2007 angegeben, die Beschwerdeführerin habe bei der Arbeit nur selten sitzen können (1-5% oder bis ca. ½ Stunde täglich; act. G 4.1.10-9). Da die Beschwerdeführerin seit der Operation vom Januar 2007 unter persistierenden Fussbeschwerden links leidet, kann sie in ihrer angestammten Tätigkeit somit nachvollziehbar nicht mehr als arbeitsfähig betrachtet werden. Sie hat somit grundsätzlich Anspruch auf ein durchgehendes Taggeld.

1.3 Die Beschwerdeführerin wurde in ihrer angestammten Tätigkeit als Bäckerin-Konditorin im Monatslohn entlohnt. Dieser schwankte aufgrund von Schichtzulagen nur leicht, sodass gemäss Art. 21 bis IVV vom zuletzt vor Eintritt der gesundheitlichen Beeinträchtigung erzielten Monatslohn auszugehen ist (vgl. auch Rz. 3016 und 3034 des vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Kreisschreibens über die Taggelder der Invalidenversicherung [KSTI]). Vor der Operation im Januar 2007 war die Beschwerdeführerin in ihrer angestammten Tätigkeit nicht eingeschränkt. Im Dezember 2006 erzielte sie einen ordentlichen Monatslohn von Fr. 4'300.05 brutto. Multipliziert mit 12 und zuzüglich 13. Monatslohn von Fr. 4'000.- (vgl. act. G 4.1.10-6) ergibt sich ein Jahreseinkommen von Fr. 55'600.60, bzw. ein massgebendes Tageseinkommen von Fr. 152.30. Die Grundentschädigung beläuft sich demnach auf Fr. 121.80 (Fr. 152.30 * 0.8).

E. 2

2.1 Gemäss Art. 21 septies Abs. 1 IVV wird bei versicherten Personen, die während der Eingliederung eine Erwerbstätigkeit ausüben, das Taggeld soweit gekürzt, als es zusammen mit dem aus dieser Tätigkeit erzielten Einkommen das massgebende Erwerbseinkommen übersteigt. Übt eine versicherte Person die ihr vom Arzt für die Zeit der Eingliederung als zumutbar erklärte Teilerwerbstätigkeit nicht aus, so ist gemäss Rz. 3075 KSTI der Lohn, den sie erzielen könnte, für die Kürzung des Taggelds massgebend. Keine Kürzung erfolgt indessen, wenn die zumutbare Erwerbstätigkeit unter 25% liegt. Das Bundesgericht erklärt diese Verwaltungspraxis in ständiger Rechtsprechung für zulässig. Es begründet dies mit dem Rechtsgleichheitsgebot. Mit Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV; SR 101) sei es schlechterdings nicht vereinbar, den teilweise arbeitsunfähigen Versicherten, der in Erfüllung der generell in der Sozialversicherung geltenden Schadenminderungspflicht während der Umschulung oder Wartezeit eine Erwerbstätigkeit ausübe, schlechter zu stellen, als den im gleichen Ausmass Arbeitsunfähigen, der im selben Zeitraum keiner ihm an sich zumutbaren Arbeit nachgehe (SVR 2001 IV Nr. 28, Erw. 2b; I 806/02 vom 11. August 2003, Erw. 3.2). Im Entscheid I 137/05 vom 26. Oktober 2005 präziserte das Bundesgericht, eine Anrechnung von hypothetischem Erwerbseinkommen sei allerdings folgerichtig nur zulässig, wenn und soweit eine Verletzung der generellen Schadenminderungspflicht vorliege. Dabei seien alle objektiven und subjektiven Umstände miteinzubeziehen, die die Realisierung eines Einkommens verhindern oder erschweren würden. Die Anrechenbarkeit bestimme sich unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit aufgrund der konkreten Gegebenheiten, beispielsweise der Lage am Arbeitsmarkt oder allgemein der schwierigen Vermittelbarkeit. Erziele eine versicherte Person aus Gründen, die nicht von ihr zu vertreten seien, kein Einkommen, so sei von der Aufrechnung des hypothetischen Verdienstes abzusehen (Erw. 2.2; vgl. auch SVR 2002 IV Nr. 36, Erw. 3).

2.2 Die Beschwerdeführerin absolviert eine berufsbegleitende Umschulung zur Kauffrau. In einer adaptierten Tätigkeit ist sie nach Lage der Akten nicht eingeschränkt. Sie leidet ausschliesslich an Beschwerden am linken Fuss. Gegenüber Prof. Dr. A.____ sagte sie anlässlich einer Verlaufskontrolle vom 23. Oktober 2007 aus, sie arbeite zum Teil in der

Fertigung, zum Teil in administrativen Funktionen im Betrieb ihres Vaters. In den zwei der Kontrolle vorangegangenen Wochen habe sie zu 100% gearbeitet, dabei aber noch etwas Beschwerden im operierten Fuss verspürt. Eine volle, d.h. 100%-ige Tätigkeit sei möglich in einer Wechseltätigkeit von 50% sitzend und 50% gehend/stehend. In seiner Beurteilung vom 25. Oktober 2007 hielt Prof. Dr. A. ___ fest, zurzeit seien keine Therapiemassnahmen nötig. Eine Wechseltätigkeit gehend/stehend 50% und sitzend ebenfalls 50% sei möglich. In einer vorwiegend sitzenden Tätigkeit, wozu die Beschwerdeführerin umgeschult werden solle, sei ihr eine uneingeschränkte Berufstätigkeit zumutbar. Eine verminderte Leistungsfähigkeit bestehe nicht (act. G 4.1.16-5 f.). Diese Stellungnahme ist eindeutig und überzeugend. Aus den Akten wird nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin in einer vorwiegend sitzenden Tätigkeit eingeschränkt sein sollte. Eine aus gesundheitlichen Gründen eingeschränkte Leistungsfähigkeit verneint Prof. Dr. A. ___ klar; die gegenteiligen Andeutungen des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin sind somit nicht zielführend. Es ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin in einer adaptierten Tätigkeit, die sie mindestens zu 50% sitzend ausführen kann, nicht in der Arbeitsfähigkeit eingeschränkt ist. Entgegen der Auffassung des Rechtsvertreters bescheinigte Prof. Dr. Zollinger auf der Krankenkarte der Mobilair seit einer Untersuchung am 25. Februar 2008 keine Arbeitsunfähigkeit mehr (act. G 7.1.2).

2.3 Die Beschwerdeführerin ist gelernte Bäckerin-Konditorin. Im Rahmen ihrer Schadenminderungspflicht ist ihr die Aufnahme einer berufsfremden Tätigkeit ohne weiteres zumutbar. Es wäre nicht gerechtfertigt, diesbezüglich weniger strenge Regeln anzuwenden als etwa in der Arbeitslosenversicherung. Dort wird vom Grundsatz ausgegangen, dass vor dem Hintergrund der Schadenminderungspflicht jede Arbeit zumutbar ist, insbesondere auch eine ausserberufliche (vgl. Art. 16 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung [AVIG; SR 837.0]). Unzumutbarkeit wird nur in engem Rahmen anerkannt (vgl. den abschliessenden Katalog in Art. 16 Abs. 2 AVIG; näheres dazu etwa bei Nussbaumer Thomas, Arbeitslosenversicherung, in: SBVR XIV-Meyer, Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel 2007, S. 2267 ff.). Die Beschwerdegegnerin ist mit der Umschulung inklusive Hausaufgaben und Lernen unbestrittenermassen an zwei Tagen wöchentlich beschäftigt, was einem Pensum von 40% entspricht. Im verbleibenden Pensum von 60% ist ihr die Aufnahme einer ausserberuflichen Teilzeittätigkeit grundsätzlich zumutbar, zumal sie in einer adaptierten Tätigkeit mit der Möglichkeit, die Arbeit mindestens in hälftigem Ausmass sitzend zu erledigen, nicht in ihrer Arbeitsfähigkeit eingeschränkt ist.

E. 3

Für die Kürzung in der Taggeldbemessung ist in erster Linie das effektiv erzielte Einkommen massgebend. Im Oktober 2007 berichtete Prof. Dr. A. ___ von einer Erwerbstätigkeit der Versicherten in der Unternehmung ihres Vaters, die sie mindestens für zwei Wochen voll ausgeführt hatte. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin versäumte es darzulegen, in welchem Ausmass diese Tätigkeit ausgeführt wird. Er wies jedoch darauf hin, diese Arbeit im väterlichen Betrieb habe sozialen Charakter und sei weniger anforderungsreich als der freie Arbeitsmarkt (act. G 7, S. 3, Ziff. 9). Diese Behauptung ist nicht belegt. Die Beschwerdegegnerin hat abzuklären, ob und in welchem Umfang die Beschwerdeführerin im Betrieb ihres Vaters tätig ist und ob sie mit dieser Tätigkeit die ihr zumutbare Arbeitsfähigkeit voll ausschöpft und damit ihrer Schadenminderungspflicht nachkommt. Es ist zu prüfen, ob der Lohn, den die Beschwerdeführerin bei ihrem Vater allenfalls erzielt, eine Soziallohnkomponente aufweist. Praxisgemäss sind an den Nachweis

von Soziallohn jedoch strenge Anforderungen zu stellen, da vom Grundsatz ausgegangen werden muss, dass ausbezahlte Löhne normalerweise das Äquivalent einer entsprechenden Arbeitsleistung sind (vgl. etwa den Entscheid 9C_26/2008 vom 26. Mai 2008, Erw. 5.1). Grundsätzlich ist auch zu evaluieren, welchen Tätigkeiten die Beschwerdeführerin im Betrieb ihres Vaters konkret nachgeht. Sind diese weitgehend im kaufmännischen Bereich angesiedelt und damit besonders gut auf ihre berufsbegleitende Ausbildung zur Kauffrau abgestimmt, so ist denkbar, dass eine solche Gesamtlösung auch dann als sinnvoll erscheint, wenn allenfalls kein einer ausgebildeten Bürofachkraft gebührender, sondern eher ein Praktikantenlohn erzielt wird. Diesfalls wäre die Kürzung lediglich um den – unter den Tabellenlöhnen liegenden – Praktikantenlohn möglicherweise gerechtfertigt.

E. 4

4.1 Sollten die Abklärungen ergeben, dass die Beschwerdeführerin im Betrieb ihres Vaters nicht (mehr) tätig ist oder mit dieser Arbeit kaum ein Einkommen erzielt und die Tätigkeit obendrein inhaltlich nicht gut auf ihre Umschulung abgestimmt ist, so ist eine Kürzung mittels Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zu prüfen. Ein solches wäre entgegen der Kürzungsberechnung der Beschwerdegegnerin (vgl. IV-act. 38; 30; 27-2) nicht auf der Grundlage des von der Beschwerdeführerin zuletzt als Bäckerin-Konditorin erzielten Lohns zu bemessen, weil die Beschwerdeführerin ihrer angestammten Tätigkeit gemäss der Einschätzung von Prof. Dr. A. ____ – die übrigens auch der RAD-Arzt Dr. med. Stefan Lendi teilte (act. G 4.1.22) – nicht mehr nachgehen kann. In einer adaptierten Tätigkeit wird die Beschwerdeführerin vor Abschluss ihrer Umschulung kaum in der Lage sein, ein über den Tabellenlöhnen der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung für Frauen in einfachen und repetitiven Tätigkeiten liegendes Einkommen zu erzielen (Anforderungsniveau 4). Im Jahr 2006 belief sich dieses Durchschnittseinkommen bei einer betriebsüblichen wöchentlichen Arbeitszeit von 41.7 Stunden auf Fr. 50'278.- jährlich. Dieses Einkommen wäre an die Nominallohnentwicklung bis 2008 sowie an das zumutbare Pensum von 60% anzupassen.

4.2 Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin weist in der Replik am Rand darauf hin, dass die Beschwerdeführerin "trotz Bemühen" keinen Lohn erziele (act. G 7, S. 3, Ziff. 7). Er legt aber nicht dar, wie diese Bemühungen konkret aussehen. Die Beschwerdegegnerin versäumte es, entsprechendes abzuklären. Auch machte sie die Beschwerdeführerin nicht explizit auf ihre Schadenminderungspflicht aufmerksam. Für die Beantwortung der Frage, ob die Beschwerdeführerin sich ein hypothetisches Einkommen anrechnen lassen muss, wäre nicht auf den hypothetischen ausgeglichenen Arbeitsmarkt abzustellen, sondern massgebend wären, wie oben erläutert, die Verhältnisse im konkreten Einzelfall. Analog der Rechtsprechung zur Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens im Bereich der Ergänzungsleistungen (vgl. m.w.H. SVR 2002 IV Nr. 36, Erw. 3c; vgl. auch den Entscheid EL 2007/15 des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 20. August 2007, Erw. 2c) wäre auch vorliegend von der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens – bzw. von der deswegen erfolgten Kürzung des Taggelds – abzugehen, wenn die Beschwerdeführerin darlegen könnte, dass sie trotz ihres Willens zur Arbeit diese nicht ausüben könnte. Dies wäre insbesondere der Fall, wenn sie sich intensiv und ernsthaft um Arbeit bemühen sollte, diesen Bemühungen aber kein Erfolg beschert wäre. Bevor die Beschwerdegegnerin eine Kürzung mittels Anrechnung eines hypothetischen Einkommens vornehmen könnte, hätte sie ein ordentliches Mahn- und Bedenkzeitverfahren durchzuführen. Sie müsste die Beschwerdeführerin auf ihre Pflicht zur Suche einer geeigneten Arbeit hinweisen und insbesondere die von ihr erwartete Quantität der Stellenbemühungen bekanntgeben. Für den

Fall der Unterlassung einer ernsthaften Arbeitssuche hätte die Beschwerdegegnerin anzudrohen, z.B. ab dem zweiten der Aufforderung folgenden Monat ein hypothetisches Einkommen zu berücksichtigen. 4.3 Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ist denkbar, dass die Beschwerdeführerin in einer Bürotätigkeit als sich in Ausbildung befindende Person nur ein Einkommen in der Höhe eines Lehrlings- oder Praktikantenlohns zu erzielen vermag, eine solche Anstellung jedoch in Bezug auf den angestrebten Eingliederungserfolg als sinnvoller erscheint als eine – allenfalls besser bezahlte – Hilfsarbeit, die mit der kaufmännischen Ausbildung der Beschwerdeführerin keinerlei Zusammenhang hat. Die ihr obliegende Schadenminderungspflicht würde zu weit gehen, wenn verlangt würde, dass sie eine geeignete "Praktikumstätigkeit" zugunsten einer besser entlohnten Hilfsarbeit aufgeben würde. Sollte der Beschwerdeführerin also der Nachweis gelingen, dass sie in einer Tätigkeit zwar nicht die Höhe der Tabellenlöhne (Anforderungsniveau 4) erreichen kann, die Tätigkeit aber sehr gut zu ihrer Ausbildung passt, so hätte die Beschwerdegegnerin gegebenenfalls diesen tieferen Lohn bei der Kürzung zu berücksichtigen.

E. 5

5.1 Die Beschwerde ist unter Aufhebung der angefochtenen Verfügung vom 31. März 2008 teilweise gutzuheissen und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit diese im Sinn der Erwägungen weitere Abklärungen vornehme und anschliessend über die Höhe des Taggelds neu verfüge. Sie hat insbesondere etwa unter Zuhilfenahme eines ihrer Berufsberater die konkrete Situation der Beschwerdeführerin in Bezug auf die ihr zumutbare Restarbeitsfähigkeit von 60% abzuklären. Ist die konkrete Arbeitssituation der Beschwerdeführerin nicht optimal, ist vor der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ein Mahn- und Bedenkzeitverfahren durchzuführen. Gelingt es der Beschwerdeführerin – beispielsweise durch Absagen auf Bewerbungen in ausreichender Zahl – nachzuweisen, dass die konkreten Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt die Ausschöpfung ihrer Arbeitsfähigkeit verunmöglichen, so ist von einer Kürzung des Taggelds abzusehen. 5.2 Das Beschwerdeverfahren ist kostenpflichtig. Die Kosten werden nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von Fr. 200.- bis Fr. 1000.- festgelegt (Art. 69 Abs. 1 bis IVG). Eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.- erscheint als angemessen. Die Rückweisung zur Neubeurteilung gilt praxisgemäss als volles Obsiegen (ZAK 1987 S. 268 Erw. 5a). Somit unterliegt die Beschwerdegegnerin vollumfänglich, sodass ihr als nicht von der Pflicht zur Übernahme amtlicher Kosten befreiter selbstständiger öffentlich-rechtlicher Anstalt die ganze Gerichtsgebühr aufzuerlegen ist. Der Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.- zurückzuerstatten. 5.3 Aufgrund der Rückweisung hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine angemessene Parteientschädigung. Diese ist vom Gericht ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses zu bemessen (Art. 61 lit. g ATSG; vgl. auch Art. 98 ff. VRP/SG, sGS 951.1). Dem gerechtfertigten Aufwand in diesem Fall angemessen ist eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer). 5.4 Bei diesem Verfahrensausgang kann die Frage, ob die Beschwerdegegnerin mit der angefochtenen Verfügung das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt hat, offen gelassen werden. Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG entschieden: 1. Die Beschwerde wird unter Aufhebung der angefochtenen Verfügung vom 31. März 2008 teilweise gutgeheissen und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, damit diese im Sinn der Erwägungen weitere Abklärungen vornehme und über die Höhe des Taggelds anschliessend neu verfüge. 2. Die Beschwerdegegnerin hat die

Gerichtgeb ur in der Höhe von Fr. 600.- zu bezahlen. Der Beschwerdeführerin wird der Kostenvorschuss von Fr. 600.- zurückerstattet. 3. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.- zu bezahlen

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