

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2008/448 vom 24. Juni 2010**

Sg Versicherungsgericht, 2010-06-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_IV\\_2008\\_448](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_IV_2008_448)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2008/448 du 24 juin 2010

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2008/448 del 24 giugno 2010

## **Regeste**

Art. 28 IVG. Einkommensvergleich bei einer zuletzt als selbständigerwerbende Wirtin tätig gewesenen Versicherten, über deren Einzelunternehmung der Konkurs eröffnet wurde (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 24. Juni 2010, IV 2008/448). Aufgehoben durch Urteil des Bundesgerichts 9C\_683/2010.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Am 1. Januar 2008 ist die 5. IV-Revision in Kraft getreten. Die Beschwerdegegnerin hat die angefochtene Verfügung am 15. September 2008, also unter der Geltung des Rechts dieser Revision, erlassen. Zu beurteilen ist der Sachverhalt, wie er sich bis zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Verfügung entwickelt hat. Dieser Sachverhalt reicht in eine Zeit vor Inkrafttreten der 5. IV-Revision zurück. Soll auf bestimmte Sachverhalte nicht neues Recht Anwendung finden, sondern das aufgehobene Recht massgebend bleiben, muss eine geltende Norm die Weiteranwendbarkeit aufgehobenen Rechts für bestimmte Sachverhalte anordnen. Die 5. IV-Revision enthält keine die Rente betreffende übergangsrechtliche Bestimmung. Das Bundesamt für Sozialversicherungen unterstellt aber zu Recht eine ausfüllungsbedürftige Lücke (vgl. das Rundschreiben Nr. 253 vom 12. Dezember 2007). Die Definition der Sachverhalte, auf die noch altes Recht anwendbar sein soll, sollte durch ein materiellrechtliches, unbeeinflussbares Merkmal erfolgen. In Frage kommen der Zeitpunkt der Entstehung des Auszahlungsanspruchs oder der Eintritt des Versicherungsfalls, beide definiert nach dem alten, ausser Kraft getretenen Recht (zum Ganzen im Detail der Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen i/S M. vom 28. Oktober 2009, IV 2009/5). Bezüglich des allfälligen Rentenbeginns sind deshalb vorliegend angesichts der IV-Anmeldung von 2006 und des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit jedenfalls vor 2007 die bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Bestimmungen (im Folgenden angeführt) anzuwenden. Für die Invaliditätsbemessung hat sich indessen keine Änderung der Rechtslage ergeben. 1.2 Mit der angefochtenen Verfügung hat die Beschwerdegegnerin den Rentenanspruch der Beschwerdeführerin abgelehnt. Die Beschwerdeführerin lässt in diesem Verfahren einzig Rentenleistungen beantragen. Streitig ist daher der Rentenanspruch. Ergäbe sich allerdings, dass ohne Eingliederungsmassnahmen ein solcher Anspruch in Frage steht, so gehörte zum Streitgegenstand notwendigerweise auch die Frage, ob die Verwaltung den Grundsatz "Eingliederung vor Rente" beachtet und eine allfällige Pflicht der Beschwerdeführerin zu Massnahmen korrekt in Anspruch genommen habe.

### **E. 2**

2.1 Nach Art. 28 Abs. 1 IVG besteht der Anspruch auf eine ganze Invalidenrente, wenn die versicherte Person mindestens zu 70 %, derjenige auf eine Dreiviertelsrente, wenn sie mindestens zu 60 % invalid ist. Bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 % besteht Anspruch auf eine halbe Rente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40 % Anspruch auf eine Viertelsrente. 2.2 Als selbständigerwerbende Gastwirtin ist die Beschwerdeführerin nicht mehr arbeitsfähig. Ihre Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit ist von Dr. B.\_\_\_\_ einerseits und vom RAD aufgrund seiner bidisziplinären Untersuchung nach Kenntnisnahme von den Akten und Aufnahme der Anamnese und der geklagten Beschwerden andererseits übereinstimmend auf 50 % festgelegt worden. Hierauf kann abgestellt werden.

### **E. 3**

3.1 Für die Vornahme des Einkommensvergleichs ist grundsätzlich auf die Gegebenheiten im Zeitpunkt des allfälligen Rentenbeginns abzustellen (BGE 129 V 222). 3.2 Rechtsprechungsgemäss ist bei der Ermittlung des Valideneinkommens 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 (Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts i/S S. vom 16. Mai 2001, I 42/01, mit Hinweisen etwa auf RKUV 1993 Nr. U 168 S. 100 E. 3b, ZAK 1980 S. 593). Diese Praxis ist unter dem Aspekt des Beweises des massgeblichen Valideneinkommens zweckmässig, weil es gemäss der Rechtsprechung empirischer Feststellung entspricht, dass die bisherige Tätigkeit im Gesundheitsfall in der Regel weitergeführt worden wäre (Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts i/S S. vom 29. August 2002, I 97/2000). 3.3 Gemäss dem IK-Auszug (und eigenen Angaben) war die Beschwerdeführerin zunächst von Januar 1981 bis Mitte 1982 bei drei Restaurationsbetrieben angestellt, danach bis Mitte 1984 in einem Altersheim, dann bis Januar 1987 in einer chemischen Reinigung. Es folgten von 1987 bis 1990 eine Tätigkeit in einer Spedition, in einem Restaurant, als Vorarbeiterin in einer Fabrik, und Anstellungen in zwei weiteren Betrieben. Von 1990 bis 1992 war die Beschwerdeführerin in einem Betrieb für Gewürze und Heilkräuter tätig, dann bis 1993 in zwei weiteren Unternehmungen. Von Mitte 1993 bis Mitte 1996 war sie wiederum in einem Restaurant angestellt, bevor sie arbeitslos wurde. Mitte 1997 nahm sie eine selbständigerwerbende Tätigkeit auf. Daneben war sie aber noch seit 1995 (auch noch 2004) in einem Technik-Unternehmen tätig. Mit Ausnahme der Jahre 1996, 1997 und 1998, in denen auch Arbeitslosenentschädigung ausgerichtet wurde, erzielte die Beschwerdeführerin stets Einkommen von weniger als Fr. 33'000.--. Die abgerechneten Einkommen aus der selbständigen Erwerbstätigkeit lagen im Jahr 1998 bei Fr. 17'500.--, 1999 bei Fr. 17'200.--, 2000 bei rund Fr. 20'000.--, 2001 bei Fr. 24'500.--, 2002 bei Fr. 26'200.-- und 2003 bei rund Fr. 26'100.--. Nach der Aktenlage ist das Rückenleiden der Beschwerdeführerin im Jahr 2002 aufgetreten. Im Juli 2002 fand eine radiologische Abklärung statt. Einem Bericht der Klinik für Orthopädische Chirurgie vom 30. Januar 2003 (act. 24-3/11) war zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin seit Weihnachten 2002 nicht mehr gearbeitet habe. Die Klinik für Orthopädische Chirurgie hatte am 6. Juni 2003 erklärt, die Versicherte sei nach wie vor zu 100 % arbeitsunfähig. Im Januar 2004 wurde über ihr Einzelunternehmen der Konkurs eröffnet. 3.4 Ob und gegebenenfalls inwiefern die gesundheitliche Beeinträchtigung der Beschwerdeführerin sich auf den Geschäftsgang ihres zuletzt selbständig geführten Betriebs auswirkte, kann

dahingestellt bleiben. Da über das Unternehmen der Konkurs eröffnet werden musste, kann vorliegend jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, die Beschwerdeführerin wäre im hier massgeblichen Zeitraum ohne Gesundheitsschaden (immer noch) selbständigerwerbend tätig. Die mit der selbständigen Tätigkeit erzielten schmalen Einkommen sind daher keinesfalls von Bedeutung. Mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ist anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin, wie sie geltend macht, sich wieder hätte anstellen lassen.

3.5 Angesichts der verschiedenen Tätigkeiten, welche sie insgesamt ausgeübt hatte, rechtfertigt es sich, ihr Valideneinkommen anhand der Tabellenlöhne des ganzen privaten Sektors zu bestimmen. Im Jahr 2004 machte das durchschnittliche Einkommen von Frauen (statistisches Mittel, Zentralwert; vgl. AHI 1999 S. 50) Fr. 46'716.-- (12mal Fr. 3'893.--) aus, korrigiert um die betriebsübliche durchschnittliche Arbeitszeit von damals 41.6 Stunden pro Woche (vgl. T2.5.2; statt 40 Stunden, wie sie der Tabellengruppe A generell zugrunde liegt) bei 100 % Beschäftigung Fr. 48'585.-- (gemäss Anhang 2 der Textausgabe IV, Gesetze und Verordnungen). Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, sie wäre im Gastronomiebereich geblieben, was nicht unwahrscheinlich erscheint. Diesfalls könnte sie auf eine mehrjährige Erfahrung zurückgreifen, in welcher sie sich Berufs- und Fachkenntnisse angeeignet haben wird. Es schiene den Verhältnissen angemessen, für diesen Fall grundsätzlich mit einer Anstellung im Niveau 3 zu rechnen, während eine Qualifikation des Niveaus 1 und 2 (Verrichtung selbständiger und qualifizierter bzw. höchst anspruchsvoller und schwierigster Arbeiten) nicht ausgewiesen ist. Im Gastgewerbe erzielten Frauen im Jahr 2004 im Niveau 3 durchschnittlich ein Jahreseinkommen von Fr. 48'575.-- (12x Fr. 3'846.-- x 42.1/40), was ungefähr dem oben erwähnten allgemeinen Durchschnittseinkommen entspricht.

3.6 Wie aus der Höhe der im IK verzeichneten Arbeitslosenentschädigungen zu schliessen ist, muss auch der konkret versicherte Verdienst der Beschwerdeführerin für die Arbeitslosenversicherung knapp das Niveau dieser erwähnten Durchschnittseinkommen erreicht haben. Das stützt die Annahme, dass ihr Valideneinkommen beim Durchschnitt der Einkommen aller Hilfstätigkeiten anzusetzen ist. Im Jahr 1997 lag der versicherte Verdienst wohl bei rund Fr. 43'100.-- pro Jahr (Fr. 34'486.-- x 1.25). Angepasst um die allgemeine Nominallohnentwicklung bis 2004 (von 104.6 auf 114.1) entspricht das einem Betrag von Fr. 47'014.-- pro Jahr. Insofern die Beschwerdeführerin früher unter dem Durchschnitt liegende Einkommen erzielt hat, mochte das darauf zurückzuführen gewesen sein, dass sie die Anstellungen oft gewechselt hat. Jedenfalls aber ist nicht davon auszugehen, dass sie sich aus freien Stücken mit einem bescheideneren Einkommen begnügt haben könnte.

3.7 Auf invaliditätsfremde Gesichtspunkte zurückzuführende Lohneinbussen sind nach der Rechtsprechung entweder überhaupt nicht oder aber bei beiden Vergleichseinkommen gleichmässig zu berücksichtigen. Diese Parallelisierung der Einkommen kann praxisgemäss entweder auf Seiten des Valideneinkommens durch eine entsprechende Heraufsetzung des effektiv erzielten Einkommens oder aber auf Seiten des Invalideneinkommens durch eine entsprechende Herabsetzung des statistischen Wertes erfolgen (BGE 135 V 59 E. 3.1; vgl. BGE 134 V 325 f. E. 4.1). Das Valideneinkommen der Beschwerdeführerin kann demnach, wenn als Ausgangspunkt für die Bemessung des Invalideneinkommens der unverminderte Tabellenlohn zu verwenden ist, auf Fr. 48'585.-- festgesetzt werden. Würde andererseits davon ausgegangen, dass ihre Einkommen als Gesunde unterdurchschnittlich waren, wäre auch damit zu rechnen, dass sie nach Eintritt des Gesundheitsschadens auf einem entsprechenden Lohnniveau anzusiedeln wäre und auch als gesundheitlich Beeinträchtigte von vornherein nicht ein durchschnittliches Einkommen erzielen könnte. Denn ohne den

Einsatz von Eingliederungsmassnahmen ist ausgeschlossen, dass die erwerbliche Kapazität als solche (abgesehen von der Arbeitsfähigkeit oder Arbeitsunfähigkeit) nach Eintritt der gesundheitlichen Schädigung höher ist als davor. Wesentlich ist die Ausgleichung; auf welche Weise sie erfolgt, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung indessen nicht entscheidend. Der Invaliditätsgrad ergibt sich unter solchen Verhältnissen, wenn - wie hier (s. unten E. 4.2) - anzunehmen ist, dass die Arbeitsfähigkeit verwertbar ist, aus dem Grad der Arbeitsunfähigkeit unter Berücksichtigung des Abzuges vom Tabellenlohn (Entscheidung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts i/S M. vom 8. Juni 2005, I 552/04 E. 3.4, und i/S Z. vom 19. November 2003, I 479/03 E. 3.1).

#### **E. 4**

4.1 Für die Bestimmung des Invalideneinkommens ist 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 das Einkommen aus der Arbeitsleistung als angemessen und nicht als Soziallohn, gilt grundsätzlich der von ihr tatsächlich erzielte Verdienst als Invalidenlohn. Ist kein solches effektives 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 statistische Werte (Tabellenlöhne) beigezogen werden (BGE 129 V 472 E. 4.2.1, Bundesgerichtsentscheid i/S C. vom 19. Juni 2008, 9C\_81/2008). Die Beschwerdeführerin hat im August 2004 eine Tätigkeit in einem Arbeitsprogramm aufgenommen. Im Jahr 2005 hat sie dabei Fr. 15'977.-- verdient (act. 8-10/29). Das Pensum betrug über das Jahr hinweg rund 50 %. Die Entlohnung entspricht somit bei einem vollen Pensum etwa Fr. 32'000.--. Diese Tätigkeit ist dank grosser möglicher Flexibilität optimal angepasst. Das medizinisch zumutbare Mass an Arbeitsfähigkeit von 50 % wird dabei ungefähr ausgeschöpft. Allerdings handelt es sich um eine Anstellung in einem Arbeitsprogramm. Zur Bestimmung des zumutbaren Invalideneinkommens auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt taugt das auf diese Weise erzielte Einkommen nicht. 4.2 Eine leidensangepasste Tätigkeit unterliegt verschiedenen Voraussetzungen. Im Wesentlichen ist erforderlich, dass es sich um eine körperlich leichte, wechselbelastende Arbeit handelt. Zwangspositionen, Überkopfarbeiten und Exposition gegenüber höheren Konzentrationen von atemwegsreizenden Stäuben, Rauch oder Dämpfen, gegenüber Kälte, Nässe und Zugluft sind zu vermeiden. Ausserdem ist die Möglichkeit zu vermehrten Pausen nötig. Diese Einschränkungen sind nicht so geartet, dass sie einen Einsatz der Beschwerdeführerin auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt als unrealistisch erscheinen lassen müssten. Es kann vielmehr angenommen werden, dass unter dieser hypothetischen Annahme noch ausreichend viele Arbeitsmöglichkeiten für sie in Frage kämen. Von dem Tabellenlohn ist allerdings ein Abzug von 10 % am Platz, weil die zu berücksichtigenden Einschränkungen - abgesehen von der Parallelisierung - eine zusätzliche Lohnreduktion erwarten lassen. Bei der Arbeitsfähigkeit von 50 % stellt sich der Invaliditätsgrad somit auf 55 %. 4.3 Der Beschwerdeführerin steht demnach, da von beruflichen Massnahmen keine rentensenkende Wirkung zu erwarten war, eine halbe Rente zu. Die Beschwerdegegnerin wird Anspruchsbeginn und -höhe festzulegen haben.

#### **E. 5**

Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'433.90 zu bezahlen.

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