

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2013/142 vom 24. April 2014**

Sg Versicherungsgericht, 2014-04-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_IV\\_2013\\_142](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_IV_2013_142)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2013/142 du 24 avril 2014

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2013/142 del 24 aprile 2014

## **Regeste**

Art. 53 Abs. 3, Art. 61 lit. d Satz 2 ATSG. Wiedererwägung pendente lite. Eine für den Verfügungsadressaten/Beschwerdeführer nachteilige Wiedererwägung pendente lite ist entgegen der gängigen Rechtsauffassung nicht nur ein Antrag an das Gericht, sondern eine Verfügung. Art. 22 IVG, Art. 21ter IVV. IV-Taggeld. Erwägungen zur Bemessung der Grundentschädigung bei unregelmässigem Erwerbseinkommen. (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 24. April 2014, IV 2013/142).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Mit der Verfügung vom 28. Februar 2013 hat die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer für die Zeit vom 11. Februar bis 12. Mai 2013 ein Taggeld von Fr. 91.60 (bestehend aus einer Grundentschädigung von Fr. 77.10 und zweimal Kindergeld von Fr. 7.--) zugesprochen. Am 9. April 2013, also nachdem der Beschwerdeführer gegen die Verfügung vom 28. Februar 2013 Beschwerde erhoben hatte, hat sie für dieselbe Periode ein Taggeld von lediglich Fr. 77.60, d.h. nur noch die Grundentschädigung, zugesprochen. Gleichzeitig hat sie das bereits ausbezahlte (Netto-) Kindergeld von insgesamt Fr. 236.25 zurückgefordert. Diese Korrektur und die daraus resultierende Rückforderung beruhen also auf der Verneinung eines Anspruchs auf Kindergeld. Die Beschwerdegegnerin hat dies damit begründet, dass die Mutter der Kinder Kinderzulagen erhalten habe, so dass die Ausrichtung von Kindergeld an den Beschwerdeführer eine koordinationsrechtlich (Art. 22 quinquies Abs. 3 IVV) unzulässige Überentschädigung zur Folge gehabt habe. Das Kindergeld bemisst sich zwar unabhängig vom versicherten Verdienst bzw. von der Höhe der Grundentschädigung. Daraus darf aber nicht der Schluss gezogen werden, die Verfügung vom 28. Februar 2013 habe aus zwei voneinander unabhängigen Entscheiden, nämlich einerseits der Zusprache einer Grundentschädigung von Fr. 77.60 und andererseits der Zusprache von Kindergeld von zweimal Fr. 7.--, bestanden, so dass sich die Beschwerde nur auf den Entscheid betreffend die Grundentschädigung beziehen können, womit der Entscheid betreffend das Kindergeld unangefochten in formelle Rechtskraft erwachsen sei. Die Beschwerdegegnerin scheint diese Schlussfolgerung aber gezogen zu haben, denn sie ist davon ausgegangen, dass die Verfügung vom 9. April 2013 betreffend den Anspruch auf Kindergeld nichts mit dem Beschwerdeverfahren zu tun habe. Der Anspruch auf ein Kindergeld setzt einen Anspruch auf eine Grundentschädigung voraus (Art. 22 Abs. 3 IVG), d.h. beim Kindergeld handelt es sich bei einer systematischen Betrachtung nur um einen Zuschlag zur Grundentschädigung; diese und das Kindergeld sind zusammen das Taggeld. Da das gesamte durch die Verfügung vom 28. Februar 2013 geregelte Rechtsverhältnis, d.h. der gesamte Taggeldanspruch, den Streitgegenstand des

Beschwerdeverfahrens bildet, hat die Beschwerdegegnerin mit der Verfügung vom 9. April 2013 in Anwendung von Art. 53 Abs. 3 ATSG eine sogenannte Wiedererwägung pendente lite vorgenommen. Für diese Wiedererwägung ist - analog zur "regulären" Wiedererwägung gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG - wesensbestimmend, dass die wiedererwogene Verfügung aufgehoben (Dispositivpunkt 1) und durch eine neue Entscheidung in der Sache ersetzt wird (Dispositivpunkt 2). Daraus folgt notwendigerweise, dass die Wiedererwägungsverfügung vom 9. April 2013 und nicht die aufgehobene ursprünglich angefochtene Verfügung vom 28. Februar 2013 den Anfechtungsgegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet. Würde in dieser Situation die Beschwerde zurückgezogen, erwüchse also die pendente lite erlassene Wiedererwägungsverfügung vom 9. April 2013 in formelle Rechtskraft. 1.2 Nach der herrschenden Rechtsauffassung (vgl. etwa U. Kieser, ATSG-Kommentar, 2. A., N. 47 zu Art. 53 ATSG) soll nur jene Wiedererwägung pendente lite eine Verfügung sein, die die Position der Beschwerde führenden Person nicht verschlechtert, die also keine reformatio in peius beinhaltet. Verschlechternde Wiedererwägungen pendente lite soll es gar nicht geben. Wenn der Sozialversicherer trotzdem eine verschlechternde Wiedererwägung pendente lite verfügt, soll diese Verfügung nichtig und nur als Antrag an das Gericht zu behandeln sein. Dem Wortlaut des Art. 53 Abs. 3 ATSG lässt sich diese Rechtsauffassung ganz offensichtlich nicht entnehmen. Wenn eine entsprechende frühere (lückenfüllende) Bundesgerichtspraxis bestanden haben sollte, dann hat der Gesetzgeber sie offenkundig nicht in das positive Recht überführen wollen, denn sonst hätte er den Art. 53 Abs. 3 ATSG entsprechend formuliert. Auch in Art. 61 lit. d Satz 2 ATSG lässt sich keine Grundlage für diese gängige Rechtsauffassung erblicken. Lässt man nämlich die Existenz einer die Lage der Beschwerde führenden Person verschlechternden, pendente lite erlassenen Wiedererwägungsverfügung zu, schliesst das zwar faktisch den Rückzug der Beschwerde als Mittel zur Vermeidung einer drohenden reformatio in peius aus, weil mit dem Beschwerderückzug die unerwünschte nachteilige, pendente lite erlassene Wiedererwägungsverfügung formell rechtskräftig und damit verbindlich würde. Der Rückzug würde also gerade das Gegenteil dessen bewirken, was der Gesetzgeber mit Art. 61 lit. d Satz 2 ATSG angestrebt hat. Bei dieser engen Betrachtungsweise darf man es bei der Interpretation des Art. 53 Abs. 3 ATSG aber nicht bewenden lassen. Art. 61 lit. d Satz 2 ATSG kann nämlich die spätere Anwendung der "regulären" Wiedererwägung gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG nicht verhindern. Wenn eine Beschwerde bei einer drohenden reformatio in peius zurückgezogen und die angefochtene Verfügung damit formell rechtskräftig wird, kann der Sozialversicherer mittels einer "regulären" Wiedererwägung jenen rechtmässigen Zustand herstellen, den eigentlich das Gericht - in peius reformierend - hätte anordnen müssen, wenn es nicht durch den Beschwerderückzug daran gehindert worden wäre. Diese Vorgehensweise ist rechtmässig, denn die Vermeidung einer reformatio in peius kann kein Selbstzweck sein. Ihr Ergebnis ist nämlich nichts anderes als die Perpetuierung einer rechtswidrigen und rechtsungleichen Behandlung einer versicherten Person. Eine solche Abweichung von den wichtigsten Grundsätzen des öffentlichen Rechts lässt sich nicht allein durch den Umstand, dass der Verfügungsadressat einmal Beschwerde geführt hat, rechtfertigen. Weder der Grundsatz von Treu und Glauben noch ein Vertrauensschutzinteresse vermögen eine rechtswidrige und rechtsungleiche Behandlung des Beschwerde führenden Verfügungsadressaten gegenüber jenen Verfügungsadressaten zu rechtfertigen, die keine Beschwerde gegen eine Verfügung erhoben haben, die "regulär" wiedererwogen wird. Der Zweck des Art. 61 lit. d Satz 2 ATSG ist also an sich schon sehr prekär. Das muss erst recht für die gängige Rechtsauffassung, eine verschlechternde

Wiedererwägung pendente lite sei nichtig und nur ein Antrag an das Gericht, gelten. Deshalb besteht keine Veranlassung, den Abs. 3 des Art. 53 ATSG für verschlechternde Wiedererwägungen pendente lite als gar nicht anwendbar zu erklären und lückenfüllend eine Regelung einzuführen, laut der in dieser Situation eine Wiedererwägungsverfügung pendente lite ausgeschlossen und nur noch ein entsprechender Antrag an das Gericht möglich sein soll. Vielmehr ist Art. 53 Abs. 3 ATSG mit seinem klaren Wortlaut ernst zu nehmen, was bedeutet, dass auch eine für die Beschwerde führende Person nachteilige Wiedererwägungsverfügung pendente lite möglich ist und als Anfechtungsgegenstand des Beschwerdeverfahrens an die Stelle der ursprünglich angefochtenen und nun wiedererwägungsweise aufgehobenen Verfügung tritt. Auch eine nachteilige Wiedererwägungsverfügung pendente lite wird also formell rechtskräftig, wenn die Beschwerde zurückgezogen wird. Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist demnach nur die Verfügung vom 9. April 2013, laut der nur ein Anspruch auf eine Grundentschädigung von Fr. 77.60 besteht. Der Streitgegenstand hat sich dadurch nicht verändert. Er besteht nach wie vor in der Frage nach der Höhe des Taggeldes (und damit u.a. auch in der Frage nach einem allfälligen Anspruch des Beschwerdeführers auf Kindergeld gemäss Art. 22 Abs. 3 IVG). 2. Der Beschwerdeführer hat ab 11. Februar 2013 eine Eingliederungsmassnahme gemäss Art. 8 Abs. 3 lit. a IVG absolviert. Gemäss Art. 22 Abs. 1 IVG hat er deshalb ab dem gleichen Tag einen Anspruch auf ein Taggeld. Dieses Taggeld besteht aus der Grundentschädigung und allenfalls aus einem Kindergeld (Art. 22 Abs. 2 IVG). 2.1 Die Grundentschädigung beträgt 80% des letzten ohne gesundheitliche Einschränkung erzielten Erwerbseinkommens (Art. 23 Abs. 1 IVG). Hat eine versicherte Person vor dem Beginn des Taggeldanspruchs ein regelmässiges Erwerbseinkommen erzielt, ist zur Ermittlung des für die Grundentschädigung massgebenden Einkommens auf dieses abzustellen. Das Erwerbseinkommen ist als regelmässig erzielt zu qualifizieren, wenn das Arbeitsverhältnis auf Dauer angelegt ist und das erzielte Erwerbseinkommen keinen starken Schwankungen ausgesetzt ist (Art. 21 bis Abs. 1 IVV). Auf Dauer angelegt ist ein Arbeitsverhältnis, wenn es unbefristet ist oder für mindestens ein Jahr eingegangen worden ist (Art. 21 bis Abs. 2 IVV). Das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers mit der C.\_\_\_\_ GmbH ist unbefristet und damit auf Dauer angelegt gewesen. Allerdings hat der Beschwerdeführer seine Arbeitsleistung nicht direkt für die C.\_\_\_\_ GmbH erbracht. Vielmehr hat ihn diese an andere Unternehmen ausgeliehen. Damit ist kein stabiles Erwerbseinkommen garantiert gewesen, denn der Arbeitseinsatz des Beschwerdeführers dürfte von der Nachfrage eines Unternehmens nach einem ungelernten Arbeitnehmer und von einem Entscheid der C.\_\_\_\_ GmbH, den Beschwerdeführer und nicht einen anderen Hilfsarbeiter zu schicken, abhängig gewesen sein. Davon dürfte auch die Beschwerdegegnerin ausgegangen sein, denn sie hat gestützt auf Art. 21 ter Abs. 1 IVV auf das Erwerbseinkommen des Beschwerdeführers in den (dem Eintritt der endgültigen Arbeitsunfähigkeit am 6. Dezember 2011 vorangehenden) Monaten September, Oktober und November 2011 abgestellt. Diese Bemessungsmethode kommt gemäss der genannten Verordnungsbestimmung zur Anwendung, wenn eine versicherte Person kein regelmässiges Erwerbseinkommen i.S. von Art. 21 bis IVV erzielt. Die Anwendung des Art. 21 ter Abs. 1 IVV setzt voraus, dass die versicherte Person während der letzten drei Monate keine einkommensrelevante gesundheitliche Einschränkung erlitten hat. Der Beschwerdeführer hat im September 2011 Fr. 3'625.55 und im November 2011 Fr. 4'260.45, im Oktober 2011 aber nur Fr. 913.-- verdient. Die Beschwerdegegnerin hat trotzdem gestützt auf Art. 21 ter Abs. 1 IVV ausgehend vom Lohn dieser drei Monate das für die Grundentschädigung

massgebende Erwerbseinkommen ermittelt. Sie hat dies damit begründet, dass der tiefe Lohn im Oktober 2011 nicht auf eine gesundheitliche Einschränkung zurückzuführen gewesen sei, so dass es sich um ein angemessenes Erwerbseinkommen gemäss Art. 21 ter Abs. 2 IVGV gehandelt habe. Ob die Annahme der Beschwerdegegnerin, der tiefe Lohn im Oktober 2011 sei nicht auf eine gesundheitliche Einschränkung zurückzuführen, richtig ist, kann offen bleiben. Die Beschwerdegegnerin hat nämlich den in Art. 21 ter Abs. 2 IVV verwendeten Begriff des angemessenen Erwerbseinkommens falsch interpretiert und deshalb den im September, Oktober und November 2011 erzielten Lohn zu Unrecht als angemessen qualifiziert. Sinn und Zweck des Taggeldes ist es, der versicherten Person einen angemessenen Teil jenes Einkommens zu gewährleisten, dass diese Person erzielen würde, wenn sie während der Eingliederung ohne jede Einschränkung (weder durch die Gesundheitsbeeinträchtigung noch durch die Eingliederung) ihrem angestammten Beruf nachgehen könnte. Dementsprechend ist das in Art. 21 bis IVV vorausgesetzte auf Dauer angelegte Arbeitsverhältnis mit regelmässigem Erwerbseinkommen der "Idealfall". Hier kann nämlich ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die versicherte Person ohne eine Gesundheitsbeeinträchtigung und ohne die Eingliederungsmassnahme weiterhin dieses regelmässige Erwerbseinkommen erzielt hätte. Das in Art. 21 ter Abs. 1 IVV vorgesehene Abstellen auf das Einkommen der letzten drei Monate ist demnach nur eine Hilfsmethode, mit der versucht wird, einem Sachverhalt gerecht zu werden, der kein solcher "Idealfall" ist. Dasselbe gilt für den Art. 21 ter Abs. 2 IVV, der dann zur Anwendung kommt, wenn Art. 21 ter Abs. 1 IVV seinen Zweck, ein dem "Idealfall" möglichst nahe kommendes Erwerbseinkommen zu liefern, auf Grund einer Sachverhaltsbesonderheit nicht erfüllen kann. Mit beiden Bemessungsmethoden in Art. 21 ter IVV wird also angestrebt, jenes Erwerbseinkommen zu ermitteln, das die versicherte Person im massgebenden Zeitraum erzielt hätte, wenn ihre erwerblichen Verhältnisse und ihr Gesundheitszustand es erlaubt hätten, in einem geeigneten, auf Dauer angelegten Arbeitsverhältnis ein regelmässiges Erwerbseinkommen zu erzielen. Das definiert den in Art. 21 ter Abs. 2 IVV verwendeten Begriff des angemessenen Erwerbseinkommens. Das vom Beschwerdeführer im September, Oktober und November 2013 erzielte Erwerbseinkommen erfüllt diesen Begriff aufgrund des weit unterdurchschnittlichen Lohnes im Oktober 2011 (unabhängig von der Ursache dieser Reduktion) offensichtlich nicht. Deshalb ist in Anwendung von Art. 21 ter Abs. 2 IVV auf das Erwerbseinkommen während einer Periode abzustellen, die auch die vorangehende Beschäftigung bei der D.\_\_\_\_ einbezieht. Das massgebende Erwerbseinkommen ist demnach anhand der von der D.\_\_\_\_ von Januar bis Juni 2011 und der von der C.\_\_\_\_ GmbH von Juli bis und mit November 2011 ausgerichteten Löhne zu ermitteln. Dabei findet das tiefe Einkommen im Oktober 2013 zwar immer noch Berücksichtigung, aber das wird weitgehend kompensiert durch die übrigen zehn Monatslöhne, die weder durch eine gesundheitliche Beeinträchtigung noch durch andere Umstände (wie beispielsweise eine zeitweise fehlende Nachfrage nach Arbeit) beeinflusst sind. Das resultierende, auf ein Jahr umgerechnete Erwerbseinkommen bildet eine angemessene Grundlage für die Bemessung der Grundentschädigung. Die Sache ist deshalb zur entsprechenden Neufestsetzung (und Nachzahlung) der Grundentschädigung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

2.2 Gemäss Art. 23 bis IVG beträgt das Kindergeld Fr. 7.--. Die Beschwerdegegnerin muss also davon ausgegangen sein, dass der Beschwerdeführer zwei Kinder hat, denn sie hat die Grundentschädigung ursprünglich um Fr. 14.-- erhöht. Ausnahmsweise besteht kein Anspruch auf ein Kindergeld, wenn gleichzeitig gesetzliche Kinderzulagen bezogen werden (Art. 22 Abs. 3 Satz 3 IVG). Als

gesetzliche Zulagen gelten gemäss Art. 22 quinquies Abs. 1 IVV u.a. Kinderzulagen gemäss der Bundesgesetzgebung. Dazu gehören nicht nur die Kinderzulagen gemäss dem Bundesgesetz über die Familienzulagen, sondern auch Kinderzulagen, die zu einem Taggeld ausgerichtet werden. Gemäss Art. 22 Abs. 1 AVIG wird auch zum Taggeld der Arbeitslosenversicherung ein Zuschlag gewährt, der eine wegen Arbeitslosigkeit entgehende Kinderzulage entschädigt. Bei diesem Zuschlag handelt es sich um eine Kinderzulage im Sinne des Art. 22 Abs. 3 IVG, denn der Zweck dieser Bestimmung besteht darin, im Rahmen einer intersystemischen Koordination eine unzulässige Überentschädigung zu verhindern, d.h. die Ausrichtung von mehr als einer Zulage pro Kind zu vermeiden. Da beide Elternteile für ein und dasselbe Kind einen Anspruch auf eine Kinderzulage (in welcher Form auch immer) begründen können, müssen sie aus koordinationsrechtlicher Sicht als Einheit betrachtet werden. Eine Kinderzulage der Ehefrau des Beschwerdeführers zu deren Taggeld der Arbeitslosenversicherung muss deshalb als Kinderzulage des Beschwerdeführers betrachtet werden, um die Ausrichtung eines Kindergeldes zu dessen IV-Taggeld und damit eine koordinationsrechtlich unzulässige Überentschädigung zu vermeiden. Die Ehefrau des Beschwerdeführers hat am 26. März 2013 telefonisch bestätigt, dass sie eine Kinderzulage zu ihrem Taggeld der Arbeitslosenversicherung erhalte. Der Sachbearbeiter der zuständigen Ausgleichskasse hat dem einschlägigen Leistungsregister am 29. April 2013 entnommen, dass diese telefonische Auskunft richtig gewesen ist. Der Beschwerdeführer hat sich dazu nicht geäussert und damit implizit bestätigt, dass seine Ehefrau tatsächlich eine Kinderzulage zum Taggeld bezogen hat. Es steht deshalb mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit fest, dass im Februar 2013 eine Kinderzulage der Arbeitslosenversicherung ausgerichtet worden ist. Die Verfügung vom 28. Februar 2013 hat deshalb gegen Art. 22 Abs. 3 Satz 3 IVG verstossen, weshalb sie in Bezug auf die Erhöhung der Grundentschädigung um ein Kindergeld von Fr. 14.-- rechtswidrig gewesen ist. Die Beschwerdegegnerin hat deshalb diese Verfügung pendente lite in Wiedererwägung ziehen, d.h. aufheben und durch eine Verfügung ersetzen dürfen, mit der sie einen Anspruch des Beschwerdeführers auf ein Kindergeld gemäss Art. 22 IVG mit Wirkung ab 11. Februar 2013 verneint hat. Damit hat ein gemäss Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG unrechtmässiger Leistungsbezug vorgelegen, weshalb die Beschwerdegegnerin zu Recht eine entsprechende Rückforderung verfügt hat. Da der Existenzbedarf angesichts des tiefen Betrages der Rückforderung und angesichts des Umstands, dass sowohl der Beschwerdeführer als auch dessen Ehefrau weiterhin ein Taggeld bezogen haben, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gewahrt gewesen ist, erweist sich auch die Verrechnung der Rückforderung mit dem laufend ausbezahlten IV-Taggeld als rechtmässig. Allerdings hat es die Beschwerdegegnerin pflichtwidrig unterlassen, den Beschwerdeführer auf die Möglichkeit eines Erlassgesuchs (Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG) hinzuweisen. Sie wird das nachzuholen haben. 3. Im Sinne der vorstehenden Ausführungen ist die Beschwerde gutzuheissen und die Sache ist zur Ermittlung des Betrages der dem Beschwerdeführer ab dem 11. Februar 2013 zustehenden Grundentschädigung sowie zur Erfüllung der Pflicht, auf die Erlassmöglichkeit aufmerksam zu machen, an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Dieser Verfahrensausgang ist praxisgemäss in Bezug auf die Kosten des Verfahrens als vollumfängliches Unterliegen der Beschwerdegegnerin zu betrachten. Deshalb hat die Beschwerdegegnerin für die Gerichtskosten aufzukommen. Angesichts des klaren Sachverhalts und der eindeutigen Rechtslage ist von einem einfachen Fall gemäss Art. 17 Abs. 2 des st. gallischen Gerichtsgesetzes (GerG, sGS 941.1) auszugehen, der

einzelrichterlich beurteilt werden kann (Art. 19 der Verordnung über die Organisation und den Geschäftsgang des Versicherungsgerichts [OrgV], sGS 941.114). Dem Beurteilungsaufwand im einzelrichterlichen Verfahren entsprechend ist die Gerichtsgebühr praxisgemäss auf Fr. 400.-- festzusetzen. Demgemäss hat der Vizepräsident als Einzelrichter im Verfahren gemäss Art. 19 OrgV entschieden: 1. Die Beschwerde wird dahingehend gutgeheissen, dass die (pendente lite ergangene Wiedererwägungs-) Verfügung vom 9. April 2013 aufgehoben und die Sache zur Weiterführung des Verwaltungsverfahrens im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird. 2. Die Beschwerdegegnerin hat eine Gerichtsgebühr von Fr. 400.-- zu bezahlen.

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