



Fall-Nr.: IV 2007/90
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 22.05.2020
Entscheiddatum: 04.10.2007

Entscheid Versicherungsgericht, 04.10.2007

Art. 57a IVG. Vorbescheid. Die in der Rz 3013.5 KSVI angeordnete Beschränkung des notwendigen Inhalts des Vorbescheides auf die Fragen, welche gemäss Art. 57 Abs. 1 lit. a bis d IVG die Aufgabe der IV-Stelle sind, ist ebenso gesetzwidrig wie der generelle Verzicht auf einen Vorbescheid vor dem Erlass einer Taggeldverfügung. Bestätigung der Rechtsprechung zur Heilung von Gehörsverletzungen für die Fälle unvollständiger oder völlig fehlender Vorbescheide. Art. 22 IVG, Art. 23 IVG, Art. 21 Abs. 1 lit. c IVV, Art. 21 Abs. 3 IVV. Taggeld während der Umschulung, wenn die Erwerbstätigkeit einzig aus gesundheitlichen Gründen aufgegeben worden ist und wenn die zuletzt voll ausgeübte Erwerbstätigkeit mehr als zwei Jahre zurückliegt. (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 4. Oktober 2007, IV 2007/90).

Versicherungsrichterinnen Marie-Theres Rüegg Haltinner (Vorsitz) und Monika Gehrer,
Versicherungsrichter Franz Schlauri; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

Entscheid vom 4. Oktober 2007

in Sachen

K.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Eugen Koller, LL.M., St. Jakob Strasse 37,
9000 St. Gallen,

gegen



St.Galler Gerichte

IV-Stelle des Kantons St. Gallen, Postfach 368, 9016 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Taggeld

Sachverhalt:

A.

K.____ meldete sich am 18. Oktober 2004 zur Umschulung auf eine neue Tätigkeit an. Die psychiatrische Klinik Wil berichtete der IV-Stelle am 29. Dezember 2004, der Versicherte leide an einer emotional instabilen Persönlichkeitsstörung vom Borderline-Typus, an posttraumatischen Belastungsstörungen und an einem Alkoholabhängigkeitssyndrom. Seit 2001 bestehe wahrscheinlich durchgehend eine Arbeitsunfähigkeit im zuletzt ausgeübten Beruf. Seit dem 2. Juni 2003 habe der Versicherte fünf stationäre Aufenthalte auf ihrer Entzugsstation absolviert, letztmals vom 23. März bis 14. Juni 2004. Seither befinde sich der Versicherte in einer stationären Langzeittherapie im A.____. Die Weiterbeschäftigung des Versicherten in seinem erlernten Beruf als Koch wäre wegen des chronischen Alkoholismus sehr ungünstig. Das Rehabilitationszentrum A.____ berichtete am 24. Juni 2005, eine Ausbildung sei zur Zeit illusorisch. Zunächst sollte eine Rente gesprochen werden, die gegebenenfalls später in eine berufliche Massnahme umgewandelt werden könne. Der RAD Ostschweiz empfahl am 15. August 2005 eine MEDAS-Abklärung, bei der u.a. auch allfällige Einschränkungen an einem adaptierten Arbeitsplatz ermittelt werden sollten. Die MEDAS Zentralschweiz berichtete in einem Gutachten vom 24. August 2006, als Koch sei der Versicherte arbeitsunfähig. Ein adaptierter Arbeitsplatz müsste ausserhalb des Gastgewerbes (ausser "Alkoholreichweite") gesucht werden. Am 27. Dezember 2006 fragte die IV-Stelle den RAD Ostschweiz, auf welches Datum der Beginn der Arbeitsunfähigkeit festgelegt werden könne. Der RAD Ostschweiz antwortete am 9. Januar 2007, der Versicherte sei im Jahr 2003 überwiegend zur Entzugsbehandlung in der psychiatrischen Klinik Wil gewesen. Es könne also davon ausgegangen werden, dass der Versicherte ein Jahr vor erfolgter Anmeldung zum



Bezug von Leistungen bereits zu 100% arbeitsunfähig gewesen sei. Am 15. Januar 2007 sprach die IV-Stelle dem Versicherten eine am 22. Januar 2007 beginnende Umschulung zum technischen Kaufmann zu. Gemäss einer internen Notiz vom 12. Januar 2007 ging die IV-Stelle bei der Prüfung des Taggeldanspruchs davon aus, dass der Versicherte als Koch seit Oktober 2003 arbeitsunfähig sei, so dass er als nichterwerbstätig zu qualifizieren sei. Demnach bestehe ein Anspruch auf den Mindestansatz des grossen Taggeldes. Mit einer Verfügung vom 19. Januar 2007 sprach die IV-Stelle dem Versicherten für die Zeit ab 22. Januar 2007 ein Taggeld von Fr. 88.- zu.

B.

Der Versicherte erhob am 21. Februar 2007 Beschwerde gegen diese Verfügung. Er beantragte deren Aufhebung und die Zusprache eines Taggeldes ab 22. Januar 2007 von mindestens Fr. 151.20 sowie die Ausrichtung eines Wartezeittaggeldes von mindestens Fr. 151.20 für die Periode 18. Februar 2005 bis 22. Januar 2007. Ausserdem ersuchte er um die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung. Er machte geltend, er habe keinen Vorbescheid erhalten. Die angefochtene Verfügung sei deshalb schon aufgrund dieser Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben. In materieller Hinsicht führte er aus, er sei gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. c IVV als erwerbstätig einzustufen, da er die Tätigkeit im erlernten Beruf als Koch nur aus gesundheitlichen Gründen (Alkoholsucht und damit verbundene gesundheitliche Beeinträchtigungen) aufgegeben habe. Die Arbeitsunfähigkeit von 100% für eine Tätigkeit in der Gastronomie sei sowohl vom RAD Ostschweiz als auch von der MEDAS bestätigt worden. Da die zuletzt voll ausgeübte Tätigkeit mehr als zwei Jahre zurückliege, sei das massgebende Einkommen anhand statistischer Durchschnittslöhne zu bestimmen. Das ergebe einen Monatslohn von Fr. 5670.05, so dass das Taggeld Fr. 151.20 betrage. Er habe sich am 18. Oktober 2004 zum Bezug von IV-Leistungen angemeldet. Deshalb habe er gemäss Art. 18 Abs. 2 IVV ab dem 18. Februar 2005 einen Anspruch auf ein Wartezeittaggeld bis zum Beginn der Umschulung am 22. Januar 2007. Die Verzögerung durch die Abklärung in einer Institution, die eine Wartezeit von fast einem Jahr habe, könne nicht ihm angelastet werden. Am 1. März 2007 teilte der Rechtsvertreter des Versicherten mit, die



Rechtsschutzversicherung habe keine Kostengutsprache geleistet, worauf die Gerichtsleitung am 17. April 2007 die unentgeltliche Prozessführung bewilligte.

C.

Die IV-Stelle beantragte am 10. April 2007 die Abweisung der Beschwerde. Sie machte geltend, ein Vorbescheid beziehe sich nur auf Fragen, die im Zusammenhang mit den in Art. 57 Abs. 1 lit. a bis d IVG statuierten Aufgaben der IV-Stellen stünden. Diese Liste enthalte die Berechnung der Taggelder nicht, denn diese Aufgabe obliege den Ausgleichskassen. Demzufolge habe sie zu Recht keinen Vorbescheid erlassen. Der Versicherte habe sein Arbeitsverhältnis mit B.____ auf Ende Juni 1999 auf eigenen Wunsch gekündigt. Danach habe er von 2000 bis anfangs 2002 ein Taggeld der Arbeitslosenversicherung bezogen. Ab Juni 2003 habe er sich mit kleinen Unterbrüchen bis Juni 2004 in stationärer Behandlung befunden. Der Versicherte habe die Stelle im Juni 1999 nicht aus gesundheitlichen Gründen aufgegeben. Gemäss der Stellungnahme des RAD Ostschweiz könne davon ausgegangen werden, dass der Versicherte ein Jahr vor erfolgter Anmeldung zu 100% arbeitsunfähig gewesen sei. Im Jahr 1999 sei der Versicherte noch nicht arbeitsunfähig gewesen. Süchte begründeten für sich allein keine Arbeitsunfähigkeit. Deshalb sei der Versicherte zu Recht als nichterwerbstätig qualifiziert worden. Die Grundentschädigung für Nichterwerbstätige betrage 30% des Höchstbetrages des Taggeldes. Zum beantragten Anspruch auf ein Wartezeittaggeld werde separat Stellung genommen.

D.

In seiner Replik führte der Versicherte aus, die MEDAS-Abklärung hätte bereits im Januar 2005 erfolgen müssen. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb so lange zugewartet worden sei. Er habe die Wartezeit der MEDAS nicht zu verantworten, weshalb er ab Februar 2005 einen Anspruch auf Wartezeittaggelder habe. Die Frage, ob er als erwerbstätig oder als nichterwerbstätig einzustufen sei, habe die IV-Stelle zu entscheiden. Wie es sich mit der konkreten Berechnung durch die Ausgleichskasse verhalte, könne dahingestellt bleiben. Der Gehörsanspruch hätte es erfordert, dass er vorgängig zu seiner Qualifikation hätte Stellung nehmen können. Er habe seine Tätigkeit als Koch aus gesundheitlichen Gründen aufgeben müssen und dann während



der Arbeitslosigkeit nicht mehr aufnehmen können. Die Alkoholsucht sei eine Folge der psychischen Fehlentwicklung. Diese sei die Ursache der Arbeitsunfähigkeit und nicht die Alkoholsucht. Die Behauptung, er sei erst seit 2003 arbeitsunfähig, sei nicht nachvollziehbar. Die Arbeitsunfähigkeit müsse spätestens im Jahr 2001 eingetreten sein. Er sei also gestützt auf Art. 21 Abs. 1 lit. c IVV als erwerbstätig einzustufen.

E.

Die IV-Stelle hielt am 30. Juni 2007 an ihrem Abweisungsantrag fest.

Erwägungen:

1.

1.1 Gemäss Art. 69 Abs. 1 lit. a IVG sind Verfügungen der IV-Stellen in Abweichung von Art. 52 ATSG direkt beim Versicherungsgericht anfechtbar. Da das rechtliche Gehör also nicht nachträglich im Rahmen des Einspracheverfahrens gewährt werden kann, sieht Art. 57a Abs. 1 IVG vor, dass die IV-Stellen den versicherten Personen den vorgesehenen Endentscheid über das Leistungsbegehren mittels eines Vorbescheides mitzuteilen hätten; die versicherte Person habe Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 42 ATSG. Die Verwaltungsweisungen (vgl. Rz 3013.5 KSVI) sehen eine Einschränkung des Anwendungsbereiches des Art. 57a Abs. 1 IVG vor: Der Vorbescheid beziehe sich einzig auf jene Fragen, die im Zusammenhang mit den in Art. 57 Abs. 1 lit. a bis d IVG aufgelisteten Aufgaben der IV-Stellen stünden. Nicht dazu gehöre u.a. die Berechnung des Taggeldes, denn diese Aufgabe obliege gemäss Art. 60 Abs. 1 lit. b IVG der Ausgleichskasse.

1.2 Der Zweck dieser einschränkenden Interpretation des Art. 57a Abs. 1 IVG besteht offenkundig darin, es den IV-Stellen zu ermöglichen, den Vorbescheid bereits dann zu erlassen, wenn die IV-rechtliche Seite geklärt ist und das Leistungsbegehren zur Prüfung der AHV-spezifischen Anspruchselemente an die Ausgleichskasse weitergegeben wird. Die IV-Stellen sollen also nicht mit dem Erlass des Vorbescheides zuwarten müssen, bis auch die Ausgleichskasse ihre Aufgabe erfüllt hat. Müsste der Vorbescheid auch die AHV-spezifischen Elemente des Leistungsanspruchs beinhalten, könnte die Ausgleichskasse die Behandlung des IV-Leistungsgesuches nicht durch die



Erstellung und den Versand der IV-Verfügung abschliessen, sondern sie müsste den Fall an die IV-Stelle zurückgeben, damit diese den Vorbescheid erlassen könnte. Die IV-Stelle müsste also die AHV-spezifischen Anspruchselemente in den Vorbescheid einbeziehen und dann aufgrund der Stellungnahme der versicherten Person zu diesem Vorbescheid die Verfügungsbegründung erstellen und anschliessend den Fall wieder der Ausgleichskasse überweisen, damit diese schliesslich die Verfügung versenden könnte. Das Verfahren zur Behandlung eines IV-Leistungsgesuches würde aufwendiger, wenn der Vorbescheid den gesamten Inhalt der vorgesehenen Leistungsverfügung inklusive die AHV-spezifischen Leistungselemente beinhalten müsste.

1.3 Auf den ersten Blick deckt sich die einschränkende Interpretation des Art. 57a Abs. 1 IVG in den Verwaltungsweisungen mit dem Zweck der Änderung des IVG vom 16. Dezember 2005, die unter dem Titel "Massnahmen zur Verfahrensstraffung" steht. Bei genauer Betrachtung zeigt sich aber, dass die "Verfahrensstraffung" viel weiter ausholt. Sie soll nämlich die Akzeptanz der IV-Verfügungen verbessern und damit nicht nur die IV-Stellen, sondern auch die Versicherungsgerichte entlasten. Die Akzeptanz soll insbesondere dadurch gefördert werden, dass den versicherten Personen die Beweggründe für die vorgesehene Entscheidung erläutert werden (vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 4. Mai 2005 betreffend die Änderung des IVG, BBI 2005 S. 3085). Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich hat dies so interpretiert, dass ein mediationsähnlicher Dialog notwendig sei (vgl. die Erw. 1.10 des Urteils i.S. F. vom 30. Mai 2007, IV.2007.00436). Unterbleibt ein mediationsähnlicher Dialog, so muss zumindest der Vorbescheid so umfassend sein, dass die versicherte Person den vorgesehenen Endentscheid und dessen Begründung kennt und sich dazu gegenüber der IV-Stelle äussern kann. Die Förderung der Akzeptanz der IV-Verfügungen verbietet geradezu eine Reduktion des Inhalts des Vorbescheides auf die IV-spezifischen Anspruchselemente, denn damit wäre es der versicherten Person in den meisten Fällen gar nicht möglich, den Inhalt des noch zu erlassenden Endentscheides zu erkennen und vorweg zu akzeptieren. Trotz der Verkürzung des Verfahrens bis zum Erlass des Endentscheides lässt sich die Beschränkung des Vorbescheidsinhalts auf die IV-spezifischen Anspruchselemente also nicht rechtfertigen, zumal dies auch dem klaren Wortlaut des Art. 57a Abs. 1 IVG widersprechen würde.



1.4 Im vorliegenden Fall ist die Beschwerdegegnerin bei der Verfahrensverkürzung sogar noch weiter gegangen, indem sie ganz auf einen Vorbescheid verzichtet hat. Das lässt sich nur damit erklären, dass die Beschwerdegegnerin wieder zur Praxis zu Art. 73bis IVV in der bis 31. Dezember 2002 geltenden Fassung zurückgekehrt ist. Jene Praxis sah nämlich keine Notwendigkeit, einer Taggeldverfügung einen Vorbescheid vorzuschicken. Die Änderung des IVG vom 16. Dezember 2005 hatte aber gerade nicht zum Zweck, wieder zum Zustand vor dem Inkrafttreten des ATSG bzw. vor der Einführung des Einspracheverfahrens zurückzukehren. Vielmehr sollte der Einbezug der versicherten Personen in die Entscheidungsfindung gegenüber dem Zustand während des Bestehens des Einspracheverfahrens sogar noch verbessert werden. Das lässt nur den Schluss zu, dass der Wortlaut des Art. 57a Abs. 1 IVG ernst zu nehmen ist, d.h. dass jeder Verfügung über ein IV-Leistungsbegehren ein Vorbescheid vorauszugehen hat. Die Rückkehr zu der vor dem 1. Januar 2003 bestehenden Praxis ist ebenso rechtswidrig wie die Rz 3013.5 KSVI, welche nur die IV-spezifischen Elemente eines allfälligen Leistungsanspruchs als notwendigen Inhalt des Vorbescheides bezeichnet. Der angefochtenen Verfügung vom 19. Januar 2007 hätte also ein Vorbescheid vorausgehen müssen, in dem der Beschwerdeführer nicht nur über die grundsätzliche Taggeldberechtigung während der Dauer der Umschulung zum technischen Kaufmann, sondern auch über die Höhe des Taggeldes und damit über den Grund für die Ausrichtung eines Mindesttaggeldes informiert worden wäre. Die angefochtene Verfügung ist somit unter Missachtung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör gemäss Art. 57a Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 42 Satz 1 ATSG ergangen.

1.5 Nach der höchstrichterlichen Praxis ist die Verletzung/Missachtung des Anspruchs auf rechtliches Gehör formeller Natur. Die angefochtene Verfügung muss deshalb ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst aufgehoben werden und die Sache ist an die verfügende Behörde zurückzuweisen (vgl. etwa BGE 120 V 357 ff. Erw. 2a m.H.). Ausnahmsweise kann das Gericht die Sache selbst beurteilen, sofern es dabei in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei ist. Da der Anspruch auf rechtliches Gehör ausschliesslich den Interessen des Bürgers dient, hat allein der Verfügungsadressat zu entscheiden, ob eine Rückweisung zum formell korrekten Erlass einer Verfügung oder eine materielle Beurteilung durch das Gericht erfolgen soll. Es wäre also nicht zulässig, entgegen dem klaren Willen des Verfügungsadressaten eine materielle Beurteilung zu unterlassen und stattdessen zum



formell korrekten Erlass einer Verfügung zurückzuweisen, denn damit würde dem rechtlichen Gehör eine Bedeutung beigemessen, die es zu einer Pflicht werden liesse. Der Verfügungsadressat wäre verpflichtet, entgegen seinem klar geäusserten Willen zur materiellen Beurteilung eine Rückweisung zum formell korrekten Erlass einer Verfügung und damit u.U. einen Verfahrensleerlauf, jedenfalls aber eine Verzögerung in der Behandlung seines Gesuches zu akzeptieren. Ein öffentliches Interesse an der Gewährung des rechtlichen Gehörs, dem nur auf diese Weise Rechnung getragen werden könnte, ist nicht ersichtlich. Verlangt ein Verfügungsadressat die materielle Beurteilung und nicht die Rückweisung zum formell korrekten Erlass einer Verfügung, ist ein Rückweisungsurteil rechtswidrig. In der Lehre wird sogar die Auffassung vertreten, unter bestimmten Voraussetzungen sei sogar entgegen dem klar geäusserten Rückweisungswillen des Verfügungsadressaten eine materielle Beurteilung vorzunehmen (vgl. H. Seiler, Abschied von der formellen Natur des rechtlichen Gehörs, in: SJZ 2004 S. 377 ff.). Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen geht praxisgemäss davon aus, dass im Ergebnis eine materielle Beurteilung verlangt wird, wenn ein Verfügungsadressat sich darauf beschränkt, kurz die Missachtung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör zu rügen, dann aber einen materiellen Beschwerdeantrag stellt oder zumindest im Rahmen der Beschwerdebegründung seinen Willen äussert, die Sache durch das Gericht materiell beurteilen zu lassen (vgl. das Urteil vom 15. März 2005 i.S. M, IV 2004/80). Der Beschwerdeführer hat zwar die Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör gerügt, aber er hat gleichzeitig die Zusprache eines Taggeldes von mindestens Fr. 151.20 beantragt und er hat diesen Antrag einlässlich begründet. Es ist deshalb davon auszugehen, dass er eine materielle Beurteilung seines Taggeldanspruchs durch das Versicherungsgericht verlangt und auf eine Rückweisung der Streitsache an die Beschwerdegegnerin zum formell korrekten Erlass einer Taggeldverfügung verzichtet.

2.

Die angefochtene Taggeldverfügung vom 19. Januar 2007 bezieht sich nur auf die Umschulung ab 22. Januar 2007. Darin hat sich die Beschwerdegegnerin also nicht zu einem allfälligen Anspruch auf ein Wartezeittaggeld für die Zeit vor dem Beginn der Umschulung geäussert. Die angefochtene Verfügung enthält keine – konkludente – Abweisung eines Gesuches um ein Wartezeittaggeld. Da der Streitgegenstand des



Beschwerdeverfahrens durch den Gegenstand der angefochtenen Verfügung begrenzt wird, kann auf das Begehren des Beschwerdeführers, es sei ihm für die Zeit vom 18. Februar 2005 bis zum Beginn der Umschulung ein Wartezeittaggeld zuzusprechen, nicht eingetreten werden. Die Beschwerdegegnerin hat am 10. April 2007 mitgeteilt, dass ein entsprechendes Gesuch von ihr bereits geprüft werde. Damit erübrigt sich eine Überweisung des entsprechenden Begehrens des Beschwerdeführers an die Beschwerdegegnerin.

3.

Versicherte haben während der Eingliederung einen Anspruch auf ein Taggeld, wenn sie an wenigstens drei aufeinander folgenden Tagen wegen der Eingliederung verhindert sind, einer Arbeit nachzugehen (Art. 22 Abs. 1 Satz 1 IVG). Das Taggeld besteht aus einer Grundentschädigung, auf die alle Versicherten Anspruch haben, und einem Kindergeld (Art. 22 Abs. 2 IVG). Die Grundentschädigung beträgt 80% des Erwerbseinkommens, das durch die zuletzt ohne die gesundheitliche Einschränkung ausgeübte Tätigkeit erzielt wurde. Es beträgt jedoch nicht weniger als 30% und nicht mehr als 80% des Höchstbetrages des Taggeldes nach Art. 24 Abs. 1 IVG (Art. 23 Abs. 1 IVG). Die Grundentschädigung für Versicherte, die vor der Eingliederung nicht erwerbstätig waren, beträgt 30% des Höchstbetrages des Taggeldes nach Art. 24 Abs. 1 IVG (Art. 23 Abs. 2 IVG). Der Höchstbetrag des Taggeldes entspricht dem Höchstbetrag des versicherten Tagesverdienstes nach UVG (Art. 24 Abs. 1 IVG). Als erwerbstätig gelten auch Versicherte, die ihre Erwerbstätigkeit einzig aus gesundheitlichen Gründen haben aufgeben müssen (Art. 21 Abs. 1 lit. c IVV). Der Beschwerdeführer ist als erwerbstätig im Sinne von Art. 23 Abs. 1 IVG zu qualifizieren. Er hat seine Erwerbstätigkeit als Koch nämlich aufgrund des Aethylismus und der damit zusammenhängenden gesundheitlichen Probleme aufgegeben, so dass der Tatbestand des Art. 21 Abs. 1 lit. c IVV erfüllt ist. Die Beschwerdegegnerin hat unterstellt, der Beschwerdeführer habe am 30. Juni 1999 letztmals als Koch gearbeitet; damals habe er noch keine gesundheitlichen Probleme gehabt, die eine Aufgabe der Arbeit als Koch erzwingen hätten. Das jüngste vom Beschwerdeführer eingereichte Arbeitszeugnis (von B.____ vom Februar 2000) gibt zwar als letzten Arbeitstag tatsächlich den 30. Juni 1999 an, und es lässt sich ihm nicht entnehmen, dass der Beschwerdeführer krankheitsbedingt aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden wäre.



Der IK-Auszug vom 28. Oktober 2004 weist aber beitragspflichtige Löhne auch noch für die Periode Juni 2000 bis Dezember 2001 aus. Als Arbeitgeber wird wieder B.____ angegeben. Es muss also davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer wieder als Koch erwerbstätig gewesen ist. Der Beschwerdeführer hat dazu in seiner Replik (Ziff. IV. 6.) ausgeführt, er habe bis 2001, wenn auch unregelmässig, als Koch gearbeitet. Gemäss den Ausführungen im MEDAS-Gutachten vom 24. August 2006 (Ziff. 4.3 S. 20) ist der Beschwerdeführer zwischen 1999 und 2003 sechsmal im Rahmen seines Aethylismus hospitalisiert gewesen. Bei der Erhebung der Sozial- und Berufsanamnese hat der Beschwerdeführer den Gutachtern der MEDAS angegeben, er habe im Juli 1997 und erneut im Sommer 1999 als Koch in B.____ gearbeitet, wobei es zu grösseren Alkoholproblemen gekommen sei, die ihn vom Sozialamt abhängig gemacht hätten (vgl. MEDAS-Gutachten Ziff. 1.2.2 S. 10 f.). Da der Aethylismus des Beschwerdeführers eine vollständige Arbeitsunfähigkeit im erlernten Beruf als Koch bewirkt, ist mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer seine Arbeit als Koch ausschliesslich krankheitsbedingt hat aufgeben müssen. Daran vermag auch die Auskunft des RAD Ostschweiz vom 9. Januar 2007 nichts zu ändern, denn dort ist entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht ausgeführt worden, der Beschwerdeführer sei erst ein Jahr vor erfolgter Anmeldung arbeitsunfähig geworden. Vielmehr ist – wohl aufgrund eines Missverständnisses bezogen auf das sogenannte Wartejahr bis zur Entstehung eines Rentenanspruchs – angegeben worden, bereits ein Jahr vor der Anmeldung habe eine Arbeitsunfähigkeit vorgelegen, die den Lauf des Wartejahres ausgelöst habe. Die Auskunft des RAD Ostschweiz enthält also keine Angabe zum Zeitpunkt, ab dem eine Arbeitsunfähigkeit im erlernten Beruf als Koch vorgelegen hat. Das Taggeld des Beschwerdeführers ist somit gestützt auf Art. 23 Abs. 1 IVG zu bemessen.

4.

4.1 Selbst wenn der Beschwerdeführer seine Erwerbstätigkeit nicht einzig aus gesundheitlichen Gründen hätte aufgeben müssen, wäre sein Taggeld in Anwendung von Art. 23 Abs. 1 IVG (Erwerbstätiger) zu ermitteln, wie die Interpretation der zwischen Erwerbstätigen und Nichterwerbstätigen unterscheidenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen zeigt. Die massgebenden Bestimmungen enthalten keine



Definition der Erwerbstätigkeit bzw. der "Nichterwerbstätigkeit". Zur Definition dieser beiden Begriffe kann nicht auf die Abs. 2 und 2bis des Art. 28 IVG zurückgegriffen werden, denn zur Diskussion steht nicht die durch eine Gesundheitsbeeinträchtigung bewirkte Erwerbslosigkeit, sondern die durch eine Eingliederungsmassnahme ausgelöste Unfähigkeit, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Es geht also um einen eingliederungs- bzw. taggeldspezifischen Begriff der Erwerbstätigkeit, der einen Analogieschluss verbietet und eine eigenständige Interpretation erforderlich macht. Die grammatikalische Bedeutung des Wortes 'Erwerbstätigkeit' deckt sich nicht mit den in Art. 21 Abs. 1 lit. a bis c IVV aufgelisteten Tatbeständen. Insbesondere wer gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. c IVV die Erwerbstätigkeit aus gesundheitlichen Gründen hat aufgeben müssen, der ist eben gerade nicht erwerbstätig und hätte eigentlich gemäss Art. 23 Abs. 2 IVG nur einen Anspruch auf den Mindestbetrag der Grundentschädigung. Das bedeutet, dass der Verordnungsgeber mit Art. 21 Abs. 1 lit. a bis c IVV nicht einem unbestimmten Rechtsbegriff ('Erwerbstätigkeit') die zur Rechtsanwendung erforderlichen Konturen geben will und dabei innerhalb der ihm in Art. 86 Abs. 2 Satz 1 IVG eingeräumten Kompetenz zum Erlass von Vollzugsverordnungsrecht bleibt. Vielmehr dehnt der Verordnungsgeber den Anwendungsbereich des Art. 23 Abs. 1 IVG zulasten desjenigen des Art. 23 Abs. 2 IVG aus, indem er auch Versicherte als erwerbstätig qualifiziert, die eigentlich – der grammatikalischen Wortbedeutung gemäss – nichterwerbstätig sind. Dabei handelt es sich nicht um eine Verordnungsbestimmung, die sich auf Art. 86 Abs. 2 Satz 1 IVG stützt, sondern um die Ausfüllung einer Gesetzeslücke: Art. 23 Abs. 1 IVG soll entgegen seinem allzu engen Wortlaut auch auf bestimmte Versicherte Anwendung finden, die gar keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen sind, die also eigentlich nichterwerbstätig im Sinne von Art. 23 Abs. 2 IVG sind. Damit wird auf dem Verordnungsweg eine Ausnahmebestimmung zu Art. 23 Abs. 2 IVG (Einschränkung des Kreises der Betroffenen i.S. einer teleologischen Reduktion) bzw. eine Erweiterung des Art. 23 Abs. 1 IVG (Ausdehnung des Kreises der Betroffenen über den Wortlaut hinaus) geschaffen. Bei der Interpretation dieser Abweichung vom Gesetzeswortlaut kann kein Vollzugsermessen des Verordnungsgebers Berücksichtigung finden, weil sich Art. 21 Abs. 1 lit. a bis c IVV nicht auf Art. 86 Abs. 2 Satz 1 IVG stützt. Der Art. 21 Abs. 1 lit. a bis c IVV ist vielmehr anhand jener Kriterien zu interpretieren, die zur richterlichen Ausfüllung von Gesetzeslücken entwickelt worden sind.



4.2 Wenn der Beschwerdeführer vor dem Beginn der Umschulung keine Erwerbstätigkeit ausgeübt bzw. wenn er seine Erwerbstätigkeit nicht einzig aus gesundheitlichen Gründen hätte aufgeben müssen, würde sich also die Frage stellen, ob er als Nichterwerbstätiger im Sinne des Art. 23 Abs. 2 IVG zu qualifizieren sei, so dass er nur einen Anspruch auf die minimale Grundentschädigung hätte. Die Beschwerdegegnerin bejaht diese Frage mit der Begründung, keiner der drei Ausnahmetatbestände in Art. 21 Abs. 1 lit. a bis c IVV zur Definition der "Nichterwerbstätigen" in Art. 23 Abs. 2 IVG sei erfüllt. Der Beschwerdeführer hingegen macht geltend, er habe seine Erwerbstätigkeit als Koch einzig aus gesundheitlichen Gründen aufgeben müssen, weshalb er gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. c IVV als erwerbstätig im Sinne von Art. 23 Abs. 1 IVG zu qualifizieren sei. Beide Parteien gehen also implizit davon aus, dass all jene erwerbslosen versicherten Personen als nichterwerbstätig im Sinne von Art. 23 Abs. 2 IVG zu qualifizieren seien, die nicht einen der Tatbestände des Art. 21 Abs. 1 lit. a bis c IVV erfüllten. Sie übersehen, dass der Ordnungsgeber mit dieser Bestimmung eine Auswahl getroffen hat, die sich nicht mit dem Sinn und Zweck der Ausrichtung von Taggeldern während einer die Ausübung einer Erwerbstätigkeit teilweise oder vollständig verunmöglichenden Eingliederungsmassnahme - und damit auch nicht mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz - in Übereinstimmung bringen lässt. So ist beispielsweise nicht einzusehen, weshalb ein seit mehr als zwölf Monaten ausgesteuerter, aber nach wie vor intensiv nach einer Arbeitsstelle suchender Arbeitsloser nicht ebenfalls als erwerbstätig im Sinne von Art. 23 Abs. 1 IVG qualifiziert werden sollte, denn er wird durch die Eingliederung daran gehindert, einen Erfolg bei der Stellensuche auch umzusetzen, d.h. die Stelle anzunehmen und die Arbeitslosigkeit zu überwinden. Dieser Arbeitslose befindet sich in derselben Situation wie jene Person, die ihre Erwerbstätigkeit einzig aus gesundheitlichen Gründen aufgegeben hat. Da er aber nicht unter einen der Tatbestände des Art. 21 Abs. 1 IVV fällt, droht ihm eine unzulässige Ungleichbehandlung in der Form der Qualifikation als nichterwerbstätig gemäss Art. 23 Abs. 2 IVG. Es wäre nicht einzusehen, wieso er nur ein minimales Taggeld gemäss Art. 23 Abs. 2 IVG und nicht wie die Person, die ihre Erwerbstätigkeit einzig aufgrund einer Gesundheitsbeeinträchtigung hat aufgeben müssen, ein Taggeld gemäss Art. 23 Abs. 1 IVG erhalten sollte, denn beide sind ausschliesslich aufgrund äusserer, nicht beeinflussbarer Gründe nicht bis zum Beginn der Eingliederung einer Erwerbstätigkeit nachgegangen. Dieses Beispiel zeigt, dass es nicht darum gehen



kann, willkürlich ausgewählte Sondertatbestände ebenfalls dem Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 1 IVG zu unterstellen, wie dies in Art. 21 Abs. 1 lit. a bis c IVV geschieht. Bei einer dem Sinn und Zweck des Eingliederungstaggeldes sowie dem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung tragenden Gesetzesinterpretation muss davon ausgegangen werden, dass die eingliederungsbedingte teilweise oder vollständige Unfähigkeit, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, den Ausschlag geben muss. Es sind also nur jene versicherten Personen als nichterwerbstätig gemäss Art. 23 Abs. 2 IVG zu qualifizieren, die aus eigenem Entschluss (und nicht aufgrund äusserer Umstände, über die sie keine Kontrolle haben) auch ohne die Eingliederungsmassnahme keiner Erwerbstätigkeit nachgingen.

4.3 Dies lässt sich auch durch die Gesetzesmaterialien belegen. Die Bestimmungen über das Taggeld haben ihren Ursprung in der Erwerb ersatzordnung, denn lange Zeit bezog sich das IVG auf die entsprechende Regelung im EOG, die analog anwendbar war. Die spätere eigenständige Regelung durch das IVG brachte keine grundlegende Neuordnung (vgl. AHI-Praxis 2003, S. 318 oben). In der Botschaft des Bundesrates vom 23. Oktober 1951 zum EOG (vgl. BBI 1951 III S. 297 ff.) wurde zur Frage der Abgrenzung zwischen erwerbstätigen und nichterwerbstätigen Wehrmännern ausgeführt, es wäre zwar praktisch, auf diese Unterscheidung zu verzichten, aber es bestehe "keine soziale Notwendigkeit, Wehrmännern, die vor dem Einrücken weder erwerbstätig noch in Ausbildung begriffen waren – es handelt sich vor allem um Angehörige des Frauenhilfsdienstes, die als Ehefrauen oder Familienglieder im Haushalt tätig sind, sowie um die wohl sehr seltenen Rentiers, die Dienst leisten -, eine Entschädigung auszurichten" (BBI 1951 III S. 310). Der Gesetzgeber hat also bewusst eine Beschränkung des Begriffs der nichterwerbstätigen Wehrmänner auf diejenigen Personen vorgenommen, die vor dem Einrücken freiwillig keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen waren, was dann in den Ausführungsbestimmungen weitgehend umgesetzt worden ist (vgl. Art. 1 f. EOV). Diese Wertung des Gesetzgebers bei der Schaffung des EOG muss auch bei der Interpretation des Art. 23 Abs. 1 IVG die Richtschnur bilden: Als Erwerbstätige sind auch all jene versicherten Personen zu qualifizieren, die vor der Eingliederungsmassnahme einer Erwerbstätigkeit nachgegangen wären, wenn sie nicht durch äussere Umstände daran gehindert worden wären. Nichterwerbstätig sind also nur jene versicherten Personen, die freiwillig auf die Ausübung einer Erwerbstätigkeit verzichtet haben, denen also die



Eingliederungsmassnahme nicht die Absicht, ein Erwerbseinkommen zu erzielen, vereitelt. Nur so kann dem Sinn und Zweck des Taggeldanspruchs, aber auch dem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung getragen werden. Da der Beschwerdeführer aufgrund äusserer Umstände und damit unfreiwillig vor dem Beginn der Umschulung keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen ist, müsste er, wenn er nicht den Tatbestand des Art. 21 Abs. 1 lit. c IVV erfüllen würde, als erwerbstätig gemäss Art. 23 Abs. 1 IVG qualifiziert werden.

5.

Die Grundentschädigung beträgt 80% des Erwerbseinkommens, das durch die zuletzt ohne gesundheitliche Einschränkung ausgeübte Tätigkeit erzielt wurde (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 IVG). Würde man den Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung ernst nehmen, müsste die Höhe des Taggeldes in jenen Fällen, in denen die Erzielung eines Erwerbseinkommens lange zurückliegt, anhand eines nicht mehr aktuellen Massstabes ermittelt werden. Die Nominallohnentwicklung würde nämlich ausser Acht gelassen. Auch hier hat der Ordnungsgeber in Abweichung vom klaren Gesetzeswortlaut und damit lückenfüllend eine Korrektur vorgenommen. Gemäss Art. 21 Abs. 3 IVV ist nämlich dann, wenn die zuletzt voll ausgeübte Tätigkeit mehr als zwei Jahre zurückliegt, auf jenes Erwerbseinkommen abzustellen, das die versicherte Person durch die gleiche Tätigkeit unmittelbar vor der Eingliederung erzielt hätte, wenn sie nicht invalid geworden wäre. Diese lückenfüllend geschaffene Ausnahmebestimmung zu Art. 23 Abs. 1 Satz 1 IVG erweist sich als gerechtfertigt, da der Gesetzgeber die Problematik offensichtlich übersehen hat und da das Abstellen auf veraltete Löhne eine stossende Ungleichbehandlung zur Folge hätte. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann dieses hypothetische aktuelle Erwerbseinkommen nicht anhand des Durchschnittseinkommens qualifizierter männlicher Arbeitnehmer im Gastgewerbe bemessen werden, denn es ist weder erstellt, dass es sich dabei um das durchschnittliche Erwerbseinkommen der Köche handelt, noch steht fest, dass der Beschwerdeführer ohne seinen Gesundheitsschaden genau das Durchschnittseinkommen dieser Berufsgattung erzielen würde. Die Beschwerdegegnerin, an welche die Sache zurückzuweisen ist, wird deshalb die berufliche Qualifikation und Erfahrung des Beschwerdeführers zu ermitteln haben. Anschliessend wird sie abklären, welches Einkommen ein Koch mit dieser Qualifikation



und Erfahrung im Januar 2007 erzielt hätte. Ausgehend von diesem Einkommen wird sie das Taggeld des Beschwerdeführers mit Wirkung ab 22. Januar 2007 ermitteln.

6.

6.1 Im Sinne der vorstehenden Ausführungen ist die angefochtene Verfügung vom 19. Januar 2007 aufzuheben und die Beschwerde ist, soweit auf sie eingetreten werden kann, teilweise gutzuheissen. Die Sache ist zur weiteren Abklärung und zur neuen Entscheidung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Der höchstrichterlichen Rechtsprechung gemäss ist darin in bezug auf den Anspruch auf eine Parteientschädigung ein vollumfängliches Obsiegen zu erblicken, so dass ein Anspruch auf eine volle Parteientschädigung besteht (vgl. etwa ZAK 1987 S. 266 Erw. 5a). Das Versicherungsgericht geht praxismässig davon aus, dass damit das Begehren um eine unentgeltliche Verbeiständung gegenstandslos ist. Die Parteientschädigung bemisst sich nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 61 lit. g ATSG). Da die Bedeutung der Streitsache geringer ist als in einem Rentenverfahren, erscheint eine gegenüber dem Standardansatz von Fr. 3500.- leicht reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3000.- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

6.2 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 Beschwerdegegnerin unterliegt vollumfänglich (vgl. ZAK 1987 S. 266 ff. Erw. 5). Da sie gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b des st. gallischen Einführungsgesetzes zur Bundesgesetzgebung über die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (sGS 350.1) Teil der Sozialversicherungsanstalt und damit Teil einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt ist, kommt Art. 95 Abs. 3 VRP (Befreiung von der Pflicht zur Übernahme amtlicher Kosten) nicht zur Anwendung (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen – dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., Rz 792). Die Beschwerdegegnerin hat deshalb die gesamte Gerichtsgebühr von Fr. 600.- zu bezahlen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht



entschieden:

1. Die Beschwerde wird, soweit auf sie eingetreten werden kann, teilweise gutgeheissen und die Sache wird zur weiteren Abklärung und zur neuen Verfügung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Die Beschwerdegegnerin bezahlt eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.-.
3. Die Beschwerdegegnerin bezahlt dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3000.-.