

SG_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2009/130 vom 20. Januar 2011

Sg Versicherungsgericht, 2011-01-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_IV_2009_130

FR: SG_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2009/130 du 20 janvier 2011

IT: SG_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2009/130 del 20 gennaio 2011

Regeste

Art. 16 ATSG, Art. 28 ff. IVG. Invaliditätsbemessung mittels Einkommensvergleich. Art. 57a Abs. 1 IVG, Art. 42 ATSG. Vorbescheidspflicht. Nimmt die IV-Stelle nach der Zustellung des Vorbescheides weitere Sachverhaltsabklärungen vor, so muss sie einen zweiten, entsprechend ergänzten Vorbescheid erlassen. Es genügt nicht, wenn sie der versicherten Person nur die neu produzierten Akten zur Kenntnis bringt (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 20. Januar 2011, IV 2009/130). Aufgehoben durch Urteil des Bundesgerichts 9C_153/2011.

Erwägungen

E. 1

1.1 In Bezug auf die Begründungspflicht (Art. 49 Abs. 3 Satz 2 ATSG) erweist sich die angefochtene Verfügung entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin als rechtmässig. Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Verfügungsbegründung ausreichend sei, kann nämlich nicht allein darauf abgestellt werden, ob zu jedem relevanten Punkt etwas gesagt worden ist oder ob der Umfang der Begründung dem Umfang der Vorbringen der versicherten Person entspricht. Massgebend für eine ausreichende Verfügungsbegründung ist vielmehr der Wissensstand der Versicherten zum Zeitpunkt der Verfügungseröffnung. Ist der Verfügung - wie im vorliegenden Fall - eine längere Auseinandersetzung vorausgegangen, bei der die versicherte Person bereits anwaltlich vertreten und deshalb über die Argumente pro und contra informiert gewesen ist, so kann sich die Verfügungsbegründung auf das Notwendige und gegebenenfalls auf das nach der Auseinandersetzung neu Hinzugekommene beschränken. Die angefochtene Verfügung erfüllt diese Anforderungen. 1.2 Die Beschwerdegegnerin hat aufgrund der Stellungnahme ("Einwand") des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin vom 9. April 2008 zum Vorbescheid vom 4. März 2008 das bidisziplinäre Gutachten in Auftrag gegeben. Nach dem Eingang dieses Gutachtens hat die Beschwerdegegnerin keinen zweiten Vorbescheid erlassen, sondern sie hat dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin die Möglichkeit eingeräumt, sich zum Gutachten und zu den entsprechenden Bemerkungen von Dr. med. F. ___ vom RAD vom 9. Januar 2009 zu äussern. Davon hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 20. Januar 2009 Gebrauch gemacht. Die Beschwerdegegnerin hat daraufhin dem Gutachter Dr. med. H. ___ verschiedene direkt auf diese zweite Stellungnahme bezogene Fragen gestellt. Dr. med. H. ___ hat diese Fragen am 10. März 2009 beantwortet und Dr. med. I. ___ vom RAD hat sich am 28. März 2009 zu den Angaben von Dr. med. H. ___ geäußert. Daraufhin hat die Beschwerdegegnerin am 30. März 2009 die angefochtene Verfügung erlassen, ohne dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin vorher die Gelegenheit gegeben zu haben, sich zu den Fragen, zu den Antworten von Dr.

med. H.____ und zu den abschliessenden Äusserungen von Dr. med. I.____ vernehmen zu lassen. Damit hat die Beschwerdegegnerin nicht nur den Anspruch der Beschwerdeführerin auf das rechtliche Gehör (Art. 42 ATSG), sondern vor allem auch die Vorbescheidspflicht (Art. 57a Abs. 1 IVG) verletzt. Da jede nach der Zustellung des Vorbescheids vorgenommene Sachverhaltsabklärung die Beschwerdegegnerin dazu veranlassen kann, von der im Vorbescheid noch angekündigten Entscheidung abzuweichen und eine andere Entscheidung vorzusehen, muss zwingend ein neuer Vorbescheid ergehen. Das gilt selbst dann, wenn die IV-Stelle im konkreten Einzelfall an dem im ersten Vorbescheid angekündigten Entscheid festhalten will (vgl. das Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 23. September 2010, IV 2008/512, Erw. 2.1). Die angefochtene Verfügung ist somit in Verletzung von Art 42 ATSG und Art. 57a Abs. 1 IVG ergangen, d.h. sie ist aus formellen Gründen rechtswidrig.

1.3 Bei jeder Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (und damit natürlich auch bei jeder Verletzung der Vorbescheidspflicht) ist im Beschwerdeverfahren praxisgemäss eine sogenannte Heilung zu prüfen. Heilen bedeutet, die Verfahrensrechtswidrigkeit einer Verfügung zu ignorieren, d.h. nicht zum Anlass zu nehmen, diese Verfügung aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines korrekten Verwaltungsverfahrens zurückzuweisen. Begründet wird die Heilungsmöglichkeit regelmässig damit, dass die Aufhebung der Verfügung einen Verfahrensleerlauf zur Folge hätte. Bei der Heilung beruft man sich also auf den Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung. Dass eine Heilung als grundsätzlich zulässig betrachtet wird, hat seinen Grund darin, dass die Rechtswidrigkeit einer Verfügung als Folge der Verletzung einer verfahrensrechtlichen Norm eine geringere Bedeutung hat als die materielle Rechtswidrigkeit der Verfügung. Die materielle Rechtswidrigkeit einer Verfügung kann nie durch den Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung aufgewogen werden. Erklären lässt sich dieser Unterschied nur durch die Natur des Verfahrensrechts: Es dient dazu, die richtige Anwendung des materiellen Rechts auf den konkreten Sachverhalt sicherzustellen. Kann dies sichergestellt werden, obwohl eine Verfahrensrechtsverletzung vorliegt (z.B. weil die versicherte Person die ihr im Verwaltungsverfahren vorenthaltenen Akten im Beschwerdeverfahren einsehen und weil sie dazu noch Stellung beziehen kann), so ist der mit dem Verfahrensrecht angestrebte Zweck nachträglich auf andere Weise doch noch erreicht worden und es besteht an sich keine Notwendigkeit, auf der korrekten Anwendung des Verfahrensrechts zu beharren. Dabei ist aber zu beachten, dass allein die versicherte Person zu beurteilen hat, ob die korrekte Anwendung des materiellen Rechts trotz der Verfahrensrechtsverletzung erreicht worden ist oder nicht. Deshalb steht es allein der versicherten Person zu, in eine Heilung im Beschwerdeverfahren einzuwilligen oder auf der Rückweisung an die Verwaltung zur korrekten Durchführung des Verwaltungsverfahrens zu beharren. Sowohl der Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung als auch der Anspruch auf rechtliches Gehör dienen ausschliesslich den Interessen der versicherten Person. Diese beiden - im Zusammenhang mit einer möglichen Heilung gegenläufigen - Interessen können also vom Gericht nicht gegeneinander abgewogen werden, um eine Heilung entgegen dem Willen der versicherten Person zu begründen oder trotz der Einwilligung in die Heilung eine Rückweisung anzuordnen. Beharrt die versicherte Person auf der Rückweisung zur Durchführung eines korrekten Verwaltungsverfahrens, kann das Gericht also nicht unter Verweis auf die damit zu erreichende Verfahrensbeschleunigung eine Heilung der Gehörsverletzung anordnen. Ist die versicherte Person mit einer Heilung der Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren einverstanden, so kann das Gericht nicht unter Verweis auf die grosse Bedeutung des

Anspruchs auf rechtliches Gehör zur Durchführung eines korrekten Verwaltungsverfahrens zurückweisen. 1.4 Bei der Berufung auf die besondere formelle Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör, die bei einer Gehörsverletzung gemäss einer jahrzehntealten höchstrichterlichen Rechtsprechung ungeachtet der Erfolgsaussichten in der Sache selbst zu einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung zwingen soll (vgl. etwa BGE 127 V 437 Erw. 3d/aa m.H.), handelt es sich nur um eine historische Referenz an die Zeit, als die Verfahrensordnungen noch sehr rudimentär waren und den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht regelten, so dass - eigentlich in Ausfüllung einer echten Verfahrensrechtslücke - auf die Verfassung zurückgegriffen werden musste. Dabei wurde der Anspruch auf rechtliches Gehör im konkreten Verfahreenseinzelfall direkt mit Verfassungsrang (hergeleitet aus dem Persönlichkeitsschutz und der Menschenwürde) versehen und damit überhöht. Seitdem der Anspruch auf rechtliches Gehör im Verfahrensrecht geregelt und in eine bestimmte Form (Vorbescheid) gebracht (bzw. bei einsprachefähigen Verfügungen vom Verfahrensgesetzgeber bewusst ganz über Bord geworfen) worden ist, besteht kein Bedarf mehr nach einer solchen Überhöhung (vgl. auch Hansjörg Seiler, Abschied von der formellen Natur des rechtlichen Gehörs, SJZ 2004 S. 377 ff.). Damit fehlt es an der Möglichkeit der Berufung auf die besondere formelle Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Stattdessen ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin in eine Heilung eingewilligt hat. Die Beschwerdeführerin hat die Zusprache der ihr zustehenden Leistungen beantragt. Eventualiter hat sie die Rückweisung an die Beschwerdegegnerin zur formgerechten Durchführung des Beweisverfahrens unter Einholung eines neuen Gutachtens verlangt. Begründet hat sie das Eventualbegehren damit, dass ihr vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung nicht in alle Akten Einsicht gewährt worden sei. Die Platzierung der Konsequenzen der Gehörsverletzung in den Eventualantrag und dort die Verbindung mit einem Beweisantrag (Einholung eines neuen interdisziplinären Gutachtens) lässt sich nur so interpretieren, dass die Beschwerdeführerin sich mit einer Heilung der Gehörsverletzung einverstanden erklärt und eine beförderliche Behandlung ihres Leistungsgesuchs als vordringlich bezeichnet hat. Dies erlaubt es, die Gehörsverletzung zu heilen und die angefochtene Verfügung auf ihre materielle Rechtmässigkeit zu prüfen.

E. 2

Gemäss Art. 16 ATSG ist das Einkommen, das die versicherte Person nach dem Eintritt der Invalidität und nach der Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen), in Beziehung zu setzen zum Erwerbseinkommen, das die versicherte Person erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen). Die Ermittlung des Validen- und des zumutbaren Invalideneinkommens setzt die vorgängige Definition der Validen- und der Invalidenkarriere voraus. 2.1 Entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist bei der Ermittlung des Valideneinkommens entscheidend, was die versicherte Person im Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns als gesunde Person tatsächlich verdient hätte. Dabei soll in der Regel am zuletzt erzielten, nötigenfalls der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung angepassten Verdienst angeknüpft werden, da es der empirischen Erfahrung entspricht, dass die bisherige Tätigkeit ohne den Gesundheitsschaden fortgesetzt worden wäre. Ausnahmen müssten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt sein (vgl. etwa BGE 129 V 222 ff. Erw. 4.3.1 m.H.). Die Validenkarriere kann nur hypothetisch bestimmt werden, da die versicherte Person nach dem Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung ja nicht mehr "valid" ist. Hypothetische Verhaltensweisen

können nicht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt werden, da sie nicht Realität sind. Es gibt nur plausible und weniger plausible Hypothesen. Die massgebende Validenkarriere ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung also diejenige, die der plausibelsten Verhaltensweise der versicherten Person im hypothetischen "Gesundheitsfall" entspricht. Die höchstrichterliche Rechtsprechung beruft sich auf die Erfahrungstatsache, dass versicherte Personen ohne den Eintritt einer Gesundheitsbeeinträchtigung ihre bisherige Arbeitsstelle beibehalten hätten. Deshalb sei die Fortführung der bisherigen Tätigkeit die plausibelste Validenkarriere. Es mag zwar der Erfahrung des Bundesgerichts entsprechen, dass die meisten Personen ihre Arbeitsstelle beibehalten, wenn sie keine länger dauernde Gesundheitsbeeinträchtigung erleiden. Die daraus gezogene Schlussfolgerung, dass es sich bei der Beibehaltung der letzten Arbeitsstelle um die plausibelste Validenkarriere handle, ist aber nicht in allen Fällen richtig, es ist nur der häufigste Fall. Zur Begründung dieser Auffassung muss auf den Sinn und Zweck des Valideneinkommens verwiesen werden: Das Valideneinkommen definiert die "valide" erwerbliche Leistungsfähigkeit einer versicherten Person. Das Ausmass der Invaliditätsbedingten Reduktion dieser "validen" erwerblichen Leistungsfähigkeit definiert den Invaliditätsgrad. Beim Valideneinkommen handelt es sich demnach um jenes Einkommen, das die versicherte Person bei einer vollumfänglichen Ausschöpfung ihrer "validen" erwerblichen Leistungsfähigkeit erzielen könnte. Der an der letzten Arbeitsstelle bei einer hypothetischen "validen" Weiterführung erzielbare Lohn kann in zweierlei Hinsicht das Ziel, das Valideneinkommen zu definieren, verfehlen: in qualitativer Hinsicht, indem weiterhin eine Arbeit ausgeübt würde, die weniger qualifiziert wäre, als es dem beruflichen und persönlichen Wissen und Können der versicherten Person entspräche (z.B. Tätigkeit als Maschinenbediener statt Tätigkeit im erlernten Beruf als Werkzeugmacher), oder in quantitativer Hinsicht, indem eine dem beruflichen und persönlichen Wissen und Können entsprechende, aber (z.B. wegen des regional besonders tiefen Lohnniveaus der betreffenden Branche) unterdurchschnittlich entlohnte Arbeit weiter ausgeübt würde. Bei einer aus diesem Grund an der letzten Arbeitsstelle unterdurchschnittlichen Verwertung der erwerblichen Leistungsfähigkeit definiert sich die Validenkarriere nicht nach der hypothetisch beibehaltenen letzten Arbeitsstelle, denn der dort erzielbare Lohn gibt nicht die "valide" erwerbliche Leistungsfähigkeit wieder. Hier muss die plausibelste Validenkarriere unabhängig vom letzten Arbeitsplatz definiert werden. Sie ist dann abstrakt zu bestimmen: Es handelt sich um eine den persönlichen und beruflichen Fähigkeiten der versicherten Person entsprechende, durchschnittlich entlohnte berufliche Betätigung, im vorliegenden Fall also um eine Hilfsarbeit, die entsprechend den durchschnittlichen Fähigkeiten der Beschwerdeführerin die Erzielung eines durchschnittlichen Lohns einer Hilfsarbeiterin zuliesse. Die Beschwerdeführerin hätte nämlich als Gesunde in allen Branchen tätig sein können und sie hätte alle Arten von Hilfsarbeiten ausüben können.

2.2 Übt eine versicherte Person nach dem Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung weiterhin eine Erwerbstätigkeit aus, so definiert diese Erwerbstätigkeit nur dann die zumutbare Invalidenkarriere, wenn besondere Anforderungen erfüllt sind, nämlich wenn stabile Arbeitsverhältnisse eine Bezugnahme auf den ausgeglichenen Arbeitsmarkt erübrigen, wenn die versicherte Person die verbliebene Arbeitsfähigkeit in zumutbarer Weise ausschöpft und wenn der Lohn der Arbeitsleistung angemessen ist (vgl. etwa BGE 117 V 8 ff. Erw. 2c/aa). Diese Kriterien zeigen, dass das Bundesgericht es auch hier unterlassen hat, eine qualitative und quantitative Unterschreitung der erwerblichen Leistungsfähigkeit in all ihren Ausprägungen zu berücksichtigen: Weder einer unzureichenden Ausschöpfung des

beruflichen und/oder persönlichen Wissens und Könnens in einer wenig qualifizierten Erwerbstätigkeit noch einer unterdurchschnittlichen Entlohnung in einer qualitativ adäquaten Erwerbstätigkeit wird Rechnung getragen. In quantitativer Hinsicht wird nur die Anrechnung eines sogenannten Soziallohns, d.h. eines überhöhten Lohns, ausgeschlossen. Der zu tiefe Lohn wird gemäss den obgenannten Kriterien ohne weiteres als adäquat akzeptiert. Die mit dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht gelösten Fragen der Bemessung des zumutbaren Invalideneinkommens bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit trotz Gesundheitsbeeinträchtigung können im vorliegenden Fall offen bleiben, da die zumutbare Invalidenkarriere einer Hilfsarbeiterin in jenen Fällen, in denen nach dem Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung keine Erwerbstätigkeit mehr ausgeübt wird, durch eine weitgehend standardisierte berufliche Hilfsarbeiterkarriere zu bestimmen ist. Dies geschieht allerdings in der Praxis nur indirekt, indem zur Bemessung des zumutbaren Invalideneinkommens auf die statistischen Durchschnittslöhne (Zentralwert) in der vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Lohnstrukturerhebung (LSE) abgestellt wird. Bei genauer Betrachtung setzt aber auch diese Vorgehensweise eine vorgängige Bestimmung der zumutbaren Invalidenkarriere voraus, denn es ist zu klären, in welchem Anforderungsniveau und in welcher Branche eine versicherte Person tätig sein könnte und müsste. Ausserdem ist die Frage zu beantworten, ob es sich um eine berufliche Karriere handeln würde, die in jeder Hinsicht mit derjenigen übereinstimmt, die dem massgebenden Durchschnittslohn zugrunde läge, ob es sich also um eine vollzeitlich auszuübende Arbeit handeln würde, bei der die versicherte Person keinerlei indirekt aus einer Gesundheitsbeeinträchtigung fließenden Nachteile in Kauf nehmen müsste. Andernfalls muss die hypothetische zumutbare Invalidenkarriere einer Teilzeitbeschäftigung oder anderen Nachteilen angepasst werden, was dann in einem zweiten Schritt zu einem unter dem statistischen Durchschnittslohn liegenden zumutbaren Einkommen führen kann. Die Beschwerdeführerin ist nach dem Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgegangen. Ihre zumutbare Invalidenkarriere ist deshalb diejenige einer durchschnittlichen Hilfsarbeiterin, wobei allerdings verschiedene Einschränkungen bestehen, die in der Umschreibung der konkreten behinderungsadaptierten Hilfsarbeit ihren Ausdruck finden.

E. 2.3

2.3.1 Steht die Invalidenkarriere fest, muss die Arbeitsfähigkeit in dieser Karriere ermittelt werden. Die erste Arbeitsfähigkeitsschätzung stammt vom behandelnden Arzt Dr. med. B.____ vom 15. Mai 2007. Dessen Arbeitsfähigkeitsschätzung bezogen auf die bisherige Tätigkeit der Beschwerdeführerin in der Grossküche ist nicht relevant, da es sich dabei nicht um die Invalidenkarriere handelt. Für eine behinderungsadaptierte Hilfsarbeit hat Dr. med. B.____ keine definitive Schätzung abgegeben, da der Endzustand noch nicht erreicht gewesen ist. Er hat allerdings eine pessimistische Prognose gestellt, wobei er auch eine limitierte psychische Belastbarkeit der Beschwerdeführerin einbezogen hat. Die Klinik für Hand-, plastische und Wiederherstellungschirurgie hat am 20. Juni 2007 angegeben, in einer Tätigkeit ohne Belastung der Hand bestehe längerfristig eine unverminderte Leistungsfähigkeit. Dr. med. E.____ hat am 22. November 2007 berichtet, bei Tätigkeiten ohne Belastung der linken Hand könne über eine volle Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin diskutiert werden. Gemäss dem orthopädisch-psychiatrischen Gutachten vom 10. November 2008 besteht für Tätigkeiten, bei denen die linke Hand nicht primär gebraucht wird, eine Arbeitsfähigkeit von 100%. Mit Ausnahme von Dr. med. B.____ sind also sowohl die behandelnden Ärzte als auch die Gutachter von einer

uneingeschränkten Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin ausgegangen. Der orthopädische Gutachter Dr. med. H. ___ hat sich am 10. März 2009 auch zur Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. med. B. ___ geäußert. Er hat darauf hingewiesen, dass Dr. med. B. ___ aufgrund der damals erst kurze Zeit zurückliegenden Operation noch gar nicht in der Lage gewesen sei, die längerfristige Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin verlässlich einzuschätzen, und dass Dr. med. B. ___ die psychosozialen Probleme der Beschwerdeführerin in seine Prognose und damit wohl auch in seine Arbeitsfähigkeitsschätzung einbezogen habe. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat in seiner Stellungnahme zum Vorbescheid geltend gemacht, die Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. med. E. ___ sei widersprüchlich. Dr. med. E. ___ habe nämlich zunächst eine Arbeitsfähigkeit von 100% angegeben und dann im gleichen Bericht ausgeführt, man könnte über eine volle Arbeitsfähigkeit diskutieren. Darin ist entgegen der Auffassung des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin kein Widerspruch zu erblicken. Mit der zweiten Äusserung hat Dr. med. E. ___ nur klargelegt, dass er noch keine definitive Schätzung abgeben wolle, wohl weil der Behandlungsabschluss erst wenige Wochen zurücklag. Dr. med. E. ___ ist nicht mit einer umfassenden Beurteilung betraut worden. Vielmehr hat er aus der Sicht seiner Behandlung der Beschwerdeführerin berichtet. Zudem ist seine Einschätzung ein Jahr vor der Begutachtung und damit praktisch noch in der Rekonvaleszenzphase abgegeben worden. Selbst wenn seine Arbeitsfähigkeitsschätzung deutlich von derjenigen der Gutachter abweichen würde, wäre sie also nicht geeignet, ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Gutachterangaben zu wecken. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin misst der Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. med. B. ___ eine besonders hohe Überzeugungskraft zu. Er übersieht dabei, dass Dr. med. B. ___ als behandelnder Arzt in mehrfacher Hinsicht als befangen erscheinen muss: Er hat zur Beschwerdeführerin in einem Therapieverhältnis gestanden, er hat als Therapeut notwendigerweise auch die psychosozialen Probleme der Beschwerdeführerin einbeziehen müssen, er ist längere Zeit der konsequent vorgetragenen und umgesetzten subjektiven Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung der Beschwerdeführerin ausgesetzt gewesen und die Beschwerdegegnerin hatte ihn im vorgedruckten Berichtsformular nicht ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Arbeitsfähigkeitsschätzung bezogen auf eine adaptierte Tätigkeit von einem - hypothetischen - vollen Einsatz der gesamten Willensenergie zur Überwindung der Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung ausgehen müsse. Unter diesen Umständen kann der Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. med. B. ___ nur eine bescheidene Überzeugungskraft beigemessen werden. Sie ist nicht geeignet, ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens zu wecken.

2.3.2 In seiner Eingabe vom 20. Januar 2009 hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin das Gutachten kritisiert und ihm die Beweiskraft abgesprochen. Er hat zunächst die Voreingenommenheit von Dr. med. H. ___ behauptet, indem er darauf hingewiesen hat, dass die Tochter der Beschwerdeführerin bei der Untersuchung nicht dabei sein dürfen und dass Dr. med. H. ___ schroff gewesen sei und verschiedene unzutreffende und verletzende Bemerkungen gemacht habe. Der Begutachtungsauftrag beinhaltete nur die Untersuchung der Beschwerdeführerin und nicht auch die Einvernahme der Tochter als Auskunftsperson zum Ausmass der gesundheitlichen Beeinträchtigung der Beschwerdeführerin. Die Tochter der Beschwerdeführerin wurde auch nicht als Dolmetscherin benötigt, zumal dem erfahrenen Gutachter natürlich bekannt war, dass nahe Verwandte kaum je nur übersetzen, sondern meist auch ihre eigenen Beobachtungen und Einschätzungen in die Übersetzung einfließen lassen, so dass sie als Dolmetscher nicht geeignet sind. Dass die Tochter der Beschwerdeführerin bei der

Untersuchung durch Dr. med. H.____ nicht dabei sein durfte, deutet deshalb weder auf eine Voreingenommenheit des Gutachters hin noch lässt sich daraus ableiten, dass die Begutachtung ungenügend gewesen wäre. Zu den Aufgaben eines medizinischen Gutachters gehört es, den vom Exploranden geschilderten und anlässlich der Untersuchung gezeigten Zustand darauf zu prüfen, ob er der bestehenden Krankheit entspricht. Dabei ergeben sich erfahrungsgemäss oft Abweichungen, wie auch der vorliegende Fall zeigt. Weshalb die Erwähnung dieser Abweichungen zwischen den Angaben der Beschwerdeführerin und dem objektiv bestehenden Zustand Zweifel an der Unvoreingenommenheit oder der Objektivität der Abklärung wecken sollte, ist nicht nachzuvollziehen. Auch die Behauptung des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin, der orthopädische Befund sei nicht vollständig, ist nicht stichhaltig. Soweit sich seinen ausserordentlich knapp gefassten Ausführungen entnehmen lässt, hat Dr. med. H.____ die Beschwerdeführerin durchaus auch in Bezug auf die früher angegebenen Beschwerden an der linken Schulter und der rechten Hand untersucht. Den entsprechenden Aktenstellen lässt sich nicht entnehmen, dass die Beschwerdeführerin in diesen Bereichen je ernsthafte, d.h. die Arbeitsfähigkeit tangierende Beschwerden gehabt hätte. Im Übrigen ist die früher einmal ins Auge gefasste Operation des Karpaltunnelsyndroms rechts offenbar nie erfolgt, denn die Beschwerdeführerin hat keine diesbezüglichen medizinischen Unterlagen einreichen lassen. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin will aus dem weiteren Gebrauch von Psychopharmaka auf einen Fehler in der Arbeitsfähigkeitsschätzung des psychiatrischen Gutachters Dr. med. univ. G.____ schliessen. Auch dies vermag nicht zu überzeugen, denn es ist durchaus zumutbar, entsprechende Medikamente einzunehmen, wenn dadurch die Arbeitsfähigkeit erhalten werden kann. Das psychiatrische Teilgutachten ist umfassend und es ist korrekt unterzeichnet worden. Da sowohl Dr. med. H.____ als auch Dr. med. univ. G.____ je aus der Sicht ihres Fachgebietes eine Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit angegeben haben, ist klar, dass die Kombination der jeweils festgestellten Gesundheitsbeeinträchtigungen ebenfalls einen Arbeitsfähigkeitsgrad von 100% hat ergeben müssen. Das Fehlen der Unterschrift von Dr. med. G.____ auf dem Gutachten von Dr. med. H.____, in welchem die Gesamtschätzung enthalten ist, mag zwar eine formale Unzulänglichkeit sein, schwächt aber die Überzeugungskraft dieser Gesamtschätzung nicht, denn das bidisziplinäre Gutachten erfüllt sonst alle an ein Gutachten zu stellenden Anforderungen. Insbesondere fehlen Unklarheiten und Widersprüchlichkeiten. Entgegen der Auffassung des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin sind die Antworten von Dr. med. H.____ vom 10. März 2009 glaubhaft. Das gilt insbesondere auch für die Antwort auf die Frage nach der Unvoreingenommenheit gegenüber der Beschwerdeführerin. Ein Gutachter kann sich durchaus ein eigenes Urteil über die persönliche Einstellung gegenüber einem Exploranden bilden. Im Übrigen fehlt jedes Indiz für eine Befangenheit der beiden erfahrenen Gutachter. Die vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zur Beweiskraft der Akten vorgebrachten, bereits abgehandelten Einwände finden sich auch in der Beschwerde wieder, so dass auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden kann. 2.3.3 Auch die in der Beschwerde aufgestellte Behauptung, die der Beschwerdeführerin verbliebene Arbeitsfähigkeit sei auf dem allgemeinen und ausgeglichenen Arbeitsmarkt für adaptierte Tätigkeiten objektiv nicht mehr verwertbar, ist bereits im Rahmen des Verwaltungsverfahrens vorgebracht worden. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat diese Behauptung vor allem mit dem Alter und der deshalb geringen verbleibenden erwerblichen Aktivitätsdauer begründet. Dabei hat er übersehen, dass es sich dabei um einen Umstand handelt, der IV-rechtlich irrelevant sein

muss. Auf dem allgemeinen und ausgeglichenen Arbeitsmarkt gibt es durchaus Stellen, an denen die Beschwerdeführerin die ihr verbliebene Arbeitsfähigkeit uneingeschränkt verwerten könnte. Dass die Beschwerdeführerin möglicherweise keine offene Stelle finden könnte, wenn sie sich bewerben würde, ist irrelevant, denn dabei handelt es sich nicht um das soziale Risiko der Invalidität, sondern um das soziale Risiko der Arbeitslosigkeit. Das Konzept des allgemeinen und ausgeglichenen Arbeitsmarktes ist entwickelt worden, um zu verhindern, dass das soziale Risiko der Arbeitslosigkeit zu einer rentenbegründenden Invalidität führen kann. Dass eine über 60 Jahre alte Hilfsarbeiterin möglicherweise keine Stelle mehr findet, kann allenfalls einen Leistungsanspruch gegenüber der Arbeitslosenversicherung auslösen, aber selbstverständlich keinen Invalidenrentenanspruch begründen. Bei der Bemessung des Invalideneinkommens auf der Grundlage der qualitativen und quantitativen Arbeitsfähigkeitsschätzung wird deshalb fingiert, dass die versicherte Person eine behinderungsangepasste Arbeitsstelle habe. Im vorliegenden Fall ist also davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin in einer adaptierten Hilfsarbeit zu 100% arbeitsfähig ist.

2.4 Die gutachterliche Arbeitsfähigkeitsschätzung (100% in einer Arbeit ohne regelmässige Kraftanwendung der linken Hand, ohne feinmotorische Tätigkeiten, ohne häufige Arbeiten über der Horizontalen) gilt ab Anfang 2008. Dr. med. B. ___ hat ab November 2005 eine durchgehende Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin in der früheren, nicht behinderungsadaptierten Erwerbstätigkeit angegeben. Das Wartejahr hätte also am 31. Oktober 2006 erstmals erfüllt sein können. Zu prüfen ist demnach ein allfälliger Rentenanspruch ab November 2006. Es wäre der Beschwerdeführerin objektiv zumutbar gewesen, noch während des laufenden Wartejahres in eine adaptierte Tätigkeit zu wechseln. Ob sie eine geeignete Stelle gefunden hätte, ob sie noch auf eine Genesung und damit auf ein Verbleiben an der bisherigen Stelle hoffen durfte und ob sie in der Lage war, die Notwendigkeit eines Stellenwechsels zu erkennen, ist nicht relevant, da es sich dabei um Umstände handelt, die nicht geeignet sind, eine Invalidität zu begründen. Die Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit in einer Grossküche ist deshalb zum vornherein ungeeignet, einen - vorübergehenden - Rentenanspruch zu begründen. Gemäss den Angaben von Dr. med. univ. G. ___ war die Beschwerdeführerin vor Anfang 2008 nie zu mehr als 20% in ihrer Leistungsfähigkeit eingeschränkt. Aus psychiatrischer Sicht hat also durchgehend nie eine Einschränkung von mindestens 40% bestanden. Das gilt sowohl für die angestammte als auch für eine adaptierte Tätigkeit. Dr. med. H. ___ hat sich nicht zur Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Erwerbstätigkeit vor Anfang 2008 geäussert. Dr. med. B. ___ hat in seinem Bericht nur Angaben zur Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Arbeit in einer Grossküche gemacht. Soweit sich seine Angaben zur Arbeitsunfähigkeit auf die Akutphasen (vor und nach den Operationen) bezogen haben, gelten sie sowohl für die angestammte als auch für eine adaptierte Tätigkeit. Das gilt nicht für die dazwischen liegenden Phasen, denn diesbezüglich hat sich Dr. med. B. ___ nur auf die Einschränkung in der angestammten Tätigkeit in der Grossküche bezogen. Die von aArt. 29 Abs. 1 lit. b bzw. Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG für die Erfüllung des Wartejahres verlangte durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit während eines Jahres von mindestens 40% kann sich im vorliegenden Fall ausnahmsweise nur auf die Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit beziehen, da es der Beschwerdeführerin objektiv sofort möglich und zumutbar gewesen wäre, von der bisherigen, nicht adaptierten in eine adaptierte Hilfsarbeit zu wechseln. Die Akten enthalten keine Angaben zur Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin in einer adaptierten Erwerbstätigkeit in der Zeit bis Ende 2007. Von weiteren medizinischen Abklärungen ist diesbezüglich kein weiterer

Aufschluss zu erwarten, da die Sache zu weit zurückliegt, als dass die beteiligten Ärzte noch aus eigener Anschauung überzeugend berichten könnten, und da die für die Beschwerdeführerin geführten Krankengeschichten wohl keine Auskunft über die - damals therapeutisch völlig irrelevante - Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Erwerbstätigkeit geben. Aus der Notwendigkeit von mindestens zwei Operationen kann nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf eine erhebliche dauernde Arbeitsunfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit geschlossen werden und umgekehrt kann nicht von der ab Anfang 2008 bekannten Arbeitsfähigkeit von 100% auf eine ebensolche Arbeitsfähigkeit in den Phasen zwischen den Operationen geschlossen werden. Da der Sachverhalt also nicht mehr mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ermittelt werden kann, muss zu Ungunsten der den Nachteil der Beweislosigkeit tragenden Beschwerdeführerin davon ausgegangen werden, dass der Arbeitsunfähigkeitsgrad in einer adaptierten Tätigkeit (mit Ausnahme der jeweils kurzen Akutphasen) jedenfalls nicht höher gewesen ist als ab Anfang 2008. Das bedeutet, dass die Erfüllung des sogenannten Wartejahres weder für eine allfällige vorläufige Rente vor Anfang 2008 noch für eine allfällige reguläre Rente ab Anfang 2008 belegt werden kann. 2.5 Selbst wenn das Wartejahr erfüllt wäre, bestünde kein Anspruch auf eine Invalidenrente. Sind die Validen- und die Invalidenkarriere dieselben, nämlich die Ausübung einer Hilfsarbeit irgendeiner Art in irgendeiner Branche, so kann sich der Einkommensvergleich in aller Regel auf einen sogenannten Prozentvergleich beschränken. Da der Bemessung des Invalideneinkommens ein Arbeitsfähigkeitsgrad der Beschwerdeführerin von 100% zugrunde zu legen ist, kann eine allfällige Invalidität nur aus dem (in der Verwaltungspraxis missverständlich so bezeichneten) "Leidensabzug" resultieren. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat die Berücksichtigung eines Abzuges von 25% verlangt. Dabei handelt es sich um das von der höchstrichterlichen Praxis willkürlich vorgegebene Maximum (vgl. BGE 126 V 75 ff.). Der "Leidensabzug" trägt dem Umstand Rechnung, dass gesundheitlich beeinträchtigte Arbeitnehmerinnen, selbst wenn sie in einer adaptierten Erwerbstätigkeit zu 100% arbeitsfähig sind, gegenüber gesunden Arbeitnehmerinnen, die sich für dieselbe Stelle bewerben, einen Konkurrenznachteil aufweisen. Ein rein ökonomisch denkender Arbeitgeber wird bei gleichem Lohn die gesunde Bewerberin bevorzugen, weil sie potentiell weniger indirekte Lohnkosten verursachen wird. Sie wird nämlich flexibler einsetzbar sein als die gesundheitlich beeinträchtigte Bewerberin, denn sie kann beispielsweise bei Bedarf Überstunden machen, sie kann vorübergehend an nicht adaptierten Arbeitsplätzen eingesetzt werden, sie bietet nicht das Risiko überdurchschnittlicher Krankheitsabsenzen oder einer Verschlechterung der bestehenden Gesundheitsbeeinträchtigung u.ä. Die Beschwerdeführerin könnte diese Konkurrenz Nachteile nur dadurch ausgleichen, dass sie ihre Arbeitskraft billiger, d.h. zu einem unterdurchschnittlichen Lohn anbieten würde. Das dürfte die Erklärung für die statistisch ebensowenig wie das Abzugsmaximum nachgewiesene Behauptung des Bundesgerichts sein, gesundheitlich beeinträchtigte Arbeitnehmer seien in der Regel nicht in der Lage, ein Einkommen zu erzielen, das dem statistischen Durchschnitt entspreche. Auch die Beschwerdeführerin weist natürlich derartige Konkurrenz Nachteile auf. Diese Nachteile sind aber nicht derart extrem ausgeprägt, dass sie eine Ausnützung des Abzugsmaximums erfordern würden. Mit einem Abzug von 10% ist das bei der Bemessung des "Leidensabzugs" bestehende Ermessen (dessen rechtsgleiche Ausübung vom Bundesgericht bisher nicht durch Regeln hat sichergestellt werden können und das sich deshalb in seiner grossen – und willentlichen - Akzeptanz einer gewissen

Willkürmöglichkeit der gerichtlichen Beurteilung weitgehend entzieht) ausreichend Rechnung getragen. Das bedeutet, dass die Beschwerdeführerin zu maximal 10% invalid sein kann und deshalb auch aus diesem Grund keinen Anspruch auf eine Invalidenrente hat.

E. 3

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin zu Recht einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine Invalidenrente verneint hat. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen. Damit besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung, so dass das entsprechende Begehren der Beschwerdeführerin abzuweisen ist. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass mit dem vorliegenden Urteil eine Gehörsverletzung geheilt worden ist. Die Beschwerdeführerin hat nämlich mit der Einwilligung in die Heilung und damit in die materielle Beurteilung der Streitsache auf die mit einer Rückweisung zur Gewährung des rechtlichen Gehörs verbundene Parteientschädigung verzichtet. Die Tatsache allein, dass eine Gehörsverletzung geschehen ist, kann keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung begründen. Angesichts des Verfahrensausgangs hätte die Zusprache einer Parteientschädigung nämlich Strafcharakter. Dafür fehlt aber eine gesetzliche Grundlage. Das Beschwerdeverfahren ist kostenpflichtig. Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach dem Verfahrensaufwand (Art. 69 Abs. 1 bis IVG). Dieser ist als durchschnittlich einzustufen, so dass die Gerichtsgebühr praxisgemäss auf Fr. 600.- festzusetzen ist. Die vollumfänglich unterliegende Beschwerdeführerin hat für diese Gebühr aufzukommen. Sie ist durch den in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Demgemäss hat das Versicherungsgericht entschieden: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Das Begehren der Beschwerdeführerin um die Zusprache einer Parteientschädigung wird abgewiesen. 3. Die Beschwerdeführerin hat eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.- zu bezahlen; diese Gebühr ist durch den in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.

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