

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2010/194 vom 13. August 2012**

Sg Versicherungsgericht, 2012-08-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_IV\\_2010\\_194](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_IV_2010_194)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2010/194 du 13 août 2012

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2010/194 del 13 agosto 2012

## **Regeste**

Art. 16 ATSG. Invaliditätsbemessung mittels Einkommensvergleich (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 13. August 2012, IV 2010/194).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Anspruch auf eine Invalidenrente hat, wer zu mindestens 40% invalid ist (Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [IVG, SR 831.20]). Gemäss Art. 16 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil der Sozialversicherungen [ATSG, SR 830.1] ist zur Bemessung des Invaliditätsgrads 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 sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen). Das ausschlaggebende Element der Bemessung des zumutbaren Invalideneinkommens - und damit indirekt des Invaliditätsgrads - ist in aller Regel der Grad der verbliebenen Arbeitsfähigkeit. 1.1 Die für einen allfälligen Rentenanspruch relevante Arbeitsfähigkeit ist gemäss Art. 16 ATSG diejenige bei einer Erwerbstätigkeit, die nach der Durchführung der medizinischen Behandlung und nach dem Abschluss beruflicher Eingliederungsmassnahmen zumutbarerweise ausgeübt werden kann (Art. 16 ATSG). Bei Hilfsarbeitern kommt i.d.R. keine berufliche Eingliederung in der Form einer Umschulung (Art. 17 IVG) oder einer vergleichbaren Massnahme in Frage. Deshalb dient anstelle einer behinderungsadaptierten neuen Arbeit, in welche die Person umgeschult worden ist, eine optimal behinderungsadaptierte Hilfsarbeit als Grundlage der Bemessung der Arbeitsfähigkeit. Das gilt auch für den vorliegenden Fall, da die Beschwerdeführerin schon allein aufgrund der bescheidenen schulischen und intellektuellen Fähigkeiten keine qualifizierte Berufsausbildung absolvieren könnte. Dem hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zwar grundsätzlich zugestimmt. Er ist aber davon ausgegangen, dass wenigstens für eine "Übergangszeit", d.h. bis mindestens März 2008 (ev. gemäss Art. 88a Abs. 1 IVV bis Ende Juni 2008), nicht eine optimal behinderungsadaptierte Hilfsarbeit, sondern die früher ausgeübte Tätigkeit die Grundlage der Bemessung der Arbeitsfähigkeit bilden müsse. Er hat also im Ergebnis geltend gemacht, für diese "Übergangszeit" sei vom Wortlaut des Art. 16 ATSG abzuweichen. Die Rechtfertigung für eine solche Vorgehensweise könnte darin gesucht werden, dass bei einer rückwirkenden Rentenzusprache an eine Hilfsarbeiterin oft für eine beschränkte Zeit nach dem Ablauf des Wartjahres (Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG) ein - in aller Regel hypothetischer - Wechsel in eine optimal behinderungsadaptierte Hilfsarbeit als (noch) unmöglich oder als (noch)

unzumutbar qualifiziert werden muss. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn versucht wird, das Arbeitsverhältnis durch eine Umplatzierung innerhalb des Betriebs zu "retten". Gelingt das trotz entsprechender Arbeitsversuche nicht, so muss das Arbeitsverhältnis schliesslich doch aufgelöst werden. Für die Dauer dieser Arbeitsversuche kann dann aber nicht rückwirkend auf eine (hypothetische) optimal behinderungsadaptierte Hilfsarbeit als Grundlage der Bemessung der Arbeitsfähigkeit abgestellt werden. Massgebend muss vielmehr die vor dem Eintritt des Gesundheitsschadens oder die während des Arbeitsversuchs ausgeübte Erwerbstätigkeit sein, denn nur diese ist in der damaligen konkreten Situation i.S. des Art. 16 ATSG zumutbar gewesen. Sobald der Umplatzierungsversuch im Betrieb erfolglos abgeschlossen ist, ist es als zumutbar zu betrachten, einer optimal behinderungsadaptierten Hilfsarbeit nachzugehen. Das gilt selbst dann, wenn das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt noch besteht, denn auch für den Arbeitgeber wäre es vorteilhaft, wenn das Ende der Kündigungsfrist (hypothetisch) nicht abgewartet werden müsste. Im vorliegenden Fall liegt keine solche Ausnahme vom Grundsatz vor, dass gestützt auf Art. 16 ATSG auf die Arbeitsfähigkeit in einer der Behinderung optimal angepassten Hilfsarbeit abzustellen sei (vgl. dazu etwa die Urteile 9C\_141/2009 vom und 9C\_153/2011 vom Erw. 4.3). Die Beschwerdeführerin ist in dem von ihrem Rechtsvertreter als "Übergangsphase" bezeichneten Zeitraum zwar möglicherweise stundenweise im Reinigungsdienst tätig gewesen, aber es ist ihr sofort zumutbar gewesen, diese Arbeit aufzugeben und einer optimal behinderungsadaptierten Hilfsarbeit nachzugehen. Dass sie keinen konkreten behinderungsadaptierten Arbeitsplatz zur Verfügung gehabt hat, ist - als reine Arbeitslosigkeit - bei der Ermittlung der für die rentenspezifische Invalidität massgebenden Arbeitsunfähigkeit irrelevant. Die Arbeitsunfähigkeit ist deshalb unmittelbar nach dem Ablauf des sogenannten Wartejahres (Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG) anhand einer für die Beschwerdeführerin optimal behinderungsadaptierten Hilfsarbeit zu ermitteln. Somit kann es keinen Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine "Übergangsrente" bzw. eine "Arbeitsunfähigkeitsrente" geben.

1.2 Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat sinngemäss geltend gemacht, die Abklärung des medizinischen Sachverhalts und damit die Ermittlung der Arbeitsfähigkeit in einer der Behinderung optimal angepassten Erwerbstätigkeit seien verfrüht abgebrochen worden. In diesem Punkt stehe der massgebende Sachverhalt also noch nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad fest. Er begründet seine Auffassung zur Hauptsache damit, dass das klinische Bild zwar ausreichend abgeklärt worden sei, dass dies aber insbesondere dann nicht genüge, wenn die subjektiven Angaben der versicherten Person stark von derjenigen des medizinischen Sachverständigen abwichen. Im vorliegenden Fall gäben die von der Beschwerdeführerin geklagten Ausstrahlungen in die Beine, die Parästhesien und der Lumbalschmerz ein klassisches Bild ab, das die medizinischen Sachverständigen aber nicht glaubten. In dieser Situation könne der Nachweis nur mittels aktueller und umfassender bildgebender Verfahren geführt werden. Die abklärungsbelastete (vgl. U. Kieser, ATSG-Kommentar, 2.A., N. 9 zu Art. 43) Beschwerdegegnerin muss die medizinische Sachverhaltsabklärung nur so weit vorantreiben, bis die Art und das Ausmass der Gesundheitsbeeinträchtigung(en) und die daraus resultierende Arbeitsunfähigkeit mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. U. Kieser, a.a.O., N. 30 zu Art. 43) feststehen. Dieser Beweisgrad ist im vorliegenden Fall mit dem Gutachten von Dr. E.\_\_\_\_ erreicht gewesen, auch wenn dieser auf die Erstellung neuer MRI-Bilder verzichtet hat. Dr. E.\_\_\_\_ hat über eine umfassende Kenntnis der medizinischen Vorgeschichte verfügt, wie die Liste der entsprechenden Akten in der Ziffer 1 seines Gutachtens zeigt. Daraus hat

er sich ein genaues Bild der Entwicklung der Krankheit bis kurz vor seiner eigenen Untersuchung machen können. Im Rahmen seiner Untersuchung hat er die Angaben der Beschwerdeführerin als das gewürdigt, was sie - juristisch betrachtet - nur sein können, nämlich als Indizien. Seine umfassende klinische Untersuchung der Beschwerdeführerin hat ein klares Ergebnis geliefert. Dieses Ergebnis hat es Dr. E.\_\_\_\_ erlaubt, die Schmerz- und Beschwerdeschilderungen als objektiv nicht oder nur zu einem kleinen Teil zutreffend zu beurteilen. Da das Ergebnis dieser klinischen Untersuchung mit den Ergebnissen früherer bildgebender Untersuchungen (HWS 2007, LWS 2004) übereingestimmt hat, ist Dr. E.\_\_\_\_ davon ausgegangen, dass der aktuelle Gesundheitszustand auch ohne neue bildgebende Untersuchungen mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt sei. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat nicht zu erklären vermocht, weshalb einzig der Beizug aktueller bildgebender Untersuchungen geeignet sein soll, den Gesundheitszustand zu belegen. Seine Auffassung, die Selbsteinschätzung der Beschwerdeführerin müsse richtig sein und deshalb seien die medizinischen Abklärungen so lange weiterzutreiben, bis sie diese Selbsteinschätzung bestätigten, ist erfahrungsgemäss nicht haltbar, da viele Personen in der Situation der Beschwerdeführerin ihren Gesundheitszustand erheblich pessimistischer einschätzen, als er objektiv ist. Die neurologische Poliklinik des Universitätsspitals Zürich hat den Wunsch nach einer aktuellen MRI-Untersuchung der HWS nicht damit begründet, dass nur so der Gesundheitszustand objektiv abgeklärt werden könne. Sie hat vielmehr sicherstellen wollen, dass sie keine therapeutischen Konsequenzen verpasse (vgl. IV-act. 75-2). Sie hat nämlich darauf hingewiesen, dass eine allfällige radikuläre Beteiligung nicht das gesamte Beschwerdebild werde erklären können. Ihr ist es also darum gegangen, im therapeutischen Zusammenhang Sicherheit über den Gesundheitszustand zu erlangen, um gezielt behandeln zu können. Selbst wenn die Beschwerdeführerin das Aufgebot zu dieser MRI-Untersuchung nicht erhalten haben sollte, zeigt doch der Umstand, dass sie sich - jedenfalls bis zur Einreichung der Replik - nicht um einen neuen Termin gekümmert und auch die Behandlung durch die neurologische Poliklinik nicht weitergeführt hat, dass sie auch aus ihrer persönlichen Sicht eigentlich nicht behandlungsbedürftig und damit wohl auch nur in einem bescheidenen Ausmass arbeitsunfähig ist. Zusammenfassend erweist sich die Diagnosestellung und die Einschätzung der Schwere der Gesundheitsbeeinträchtigung durch die Dr E.\_\_\_\_ als überwiegend wahrscheinlich richtig. Das gilt auch für die Anforderungen an einen behinderungsadaptierten Arbeitsplatz und für die Arbeitsunfähigkeit von 20%, denn es ist nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin auch in einer adaptierten Erwerbstätigkeit krankheitsbedingt zusätzliche Kurzpausen benötigt und dass sie trotz dieser Schmerzpausen schneller ermüdet als eine gesunde Arbeitnehmerin.

1.3 Die Beschwerdegegnerin hat eigentlich einen sogenannten Prozentvergleich (vgl. Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, bearbeitet von Ulrich Maurer, 2. A., S. 298) angestellt, indem sie bei der Ermittlung des zumutbaren Invalideneinkommens vom demselben Betrag ausgegangen ist, den sie als Valideneinkommen in den Einkommensvergleich eingesetzt hat. Die (hypothetische) Validenkarriere der Beschwerdeführerin umfasst sämtliche auf dem Arbeitsmarkt anzutreffenden Hilfsarbeiten, die Invalidenkarriere nur noch die optimal behinderungsadaptierten Hilfsarbeiten. Der Fächer der nach dem Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung noch möglichen Hilfsarbeiten ist also erheblich schmaler als der Fächer der ohne die Gesundheitsbeeinträchtigung (hypothetisch) in Frage kommenden Hilfsarbeiten. Im

vorliegenden Fall handelt es sich bei den optimal behinderungsadaptierten Hilfsarbeiten um Tätigkeiten, die insbesondere geringe Anforderungen an die Körperkraft der Beschwerdeführerin stellen. Es gibt keinen statistischen Nachweis dafür, dass die Höhe des Hilfsarbeiterinnenlohns vom Ausmass der notwendigen körperlichen Leistung abhängen würde, dass also körperlich belastende Hilfsarbeiten durchschnittlich besser entlohnt würden als körperlich leichte Hilfsarbeiten. Andere Anforderungen an die Hilfsarbeiterin wie beispielsweise besondere Sorgfalt, hohe Konzentrationsleistung, Zuverlässigkeit usw. können betriebswirtschaftlich betrachtet durchaus auch einen höheren Lohn rechtfertigen. Die Beschwerdegegnerin ist also zu Recht davon ausgegangen, dass das Ausgangseinkommen zur Ermittlung des zumutbaren Invalideneinkommens dem Valideneinkommen entsprechen müsse. In einem ersten Schritt resultiert demnach ausgehend von der verbliebenen Restarbeitsfähigkeit ein Einkommen, das 80% des Valideneinkommens ausmacht. Diese verbleibenden 80% sind - analog dem zusätzlichen Abzug vom Tabellenlohn - nochmals zu reduzieren. Der Grund dafür liegt im Umstand, dass eine gesundheitlich angeschlagene Arbeitnehmerin für den rein betriebswirtschaftlich denkenden potentiellen Arbeitgeber zusätzliche Lohnkosten verursacht (oder zu verursachen droht), die bei gesunden Hilfsarbeiterinnen nicht anfallen. Ursachen dieser zusätzlichen Lohnkosten können sein: Die mangelnde Flexibilität in bezug auf die Tagesarbeitszeit (keine Überstunden bzw. keine vorübergehende Erhöhung des Beschäftigungsgrades), die mangelnde Flexibilität in bezug auf die Art der Arbeit (kein vorübergehender Wechsel an einen nichtadaptierten Arbeitsplatz), die reale oder auch nur mögliche Gefahr überdurchschnittlicher Krankheitsabsenzen und/oder schwankender Leistungsfähigkeit, der Teilzeitnachteil (vgl. Ph. Geertsen, Der Tabellenlohnabzug, in: JaSo 2012, S. 148 ff.), die Notwendigkeit besonderer Rücksichtnahme usw.). Diese Nachteile müssen durch einen entsprechenden Minderlohn kompensiert werden, damit die Beschwerdeführerin dieselben Chancen auf eine Arbeitsstelle hat wie gesunde Hilfsarbeiterinnen. Das gilt selbst dann, wenn die Beschwerdeführerin nur mögliche zusätzliche Nachteile aufweist, denn auch dieser blossen Gefahr muss aus der Sicht eines rein betriebswirtschaftlich denkenden potentiellen Arbeitgebers von Anfang an begegnet werden. Die Konkurrenz Nachteile der Beschwerdeführerin rechtfertigen praxisgemäss einen ermessensweise auf 10% festzusetzenden zusätzlichen Abzug. Es resultiert also ein Invaliditätsgrad von 28%. Die Beschwerdegegnerin hat demnach zu Recht einen Anspruch auf eine Invalidenrente verneint.

## **E. 2**

Dementsprechend ist die Beschwerde abzuweisen. Die unterliegende Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Da ihr die unentgeltliche Rechtsverteidigung bewilligt worden ist, hat ihr Rechtsbeistand einen Anspruch auf eine Entschädigung durch den Staat. Diese Entschädigung beträgt gemäss Art. 31 Abs. 3 des schweizerischen Anwaltsgesetzes (sGS 963.70) 80% des (hypothetischen) Honorars. Dieses würde sich nach der Schwierigkeit des Prozesses und nach der Bedeutung der Streitsache bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). Da es sich um ein durchschnittliches Verfahren gehandelt hat, wäre es praxisgemäss auf Fr. 3'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen. Der Staat hat den Rechtsbeistand des Beschwerdeführers also mit Fr. 2'800.-- zu entschädigen. Das Beschwerdeverfahren in IV-Sachen ist kostenpflichtig. Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach dem Verfahrensaufwand (Art. 29 Abs. 1 bis IVG). Im vorliegenden Fall ist von einem durchschnittlichen Aufwand auszugehen, so dass die Gerichtsgebühr praxisgemäss auf Fr. 600.-- festzusetzen ist. Da der Beschwerdeführerin die

unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden ist, wird sie von der Bezahlung dieser Gerichtsgebühr befreit. Sollten es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse in der Zukunft einmal erlauben, kann die Beschwerdeführerin zur Rückerstattung der vom Staat entschädigten Parteikosten und zur Nachzahlung der Gerichtsgebühr verpflichtet werden (Art. 99 Abs. 2 VRP i.V.m. Art. 123 Abs. 1 ZPO). Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP entschieden: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Die Beschwerdeführerin wird im Sinne der Erwägungen von der Bezahlung der Gerichtskosten von Fr. 600.-- befreit. 3. Der Staat entschädigt den Rechtsbeistand der Beschwerdeführerin mit Fr. 2'800.--.

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