



Fall-Nr.: IV 2008/491
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 14.07.2020
Entscheiddatum: 29.07.2010

Entscheid Versicherungsgericht, 29.07.2010

Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung betreffend die Wirkung der Zustellung einer Verfügung an die versicherte Person statt an deren Rechtsvertreter. Art. 8 ATSG, Art. 16 ATSG, Art. 28 IVG.

Einkommensvergleich zur Invaliditätsbemessung (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 29. Juli 2010, IV 2008/491).

Abteilungspräsidentin Karin Huber-Studerus, Versicherungsrichterinnen Monika Gehrler-Hug und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

Entscheid vom 29. Juli 2010

in Sachen

L.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Advokat lic. iur. Martin Boltshauser, c/o procap, Froburgstrasse 4,
Postfach, 4601 Olten,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend



Rente

Sachverhalt:

A.

L.____ (Jg. 1950) meldete sich am 22. September 2006 zum Bezug von IV-Leistungen an. Die A.____ berichtete am 27. September 2006, sie habe den Versicherten vom 1. Oktober 2002 bis zum 31. Januar 2006 als Verkaufsleiter beschäftigt. Der letzte effektive Arbeitstag sei der 30. August 2005 gewesen. Ab Januar 2005 habe der monatliche Bruttolohn Fr. 11'354.- betragen. Der behandelnde Psychiater Dr. med. B.____ berichtete der IV-Stelle am 27. September 2006, der Versicherte leide an schweren depressiven Phasen vorwiegend endogener Natur mit Suizidversuchen. Seit dem 31. August 2005 bestehe eine vollständige Arbeitsunfähigkeit. 1996 sei der Versicherte wegen einer schweren Depression in der psychiatrischen Klinik Wil, 1997 dreimal in der psychiatrischen Pfäfers und 2001/2 sechs Wochen in der psychiatrischen Klinik G.____ hospitalisiert gewesen. Anschliessend an den letzten Klinikaufenthalt sei der Versicherte etwa zweieinhalb Jahre stabil gewesen. Seit dem Frühjahr 2005 habe sich wieder zunehmend eine depressive Symptomatik gezeigt, diesmal aber nicht als plötzliche depressive Krise, sondern als progressiv zunehmende Krankheit. Die rezidivierenden depressiven Störungen (ohne somatisches Syndrom, aktuell mit Burnout-Thematik) hätten eine verminderte allgemeine Belastbarkeit, Konzentrationsstörungen und Merkfähigkeitsstörungen zur Folge. Bei der geringsten psychischen Belastung bestehe die Gefahr depressiver Verstimmungen. Die Stresstoleranz habe massiv abgenommen. Die Gedanken an Suizid seien immer noch sehr nahe. Dr. med. B.____ übermittelte der IV-Stelle am 18. Oktober 2006 einen Austrittsbericht der psychiatrischen Klinik F.____ vom 9. Februar 2006. Die Ärzte der Klinik F.____ hatten folgende Diagnose angegeben: rezidivierende depressive Störungen, gegenwärtig mittelgradige Episode ohne somatisches Syndrom, aktuell mit Burn-out-Thematik. Sie hatten weiter ausgeführt, durch die Behandlung sei es zu einer Aufhellung gekommen. Die Zukunftsängste und die Schuld- und Versagensgefühle seien zugunsten einer deutlichen Selbstwertstärkung geschwunden. Der Versicherte sei in einem stark gebesserten Zustand ausgetreten. Bis auf weiteres bestehe aber doch noch eine vollständige Arbeitsunfähigkeit.



B.

Die Ehefrau des Versicherten teilte am 21. Dezember 2006 mit, ihr Ehemann befinde sich stationär in der psychiatrischen Klinik Wil. Deren Ärzte berichteten der IV-Stelle am 13. Februar 2007, es bestehe eine bipolare affektive Störung, zuletzt schwere depressive Episode ohne psychotische Symptome. Seit August 2005 liege bis auf weiteres eine vollständige Arbeitsunfähigkeit vor. Der Versicherte habe über schwere Ein- und Durchschlafstörungen, über eine depressive Grundstimmung mit Hoffnungslosigkeit und Ratlosigkeit, über einen eingeeengten Gedankengang, über Grübeln und über durch die Arbeitsunfähigkeit ausgelöste erhebliche Insuffizienzgefühle geklagt. Abschliessend hielten die Ärzte in ihrem Bericht an die IV-Stelle fest, angesichts des langjährigen Verlaufs und der wiederholten depressiven Dekompensation trotz gutlaufender psychiatrischer Behandlung könne nicht mehr mit einer wesentlichen Änderung des Zustandsbilds gerechnet werden. In absehbarer Zeit sei nicht mit einer vollen oder teilweisen Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit zu rechnen. Die psychiatrische Klinik G.____ hielt in einem Austrittsbericht vom 11. Mai 2007 fest, der Versicherte sei vom 24. April bis zum 11. Mai 2007 hospitalisiert gewesen. Am 21. April 2007 habe er einen Suizidversuch unternommen. Durch das Kantonsspital St. Gallen sei er der Klinik G.____ zugewiesen worden. Der Versicherte sei in einem stabilen, gebesserten Zustand ausgetreten. Die aktuelle depressive Episode mit suizidaler Krise sei aufgrund der Anamnese im Rahmen einer bipolaren affektiven Störung (bipolar II) zu interpretieren. Die Diagnose laute: bipolare affektive Störung, gegenwärtig schwere depressive Episode ohne psychotische Symptome. Dr. med. B.____ teilte am 26. Juni 2007 mit, dass der Versicherte nun bei Dr. med. C.____ in Behandlung sei. Dieser berichtete der IV-Stelle am 29. Juni 2007, es liege eine rezidivierende depressive Störung vor. Die schwergradige depressive Episode sei nahezu vollständig abgeheilt mit noch leichtgradiger depressiver Symptomatik und Restsymptomatik mit Aufmerksamkeitsstörung. Die noch bestehende depressive Restsymptomatik habe einen sehr geringen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit. Die Aufmerksamkeitsstörung schränke die Arbeitsfähigkeit stärker ein. Darüber hinaus sei eine Akzentuierung der Persönlichkeit mit einer wahrscheinlich persönlichkeitsbezogenen Selbstwertproblematik und hohen Ansprüchen an die eigene Leistungsfähigkeit festzustellen. Der Versicherte setze sich unter Druck, so dass sich die Aufmerksamkeits- und Konzentrationsstörungen stärker auswirkten und er rasch



erschöpft sei. Gegenwärtig werde die Arbeitsfähigkeit eher durch diese Problematik beeinflusst. Die depressive Episode, die zum Klinikaufenthalt anfangs 2007 geführt habe, sei fast vollständig abgeheilt. Mit einer weiteren Besserung sei zu rechnen. Bei depressiven Episoden komme es unter angemessener Therapie in der Regel jeweils zu einer vollständigen bzw. weitgehenden Remission. Jetzt seien eher noch eine Persönlichkeitsproblematik oder Probleme mit der Krankheitsverarbeitung und mit den biographischen Folgen der Erkrankung (Verlust der beruflichen Stellung) vorhanden. Sinnvoll wäre eine Einschätzung der Arbeitsfähigkeit durch einen neutralen Gutachter.

C.

Die IV-Stelle gab am 10. August 2007 ein Gutachten in Auftrag. Am 13. September 2007 teilte die Ehefrau mit, der Versicherte sei wieder in der psychiatrischen Klinik G.___. Die IV-Stelle stornierte daraufhin den Begutachtungsauftrag. Die Ärzte der Klinik G.___ berichteten der IV-Stelle am 31. Oktober 2007, es liege eine bipolare affektive Störung (bei Klinikeintritt schwere depressive Störung ohne psychotische Symptome, DD: rez. depressive Störung) vor. Der Versicherte habe angegeben, er habe sich seit Anfang August 2007 wieder zunehmend bedrückt gefühlt mit Appetitminderung und Durchschlafproblemen. Wenige Tage vor dem Eintritt habe das erheblich exazerbiert, einhergehend mit Suizidgedanken, gedanklicher Einengung mit Versagens- und Verlustsituationen, Verzweiflung, Hoffnungslosigkeit und Resignation. Die Ärzte führten in ihrem Bericht weiter aus, insgesamt habe die Frequenz der depressiven Episoden trotz stimmungsstabilisierender und antidepressiver Behandlung zugenommen. Eine manische oder hypomane Episode habe sich retrospektiv nicht eindeutig feststellen lassen, weshalb differentialdiagnostisch die rezidivierende depressive Störung diskutiert werden müsse. Seit 2006 zeige sich eine Chronifizierung, was als prognostisch ungünstig einzustufen sei. Die dissoziativen Symptome, die sich während des stationären Aufenthalts gezeigt hätten, sprächen für die Möglichkeit eines psychotherapeutischen Zugangs, wobei sich allerdings der chronifizierte Verlauf limitierend auswirke. Eine wirtschaftlich relevante Arbeitsleistung sei gegenwärtig nicht möglich. Eine Tätigkeit in leitender Stellung sei kaum denkbar. Es bestünden stark verunsicherte Züge und impulshafte suizidale Angstzustände, so dass eine Tätigkeit unter Leistungsdruck als unmöglich erscheine. Limitierend wirkten neben den Ängsten vor allem der schnelle Wechsel in ein depressives Syndrom mit Verlust des Antriebs,



St.Galler Gerichte

mit einer Handlungsblockade und mit dem Auftreten einer impulshaften Suizidalität. Der Versicherte sei vollständig arbeitsunfähig. Dr. med. C.____ berichtete der IV-Stelle am 5. Dezember 2007, es liege eine depressive Verstimmung mit begleitenden Suizidgedanken und Suizidimpulsen, reduzierten Vitalgefühlen, Gefühlen der Hoffnungslosigkeit, Sinnlosigkeit und Minderwertigkeit, mit Schlafstörungen, mit hoher Ermüdbarkeit, mit Konzentrationsstörungen, mit Dissoziationen, mit leichten bis mittleren Ein- und Durchschlafstörungen, mit Morgentief und mit Antriebsschwäche vor. Der Versicherte werde psychopharmakologisch mit Antidepressiva, einem Mood-Stabilizer, Neuroleptika und einer antriebssteigernden Medikation behandelt. Die psychische Störung führe zu Konzentrationsstörungen, mangelndem Antrieb, Erschöpfbarkeit, geringer Ausdauer in Kombination mit Stimmungsschwankungen und intermittierend auftretender Suizidalität, weshalb der Versicherte bei der bisherigen Tätigkeit eingeschränkt sei. Längerfristig könne sich der Versicherte so weit stabilisieren, dass er wieder teilarbeitsfähig sein könne.

D.

Die IV-Stelle beauftragte am 25. Januar 2008 Dr. med. D.____ mit einer psychiatrischen Begutachtung. Dr. med. D.____ berichtete in seinem Gutachten vom 5. März 2008, der Versicherte habe angegeben, er habe schon in der Jugendzeit Selbstmordgedanken gehabt. Mit dreissig Jahren habe er eine grosse Krise gehabt. Ab 1997 sei er in ambulanter Behandlung gewesen. Trotzdem sei es zu mehreren Klinikaufenthalten gekommen. Seit dem 12. Dezember 2007 habe sich der Zustand aber deutlich gebessert. An diesem Tag sei eine Operation am linken Sprunggelenk vorgenommen worden. Plötzlich habe sich der Zustand völlig verändert; er sei nun, abgesehen von gewissen Konzentrationsstörungen, zufriedenstellend. Der Versicherte habe weiter angegeben, er habe sich vollständig erholt und fühle sich seit mehr als zwei Monaten wohl. Dr. med. D.____ führte weiter aus, der Versicherte habe bei der Untersuchung emotional ausgeglichen gewirkt, er habe sich in einer mittleren Stimmungslage befunden und es habe keine Anzeichen für eine Antriebsstörung gegeben. Offensichtlich sei es zu einer Remission gekommen. Der Versicherte sei an einer Wiedereingliederung interessiert. Ihm schwebte eine Tätigkeit in der Tourismusbranche vor, allerdings nicht mit einem vorwiegenden Einsatz im Büro, sondern draussen im Freien (z.B. Organisieren und Durchführen von Velotouren, Wanderungen usw.). Dr.



med. D.____ stellte folgende Diagnose: rez. depressive Störung, gegenwärtig remittiert, DD: manisch depressive Störung, gegenwärtig remittiert. In seiner Beurteilung führte Dr. med. D.____ aus, trotz der vollständigen Remission bestehe eine gewisse Selbstunsicherheit, die der Versicherte mit den schnellen Ermüdungserscheinungen begründe. Der Versicherte sei seit dem 12. Dezember 2007 als voll arbeitsfähig zu betrachten. Beim bisherigen Verlauf der Krankheit sei keine zuverlässige Prognose möglich. Im Krankheitsbild spiele die rezidivierende depressive Störung die Hauptrolle. Daneben bestünden aber auch akzentuierte Persönlichkeitszüge (dissoziatives Phänomen), die in der Psychotherapie ins Visier genommen werden müssten. Die Verdachtsdiagnose einer bipolaren affektiven Störung sei unsicher, weil keine zuverlässigen anamnestischen Angaben für manische Phasen bestünden. Dr. med. E.____ vom RAD interpretierte die Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. med. D.____ am 29. März 2008 als "AF 100% angestammt und adaptiert seit 12.12.2007".

E.

Die IV-Stelle verglich ein Valideneinkommen von Fr. 151'166.- mit einem zumutbaren Invalideneinkommen von ebenfalls Fr. 151'166.-, d.h. sie ging davon aus, dass der Versicherte in seiner zuletzt ausgeübten Erwerbstätigkeit als Verkaufsleiter zu 100% arbeitsfähig sei. Mit einem Vorbescheid vom 4. April 2008 teilte sie dem Versicherten mit, dass sie beabsichtige, ihm für die Zeit vom 1. August 2006 bis 31. Dezember 2007 eine ganze Invalidenrente zuzusprechen. Der Versicherte liess am 2. Mai 2008 einwenden, der behandelnde Psychiater Dr. med. C.____ habe eine mindestens 20%ige Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Erwerbstätigkeit festgestellt. Er habe eine Tätigkeit ohne Leitungsfunktion und ohne extremen Leistungsdruck empfohlen. Berufliche Eingliederungsmassnahmen seien notwendig, damit eine Eingliederung in eine adaptierte Tätigkeit erfolgen könne. Am 29. Mai 2008 liess der Versicherte ergänzend ausführen, Dr. med. C.____ habe aktuell auch für eine adaptierte Tätigkeit nur eine Arbeitsfähigkeit von 50% attestiert. Es müsse eine optimale Unterstützung im Integrationsprozess erfolgen. Die Arbeitsfähigkeit könne erst im weiteren Verlauf des Integrationsprogramms abschliessend geklärt werden. Mit einer Verfügung vom 10. Juli 2008 sprach die IV-Stelle dem Versicherten für die Zeit vom 1. August 2006 bis 31. Dezember 2007 eine ganze Invalidenrente zu. Zur Begründung machte sie insbesondere geltend, die Stellungnahme zum Vorbescheid enthalte keine Hinweise auf



eine nach der Begutachtung durch Dr. med. D.____ eingetretene Veränderung des Gesundheitszustandes. Aus medizinischer Sicht sei keine Hilfe bei der Stellensuche notwendig. Die IV-Stelle eröffnete diese Verfügung irrtümlicherweise nicht dem Rechtsvertreter des Versicherten, sondern dem Versicherten direkt. Der Rechtsvertreter des Versicherten erkundigte sich am 7. Oktober 2008 telefonisch bei der IV-Stelle, ob schon eine Rentenverfügung erlassen worden sei. Er habe keine Verfügung erhalten. Der zuständige Sachbearbeiter der IV-Stelle war der Auffassung, dass der psychisch kranke Versicherte seinen Rechtsvertreter nicht über die Verfügung habe orientieren können. Deshalb sei ausnahmsweise nochmals eine Verfügung zu erlassen. Am 20. Oktober 2008 eröffnete die IV-Stelle dem Rechtsvertreter des Versicherten eine inhaltlich weitgehend identische Rentenverfügung. Die Verfügung enthielt folgenden Dispositivzusatz: "Diese Verfügung ersetzt jene vom 10. Juli 2008".

F.

Der Versicherte liess am 24. November 2008 Beschwerde gegen die Verfügung vom 20. Oktober 2008 erheben. Sein Rechtsvertreter beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Rückweisung an die IV-Stelle zur ergänzenden Abklärung. Zur Begründung führte der Rechtsvertreter insbesondere aus, der Versicherte arbeite aktuell im H.____, anfangs mit einem Pensum von 50%, ab August 2008 versuchsweise mit einem Pensum von 70%. Der Versicherte könne diese Tätigkeit ohne grössere Probleme absolvieren. Seine Konzentrationsfähigkeit sei aber eingeschränkt. Er brauche immer wieder Pausen und längeres konzentriertes Arbeiten gehe nicht so gut. Hingegen sei die Qualität der Arbeit gut. Dr. med. C.____ habe am 30. September 2008 eine Arbeitsfähigkeit des Versicherten in einer adaptierten Erwerbstätigkeit von 70-75% angegeben. Er habe ausserdem darauf hingewiesen, dass eine Rückkehr in den angestammten Tätigkeitsbereich nicht realistisch sei und vermutlich zu einer erneuten schweren Dekompensation führen würde. Angesichts dieser abweichenden Stellungnahme erscheine das Gutachten von Dr. med. D.____ als nicht sehr überzeugend. Insbesondere bleibe völlig unklar, wieso Dr. med. D.____ für die angestammte Tätigkeit, in der es zu einer psychischen Dekompensation kommen würde, eine Arbeitsfähigkeit von 100% attestiert habe. In einer adaptierten Tätigkeit bestehe zwar eine massgebliche Arbeitsfähigkeit, aber der Versicherte könnte damit nur noch einen Bruchteil des bisherigen Verdienstes erzielen.



St.Galler Gerichte

G.

Die IV-Stelle beantragte am 4. Februar 2009 die Abweisung der Beschwerde. Sie führte aus, die Sichtweise des Projektcoach des Fachvereins Arbeit und Umwelt sei nicht entscheidend, da die Ermittlung der Arbeitsfähigkeit die Aufgabe des Arztes sei. Auf die Angaben von Dr. med. C.____ könne nicht abgestellt werden, denn erfahrungsgemäss sagten behandelnde Ärzte aufgrund ihrer auftragsrechtlichen Stellung eher zugunsten ihrer Patienten aus. Zudem könne eine Administrativexpertise nicht allein durch eine andere Ansicht eines behandelnden Facharztes in Frage gestellt werden, es sei denn, dieser bringe objektiv feststellbare Gesichtspunkte vor, die bei der Begutachtung unerkannt geblieben und geeignet seien, zu einer abweichenden Beurteilung zu führen. Die Berichte von Dr. med. C.____ enthielten keine solchen Gesichtspunkte, weshalb ohne Abstriche auf das Gutachten von Dr. med. D.____ abgestellt werden müsse. Im Übrigen habe Dr. med. C.____ in einem früheren Bericht selbst eine neutrale Begutachtung vorgeschlagen.

H.

Der Versicherte liess am 11. Mai 2009 einwenden, mangelhaft sei das Gutachten von Dr. med. D.____ in bezug auf die Umschreibung einer adaptierten und somit zumutbaren Erwerbstätigkeit. Es sei auch für einen Laien offensichtlich, dass die angestammte Tätigkeit mit hoher Arbeitsbelastung und Führungsverantwortung nicht mehr adaptiert sein könne. Es fehle eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob die ehemalige anspruchsvolle Tätigkeit immer noch adaptiert sei oder ob gewisse Bedingungen berücksichtigt werden müssten. Diese Ergänzungsfragen müssten Dr. med. D.____ unbedingt noch gestellt werden. Dabei seien auch die Angaben des Projektcoachs und von Dr. med. C.____ zu berücksichtigen. Dr. med. D.____ habe durchaus eine psychiatrische Diagnose gestellt. Nur trete diese gegenwärtig nicht in Erscheinung. Umso wichtiger sei es abzuklären, welche Anforderungen dem Versicherten noch zumutbar seien. Daraus gebe das Gutachten von Dr. med. D.____ keine Antwort.

I.

Die IV-Stelle verzichtete am 15. Mai 2009 auf eine Duplik.



Erwägungen:

1.

1.1 Die Rentenverfügung vom 10. Juli 2008 ist dem Beschwerdeführer selbst und nicht dem Rechtsvertreter eröffnet worden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. ARV 2002 S. 65 ff. unter Verweis auf das Urteil vom 13. Februar 2001, C 168/00) hätte der Beschwerdeführer grundsätzlich in Erfüllung seiner verfahrensrechtlichen Sorgfaltspflicht den Zustellfehler der Beschwerdegegnerin dadurch korrigieren müssen, dass er sich spätestens am letzten Tag der bereits seit der Eröffnung an ihn selbst laufenden Beschwerdefrist bei seinem Rechtsvertreter hätte erkundigen müssen, ob dieser ebenfalls ein Verfügungsexemplar erhalten habe. Da sein Rechtsvertreter diese Frage verneint hätte, hätte der Beschwerdeführer ihm sein Exemplar der Verfügung übermitteln müssen, worauf dem Rechtsvertreter dann nochmals eine dreissigtägige Frist zur Beschwerdeerhebung entstanden wäre. Das ist nicht geschehen, so dass die Verfügung vom 10. Juli 2008 mit dem Ablauf der dreissigtägigen Frist seit der regelwidrigen Zustellung an den Beschwerdeführer selbst nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unangefochten in formelle Rechtskraft erwachsen ist. Mit einer inhaltlich identischen Verfügung vom 20. Oktober 2008 hat die Beschwerdegegnerin die formell rechtskräftige Verfügung vom 10. Juli 2008 "ersetzt". In der Aktennotiz vom 7. Oktober 2008 ist diese Vorgehensweise als "nochmals eine Verfügung erlassen" bezeichnet worden. In der Mitteilung an die zuständige Ausgleichskasse, ebenfalls vom 7. Oktober 2008, hat die Beschwerdegegnerin davon gesprochen, dass die Verfügung vom 10. Juli 2008 "annulliert" werden müsse. Als Instrumente zur Aufhebung und zum Ersatz formell rechtskräftiger Verfügungen kommen nur die prozessuale Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) und die Wiedererwägung (Art. 53 Abs. 2 ATSG) in Betracht. Die rechtswidrige Zustellung der Verfügung vom 10. Juli 2008 an den Beschwerdeführer statt an dessen Rechtsvertreter ist keine qualifiziert neue Tatsache, die objektiv nicht vor der telefonischen Anfrage des Rechtsvertreters am 7. Oktober 2008 hätte erkannt werden können. Der "Widerruf" bzw. die "Annullierung" kann also keine prozessuale Revision sein. Die Wiedererwägung setzt die zweifellose Unrichtigkeit der zu beseitigenden Verfügung voraus. Damit stellt sich die Frage, ob eine fehlerhafte Zustellung (an die versicherte Person statt an deren Rechtsvertreter) ausreicht, um eine Verfügung als zweifellos unrichtig erscheinen zu



lassen. Materiell war die Verfügung vom 10. Juli 2008 nach der Auffassung der Beschwerdegegnerin richtig, denn die neue Verfügung vom 20. Oktober 2008 war ja inhaltlich mit ihr identisch. Zweifellos unrichtig könnte also nur die Eröffnung der Verfügung vom 10. Juli 2008 gewesen sein. Da diese Verfügung aber nach der oben angegebenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ihren Zweck erfüllt, d.h. den Lauf der Beschwerdefrist ausgelöst hat, kann sie wegen des Zustellfehlers nicht zweifellos unrichtig gewesen sein. Das bedeutet, dass der "Widerruf" bzw. die "Annullierung" auch keine Wiedererwägung gewesen sein kann. Soweit die Verfügung vom 20. Oktober 2008 den "Widerruf" der Verfügung vom 10. Juli 2008 anordnet, ist sie also als rechtswidrig aufzuheben, da es keine rechtliche Grundlage für einen derartigen "Widerruf" gibt. Damit bleibt von der Verfügung vom 20. Oktober 2008 nur die materielle, rechtsgestaltende Anordnung (Zusprache einer ganzen Rente von Fr. 2150.- und Fr. 2210.- für die Periode August 2006 bis Dezember 2007) übrig und auf ihre Rechtmässigkeit zu prüfen. Diese materielle Anordnung findet sich aber vollumfänglich bereits in der – gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – formell rechtskräftigen Verfügung vom 10. Juli 2008. Da nicht zweimal formell rechtskräftig über ein und dasselbe Rechtsverhältnis, hier über einen allfälligen Rentenanspruch des Beschwerdeführers, verfügt werden kann, erweist sich die Verfügung vom 20. Oktober 2008 in ihrem materiellen Teil als nichtig. Auch eine nichtige Verfügung kann innerhalb der Beschwerdefrist angefochten werden. Allerdings kann der Streitgegenstand nur in der Feststellung der Nichtigkeit bestehen. Wenn die Verfügung vom 10. Juli 2008 – gestützt auf die eingangs dargestellte bundesgerichtliche Rechtsprechung – tatsächlich in formelle Rechtskraft erwachsen wäre, müsste im vorliegenden Beschwerdeverfahren also deren Widerruf in der Verfügung vom 20. Oktober 2008 als rechtswidrig aufgehoben und für den materiellen Teil der Verfügung vom 20. Oktober 2008 die Nichtigkeit festgestellt werden.

1.2 Gemäss der bereits genannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. ARV 2002 S. 65 ff. unter Verweis auf das Urteil vom 13. Februar 2001, C 168/00) gilt der Grundsatz, dass die fehlerhafte Eröffnung einer Verfügung für den Betroffenen keinen Nachteil zur Folge haben darf. Erreicht die fehlerhafte Zustellung doch noch ihr eigentliches Ziel, so besteht kein relevanter Nachteil. Eine überspitzte Berufung der versicherten Person auf Formfehler soll verhindert werden. Daraus fliesst nach der Auffassung des Bundesgerichts eine Sorgfaltspflicht der versicherten Person, die darin



bestehen soll, dass sich die – anwaltlich vertretene – versicherte Person, der die Verfügung regelwidrig direkt zugestellt worden ist, spätestens am letzten Tag der laufenden Rechtsmittelfrist bei ihrem Rechtsvertreter nach dem Stand der Dinge erkundigen und ihm ihr Exemplar der Verfügung zu Verfügung stellen muss, womit dann die Rechtsmittelfrist ab diesem Tag läuft. Diese Rechtsprechung ist in zweierlei Hinsicht problematisch: Zum einen fliesst aus der Regel, dass eine überspitzte Berufung der versicherten Person auf einen Formfehler der Verwaltung keinen Schutz finden soll, nicht ohne weiteres eine Sorgfaltspflicht des Bürgers mit dem Ziel, einen Zustellfehler der Verwaltung zu korrigieren. Zum andern beginnt mit der regelwidrigen Zustellung der Verfügung an die versicherte Person statt an deren Rechtsvertreter eine Rechtsmittelfrist zu laufen, so dass die Verfügung trotz der fehlerhaften Zustellung in formelle Rechtskraft erwächst, wenn die versicherte Person ihrer Sorgfaltspflicht nicht nachkommt, d.h. die Verfügung nicht als Briefträger der Verwaltung ihrem Rechtsvertreter bringt. Läuft die Rechtsmittelfrist ab der regelwidrigen Zustellung an die versicherte Person, so kann sie nicht an dem Tag erneut zu laufen beginnen, an dem die versicherte Person die Verfügung ihrem Rechtsvertreter übergibt. Die nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ab diesem Tag laufende neue Rechtsmittelfrist kann also nicht die ursprüngliche Rechtsmittelfrist sein, d.h. es muss sich um eine Art von Nachfrist handeln, mit der im Ergebnis die seit der regelwidrigen Zustellung an die versicherte Person selbst laufende Rechtsmittelfrist um die Höchstdauer dieser Rechtsmittelfrist verlängert wird. Die angebliche Existenz einer Sorgfaltspflicht der versicherten Person, der die Verfügung regelwidrig zugestellt worden ist, und die Verlängerung der Rechtsmittelfrist bei Erfüllung der Sorgfaltspflicht ist nur eine von mehreren Möglichkeiten der Lösung eines Verfahrensproblems, das eigentlich durch das positive Verfahrensrecht gelöst werden müsste. Nur weil das Bundesgericht zur Lösung eines rein "technischen" Verfahrensproblems auf Verfassungsrecht (Grundsatz von Treu und Glauben) oder auf allgemeine Verfahrensgrundsätze zurückgreift, um eine von mehreren Lösungsmöglichkeiten als richtig zu behaupten, handelt es sich noch nicht um verfassungsmässiges oder sonstwie übergeordnetes Verfahrensrecht, sondern nur um eine ganz normale Ausfüllung einer Lücke im Verfahrensrecht. Der Verfahrensrechtsgeber hat es unterlassen, für eine bestimmte verfahrensmässige Problemkonstellation eine Regelung bereitzustellen. Es ist also nach den üblichen Regeln für die Ausfüllung einer Gesetzes- oder Verordnungslücke zu prüfen, ob das



Bundesgericht zu Recht eine verfahrensrechtliche, ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen hat und gegebenenfalls, ob es mit seiner Rechtsprechung diese Lücke rechtmässig ausgefüllt hat.

1.3 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht also im Ergebnis von einer ausfüllungsbedürftigen Lücke in den Art. 52 und 56 bis 61 ATSG aus, die dann auf eine bestimmte Art und Weise ausgefüllt wird. Die Antwort auf die Frage, ob überhaupt eine Gesetzeslücke vorliegt, setzt als erstes eine Auslegung des positiven Rechts voraus, denn es muss feststehen, dass auch eine korrekt ausgelegte Gesetzesbestimmung für das sich stellende Problem keine Lösung bereithält. Gemäss Art. 60 Abs. 1 ATSG ist die Beschwerde innerhalb von dreissig Tagen seit der Eröffnung der Verfügung einzureichen. Art. 52 ATSG erwähnt zwar die Eröffnung der Verfügung nicht, aber bei einer systematischen Interpretation muss auch hier davon ausgegangen werden, dass die Verfügungseröffnung den Fristenlauf auslöst. Das Wort "eröffnen" wird im positiven Verfahrensrecht (vgl. auch Art. 49 Abs. 3 Satz 3 ATSG und Art. 34 VwVG) nicht definiert. Die grammatikalische Bedeutung von "eröffnen" ist mitteilen, kundtun, zugänglich machen. Die Entscheidung der Verwaltung wird dem Gesuchsteller also mitgeteilt, kundgetan, zugänglich gemacht. Damit allein ist für die Auslegung des in den Verfahrensnormen verwendeten Wortes "eröffnen" noch nichts gewonnen, denn auch einem anwaltlich vertretenen Gesuchsteller kann der Inhalt der Entscheidung der Verwaltung mitgeteilt werden. Das bedeutet aber noch nicht ohne weiteres, dass damit der Fristenlauf ausgelöst würde. Die spezifisch juristische Bedeutung des Wortes "eröffnen" muss also notwendigerweise einen über die grammatikalische Bedeutung hinausgehenden Inhalt haben. Da die Eröffnung einer Verfügung den Lauf der Rechtsmittelfrist auslöst, beinhaltet der verfahrenstechnische Begriff "eröffnen" eine Mitteilung des Entscheides der Verwaltung an jene Person, die berechtigt ist zu entscheiden, ob die Verfügung akzeptiert oder ob sie angefochten wird. Im verfahrenstechnischen Sinn eröffnet wird die Verfügung also nur derjenigen Person, in deren Kompetenz es steht, über eine Anfechtung der Verfügung zu entscheiden. Besteht zwischen dem Gesuchsteller und einem Anwalt ein Vertretungsverhältnis und ist das der Verwaltung bekannt, so kann die Verfügung nicht mehr dem Gesuchsteller selbst eröffnet werden, da er die Kompetenz, über eine allfällige Anfechtung dieser Verfügung zu entscheiden, für die Verwaltung erkennbar vollumfänglich an den Anwalt delegiert hat. Bei einer systematischen Interpretation des Wortes "eröffnen" kann eine



Zustellung an den Gesuchsteller statt an dessen Anwalt also keine Eröffnung sein und deshalb den Lauf der Beschwerdefrist nicht auslösen. Das positive Verfahrensrecht hält also eine Lösung für das Problem der regelwidrigen Zustellung an den Gesuchsteller statt an dessen Anwalt bereit: Eine solche Zustellung ist keine Eröffnung im Rechtssinn und löst deshalb keinen Fristenlauf aus. Das bedeutet aber noch nicht, dass auf keinen Fall eine ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke vorliegen kann. Allerdings würde es sich bei einer allfälligen Gesetzeslücke um eine Interpretation contra legem handeln. Es müsste nämlich entgegen dem Gesetzeswortlaut angenommen werden, dass eine Rechtsmittelfrist zu laufen begäme, obwohl die Verfügung dem Gesuchsteller nur mitgeteilt, aber nicht im Rechtssinn eröffnet worden wäre. Das Bundesgericht begründet eine solche unechte Gesetzeslücke mit einer Sorgfaltspflicht des Gesuchstellers. Erklärt wird die Existenz dieser Sorgfaltspflicht mit dem Grundsatz, dass die Berufung auf reine Formalien auch von Seiten des Bürgers nicht zulässig sei. Ob es einen solchen Grundsatz (als Ausfluss des auch für den Bürger geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben oder als Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots) tatsächlich gibt, kann hier offen bleiben, denn er wäre entgegen der Auffassung des Bundesgerichts nicht geeignet, eine Pflicht des Bürgers zu begründen, Verfahrensfehler der Verwaltung zu beseitigen, d.h. selbst für die korrekte Eröffnung einer regelwidrig ihm zugestellten Verfügung zu sorgen, indem er diese Verfügung zu seinem Anwalt trägt. Noch viel weniger kann diese Pflicht durchgesetzt werden, indem man den Lauf der Rechtsmittelfrist bereits bei der regelwidrigen Zustellung an den Bürger beginnen lässt und den Bürger so dazu zwingt, die Verfügung rechtzeitig innert dieser Frist zu seinem Anwalt zu tragen, um so den Eintritt der formellen Rechtskraft der Verfügung zu verhindern. Die Sorgfaltspflicht des Bürgers könnte, wenn es sie denn gäbe, höchstens darin bestehen, dass der Bürger gehalten wäre, die Verwaltung darauf hinzuweisen, dass die Verfügung zufolge einer anwaltlichen Vertretung nicht ihm eröffnet werden könne. Das Unterlassen einer so verstandenen Sorgfaltspflicht könnte aber nicht sanktioniert werden. Zu diesem Schluss würde auch die Regelung des Art. 49 Abs. 3 Satz 3 ATSG zwingen, laut der dem Bürger aus der mangelhaften Eröffnung kein Nachteil erwachsen darf. Da bei der Auslegung des Begriffs der "Eröffnung" einer Verfügung keine ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke vorliegt, erweist sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung als durch die bestehende Rechtslage nicht gedeckt. Ihr ist deshalb die Anwendung zu versagen,



d.h. es ist weiterhin auf die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa 99 V 177 ff. Erw. 3 und Jürg Stadelwieser, Die Eröffnung von Verfügungen, S. 37) abzustellen. Das bedeutet, dass die Zustellung der Verfügung an den Beschwerdeführer keine Eröffnung im Rechtssinn gewesen ist und deshalb den Lauf der Beschwerdefrist nicht hat auslösen können. Da die Verfügung vom 10. Juli 2008 nie eröffnet worden ist, hat sie auch nicht widerrufen werden müssen. Die Beschwerdegegnerin ist deshalb ohne weiteres berechtigt gewesen, am 20. Oktober 2008 über das Rentengesuch des Beschwerdeführers zu verfügen. Die Beschwerdefrist hat erst mit der Eröffnung der Verfügung vom 20. Oktober 2008 zu laufen begonnen. Die Beschwerde ist somit rechtzeitig erhoben worden, so dass auf sie einzutreten ist.

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. Der Beschwerdeführer war bis zum (erneuten) Ausbruch seiner Krankheit Verkaufsleiter einer Unternehmung der Sportartikelbranche. Dabei handelte es sich um eine Erwerbstätigkeit, für die der Beschwerdeführer qualifiziert war und die er auch zur allseitigen Befriedigung ausgeübt hatte. Die Berufskarriere des Beschwerdeführers wies zwar Brüche auf, aber diese waren ausschliesslich durch die Krankheit bedingt. Daraus folgt, dass der Beschwerdeführer seine Tätigkeit für die Unternehmung der Sportartikelbranche mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht aufgegeben hätte, wenn die Krankheit nicht wieder ausgebrochen wäre. Die Beschwerdegegnerin ist deshalb zu Recht davon ausgegangen, dass die (hypothetische) Validenkarriere in der Tätigkeit als Verkaufsleiter einer Unternehmung der Sportartikelbranche bestehe. Dieselbe Berufskarriere bildet nach der Auffassung der Beschwerdegegnerin die zumutbare Invalidenkarriere, wie sich dem Umstand entnehmen lässt, dass die Beschwerdegegnerin als zumutbares Invalideneinkommen denselben Betrag wie für das Valideneinkommen berücksichtigt hat. Die



Beschwerdegegnerin ist also davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer trotz seiner Krankheit in der Lage sei, wieder die Tätigkeit eines Verkaufsleiters auszuüben. Sie hat sich dabei auf das psychiatrische Gutachten vom 5. März 2008 abgestützt, in dem ausgeführt worden war, es sei zu einer vollständigen Remission gekommen und der Beschwerdeführer sei seit dem 12. Dezember 2007 wieder uneingeschränkt arbeitsfähig. Betrachtet man diese Aussage des psychiatrischen Gutachters isoliert, scheint tatsächlich auch für eine Tätigkeit als Verkaufsleiter wieder eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit bejaht worden zu sein. Tatsächlich hat sich der begutachtende Psychiater aber nicht explizit zur Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers in der Tätigkeit als Verkaufsleiter geäussert. Ebenso wenig hat er angegeben, wie eine behinderungsadaptierte Erwerbstätigkeit beschaffen sein müsste. Als einzige Äusserung zu einer adaptierten Erwerbstätigkeit könnte allenfalls der Hinweis auf die vom Beschwerdeführer angegebene Wunscharbeitsstelle in der Tourismusbranche (vorwiegend im Freien und nicht im Büro, z.B. Organisation und Durchführung von Wanderungen und Velotouren) interpretiert werden. Würde es sich dabei tatsächlich um eine adaptierte Tätigkeit handeln, wäre die früher ausgeübte Tätigkeit als Verkaufsleiter wohl als nicht mehr zumutbar zu qualifizieren, denn dabei müsste der Beschwerdeführer überwiegend im Büro arbeiten. Ausserdem wäre er dabei ungleich stärkeren Belastungen ausgesetzt als bei der Organisation von Wanderungen und Velotouren. Der begutachtende Psychiater scheint sich gar nicht bewusst gewesen zu sein, dass er nicht nur eine Arbeitsfähigkeitsschätzung abzugeben, sondern auch die Art der noch zumutbaren Erwerbstätigkeit zu umschreiben hatte. Damit fehlt im psychiatrischen Gutachten vom 5. März 2008 eine klare Aussage zu den Anforderungen an eine adaptierte Erwerbstätigkeit, die es erlauben würde, die zumutbare Invalidenkarriere mit ausreichender Wahrscheinlichkeit zu definieren. Insbesondere kann – entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin – nicht davon ausgegangen werden, dass eine Wiederaufnahme der Arbeit als Verkaufsleiter mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zumutbar sei. Gegen diese Auffassung der Beschwerdegegnerin spricht auch, dass der begutachtende Psychiater praktisch ausschliesslich auf die Aussage des Beschwerdeführers abgestellt zu haben scheint, mit der Sprunggelenksoperation sei es zu einer plötzlichen und weitgehenden Heilung der psychischen Beschwerden gekommen. Aber auch für die vom Beschwerdeführer vertretene Auffassung, die zumutbare Invalidenkarriere könne nur



noch in einer Tätigkeit bestehen, die derjenigen entspreche, die er im H.____ ausübe, fehlt ein ausreichender Nachweis. Weder die Angaben des begutachtenden noch diejenigen des behandelnden Psychiaters reichen aus, um den massgebenden Sachverhalt mit ausreichender Wahrscheinlichkeit zu belegen. Damit erweist sich die angefochtene Verfügung als rechtswidrig, weil sie in Verletzung der Untersuchungspflicht ergangen ist.

3.

Entsprechend den vorstehenden Erwägungen ist die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache ist zur ergänzenden Abklärung des massgebenden Sachverhalts an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang ist praxisgemäss in Bezug auf die Kosten des Verfahrens von einem vollumfänglichen Obsiegen des Beschwerdeführers auszugehen. Damit hat der Beschwerdeführer einen Anspruch auf eine volle Parteientschädigung. Diese bemisst sich nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 61 lit. g ATSG). Das vorliegende Beschwerdeverfahren ist unter Berücksichtigung dieser Kriterien als durchschnittlich einzustufen, so dass sich praxisgemäss eine Parteientschädigung von Fr. 3500.- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) rechtfertigt. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer also in diesem Betrag zu entschädigen. Das Beschwerdeverfahren ist kostenpflichtig. Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich nach dem Verfahrensaufwand (Art. 69 Abs. 1^{bis} IVG). Da auch dieser als durchschnittlich einzustufen ist, erscheint praxisgemäss eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.- als angemessen. Auch die Gerichtsgebühr ist von der vollumfänglich unterliegenden Beschwerdegegnerin zu entrichten. Der vom Beschwerdeführer in gleicher Höhe geleistete Kostenvorschuss wird zurückerstattet.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung vom 20. Oktober 2008 aufgehoben und die Sache wird zur ergänzenden Abklärung und zur anschliessenden



neuen Verfügung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.

2. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3500.- zu bezahlen.

3. Die Beschwerdegegnerin hat eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.- zu bezahlen; der in gleicher Höhe geleistete Kostenvorschuss ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten.