



**Fall-Nr.:** IV 2008/519  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** IV - Invalidenversicherung  
**Publikationsdatum:** 14.07.2020  
**Entscheiddatum:** 30.06.2010

### **Entscheid Versicherungsgericht, 30.06.2010**

**Art. 43 Abs. 1 ATSG. Rückweisung zur Abklärung der Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 30. Juni 2010, IV 2008/519).**

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterin Marie Löhner,  
Versicherungsrichter Martin Rutishauser; Gerichtsschreiber Adrian Rothenberger

#### **Entscheid vom 30. Juni 2010**

in Sachen

**S.\_\_\_\_,**

**Beschwerdeführerin,**

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Sabrina Schneider, St. Leonhard-Strasse 20,  
Postfach, 9001 St. Gallen,

gegen

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

**Beschwerdegegnerin,**

betreffend

**Rente**

**Sachverhalt:**



A.

A.a S.\_\_\_\_, Jahrgang 1961, arbeitete von August 2001 bis Juni 2003 (letzter Arbeitstag: 23. Januar 2003) als Office-Mitarbeiterin im Hotel A.\_\_\_\_ (IV-act. 6). In dieser Funktion verrichtete sie insbesondere Hilfstätigkeiten in der Küche und Putzarbeiten (IV-act. 21-17/20). Wegen starker Schmerzen auf der Aussenseite des Unterschenkels und der Unterseite des Fusses wurde die Versicherte am 4. Februar 2003 ins Spital Wattwil eingewiesen, wo eine Diskushernie (medio-lateral-linksseitig) L5/S1 mit Kompression der Nervenwurzel und leichter Impression des Duralsacks, eine Osteochondrose L5/S1, eine Spondylarthrose distal und anamnestisch eine Hypertonie festgestellt wurden. Die Neurochirurgie des Kantonsspitals St. Gallen, an welche die CT-Befunde der Versicherten weitergeleitet wurden, empfahl eine operative Versorgung der Diskushernie, was die Versicherte aber aus Angst vor einer Operation ablehnte (IV-act. 8-10/13 f.). Am 7. Juli 2003 meldete sich die Versicherte bei der Invalidenversicherung (IV) zum Leistungsbezug an (IV-act. 1).

A.b Gestützt auf ein polydisziplinäres (rheumatologisch-orthopädisches und psychiatrisches) Gutachten von Dr. med. B.\_\_\_\_, Spezialarzt FMH Innere Medizin, Physikalische Medizin und Rehabilitation, und Dr. med. C.\_\_\_\_, Psychiatrie und Psychotherapie FMH, vom 14. Februar 2005, wonach die Versicherte körperlich leichte Tätigkeiten ohne wiederholtes Heben über 10 kg weiterhin ausüben könne (IV-act. 21), lehnte die IV-Stelle den Antrag der Versicherten auf eine Invalidenrente mit Verfügung vom 8. März 2006 ab (IV-act. 26). Vertreten durch ihre Rechtsschutzversicherung erhob die Versicherte am 21. April 2006 gegen diese Verfügung Einsprache (IV-act. 32). Zwecks einer psychiatrischen Abklärung wurde das Einspracheverfahren am 1. Juni 2006 sistiert (IV-act. 44) und die Verfügung in der Folge am 13. Juni 2007 widerrufen (IV-act. 60). Nachdem Dr. med. D.\_\_\_\_, Spezialarzt Orthopädische Chirurgie FMH, und Dr. med. univ. E.\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Neurologie der Versicherten im Rahmen einer erneuten Begutachtung eine Arbeitsfähigkeit von 70% in einer leidensadaptierten Tätigkeit attestiert hatten (IV-act. 71), stellte die IV-Stelle der Versicherten mit Vorbescheid vom 6. August 2008 den Erlass einer leistungsablehnenden Verfügung in Aussicht (IV-act. 75).



## St.Galler Gerichte

A.c Mit Einwand vom 10. September 2008 forderte die Versicherte die Ausrichtung einer halben Invalidenrente, mindestens aber einer Viertelsrente. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen an, dass es nicht nachvollziehbar sei, inwiefern sie in der angestammten Tätigkeit aus psychiatrischer Sicht eine Arbeitsfähigkeit von 60%, in einer leidensadaptierten Tätigkeit hingegen eine solche von 70% aufweisen soll, sei sie durch die bei ihr festgestellte mittelgradige depressive Episode doch in jeder Tätigkeit gleich eingeschränkt. Insgesamt sei von einer 40-50%igen Einschränkung in einer leidensadaptierten Tätigkeit auszugehen. Der von der IV-Stelle anerkannte Leidensabzug von 10% sei zudem zu gering. Berücksichtige man Alter, Dienstjahre, Nationalität, Aufenthaltsstatus, Beschäftigungsgrad, die ungenügenden Sprachkenntnisse und insbesondere auch die Einschränkungen, die sie aufgrund ihrer somatischen und psychischen Beschwerden selbst in einer leichten Hilfstätigkeit aufweise, rechtfertige sich ein Leidensabzug von 15%. Selbst bei der Annahme einer 70%igen Restarbeitsfähigkeit resultiere ein Invaliditätsgrad von 40,5%, unter Berücksichtigung einer 50%igen Restarbeitsfähigkeit gar ein solcher von 57,5% (IV-act. 77).

A.d Die IV-Stelle hielt an ihrer Auffassung fest und lehnte einen Anspruch der Versicherten auf eine Invalidenrente mit Verfügung vom 12. November 2008 ab. Mit den Gutachtern sei interdisziplinär von einer 70%igen Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit auszugehen. Ein höherer Leidensabzug sei nicht gerechtfertigt, zumal Alter, Dienstjahre, Nationalität, Aufenthaltsstatus und ungenügende Sprachkenntnisse als IV-fremde Faktoren nicht berücksichtigt werden dürften (IV-act. 79).

B.

B.a Gegen diese Verfügung richtet sich die von Rechtsanwältin Sabrina Schneider, St. Gallen, für S.\_\_\_\_ am 17. Dezember 2008 beim Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen angehobene Beschwerde mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin eine ganze IV-Rente zuzusprechen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zur Begründung bringt die Rechtsvertreterin im Wesentlichen vor, die Beschwerdegegnerin verletze ihre Pflicht zur umfassenden Beweiswürdigung, wenn sie die Restarbeitsfähigkeit gestützt auf das Gutachten D.\_\_\_\_/



E.\_\_\_\_ festlege, ohne die diesbezüglich von weiteren Ärzten geäusserten Ansichten, insbesondere jene des Hausarztes der Beschwerdeführerin, zu berücksichtigen. Zudem sei weiterhin unklar, weshalb die Beschwerdeführerin aus psychiatrischer Sicht in ihrer angestammten Tätigkeit eine 60%ige Restarbeitsfähigkeit, in einer adaptierten Tätigkeit hingegen eine solche von 70% aufweise, zumal es sich bei der angestammten Tätigkeit um eine geistig einfache Tätigkeit mit klarer Führung und Anleitung gehandelt habe. Eine adaptierte Tätigkeit, die den von den Gutachtern gemachten Einschränkungen genüge, existiere nur hypothetisch; die Restarbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin sei nicht verwertbar. Indem es die Beschwerdegegnerin unterlassen habe, der Beschwerdeführerin die Namen der Gutachter vorgängig mitzuteilen, habe sie ihr rechtliches Gehör verletzt. Im Hinblick darauf, dass Dr. E.\_\_\_\_ keinen schweizerischen Facharztstitel besitze und der Titel "Arzt für Psychiatrie und Neurologie" in der Schweiz nicht existiere, sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin Dr. E.\_\_\_\_ als Gutachter abgelehnt hätte. Auf dessen Teilgutachten dürfe daher nicht abgestellt werden. Ferner habe es die Beschwerdegegnerin im Rahmen der Invaliditätsbemessung unterlassen, einen Teilzeitabzug vorzunehmen. Die Faktoren Alter, Dienstjahre, Nationalität, Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad seien entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung im Rahmen eines allfälligen Leidensabzugs zu berücksichtigen (act. G 1).

B.b In ihrer Beschwerdeantwort vom 6. Februar 2009 anerkennt die Beschwerdegegnerin die ihr vorgeworfene Verletzung des rechtlichen Gehörs, stellt sich aber auf den Standpunkt, auf das Gutachten D.\_\_\_\_/E.\_\_\_\_ könne trotzdem abgestellt werden, da sich die Beschwerdeführerin ohne Vorbehalt der Begutachtung bei den beiden Ärzten unterzogen habe und auch im jetzigen Zeitpunkt keine Befangenheitsgründe vorbringe. Auf die Arbeitsfähigkeitsschätzung des Hausarztes könne nicht abgestellt werden, da darin eine psychiatrische Diagnose mitberücksichtigt werde, obwohl psychische Gesundheitsschädigungen nach der Rechtsprechung zwingend fachärztlich festgestellt werden müssten. Ferner verweise der Hausarzt auf den Arztbericht von Dr. med. F.\_\_\_\_, der zur Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit überhaupt nicht Stellung genommen habe. Schliesslich sei der Erfahrungstatsache Rechnung zu tragen, dass behandelnde Ärzte aufgrund ihrer auftragsrechtlichen Stellung zugunsten ihrer Patienten aussagen würden. Inwiefern das



Gutachten von Dr. E.\_\_\_\_ durch die Tatsache, dass er keinen schweizerischen Facharztstitel besitze, entwertet werden solle, sei nicht ersichtlich, zumal er unbestrittenermassen über einen österreichischen Facharztstitel verfüge und zudem als gerichtlicher Sachverständiger tätig sei. Eine psychiatrische Diagnose begründe zudem noch keine Arbeitsunfähigkeit. Vielmehr bestehe die Vermutung, dass die Auswirkungen der psychischen Krankheit mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar seien. Die von Dr. E.\_\_\_\_ festgestellte mittelgradige depressive Störung sei nicht invalidisierend, weil es sich dabei nicht um ein selbständiges, von der Schmerzstörung losgelöstes Leiden handle. Eine psychische Komorbidität von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer sei nicht ersichtlich. Damit sei von einer vollen Arbeitsfähigkeit aus psychischen Gründen auszugehen. Beachtlich sei deshalb lediglich die aus somatischen Gründen vorliegende Arbeitsunfähigkeit von 20%. Das Valideneinkommen von Fr. 35'138.00 entspreche dem von der Beschwerdeführerin im Jahr 2002 erzielten tatsächlichen Erwerbseinkommen. Das Invalideneinkommen sei demgegenüber anhand der Lohnstrukturerhebungen des Bundesamtes für Statistik (LSE) zu berechnen. Im Jahr 2002 betrage der Durchschnittslohn einer Hilfsarbeiterin Fr. 47'788.00. Weil dieser Betrag deutlich höher sei als das Valideneinkommen von Fr. 35'138.00, sei das Invalideneinkommen praxisgemäss auf diesen Wert zu reduzieren. Im Hinblick darauf, dass die Beschwerdeführerin nur noch leichte Hilfstätigkeiten ausführen könne, sei zudem ein Leidensabzug von 10% vorzunehmen. Die von der Beschwerdeführerin zur Begründung eines höheren Leidensabzugs angerufenen Kriterien seien invaliditätsfremd und daher nicht zu berücksichtigen. Ein allfälliger Lohnnachteil sei zudem auf jeden Fall mit der vorgenommenen Parallelisierung von Validen- und Invalideneinkommen ausgeglichen. Ein Teilzeitabzug sei nicht vorzunehmen, da Hilfsarbeiterinnen in einer solchen Anstellung im Verhältnis zu einer Vollzeitbeschäftigung sogar proportional mehr verdienen. Somit betrage das Invalideneinkommen Fr. 25'299.00, woraus ein Invaliditätsgrad von 28% resultiere. Damit sei die angefochtene Verfügung rechtmässig und die Beschwerde abzuweisen (act. G 4).

B.c Mit Replik vom 12. März 2009 beantragt die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin weiterhin die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Zusprache einer ganzen Invalidenrente. Eventualiter seien weitere Abklärungen vorzunehmen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Sie bekräftigt erneut, dass



aufgrund der Gehörsverletzung nicht auf das von Dr. E.\_\_\_\_ erstellte Teilgutachten abgestellt werden könne, zumal die Beschwerdeführerin Dr. E.\_\_\_\_ als Experten im Hinblick auf dessen fragliche fachliche Qualifikation abgelehnt hätte. Der Hausarzt sei aufgrund seiner Interdisziplinarität ohne Weiteres in der Lage, eine Einschätzung der verschiedenartigen Befunde und ihrer funktionellen Auswirkungen vorzunehmen. Mit Blick auf das zusammen mit dem Arztbericht eingereichte Schreiben könne dieser auch nicht als rudimentär oder nicht schlüssig bezeichnet werden. Die Rechtsprechung der Überwindbarkeit sei nur auf somatoforme Schmerzstörungen anwendbar. Selbst wenn sie vorliegend zur Anwendung gelangen würde, wäre die Krankheit der Beschwerdeführerin offensichtlich nicht durch eigene Willensanstrengung überwindbar, leide die Beschwerdeführerin doch neben den psychischen Diagnosen an diversen körperlichen Erkrankungen, die nicht als voneinander losgelöst betrachtet werden könnten. Die Beschwerdegegnerin widerspreche sich zudem selbst, wenn sie einerseits an der vollen Beweiskraft des Gutachtens von Dr. E.\_\_\_\_ festhalte, andererseits aber unter Hinweis auf die Überwindbarkeit der psychischen Beschwerden die von ihm vorgenommene Arbeitsfähigkeitsschätzung nicht anerkenne. Wegen dieser Widersprüchlichkeit und dem mangelnden Beweiswert des psychiatrischen Gutachtens sei ein weiteres psychiatrisches Gutachten durchzuführen. Aufgrund der Einschränkungen der Beschwerdeführerin für eine adaptierte Tätigkeit sei schliesslich ein Leidensabzug von mindestens 15% gerechtfertigt (act. G 7).

B.d Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf die Einreichung einer Duplik (act. G 9).

### Erwägungen:

1.

Angefochten ist eine Verfügung, die nach dem Inkrafttreten der 5. IV-Revision am 1. Januar 2008 ergangen ist. Mangels einer übergangsrechtlichen Norm bzw. aufgrund allgemeiner temporalrechtlicher Grundsätze sind für die vor diesem Zeitpunkt massgebenden Verhältnisse (Rentenanspruch mit Anspruchsbeginn bei Anmeldung unter altem Recht) die im Folgenden zitierten, bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Bestimmungen anzuwenden.

2.



2.1 Unter Invalidität wird die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit verstanden (Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Erwerbsunfähigkeit ist dabei der durch eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 7 ATSG). Der Grad der für einen allfälligen Rentenanspruch massgebenden Invalidität wird gemäss Art. 16 ATSG durch einen Einkommensvergleich ermittelt, bei dem das Einkommen, das die versicherte Person nach dem Eintritt der Invalidität und nach der Durchführung der notwendigen und zumutbaren Eingliederungsmassnahmen bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt wird zum Einkommen, das die versicherte Person erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen). Nach Art. 28 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) in der bis 31. Dezember 2007 gültigen Fassung hat eine versicherte Person Anspruch auf eine ganze Invalidenrente, wenn sie mindestens zu 70%, Anspruch auf eine Dreiviertelsrente, wenn sie wenigstens zu 60% invalid ist. Liegt ein Invaliditätsgrad von mindestens 50% vor, so besteht Anspruch auf eine halbe Rente und bei einem IV-Grad von mindestens 40% ein solcher auf eine Viertelsrente.

2.2 Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung – und im Beschwerdefall das Gericht – auf Unterlagen angewiesen, die ärztliche und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes oder der Ärztin ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die versicherte Person arbeitsunfähig ist (BGE 125 V 261 E. 4). Das Gericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen und demnach zu prüfen, ob die vorliegenden Beweismittel eine zuverlässige Beurteilung des strittigen Leistungsanspruchs gestatten. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat es aber mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung als vereinbar erachtet, in Bezug auf bestimmte Formen medizinischer Berichte und Gutachten Richtlinien für die Beweiswürdigung aufzustellen (BGE 125 V 351 E. 3b). Gemäss Bundesgericht besitzen daher im Rahmen des Verwaltungsverfahrens eingeholte Gutachten von externen Spezialärzten, die aufgrund



eingehender Beobachtungen und Untersuchungen sowie nach Einsicht in die Akten Bericht erstatten und bei der Erörterung der Befunde zu schlüssigen Ergebnissen gelangen, bei der Beweiswürdigung volle Beweiskraft, solange nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen (BGE 125 V 351 E. 3b/bb).

2.3 Vorliegend präsentiert sich die medizinische Aktenlage wie folgt:

2.3.1 Am 19. August 2003 wurde die Versicherte von Dr. med. F.\_\_\_\_, Facharzt FMH für Innere Medizin und Rheumatologie, untersucht. Dieser diagnostizierte eine linksseitige medio-laterale Diskushernie L5/S1 und stellte darüber hinaus muskuläre Dysbalancen und degenerative Veränderungen der unteren LWS fest. Seine Befunde, die Schmerzbeschreibung durch die Patientin und die fehlende Wirkung therapeutischer Massnahmen deuten nach Ansicht von Dr. F.\_\_\_\_ auf eine wesentliche nicht-organische Komponente der Beschwerden. In der angestammten Tätigkeit als Küchenhilfe sei die Versicherte zu 100% arbeitsunfähig (IV-act. 8-7 ff.).

2.3.2 Mit Arztbericht vom 5. September 2003 bestätigte der Hausarzt, Dr. med. G.\_\_\_\_, Allgemeine Medizin FMH, im Wesentlichen die von Dr. F.\_\_\_\_ gestellten Diagnosen und ergänzte diese durch die Befunde depressive Entwicklung mit Somatisierungstendenz, Adipositas und arterielle Hypertonie. Der Hausarzt erachtete die Beschwerdeführerin für voll arbeitsunfähig seit 24. Januar 2003. In einem Begleitschreiben schildert Dr. G.\_\_\_\_ insbesondere den schwierigen Therapieverlauf aufgrund eines wechselnden, schwer einzuordnenden Beschwerdebilds und der Unstetigkeit der Beschwerdeführerin und kam zum Schluss, dass eine Integration in den Arbeitsprozess wohl nicht erreicht werden könne (IV-act. 8-1 ff.).

2.3.3 Im Rahmen der ersten Begutachtung der Beschwerdeführerin am 19. / 27. Januar 2006 stellte sich Dr. B.\_\_\_\_ auf den Standpunkt, dass die kaum differenzierbare Schmerzmodulation, das andauernd hohe Schmerzniveau, die mehr subjektiven als physiologischen Vorstellungen entsprechende Schmerzanordnung und die Unkontrollierbarkeit der Schmerzen durch physikalische und pharmakologische Massnahmen mehr auf eine Schmerzdynamik mit somatoformer Komponente als auf ein nociceptives Schmerzgeschehen hindeuteten. Aus rheumatologisch-orthopädischer Sicht sei die Beschwerdeführerin in einer körperlich leichten Arbeit (maximal



gelegentliche Hebebelastung 10 kg) voll arbeitsfähig. In der zuletzt ausgeübten Tätigkeit als Küchenhilfe bestehe dagegen keine relevante Arbeitsfähigkeit mehr. Vergleichbar diagnostiziert Dr. C.\_\_\_\_ eine undifferenzierte Somatisierungsstörung (ICD-10 F45.1). Eine psychiatrische Erkrankung, welche die Beschwerdeführerin in der Arbeitsfähigkeit einschränke, liege jedoch nicht vor (IV-act. 21).

2.3.4 Am 4. Mai 2006 wurde am Röntgeninstitut Dr. med. H.\_\_\_\_ eine vertebro-spinale Kernspintomografie durchgeführt. Dabei erkannte Dr. med. I.\_\_\_\_ eine breitbasige, mediane bis medio-linkslaterale, den Rezessus lateralis der Nervenwurzel S1 links einengende Diskushernie L5/S1, eine Osteochondrose, eine leichte Spondylarthrose L5/S1 und eine leichte Spondylose L4/L5 ohne Einengung nervaler Strukturen (IV-act. 57-9).

2.3.5 Vom 15. Juni bis 17. Juli 2006 war die Versicherte in der Psychiatrischen Klinik Wil hospitalisiert. In psychiatrischer Hinsicht stellten die Ärzte eine leichtgradige depressive Episode mit somatischem Syndrom (ICD-10 F32.11) fest und attestierten der Beschwerdeführerin eine volle Arbeitsunfähigkeit bei Austritt (IV-act. 49).

2.3.6 Am 22. August 2006 wurde die Beschwerdeführerin im Kantonsspital St. Gallen untersucht. Dabei stellte Dr. med. J.\_\_\_\_ eine lumbale Diskushernie L5/S1 median bis rechts medio-lateral mit chronischem Lumbo-ischialgiesyndrom S1 betont links und Verdacht auf ein neuralgiformes Schmerzsyndrom S1 links bei langjähriger Wurzelkompression fest. Zudem diagnostizierte er eine reaktive Depression mit Angststörung und eine arterielle Hypertonie (IV-act. 56-13).

2.3.7 Im Rahmen der zweiten Begutachtung stellten die Dres. D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_ bei der Beschwerdeführerin eine fortgeschrittene Osteochondrose und Spondylarthrose L5/S1 mit mediolinksseitiger Diskushernie und linksforaminaler Enge mit Kompression der Nervenwurzeln L5/S1 links, mässiger Spinalkanalstenose und mässiger Diskushernie L4/5 ohne neurale Kompression fest. Zudem leide die Beschwerdeführerin unter Adipositas und einer mittelgradigen depressiven Episode mit somatischem Syndrom. Darüber hinaus diagnostiziert Dr. E.\_\_\_\_ im psychiatrischen Teilgutachten eine chronische Lumbalgie mit ischialgieformen Beschwerden links. Ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit wird im Gesamtgutachten eine Cervikalgie und eine arterielle



Hypertonie festgehalten. Nach Ansicht von Dr. D.\_\_\_\_ sind die lumbalen Schmerzen und die pathologischen Untersuchungsbefunde der LWS mit den im MRI nachgewiesenen degenerativen Veränderungen der unteren Lendenwirbelsäule vereinbar, jedoch könne die Hyposensibilität des gesamten linken Beins und die extremen Berührungstörungen bei Kompression der Nervenwurzeln L5/S1, welche nur den Unterschenkel und Fuss versorgten, nicht nachvollzogen werden. Die Beschwerdeführerin scheine auf ihre chronische Schmerzsymptomatik fixiert mit möglicherweise vermehrter Schmerzwahrnehmung und inadäquater Schmerzverarbeitung bei mittelgradiger depressiver Episode. Vom 23. Januar bis 30. Juni 2003 sei sie hinsichtlich ihrer bisherigen Tätigkeit als Küchengehilfin voll arbeitsunfähig. In der darauf folgenden Zeit betrage die Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit aus orthopädischer Sicht und bei voller Stundenpräsenz 25%, da der Beschwerdeführerin körperlich schwere Arbeiten in kalter und feuchter Umgebung, die vorwiegend sitzend und stehend ausgeübt werden müssten und die mit häufigen inklinierten und reklinierten sowie rotierten Körperhaltungen als auch dem regelmässigen Heben und Tragen von Gegenständen über 10 kg verbunden seien, nicht mehr vollumfänglich zugemutet werden könnten. Aus psychiatrischer Sicht bestehe in der angestammten Tätigkeit seit Oktober 2006 eine verminderte Leistungsfähigkeit von 40% bei voller Stundenpräsenz. In einer adaptierten Tätigkeit, namentlich einer körperlich leichten Tätigkeit in temperierten Räumen, die abwechslungsweise sitzend und stehend durchgeführt werden könne, ohne dass dabei regelmässig inklinierte und reklinierte sowie rotierte Körperhaltungen eingenommen und Gegenstände über 10 kg gehoben oder getragen werden müssten, bestehe ab Oktober 2006 aus orthopädischer Sicht eine Arbeitsfähigkeit von ca. 80% bei voller Stundenpräsenz. Aus psychiatrischer Sicht sei eine Arbeitsfähigkeit von 70% bei voller Stundenpräsenz in einer geistig einfachen Tätigkeit ohne erhöhten Zeitdruck mit wenig Kunden- oder Menschenkontakten, klaren Arbeitsstrukturen im kleinen Team, klarer Führung und Anleitung und ohne Schichtarbeit gegeben. Interdisziplinär betrage die Arbeitsfähigkeit ab Oktober 2006 70% bei voller Stundenpräsenz (IV-act. 71).

## 2.4

2.4.1 Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzte, indem sie es unterlassen hat, dieser



die Namen der mit der zweiten polydisziplinären Begutachtung beauftragten Dres. D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_ vorgängig bekanntzugeben (vgl. Art. 44 ATSG). Vorab zu prüfen ist, ob ungeachtet dieser Gehörsverletzung auf das Gutachten D.\_\_\_\_/E.\_\_\_\_ abgestellt werden darf. Zu beachten ist dabei, dass eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch im Anwendungsbereich von Art. 44 ATSG als geheilt gelten kann, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann, wobei die Heilung eines derartigen Verfahrensmangels die Ausnahme bleiben muss (BGE 127 V 431 E. 3d/aa, 126 V 130 E. 2b, je mit Hinweisen; Urteile des Bundesgerichts vom 31. August 2007, U 145/06, E. 5.2 und 26. Januar 2007, I 30/06, E. 6.3 mit Hinweisen).

2.4.2 Eine vorgängige Bekanntgabe der begutachtenden Ärzte ist insbesondere im Hinblick auf die Geltendmachung von gesetzlichen Ausstands- und Ablehnungsgründen von Bedeutung. Dabei sind nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung Einwendungen formeller Natur und Einwendungen materieller Natur zu unterscheiden. Zu den Einwendungen formeller Natur zählen Einwendungen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Sachverständigen zu wecken. Dies gilt insbesondere für die gesetzlichen Ausstandsgründe (vgl. Art. 36 Abs. 1 ATSG). Einwendungen materieller Natur können sich zwar ebenfalls gegen die Person des Gutachters richten, beschlagen jedoch nicht dessen Unparteilichkeit. Solche Einwendungen sind in der Regel im Rahmen der Beweiswürdigung zu behandeln. Dies gilt auch bei fehlender Sachkunde eines Gutachters, sind fachliche Defizite für sich alleine doch nicht geeignet, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Gutachters zu wecken (BGE 132 V 93, E. 6.5 mit Hinweis).

2.4.3 Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin bringt vor, dass diese Dr. E.\_\_\_\_ als Gutachter bei vorgängiger Bekanntgabe abgelehnt hätte, weil dieser keinen schweizerischen Facharztstitel trage und deshalb die Qualitätssicherung nicht gewährleistet sei. Bei dieser sinngemässen Rüge ungenügender fachlicher Qualifikation handelt es sich nicht um eine formelle, sondern um eine materielle Einwendung gegen die Begutachtung durch Dr. E.\_\_\_\_, die sich zudem im Hinblick auf den österreichischen Facharztstitel von Dr. E.\_\_\_\_ und dessen Funktion als gerichtlicher Sachverständiger in Österreich als unbegründet erweist, da nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung



für die Begutachtung kein schweizerischer FMH-Titel verlangt ist (Urteil vom 26. Januar 2010, 9C\_736/2009, E. 2.1). Nachdem im vorliegenden Beschwerdeverfahren über die Einwendung der Beschwerdeführerin befunden wurde, kann die Gehörsverletzung als geheilt betrachtet und das Gutachten D.\_\_\_/E.\_\_\_ im Rahmen der vorzunehmenden Beweiswürdigung ohne Einschränkung berücksichtigt werden.

2.5 Das Gutachten D.\_\_\_/E.\_\_\_ wurde nach eingehender Untersuchung der Beschwerdeführerin und unter Würdigung der gesamten medizinischen Aktenlage erstellt. Es bestätigt die bereits von mehreren involvierten Ärzten gestellten Diagnosen und legt darüber hinaus überzeugend dar, dass die Hyposensibilität und die extremen Berührungstörungen des gesamten linken Beins mit einer Kompression der Nervenwurzeln L5/S1 nicht erklärbar sind, da letztere lediglich Unterschenkel und Fuss versorgen. So ist denn auch der Schluss nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin offenbar aufgrund der anhaltenden chronischen Schmerzsymptomatik eine depressive Verstimmung entwickelte und sich in der Folge immer mehr zurückzog. Die von Dr. E.\_\_\_ geäußerte Ansicht, die Beschwerdeführerin sei bei mittelgradiger depressiver Episode auf ihre chronische Schmerzsymptomatik fixiert, deckt sich auch mit den Ausführungen der Ärzte der Psychiatrie Wil, wonach die Beschwerdeführerin über den gesamten Hospitalisationsverlauf auf das somatische Beschwerdebild fokussierte und die dadurch bedingten Einschränkungen der Lebensqualität beklagte (IV-act. 49-2). Im Sinne des Gutachtens D.\_\_\_/E.\_\_\_ äusserten bereits die Gutachter B.\_\_\_/C.\_\_\_ im Februar 2005, dass die kaum differenzierbare Schmerzmodulation, das andauernd hohe Schmerzniveau, die mehr subjektiven als physiologischen Vorstellungen entsprechende Schmerzanordnung und die Unkontrollierbarkeit der Schmerzen durch physikalische und pharmakologische Massnahmen mehr auf eine Schmerzdynamik mit somatoformer Komponente als auf ein nociceptives Schmerzgeschehen hindeuteten (IV-act. 21-10). Immerhin scheint sich die somatische Situation seit 2003 bzw. der Begutachtung B.\_\_\_/C.\_\_\_ verschlechtert zu haben, wie Dr. D.\_\_\_ plausibel darlegt. Zur bereits vorhandenen Diskushernie L5/S1 seien im aktuellen MRI mehretägige degenerative Veränderungen und eine neurale Kompression links sichtbar (IV-act. 71-8). Vor diesem Hintergrund ist auch die Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. D.\_\_\_ von 80% (nicht 100% wie Dr. B.\_\_\_ noch attestierte) nachvollziehbar. An der von mehreren medizinischen Experten geäußerten Einschätzung vermag die abweichende



Meinung des Hausarztes, auf welche sich die Beschwerdeführerin beruft, nichts zu ändern.

2.6 Die Annahme eines invalidisierenden psychischen Gesundheitsschadens setzt zunächst eine psychiatrisch gestellte Diagnose nach einem wissenschaftlich anerkannten Klassifikationssystem voraus. Allerdings lässt eine psychische Beeinträchtigung als solche noch nicht auf eine Arbeitsunfähigkeit schliessen. Vielmehr besteht eine Vermutung, dass die Auswirkungen einer psychischen Krankheit mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar sind. Bei somatoformen Schmerzstörungen oder bei vergleichbaren pathogenetisch bzw. ätiologisch unklaren syndromalen Zuständen können nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung aber bestimmte Umstände, die die Schmerzbewältigung intensiv und konstant behindern, den Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess unzumutbar machen. Ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt, entscheidet sich im Einzelfall anhand verschiedener Kriterien. Im Vordergrund steht die Feststellung einer psychischen Komorbidität von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer. Massgebend sein können auch weitere Faktoren, so: chronische körperliche Begleiterkrankungen; ein mehrjähriger, chronifizierter Krankheitsverlauf mit unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne länger dauernde Rückbildung; ein sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens; ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr beeinflussbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung (primärer Krankheitsgewinn; "Flucht in die Krankheit"); das Scheitern einer konsequent durchgeführten ambulanten oder stationären Behandlung (auch mit unterschiedlichem therapeutischem Ansatz) trotz kooperativer Haltung der versicherten Person (BGE 130 V 352). Je mehr dieser Kriterien zutreffen und je ausgeprägter sich die entsprechenden Befunde darstellen, desto eher sind - ausnahmsweise - die Voraussetzungen für eine zumutbare Willensanstrengung zu verneinen (Meyer-Blaser, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, namentlich für den Einkommensvergleich in der Invaliditätsbemessung, in: Schaffhauser/Schlauri [Hrsg.], Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen 2003, S. 77).

2.7 Der vorliegende Fall zeichnet sich durch die Besonderheit aus, dass sich die Schmerzen der Beschwerdeführerin im linken Bein teilweise somatisch durch die Diskushernie und die damit einhergehende Kompression der Nervenwurzel L5/S1



erklären und sich daher in diesem Umfang durch blosser Willensanstrengung nicht überwinden lassen. Demgegenüber können die Schmerzen im oberen Bereich des linken Beines nicht durch die Nervenwurzelkompression erklärt werden. Sie sind offenbar Teil der von Dr. E.\_\_\_\_ festgestellten anhaltenden chronischen Schmerzsymptomatik und in diesem Ausmass vermutungsweise überwindbar. Im vorliegenden Fall gilt jedoch zu beachten, dass die Überwindbarkeit der Schmerzen im oberen Bereich des linken Beins durch die organisch bedingten Dauerschmerzen in Unterschenkel und Fuss erheblich erschwert wird. Die volle Überwindbarkeit der Schmerzsymptomatik im linken Oberschenkel durch eine zumutbare Willensanstrengung muss bereits aus diesem Grund verneint werden. Sie müsste aber auch dann verneint werden, wenn die vom Bundesgericht aufgestellten Kriterien, die gegen eine Überwindbarkeit eines mit einer somatoformen Schmerzstörung verwandten syndromalen Zustands sprechen, im vorliegenden Fall massgeblich sind, zumal die besagten Kriterien in gehäufte Weise erfüllt sind. Zu bejahen sind mit Blick auf die Schilderungen von Dr. E.\_\_\_\_ insbesondere ein chronifizierter Krankheitsverlauf mit progredienter Symptomatik, ein umfassender sozialer Rückzug und das Scheitern bisheriger Behandlungen. Die durch das Schmerzsyndrom verursachte Arbeitsunfähigkeit ist daher entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin im Rahmen der Arbeitsfähigkeitsschätzung ebenfalls zu berücksichtigen.

## 2.8

2.8.1 Die Dres. D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_ attestieren der Beschwerdeführerin interdisziplinär eine Arbeitsfähigkeit von 70% in einer adaptierten Tätigkeit. Aus orthopädischer Sicht müsse es sich dabei um eine körperlich leichte Tätigkeit in temperierten Räumen handeln, die abwechslungsweise sitzend und stehend durchgeführt werden könne, ohne dass dabei regelmässig inklinierte und reklinierte sowie rotierte Körperhaltungen eingenommen und Gegenstände über 10 kg gehoben oder getragen werden müssten. Aus psychiatrischer Sicht müsse es sich um eine geistig einfache Tätigkeit ohne erhöhten Zeitdruck mit wenig Kunden- oder Menschenkontakten, klaren Arbeitsstrukturen im kleinen Team, klarer Führung und Anleitung und ohne Schichtarbeit handeln. Unter diesen Umständen stellt sich in der Tat die Frage, ob in der realen Wirtschaft überhaupt eine Tätigkeit existiert, die sämtliche von den Gutachtern an eine adaptierte Tätigkeit gestellten Voraussetzungen erfüllt resp. ob die



Restarbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin überhaupt verwertbar ist. Die Beschwerdegegnerin bejaht dies ohne Durchführung beruflicher Abklärungen und bezeichnet "leichtere Maschinenbedienungs-, Kontroll-, Sortier-, Prüf- sowie Verpackungsarbeiten, leichtere Arbeiten bei der Lager- und Ersatzteilbewirtschaftung sowie Kurier- und leichtere Lieferdienste (z.B. Pizzakurier)" als für die Beschwerdeführerin geeignete Tätigkeiten (act. G 4 S. 6).

2.8.2 Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin fallen Kurier- und Lieferdienste im Hinblick darauf, dass die Beschwerdeführerin nie gelernt hat, Auto zu fahren (vgl. IV-act. 21-17), eine Tätigkeit im Kurierwesen grösstenteils sitzend ausgeübt wird und in der Regel mit einem hohen Zeitdruck verbunden ist, von vornherein als mögliche Tätigkeit ausser Betracht. Die Eignung der Beschwerdeführerin für die vorgeschlagenen Maschinenbedienungs-, Kontroll-, Sortier-, Prüf- und Verpackungsarbeiten ist im Hinblick auf die aus orthopädischer Sicht notwendige Wechselbelastung, die Unmöglichkeit, regelmässig inklinierte und reklinierte sowie rotierte Körperhaltungen einzunehmen und die von Dr. E.\_\_\_\_ erwähnten kognitiven Defizite ("im Denken langsam, umständlich, in Gedanken abwesend [...] deutliche Merkfähigkeitsstörungen und Gedächtnisstörungen", IV-act. 71-17) sowie die von ihm an den konkreten Arbeitsplatz gestellten Anforderungen (kein erhöhter Zeitdruck, wenig Kunden- und Menschenkontakt, klare Arbeitsstrukturen, Führung und Anleitung in einem kleinen Team, keine Schichtarbeit, vgl. IV-act. 71-18) unklar. Insgesamt ist – berücksichtigt man zudem Alter, Nationalität und die fehlenden Sprachkenntnisse der Beschwerdeführerin – die Verwertbarkeit ihrer Restarbeitsfähigkeit zumindest fraglich. Die Beschwerdegegnerin wird diesbezüglich weitere Abklärungen vorzunehmen und anschliessend neu zu verfügen haben.

3.

3.1 Nach dem Gesagten ist die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 12. November 2008 in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zur Vornahme weiterer Abklärungen im Sinne der Erwägungen und zur neuen Verfügung zurückzuweisen.



3.2 Das Beschwerdeverfahren ist kostenpflichtig. Die Kosten werden nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von Fr. 200.00 bis Fr. 1'000.00 festgelegt (Art. 69 Abs. 1<sup>bis</sup> IVG). Eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.00 erscheint als angemessen. Die Gerichtskosten hat die unterliegende Beschwerdegegnerin zu bezahlen. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.00 ist ihr zurückzuerstatten.

3.3 Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende beschwerdeführende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.00 bis Fr. 12'000.00. Die von der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin eingereichte Kostennote über Fr. 3'032.60 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) erscheint dabei als angemessen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

### **entschieden:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung vom 12. November 2008 aufgehoben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zur Vornahme weiterer Abklärungen im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 600.00 hat die Beschwerdegegnerin zu bezahlen. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.00 wird ihr zurückerstattet.
3. Die Beschwerdegegnerin bezahlt der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'032.60 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer).