



Fall-Nr.: IV 2009/130
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 02.07.2020
Entscheiddatum: 20.01.2011

Entscheid Versicherungsgericht, 20.01.2011

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.

Entscheid Versicherungsgericht, 20.01.2011

Vizepräsidentin Miriam Lendfers, Versicherungsrichterin Monika Gehrler-Hug,
Versicherungsrichter Martin Rutishauser; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

Entscheid vom 20. Januar 2011

in Sachen

C.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Mattias Dolder, Poststrasse 23, 9001 St. Gallen,

gegen

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



St.Galler Gerichte

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Rente

Sachverhalt:

A.

C.____ (Jg. 1946) meldete sich am 26. März 2007 zum Bezug von IV-Leistungen an. Dabei gab sie u.a. an, sie habe den Beruf der Schneiderin erlernt. Seit 1993 sei sie als Mitarbeiterin in der Zentralküche des A.____ tätig. Dr. med. B.____ berichtete der IV-Stelle am 15. Mai 2007, die Versicherte leide an therapieresistenten Handbeschwerden links (bei Tendovaginitis stenosans Finger I links, St. n. CTS-Operation links Juni 2006), aktuell an einer Rhizarthrose links (Arthroplastik 7.5.2007 KSSG) sowie – ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit – an einem leichten Karpaltunnelsyndrom rechts, an einem depressiven Zustand, an einem St. n. totaler Thyreoidektomie am 21.3.2000 bei Struma multinodosa et zystica, an Ciprexallergie, an einem leichten Tinnitus und an einer leichten chronisch-venösen Insuffizienz. Die Versicherte sei in ihrer angestammten Tätigkeit seit dem 3. Februar 2006 durchgehend schwankend zwischen 100% und 25% arbeitsunfähig gewesen. Seit dem 15. März 2007 bestehe bis auf weiteres eine vollständige Arbeitsunfähigkeit. Der Gesundheitszustand sei besserungsfähig. Die Versicherte klagt über anhaltende Schmerzen im Bereich der rechten Hand und beider Arme. Die operativen Massnahmen seien ausgeschöpft. Zur Bestimmung der definitiven Arbeitsfähigkeit müsse der postoperative Verlauf abgewartet werden. Bei gröberer und mittelschwerer Arbeit dürfte die Versicherte kaum mehr arbeitsfähig werden. Ob sie für eine leichte Arbeit noch arbeitsfähig sein werde, müsse abgewartet werden. Die Handchirurgen, bei denen die Versicherte in Behandlung stehe, müssten sich diesbezüglich auch noch äussern können. Dr. med. B.____ legte seinem Bericht an die IV-Stelle u.a. auch einen Bericht der Klinik für Hand-, plastische und Wiederherstellungschirurgie des A.____ vom 8. Mai 2007 über eine Resektionsarthroplastik DSG II bei. Gemäss diesem Bericht war der Verlauf komplikationslos gewesen. Die Versicherte war noch bis 3. Juni 2007 als zu 100%



St.Galler Gerichte

arbeitsunfähig betrachtet worden. Der Personaldienst des A.____ teilte der IV-Stelle am 31. Mai 2007 mit, die Versicherte werde als Betriebsangestellte in der Küche für Hilfsarbeiten eingesetzt. Am 20. Juni 2007 berichtete die Klinik für Hand-, plastische und Wiederherstellungschirurgie der IV-Stelle, es bestehe eine Rhizarthrose Daumen links. Die Versicherte sei bis 31. August 2007 zu 100% arbeitsunfähig. Tätigkeiten ohne Belastung der Hand seien anschliessend ohne Einschränkung zumutbar. Die Versicherte werde voraussichtlich in einem Jahr beschwerdefrei sein. Dr. D.____ vom RAD hielt am 5. Juli 2007 fest, es bestehe eine belastungsabhängige Funktionseinschränkung der linken Hand. Das genaue bleibende Ausmass sei noch nicht beurteilbar. Für ausschliesslich manuelle Tätigkeiten mit z.T. mittelschweren Arbeiten in einer Grossküche sei eine bleibende Arbeitsunfähigkeit von 20% jetzt schon ausgewiesen. In einer adaptierten Erwerbstätigkeit bestehe gemäss den übereinstimmenden Einschätzungen des Hausarztes und des Kantonsspitals eine Arbeitsfähigkeit von 100%. Der Eingliederungsberater der IV-Stelle hielt am 3. August 2007 fest, er habe die Versicherte besucht. Da die Versicherte mit der deutschen Sprache eher Mühe habe, habe die Tochter das Gespräch geführt. Sie habe angegeben, seit der Operation am linken Arm im Mai 2007 gehe es der Versicherten nicht viel besser. Die Versicherte habe keine Kraft in der linken Hand, könne nichts greifen, spüre nichts und alles falle ihr aus der Hand. Ähnliches gelte aufgrund eines noch zu operierenden Karpaltunnelsyndroms auch für die rechte Hand. Diese Operation werde aber erst in Angriff genommen werden, wenn die linke Hand vollständig verheilt sei. Ein Arbeitsversuch in der Zentralküche des A.____ mit einem 25-50%-Pensum sei krankheitsbedingt abgebrochen worden. Am 6. August 2007 hielt der Eingliederungsberater fest, dass er den Fall abschliesse, weil für eine adaptierte Tätigkeit von einer Arbeitsfähigkeit von 100% auszugehen sei und weil sich die Versicherte subjektiv nicht arbeitsfähig fühle. Die Tochter der Versicherten übermittelte der IV-Stelle einen Bericht der Klinik für Hand-, plastische und Wiederherstellungschirurgie vom 14. August 2007, laut dem die Versicherte rechts an einem deutlichen Karpaltunnelsyndrom und an degenerativen Schulterbeschwerden litt; für die rechte Hand stand noch eine Operation bevor. Dr. med. E.____ vom Kantonsspital St. Gallen berichtete der IV-Stelle am 22. November 2007, es seien folgende Diagnosen gestellt worden: St. n. Karpaldachspaltung links am 10.4.06, St. n. Ringbandspaltung A1 Dig. IV Hand links bei Tendovaginitis stenosans Dig. IV Hand



St.Galler Gerichte

links und rechts 30.6.06, Tendovaginitis de Quervain Hand links (Erstdiagnose 16.2.07), St. n. Resektions-, Suspensions-, Interpositionsarthroplastik modifiziert nach Epping am 7.5.07 mit/bei Daumensattelgelenksarthrose links. Er gab weiter an, der Gesundheitszustand sei stationär. Am 24. Oktober 2007 habe die Versicherte bei der Untersuchung weiterhin über diffuse Schmerzen der linken Hand und über starke Verspannungen in den Schultern geklagt. Die Versicherte habe eine Daumenschiene getragen. Das Daumenglied sei beweglich gewesen, der Daumen habe gekreiselt werden können und er habe den Kleinfinger und das Kleinfingergrundgelenk erreicht. Die Sensibilität sei palmar regelrecht gewesen. Dorsal sei anfangs über leichte Paraesthesien berichtet worden. Diese würden nun aber nur noch gelegentlich beklagt. Die Versicherte habe diffuse Schmerzen der linken Hand angegeben. Unter dem Röntgenbildwandler seien aber weder eine knöcherner Pathologie noch eine Instabilität sichtbar gewesen. Man habe der Versicherten empfohlen, die Daumenschiene wegzulassen. Die Versicherte sei über Bewegungs- und Kräftigungsübungen informiert worden. Die Behandlung sei am 24. Oktober 2007 vorläufig abgeschlossen worden. Bei Tätigkeiten ohne Belastung der linken Hand könnte über eine volle Leistungsfähigkeit diskutiert werden.

B.

Mit Vorbescheiden vom 4. März 2008 teilte die IV-Stelle der Versicherten mit, dass sie beabsichtige, sowohl einen Rentenanspruch als auch einen Anspruch auf berufliche Eingliederungsmassnahmen zu verneinen. Da es der Versicherten zumutbar sei, zu 100% einer leidensadaptierten Erwerbstätigkeit nachzugehen, belaufe sich der Invaliditätsgrad auf lediglich 5%. Berufliche Massnahmen seien nicht möglich, weil die Versicherte sich subjektiv arbeitsunfähig fühle. Die Versicherte liess am 9. April 2008 einen "Einwand" erheben und beantragen, die Vorbescheide vom 4. März 2008 seien aufzuheben und es seien ihr ab wann rechtens die ihr zustehenden gesetzlichen IV-Leistungen zu erbringen. Eventualiter sei vorgängig ein interdisziplinäres Gutachten zur Arbeitsfähigkeit einzuholen. Zur Begründung führte der Rechtsvertreter der Versicherten aus, eine allenfalls verbliebene Arbeitsfähigkeit sei auch auf dem allgemeinen und ausgeglichenen Arbeitsmarkt nicht mehr verwertbar. Die Gründe dafür seien neben der Behinderung die verbleibende kurze Aktivitätsdauer, die berufliche Unerfahrenheit, die altersbedingte geringe Anpassungsfähigkeit und die längere



Abwesenheit vom Erwerbsleben. Selbst wenn eine allfällige Restarbeitsfähigkeit verwertbar wäre, bestünde ein Rentenanspruch. Der Bericht von Dr. med. E.____ vom 22. November 2007 sei widersprüchlich. Zunächst habe Dr. med. E.____ angegeben, Tätigkeiten, welche die linke Hand nicht belasteten, seien in vollem Umfang möglich. Dann habe er aber gesagt, bei Tätigkeiten ohne Belastung der linken Hand könne über eine volle Leistungsfähigkeit diskutiert werden. Blosser Mutmassungen reichten aber als Beweismass im Sozialversicherungsrecht nicht aus. Ein weiterer Mangel dieses Arztberichts bestehe darin, dass die Beschwerden im Schulterbereich und an der rechten Hand unberücksichtigt geblieben seien. Im Bericht des Kantonsspitals vom 14. August 2007 sei nämlich festgehalten worden, dass die Beschwerden der rechten Hand bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit Berücksichtigung finden müssten. Der Bericht von Dr. med. B.____ vom 21. Mai 2007 sei wesentlich aussagekräftiger. Aus ihm ergebe sich, dass eine allfällige (bestrittene) Restarbeitsfähigkeit angesichts des gesundheitlichen Gesamtzustandes einschliesslich der limitierten psychischen Belastbarkeit nicht verwertet werden könne. Das führe zu einer vollständigen Erwerbsunfähigkeit. Bei der Bemessung des zumutbaren Invalideneinkommens sei zu Unrecht kein Leidensabzug vorgenommen worden. Die erheblichen gesundheitlichen Leistungseinschränkungen, die Müdigkeit, der Schwindel, das fortgeschrittene Alter, die lange bisherige Betriebszugehörigkeit und die limitierte psychische Belastbarkeit rechtfertigten einen Abzug von 25%.

C.

Dr. med. F.____ vom RAD empfahl eine bidisziplinäre orthopädische und psychiatrische Begutachtung. Dr. med. univ. G.____ berichtete in seinem psychiatrischen Teilgutachten vom 28. Oktober 2008, die Versicherte habe angegeben, sie habe ständig Schmerzen vom Schulterbereich links über den linken Oberarm bis in den ersten Strahl der linken Hand (verstärkt bei Kraftanwendung). Ausserdem bestehe ein dolentes Schnappen des Ringfingers links. Wiederholt würden der Versicherten Gegenstände aus der linken Hand fallen. Schmerzmittel seien täglich erforderlich. Dr. med. univ. G.____ führte weiter aus, das psychische Zustandsbild habe sich seit Mai 2008 unter einer antidepressiven Medikation verbessert, die Schlafstörungen hätten gebessert und die Versicherte fühle sich weniger unruhig und weniger nachdenklich sowie ausgeglichener. Er diagnostizierte einen Z. n. Anpassungsstörungen mit längerer depressiver Reaktion



(ICD-10 F43.21), bestehend ab April 2006 bis etwa April 2008. Er gab weiter an, zum Untersuchungszeitpunkt hätten sich keine Hinweise für eine fassbare depressive Verstimmung erheben lassen. Auffallend seien die Verdeutlichungstendenzen bezüglich der Handbeschwerden gewesen. Bei der Anpassungsstörung mit längerer depressiver Reaktion habe es sich um einen leichten depressiven Zustand als Reaktion auf eine länger anhaltende Belastungssituation gehandelt. Die Versicherte habe anfangs Unruhezustände mit Durchschlafstörungen und - aufgrund der anhaltenden Beschwerdesymptomatik mit den entsprechenden Operationen - depressive Verstimmungszustände mit Affektlabilität, Grübeln und Nachdenklichkeit entwickelt. Seit Mai 2008 liege eine Stimmungsaufhellung mit Besserung der Affektlabilität, der Unruhezustände und der Schlafstörungen vor. Zwischen April 2006 und April 2008 habe die Versicherte trotz der vorübergehenden leichtgradigen depressiven Verstimmung vollzeitlich, aber mit einer maximal um 20% verminderten Leistungsfähigkeit arbeiten können. Seit Mai 2008 sei die Versicherte aus rein psychiatrischer Sicht zu 100% arbeitsfähig. Dr. med. H. ___ führte in seinem Gutachten vom 10. November 2008 aus, gemäss den Angaben der Versicherten persistiere seit dem Eingriff 06/06 ein dolentes Schnappen des linken Ringfingers. Die Versicherte sei Rechtshänderin. Nach der letzten Operation bestünden weiterhin Schmerzen im ersten Strahl der linken Hand, die in die linke Schulter ausstrahlten und den Schlaf störten. Diese Schmerzen verstärkten sich bei Kraftanwendung der linken Hand. Die Versicherte habe aber Schwellungen, Gefühlsstörungen und Lähmungen der linken Hand verneint. Sie habe angegeben, sie nehme täglich Schmerzmittel ein und sie trage regelmässig eine Schiene. Dr. med. H. ___ gab folgende Diagnosen an: St. n. Eppingplastik 05/07 sowie anamnestisch persistierender schnappender Ringfinger nach Ringbandspaltung A106/06 links, leichtes Supraspinatussehnen-Impingement links und – ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit – Karpaltunnelsyndrom rechts, Allergie auf Ciproxine und ev. Lyrica sowie St. n. Thyroidektomie. In seiner Beurteilung führte Dr. med. H. ___ aus, das Ausmass der Schmerzen im Bereich der linken Hand sowie die abnormen Untersuchungsbefunde derselben könnten bei St. n. Eppingplastik und Ringbandspaltung Dig. IV nicht ganz nachvollzogen werden. Unverständlich seien auch die Ausstrahlung der Beschwerden bis in die linke Schulter und die angegebene Hyposensibilität des gesamten linken Arms bei unauffälligen Reflexen der oberen Extremität sowie die quasi seitengleichen Umfangmasse derselben. Das monierte



dolente Schnappen des Ringfingers links habe bei der Untersuchung nicht verifiziert werden können. Eine Einschränkung der linken Hand bei Kraftanwendung sei bei der Resektionsarthroplastik des Daumensattelgelenks zweifellos gegeben, weil bei diesem Eingriff ein Teil des Gelenks reseziert und damit die Kraftübertragung beeinträchtigt worden sei. Das Ausmass der Schmerzen im Bereich der linken Schulter sowie der pathologischen objektiven Befunde derselben kontrastierten mit dem im MRI nur leichten Impingement der linken Schulter. Die Versicherte habe keine Beschwerden seitens der rechten Hand bei bekanntem Karpaltunnelsyndrom angegeben. Generell auffällig seien die sehr tiefe Schmerzschwelle anlässlich der Untersuchung und die damit zusammenhängenden Verdeutlichungsbemühungen gewesen. Auf die Frage nach der Arbeitsfähigkeit der Versicherten gab Dr. med. H. ___ an, in der bisherigen Tätigkeit als Küchenhilfe sei die Versicherte bei voller Stundenpräsenz noch zu 50% arbeitsfähig, da sie dabei körperlich schwere Arbeiten in einer kalten und feuchten Umgebung verrichten müsse, die mit einer regelmässigen Kraftanwendung der linken Hand, aber auch mit feinmotorischen Tätigkeiten verbunden seien, und bei denen häufig Tätigkeiten über der Horizontalen verrichtet werden müssten. Tätigkeiten in temperierten Räumen, bei denen die linke Hand primär nicht gebraucht werde, seien voll zumutbar.

D.

Der Rechtsvertreter der Versicherten führte in seiner Stellungnahme vom 20. Januar 2009 zum bidisziplinären Gutachten aus, die Dauer der Untersuchung durch Dr. med. H. ___ (eine Stunde bei mehrmaligen Unterbrechungen), dessen schroffes Verhalten (u.a. unzutreffende und verletzende Bemerkungen in Richtung übermässige Empfindlichkeit) und die von ihm angegebene tiefe Schmerzschwelle mit den angeblichen Verdeutlichungsbemühungen weckten erhebliche Zweifel an der Unvoreingenommenheit dieses Gutachters. Die Befundaufnahme sei auch hier wieder unvollständig gewesen, weil die Beschwerden im Schulterbereich sowie in der rechten Hand unberücksichtigt geblieben seien. Dem psychiatrischen Teilgutachten sei entgegenzuhalten, dass die andauernden psychischen Beschwerden immer noch einer ärztlichen und medikamentösen Behandlung bedürften. Damit könne nicht ausgeschlossen werden, dass im Rahmen der einmaligen psychiatrischen Untersuchung wesentliche Aspekte unerkannt geblieben seien, zumal die



Untersuchung nicht viel mehr als eine halbe Stunde gedauert habe. Im Übrigen fehle die Unterschrift des psychiatrischen Gutachters auf dem Hauptgutachten. Ausgehend von dieser Kritik des Rechtsvertreters der Versicherten formulierte Dr. med. D.____ vom RAD am 20. Februar 2009 verschiedene Fragen an die Gutachter. Dr. med. H.____ bejahte am 10. März 2009 die Fragen, ob er sich in der für die Untersuchung einberaumten Zeit einen ausreichenden Einblick in die gesundheitliche Situation der Versicherten habe verschaffen können, ob er die Untersuchung auch ohne die Mithilfe der Tochter (Sprache?) gut habe bewerkstelligen können und ob er die gesundheitlichen Beschwerden an der Schulter und an der rechten Hand gebührend berücksichtigt und gewertet habe. Gleichzeitig verneinte er die Frage, ob er voreingenommen oder befangen gewesen sei. Zum Bericht von Dr. med. B.____ vom 21. Mai 2007 führte Dr. med. H.____ aus, die Angabe einer Arbeitsunfähigkeit von 100% acht Tage postoperativ sei verständlich. Wie Dr. med. B.____ allerdings eine Woche postoperativ auf einen protrahierten bisherigen Verlauf komme und deshalb eine ungünstige Prognose betreffend die Arbeitsfähigkeit abgeben könne, sei rätselhaft. Eine Beurteilung der langfristigen Arbeitsfähigkeit sei erst einige Monate postoperativ verlässlich möglich gewesen. Offenbar hätten aber primär psychosoziale Probleme den Ausschlag für die Prognose von Dr. med. B.____ gegeben. Auch Dr. med. I.____ vom RAD nahm am 28. März 2009 Stellung zu der vom Rechtsvertreter der Versicherten geäusserten Kritik am bidisziplinären Gutachten. Er führte insbesondere aus, die Dauer der Begutachtung sage nichts über deren Qualität aus. Wenn der Gutachter unverständlich oder nicht nachvollziehbar geschrieben habe, dann deshalb, weil beispielsweise der gesamte linke Arm eine Hyposensibilität bei normalem Reflexbild aufgewiesen habe, was mit anatomischen Strukturen nicht erklärt werden könne. Deshalb wäre es auch unmöglich gewesen, mittels weiterer Abklärungen eine Erklärung zu finden. Mit einer Verfügung vom 30. März 2009 verneinte die IV-Stelle einen Anspruch auf berufliche Eingliederungsmassnahmen. Sie begründete dies damit, dass in einer leidensadaptierten Erwerbstätigkeit eine Arbeitsfähigkeit von 100% bestehe. Das subjektive Gefühl der Arbeitsunfähigkeit mache weitere Eingliederungsmassnahmen unmöglich. Ebenfalls am 30. März 2009 verfügte die IV-Stelle die Abweisung des Rentenbegehrens. Zur Begründung führte sie insbesondere aus, dass spätestens ab 20. Juni 2007 eine leidensadaptierte Tätigkeit zu 100% zumutbar gewesen sei, was einem Invaliditätsgrad von 5% entsprochen habe.



E.

Die Versicherte liess am 20. April 2009 nur gegen die Verfügung betreffend Invalidenrente Beschwerde erheben. Ihr Rechtsvertreter beantragte die Zusprache der ihr zustehenden gesetzlichen Leistungen der Invalidenversicherung ab wann rechtens und eventualiter die Rückweisung der Sache an die IV-Stelle, wobei diese anzuweisen sei, das Beweisverfahren formgerecht durchzuführen und dabei ein neues interdisziplinäres Gutachten zur Arbeitsfähigkeit einzuholen und anschliessend neu über die Leistungen zu befinden. Der Rechtsvertreter der Versicherten machte geltend, die angefochtene Verfügung sei ungenügend begründet. Die Erwägungen in der Verfügung beschränkten sich nämlich auf äusserst summarische Feststellungen zu den medizinischen Abklärungen sowie zur Frage des Leidensabzuges. Auf die Frage nach der massgebenden Verwertbarkeit einer allfälligen Restarbeitsfähigkeit sei mit keinem Wort eingegangen worden. Die Versicherte sei nicht über das Ergebnis der zusätzlichen Abklärungen bei Dr. med. H.____ orientiert worden, womit der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei. Diese Gehörsverletzung sei jedenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen. Der Rechtsvertreter der Versicherten machte weiter geltend, die Stellungnahme von Dr. med. H.____ zu der Kritik am Gutachten habe weitgehend nur aus einem "Ja" bestanden, was wohl niemanden überrascht habe. In Bezug auf die Beschwerden an der rechten Hand habe sich Dr. med. H.____ in einen Widerspruch verwickelt. Die weitere vom Rechtsvertreter der Versicherten vorgebrachte Kritik am Gutachten deckte sich mit derjenigen in der Stellungnahme zum Vorbescheid. Er machte also wieder geltend, Dr. med. H.____ sei voreingenommen gewesen, die Beschwerden an der rechten Hand seien nicht abgeklärt worden, der Bericht von Dr. med. B.____ vom 21. Mai 2007 sei nicht überzeugend widerlegt worden, die psychiatrische Beschränkung der adaptierten Tätigkeiten auf solche ohne erhöhte psychische Belastung und ohne erhöhten Zeitdruck seien nicht in das Hauptgutachten aufgenommen worden, im Hauptgutachten fehle die Unterschrift von Dr. med. univ. G.____ und die ärztliche Behandlung dauere an, was darauf schliessen lasse, dass wesentliche psychiatrische Aspekte unberücksichtigt geblieben seien. Deshalb weise das Gutachten keinen ausreichenden Beweiswert auf. Auch in Bezug auf die Behauptung, eine allfällige, bestrittene Restarbeitsfähigkeit sei wirtschaftlich nicht mehr verwertbar, deckte sich die Beschwerdebegründung mit den Ausführungen in der



Stellungnahme zum Vorbescheid. Der Rechtsvertreter der Versicherten verlangte wieder die Berücksichtigung eines Leidensabzuges von 25%.

F.

Die IV-Stelle beantragte am 4. Juni 2009 die Abweisung der Beschwerde. Sie machte geltend, die angefochtene Verfügung enthalte eine knappe, aber ausreichende Begründung, denn damit seien die gesetzlichen Grundlagen und der Einkommensvergleich erläutert worden und es sei auch erklärt worden, warum entgegen der Auffassung der Versicherten am Gutachten festgehalten worden sei. Da die Versicherte keine Einsicht in das Schreiben von Dr. med. H.____ vom 10. März 2009 und in die interne Stellungnahme des RAD vom 28. März 2009 erhalten habe, liege eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor. Diese Verletzung wiege aber nicht so schwer, dass sie zwingend eine Rückweisung erfordern würde. Das Gutachten enthalte keine konkreten Anhaltspunkte für eine mangelnde Objektivität von Dr. med. H.____. Den unspezifischen Schmerzen an der rechten Hand seien zu Recht keine Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit beigemessen worden, insbesondere weil die Röntgenbilder der rechten Hand unauffällige Befunde gezeigt hätten. Dr. med. B.____ habe in seinem Bericht insbesondere unter Verweis auf die laufenden handchirurgischen Abklärungen keine definitive Arbeitsfähigkeitsschätzung bezogen auf eine adaptierte Tätigkeit abgegeben. Entgegen der Auffassung des Rechtsvertreters der Versicherten lasse eine ärztliche und medikamentöse Behandlung der Psyche nicht ohne weiteres auf eine Arbeitsunfähigkeit schliessen. Als 63-Jährige wäre die Versicherte sicher schwer vermittelbar gewesen. Es könne aber nicht gesagt werden, eine Anstellung wäre nicht realistisch gewesen. Bei einer Arbeitsfähigkeit von 100% in einer adaptierten Tätigkeit erübrige sich die Beantwortung der Frage nach einem allfälligen Leidensabzug.

G.

Der Rechtsvertreter der Versicherten beharrte in der Replik vom 29. Juli 2009 darauf, dass auch in Bezug auf die Verfügungsbegründung eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör erfolgt sei, denn diese Begründung sei so allgemein gehalten, dass sie in jeder beliebigen leistungsabweisenden Verfügung stehen könnte, ohne als



St.Galler Gerichte

unstimmig aufzufallen. Er machte u.a. geltend, gegenüber Dr. med. H.____ seien zahlreiche Vorwürfe zu erheben, die in ihrer Gesamtheit erhebliche Zweifel an seiner Unvoreingenommenheit begründeten. Dr. K.____ vom Kantonsspital St. Gallen habe im Bericht vom 14. August 2007 festgehalten, dass die Versicherte ein deutliches Karpaltunnelsyndrom der rechten Hand sowie degenerative Schulterbeschwerden habe, so dass sie auch mit der nicht operierten Hand nicht voll einsatzfähig sei. Dr. med. H.____ hätte sich mit dieser widersprechenden Einschätzung auseinandersetzen müssen. Das psychiatrische Gutachten sei von falschen Tatsachen ausgegangen, als es angenommen habe, dass im Mai 2008 sämtliche Beschwerden weitgehend abgeklungen gewesen seien. Die verschiedenen Nachteile wie die minimale verbleibende Aktivitätsdauer verunmöglichten der Versicherten einen Wiedereinstieg in das Erwerbsleben. Die Versicherungskasse L.____ habe eine Invalidität von 100% anerkannt.

H.

Die IV-Stelle verzichtete am 4. August 2009 auf eine Duplik.

Erwägungen:

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 Verfahrenseinzelfall 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.



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 Lohnstrukturhebung (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.

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 klargestellt, 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 habe 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 Konkurrenznachteile 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 Konkurrenznachteile 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.

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.