



Fall-Nr.: IV 2010/194
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 18.06.2020
Entscheiddatum: 13.08.2012

Entscheid Versicherungsgericht, 13.08.2012

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

Entscheid Versicherungsgericht, 13.08.2012

Präsident Martin Rutishauser, Versicherungsrichter Joachim Huber,
Versicherungsrichterin Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

Entscheid vom 13. August 2012

in Sachen

A.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Daniel Ehrenzeller, Engelgasse 214, 9053 Teufen,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Rente



Sachverhalt:

A.

A.a A.____ meldete sich am 13. Februar 2008 zum Bezug einer Invalidenrente an (IV-act. 10). Dr. med. B.____, Spezialarzt für Innere Medizin FMH, gab am 19. Mai 2008 (IV-act. 12) folgende Diagnosen an: Zervikobrachiales Syndrom nach HWS-Schleudertrauma, ohne Hinweis für eine Radikulopathie, kernspintomographisch nachgewiesene mediorechtslaterale subligamentäre Diskushernie mit moderater foraminale Einengung C5/6 rechts ohne sicher erkennbare Nervenwurzelkompression, Diskusprotrusion L4/5 mit geringgradigem Kontakt zur Nervenwurzel von L5 links, präzessal ohne Verlagerung bzw. Kompression mit grenzwertig weitem Spinalkanal, Spondylarthrose L3/4. Er berichtete weiter, die Versicherte sei vom 18. Oktober 2007 bis 2. März 2008 zu 100% arbeitsunfähig gewesen. Seither bestehe eine Arbeitsunfähigkeit von 50%. Die lumbovertebralen und zervikobrachialen Schmerzen beeinträchtigen die Arbeitsfähigkeit. Die Versicherte könne noch vier Stunden täglich als Putzfrau arbeiten. Dr. med. C.____ vom RAD gab am 25. August 2008 an (IV-act. 28-2), aufgrund der Schmerzproblematik bestehe ein vermehrter Pausenbedarf. Deshalb könne der Versicherten eine Arbeitsunfähigkeit von 20% zugestanden werden. Gemäss verschiedenen Lohnabrechnungen der Z.____ GmbH war die Versicherte als Reinigungsmitarbeiterin zu einem Stundenlohn von Fr. 18.25 angestellt (IV-act. 37). Anlässlich einer sogenannten Haushaltabklärung gab die Versicherte am 25. Februar 2009 an (IV-act. 42-2), sie ginge zu 100% einer Erwerbstätigkeit nach, wenn sie gesund wäre. Die Abklärungsperson betrachtete diese Auskunft als plausibel (IV-act. 42-7). Deshalb nahm sie zur Ermittlung des Invaliditätsgrads der Versicherten nur einen Einkommensvergleich vor (IV-act. 41-2). Dabei gab sie zwar an, es sei von einem Arbeitsfähigkeitsgrad von 80% auszugehen. Sie verglich dann aber doch ein Valideneinkommen von Fr. 51'032.-- mit einem zumutbaren Invalideneinkommen von ebenfalls Fr. 51'032.--, so dass keine Invalidität resultierte.

A.b Mit einem Vorbescheid vom 8. April 2009 teilte die IV-Stelle der Versicherten mit, dass sie beabsichtige, das Leistungsbegehren abzuweisen (IV-act. 44). Die Versicherte liess durch ihren Rechtsvertreter am 28. April 2009 die Zusprache mindestens einer halben Invalidenrente beantragen (IV-act. 45). Der Rechtsvertreter verwies insbe-



sondere darauf, dass der Hausarzt die Versicherte ab 3. Oktober 2006 zu 100% und ab März 2008 zu 50% arbeitsunfähig geschrieben habe. Ab Oktober 2007 bestehe deshalb auf jeden Fall ein Anspruch auf eine ganze und ab Juni 2008 ein Anspruch auf eine halbe oder sogar eine Dreiviertelsrente. Die Versicherte sei ärztlicherseits nie näher begutachtet worden. Dadurch sei u.a. die Problematik des HWS-Distorsionstraumas vernachlässigt worden. Die notwendige medizinische Begutachtung müsse auch neue bildgebende Untersuchungen (funktionelle MRI-Aufnahmen von HWS und LWS) beinhalten. Dr. C.____ vom RAD empfahl am 17. Juni 2009 eine bidisziplinäre rheumatologische und psychiatrische Begutachtung (IV-act. 57). Dr. med. D.____, Spezialarzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, berichtete in seinem Gutachten vom 7. Oktober 2009 (IV-act. 66), er habe keine psychiatrischen Diagnosen erheben können. Deshalb bestehe aus der Sicht seines Fachgebiets keine Arbeitsunfähigkeit. Dr. med. E.____, Spezialarzt FMH für Innere Medizin, speziell Rheumaerkrankungen, hielt in seinem Gutachten vom 20. Oktober 2009 fest (IV-act. 65), er habe folgende Diagnosen erhoben: Adipositas per magna und panvertebrales Schmerzsyndrom zervikal- und lumbalbetont (bei zervikaler Diskushernie C5/6, nicht komprimierend rechts [MRI 2006] mit Angabe Brachialgie rechts mit diffuser Armhypästhesie, ohne motorische Parese bei normalen Armreflexen, EMG auf CTS negativ, Bericht der neurologischen Abklärung USZ 09/2009 trotz schriftlicher Anforderung nicht eingetroffen, bei leichtgradiger Lumbalgie bei CT 23.03.07 gegenüber 09/2004 unverändert leichtgradig medio-linkslateral akzentuierter Diskusprotrusion L4/5 mit einem geringgradigen Kontakt zur Nervenwurzel L5 bei rezessal ohne Kompression bei grenzwertig weitem Spinalkanal 10 mm sagittal Durchmesser, mässige Spondylarthrose, hier und auch L3/4, diskrete lumbale Spondylose, subjektive Angabe diffuser Beinhypästhesie links, Fusskante rechts ohne motorische Parese bei symmetrischen Reflexen, negativem Lasègue, und bei minimaler thorakaler rechtskonvexer Skoliose 4° lumbal, radiologisch nicht bestätigt). Neurologisch seien mit Ausnahme der angegebenen diffusen Armhypästhesie rechts keine Ausfälle festzustellen gewesen. Bei freier und weitgehend indolent beweglicher HWS und ebensolchen Schultergelenken habe ausreichend Kraft bestanden, um zweimal 2 kg vom Tisch auf Brusthöhe und zweimal 8 kg vom Boden auf Tischhöhe zu heben. Die BWS und die LWS seien indolent und frei beweglich gewesen. Trotz der Angabe einer chronischen Lumbalgie und einer diffusen Beinhypästhesie links müsse bei freier



Beweglichkeit ohne Verspannungen eine ausreichende Arbeitsfähigkeit angenommen werden für leichte Arbeiten mit Heben von repetitiv 8-10 kg, einmalig 12-15 kg Boden/Tisch, repetitiv 3 kg, einmalig 4 kg Tisch-/Brusthöhe. Voraussetzung sei allerdings, dass die Tätigkeit in Wechselhaltung (je ein Drittel sitzend, stehend und gehend) ausgeübt werden könne. Unzumutbar sei eine ständig vorgebeugte oder stark gebückte Haltung. Die Arbeitsfähigkeit reduziere sich um 10% für eingestreute Kurzpausen zur Entlastung und um weitere 10% wegen der rascheren Ermüdbarkeit u.a. auch durch die massive Adipositas. Die Arbeitsfähigkeit adaptiert betrage somit 80%. Für die angestammte Reinigungsarbeit (mittelschwer, oft gebückt) betrage die Arbeitsfähigkeit 50%. Abschliessend hielt Dr. E.____ fest, er werde den Abklärungsbericht der neurologischen Poliklinik des Universitätsspitals Zürich sofort nach dessen Eingang nachliefern und bei einer abweichenden Beurteilung auch kommentieren. Dr. C.____ vom RAD gab am 11. Dezember 2009 an (IV-act. 67), die Arbeitsunfähigkeit von 20% könne ab dem Unfall (Oktober 2006) angenommen werden.

A.c Die IV-Stelle übermittelte dem Rechtsvertreter der Versicherten die Gutachten und die RAD-Stellungnahme (IV-act. 68). Sie forderte ihn auf, bis 6. Januar 2010 Stellung zu nehmen. Der Rechtsvertreter machte am 17. Dezember 2009 geltend (IV-act. 70), der neurologische Bericht fehle noch. Dr. E.____ übermittelte diesen Bericht am 18. Januar 2010 (IV-act. 74 f.). Er wies darauf hin, dass die Versicherte den nachfolgenden Beurteilungstermin an der neurologischen Poliklinik vom 25. September 2009 und wohl auch das angeordnete HWS-MRI unangemeldet nicht eingehalten habe. An den Schlussfolgerungen in seinem Gutachten ändere sich nichts. Im Bericht der neurologischen Poliklinik des Universitätsspitals Zürich vom 31. Juli 2009 war ausgeführt worden, es gebe gewisse Hinweise auf eine radikuläre Beeinträchtigung, auch wenn diese sicher nicht das ganze Beschwerdebild erklären könne. Man habe ein MRI der HWS veranlasst, um die Entwicklung der Diskusprotrusion C5/6 mit leichter Myelonkompression auf den Bildern 06 beurteilen zu können. Für eine funktionelle Kernspintomographie-Untersuchung bestehe keine Indikation. Am 22. Januar 2010 übermittelte die IV-Stelle auch diese Unterlagen dem Rechtsvertreter der Versicherten (IV-act. 78). Die Frist zur Stellungnahme wurde bis 11. Februar 2010 verlängert. Der Rechtsvertreter wandte am letzten Tag der Frist ein (IV-act. 79), seiner Mandantin sei nie ein Termin auf den 25. September 2009 gegeben worden. Sie hätte sich dieser



Untersuchung selbstverständlich unterzogen. Deshalb seien die medizinischen Abklärungen noch nicht abgeschlossen. Ein MRI der LWS und der HWS sei unabdingbar. Eine Arbeitsfähigkeit von 80% sei zu hoch; 50% wären angemessen. Der Abzug vom Tabellenlohn müsse 25% betragen, weil die Folgen des HWS-Distorsionstraumas viel schwerwiegender seien, als der Gutachter angenommen habe, und weil die lumbale und zervikale Problematik radiologisch ungenügend geklärt sei. Damit gelte ein Invaliditätsgrad von 40%. Dr. C. ___ vom RAD hielt am 1. April 2010 fest (IV-act. 82), aus dem Bericht der neurologischen Poliklinik ergebe sich keine Änderung der Arbeitsfähigkeitsschätzung. Der Untersuchungsbefund sei vollkommen unauffällig gewesen. Die Versicherte habe keine Notwendigkeit gesehen, sich dort weiter behandeln zu lassen. Das relativiere den Leidensdruck und die Selbsteinschätzung der Schwere des Leidens. Der Einwand des Fehlens aktueller NMR-Bilder sei nicht überzeugend. Der Rechtsvertreter der Versicherten habe angegeben, es liege zu wenig Objektivierbares vor und dies solle nun gesucht werden. Die Absurdität, bei Fehlen einer Krankheit diese für die Invalidenversicherung suchen zu sollen, erkläre sich von selbst. Mit einer Verfügung vom 6. April 2010 wies die IV-Stelle das Leistungsbegehren der Versicherten ab (IV-act. 83). Sie begründete dies mit dem Fehlen einer rentenspezifischen Invalidität.

B.

B.a Die Versicherte liess am 5. Mai 2010 Beschwerde erheben und die Zusprache mindestens einer halben Invalidenrente ab Oktober 2007 beantragen; eventualiter sei die Verfügung aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (act. G 1). Zur Begründung machte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin geltend, das einzige MRI stamme aus dem Jahr 2004. Die Qualität dieses MRI sei unzureichend gewesen. In einem CT-Bericht von 2007 sei angegeben worden, dass bei L4/5 von einem geringgradigen Kontakt zur Nervenwurzel bei L5 auszugehen sei. Obwohl zunehmend über Schmerzen (mit Ausstrahlungen in das linke Bein und Parästhesien) geklagt worden sei, fehle seit sechs Jahren ein MRI der LWS-Problematik. Die Beschwerdeführerin warte bis heute auf den MRI-Termin des USZ. Das klinische Bild sei genug abgeklärt worden. Das genüge aber offensichtlich nicht, weil die subjektiven Angaben stark von denjenigen der Gutachter abwichen. Bevor nicht klar sei, was objektivierbar gesichert sei, helfe die klinische Untersuchung allein



St.Galler Gerichte

nicht weiter. Die Schmerzen zeigten ein klassisches Bild, das die Ärzte aber nicht glaubten. Der Bedarf nach weiteren Abklärungen bestehe, weil die Gutachter nicht bereit seien, die Aussagen der Beschwerdeführerin als glaubhaft zu betrachten. Die Beschwerdegegnerin hätte die festgestellte Arbeitsunfähigkeit von 20% nicht einfach beiseiteschieben dürfen. Bei einem Tabellenlohnabzug von 25% ergäbe schon diese Arbeitsunfähigkeit einen Anspruch auf eine Viertelsrente. Eine "Übergangsrente" werde auf den bisherigen Beruf abgestützt. Deshalb bestehe ab Oktober 2007 ein Anspruch auf eine ganze Invalidenrente. Selbst wenn man den 1. März 2008 als Übergang zur Verweisungstätigkeit einsetze, seien noch drei Monaten Übergangsfrist zu gewähren, so dass bis Mai 2008 ein Anspruch auf eine ganze Rente bestehe.

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragte am 16. August 2010 die Abweisung der Beschwerde (act. G 10). Sie machte insbesondere geltend, der rheumatologische Gutachter habe nirgends angemerkt, dass ihm ein aktuelles MRI fehle. Wenn der Verzicht auf zusätzliche bildgebende Untersuchungen nachvollziehbar begründet werde, sei es in antizipierender Beweiswürdigung zulässig, auf solche Untersuchungen zu verzichten. Da die Beschwerdeführerin selbst unter Berücksichtigung eines grosszügigen Abzugs vom Tabellenlohn sicher keine rentenbegründende Einbusse erleiden würde, erübrige sich die Durchführung eines Einkommensvergleichs. Es bestehe kein Anspruch auf eine "Übergangsrente", da das Bundesgericht diese gar nicht zulasse und da zudem von einer Arbeitsfähigkeit adaptiert von 80% ab Unfalldatum auszugehen sei.

B.c Die Beschwerdeführerin liess am 4. Oktober 2010 einwenden (act. G 16), die LWS-Problematik sei bereits vor dem Unfall vorhanden gewesen, sie habe sich im Jahr 2007 massiv verstärkt. Ihr Rechtsvertreter führte weiter aus, die Beschwerdeführerin sei nur für eine beschränkte Zeit teilzeitlich erwerbstätig gewesen. Sie habe eine Limitierung auf die vom Hausarzt erwähnten vier Stunden täglich vornehmen wollen, da aus gesundheitlichen Gründen gar nicht mehr in Frage gekommen sei. Es gehe nicht an, von Selbstlimitierung zu sprechen, wenn der Arzt nicht einmal wisse, wie es im Innern der untersuchten Person aussehe, und wenn er sich dieses Wissen mit geringem Aufwand verschaffen könnte. Die Schmerzen und Einschränkungen seien von der Beschwerdeführerin angegeben worden. Es sei unzulässig, einfach alles auf eine somatoforme Schmerzstörung zu reduzieren und die Schmerzen als überwindbar zu



erklären. Im übrigen habe das USZ ein MRI der HWS für notwendig erachtet. Die medizinische Begutachtung beruhe primär auf den Aussagen der Beschwerdeführerin, ergänzt durch einige subjektive Eindrücke der untersuchenden Ärzte, ohne dass objektivierbare Grundlagen irgendwie berücksichtigt worden wären. Das MRI der HWS sei unterblieben, weil die Beschwerdeführerin den Termin nie erfahren habe. Bei einem Tabellenlohnabzug von 25% müsse ein Invaliditätsgrad von 40% resultieren.

B.d Die Beschwerdegegnerin verzichtete am 11. Oktober 2010 auf eine Stellungnahme (act. G 18).

Erwägungen:

1.

Anspruch auf eine Invalidenrente hat, wer zu mindestens 40% invalid ist (Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [IVG, SR 831.20]). Gemäss Art. 16 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil der Sozialversicherungen [ATSG, SR 830.1] ist zur Bemessung des Invaliditätsgrads das Einkommen, das die versicherte Person nach dem Eintritt der Invalidität und nach der Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen), in Beziehung zu setzen zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen). Das ausschlaggebende Element der Bemessung des zumutbaren Invalideneinkommens - und damit indirekt des Invaliditätsgrads - ist in aller Regel der Grad der verbliebenen Arbeitsfähigkeit.

1.1 Die für einen allfälligen Rentenanspruch relevante Arbeitsfähigkeit ist gemäss Art. 16 ATSG diejenige bei einer Erwerbstätigkeit, die nach der Durchführung der medizinischen Behandlung und nach dem Abschluss beruflicher Eingliederungsmassnahmen zumutbarerweise ausgeübt werden kann (Art. 16 ATSG). Bei Hilfsarbeitern kommt i.d.R. keine berufliche Eingliederung in der Form einer Umschulung (Art. 17 IVG) oder einer vergleichbaren Massnahme in Frage. Deshalb dient anstelle einer behinderungsadaptierten neuen Arbeit, in welche die Person umgeschult worden ist, eine optimal behinderungsadaptierte Hilfsarbeit als Grundlage



der Bemessung der Arbeitsfähigkeit. Das gilt auch für den vorliegenden Fall, da die Beschwerdeführerin schon allein aufgrund der bescheidenen schulischen und intellektuellen Fähigkeiten keine qualifizierte Berufsausbildung absolvieren könnte. Dem hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zwar grundsätzlich zugestimmt. Er ist aber davon ausgegangen, dass wenigstens für eine "Übergangszeit", d.h. bis mindestens März 2008 (ev. gemäss Art. 88a Abs. 1 IVV bis Ende Juni 2008), nicht eine optimal behinderungsadaptierte Hilfsarbeit, sondern die früher ausgeübte Tätigkeit die Grundlage der Bemessung der Arbeitsfähigkeit bilden müsse. Er hat also im Ergebnis geltend gemacht, für diese "Übergangszeit" sei vom Wortlaut des Art. 16 ATSG abzuweichen. Die Rechtfertigung für eine solche Vorgehensweise könnte darin gesucht werden, dass bei einer rückwirkenden Rentenzusprache an eine Hilfsarbeiterin oft für eine beschränkte Zeit nach dem Ablauf des Wartejahres (Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG) ein - in aller Regel hypothetischer - Wechsel in eine optimal behinderungsadaptierte Hilfsarbeit als (noch) unmöglich oder als (noch) unzumutbar qualifiziert werden muss. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn versucht wird, das Arbeitsverhältnis durch eine Umplatzierung innerhalb des Betriebs zu "retten". Gelingt das trotz entsprechender Arbeitsversuche nicht, so muss das Arbeitsverhältnis schliesslich doch aufgelöst werden. Für die Dauer dieser Arbeitsversuche kann dann aber nicht rückwirkend auf eine (hypothetische) optimal behinderungsadaptierte Hilfsarbeit als Grundlage der Bemessung der Arbeitsfähigkeit abgestellt werden. Massgebend muss vielmehr die vor dem Eintritt des Gesundheitsschadens oder die während des Arbeitsversuchs ausgeübte Erwerbstätigkeit sein, denn nur diese ist in der damaligen konkreten Situation i.S. des Art. 16 ATSG zumutbar gewesen. Sobald der Umplatzierungsversuch im Betrieb erfolglos abgeschlossen ist, ist es als zumutbar zu betrachten, einer optimal behinderungsadaptierten Hilfsarbeit nachzugehen. Das gilt selbst dann, wenn das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt noch besteht, denn auch für den Arbeitgeber wäre es vorteilhaft, wenn das Ende der Kündigungsfrist (hypothetisch) nicht abgewartet werden müsste. Im vorliegenden Fall liegt keine solche Ausnahme vom Grundsatz vor, dass gestützt auf Art. 16 ATSG auf die Arbeitsfähigkeit in einer der Behinderung optimal angepassten Hilfsarbeit abzustellen sei (vgl. dazu etwa die Urteile 9C_141/2009 vom und 9C_153/2011 vom Erw. 4.3). Die Beschwerdeführerin ist in dem von ihrem Rechtsvertreter als "Übergangsphase" bezeichneten Zeitraum zwar möglicherweise stundenweise im Reinigungsdienst tätig



gewesen, aber es ist ihr sofort zumutbar gewesen, diese Arbeit aufzugeben und einer optimal behinderungsadaptierten Hilfsarbeit nachzugehen. Dass sie keinen konkreten behinderungsadaptierten Arbeitsplatz zur Verfügung gehabt hat, ist - als reine Arbeitslosigkeit - bei der Ermittlung der für die rentenspezifische Invalidität massgebenden Arbeitsunfähigkeit irrelevant. Die Arbeitsunfähigkeit ist deshalb unmittelbar nach dem Ablauf des sogenannten Wartejahres (Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG) anhand einer für die Beschwerdeführerin optimal behinderungsadaptierten Hilfsarbeit zu ermitteln. Somit kann es keinen Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine "Übergangsrente" bzw. eine "Arbeitsunfähigkeitsrente" geben.

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



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



auch in einer adaptierten Erwerbstätigkeit krankheitsbedingt zusätzliche Kurzpausen benötigt und dass sie trotz dieser Schmerzpausen schneller ermüdet als eine gesunde Arbeitnehmerin.

1.3 Die Beschwerdegegnerin hat eigentlich einen sogenannten Prozentvergleich (vgl. Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, bearbeitet von Ulrich Maurer, 2. A., S. 298) angestellt, indem sie bei der Ermittlung des zumutbaren Invalideneinkommens vom demselben Betrag ausgegangen ist, den sie als Valideneinkommen in den Einkommensvergleich eingesetzt hat. Die (hypothetische) Validenkariere der Beschwerdeführerin umfasst sämtliche auf dem Arbeitsmarkt anzutreffenden Hilfsarbeiten, die Invalidenkariere nur noch die optimal behinderungsadaptierten Hilfsarbeiten. Der Fächer der nach dem Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung noch möglichen Hilfsarbeiten ist also erheblich schmaler als der Fächer der ohne die Gesundheitsbeeinträchtigung (hypothetisch) in Frage kommenden Hilfsarbeiten. Im vorliegenden Fall handelt es sich bei den optimal behinderungsadaptierten Hilfsarbeiten um Tätigkeiten, die insbesondere geringe Anforderungen an die Körperkraft der Beschwerdeführerin stellen. Es gibt keinen statistischen Nachweis dafür, dass die Höhe des Hilfsarbeiterinnenlohns vom Ausmass der notwendigen körperlichen Leistung abhängen würde, dass also körperlich belastende Hilfsarbeiten durchschnittlich besser entlohnt würden als körperlich leichte Hilfsarbeiten. Andere Anforderungen an die Hilfsarbeiterin wie beispielsweise besondere Sorgfalt, hohe Konzentrationsleistung, Zuverlässigkeit usw. können betriebswirtschaftlich betrachtet durchaus auch einen höheren Lohn rechtfertigen. Die Beschwerdegegnerin ist also zu Recht davon ausgegangen, dass das Ausgangseinkommen zur Ermittlung des zumutbaren Invalideneinkommens dem Valideneinkommen entsprechen müsse. In einem ersten Schritt resultiert demnach ausgehend von der verbliebenen Restarbeitsfähigkeit ein Einkommen, das 80% des Valideneinkommens ausmacht. Diese verbleibenden 80% sind - analog dem zusätzlichen Abzug vom Tabellenlohn - nochmals zu reduzieren. Der Grund dafür liegt im Umstand, dass eine gesundheitlich angeschlagene Arbeitnehmerin für den rein betriebswirtschaftlich denkenden potentiellen Arbeitgeber zusätzliche Lohnkosten verursacht (oder zu verursachen droht), die bei gesunden Hilfsarbeiterinnen nicht anfallen. Ursachen dieser zusätzlichen Lohnkosten können sein: Die mangelnde Flexibilität in bezug auf die Tagesarbeitszeit (keine Überstunden



bzw. keine vorübergehende Erhöhung des Beschäftigungsgrades), die mangelnde Flexibilität in bezug auf die Art der Arbeit (kein vorübergehender Wechsel an einen nichtadaptierten Arbeitsplatz), die reale oder auch nur mögliche Gefahr überdurchschnittlicher Krankheitsabsenzen und/oder schwankender Leistungsfähigkeit, der Teilzeitnachteil (vgl. Ph. Geertsen, Der Tabellenlohnabzug, in: JaSo 2012, S. 148 ff.), die Notwendigkeit besonderer Rücksichtnahme usw.). Diese Nachteile müssen durch einen entsprechenden Minderlohn kompensiert werden, damit die Beschwerdeführerin dieselben Chancen auf eine Arbeitsstelle hat wie gesunde Hilfsarbeiterinnen. Das gilt selbst dann, wenn die Beschwerdeführerin nur mögliche zusätzliche Nachteile aufweist, denn auch dieser blossen Gefahr muss aus der Sicht eines rein betriebswirtschaftlich denkenden potentiellen Arbeitgebers von Anfang an begegnet werden. Die Konkurrenz Nachteile der Beschwerdeführerin rechtfertigen praxisgemäss einen ermessensweise auf 10% festzusetzenden zusätzlichen Abzug. Es resultiert also ein Invaliditätsgrad von 28%. Die Beschwerdegegnerin hat demnach zu Recht einen Anspruch auf eine Invalidenrente verneint.

2.

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



kann die Beschwerdeführerin zur Rückerstattung der vom Staat entschädigten Parteikosten und zur Nachzahlung der Gerichtsgebühr verpflichtet werden (Art. 99 Abs. 2 VRP i.V.m. Art. 123 Abs. 1 ZPO).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Beschwerdeführerin wird im Sinne der Erwägungen von der Bezahlung der Gerichtskosten von Fr. 600.-- befreit.
3. Der Staat entschädigt den Rechtsbeistand der Beschwerdeführerin mit Fr. 2'800.--.