



Fall-Nr.: IV 2016/308
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 27.09.2019
Entscheiddatum: 09.11.2018

Entscheid Versicherungsgericht, 09.11.2018

Art. 28 IVG. Art. 28a IVG. Art. 26 IVV. Rentenanspruch. Rentenberechnung. Gemischte Methode. Frühinvalidität (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 9. November 2018, IV 2016/308). Teilweise aufgehoben durch Urteil des Bundesgerichts 8C_865/2018.

Besetzung

Präsident Ralph Jöhl, Versicherungsrichterinnen Monika Gehrler-Hug und Karin Huber-Studerus; Gerichtsschreiber Tobias Bolt

Geschäftsnr.

IV 2016/308

Parteien

A.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Kreso Glavas,

Advokatur Glavas AG, Haus zur alten Dorfbank, 9313 Muolen,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,



Gegenstand

Rente

Sachverhalt

A.

A.a A.____ wurde im März 1980 unter Hinweis auf eine Legasthenie erstmals zum Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung angemeldet (IV-act. 3). In der Folge wurden ihr die Kosten für eine entsprechende Therapie vergütet (IV-act. 10). Im Januar 1984 erfolgte eine zweite Anmeldung zum Leistungsbezug unter Hinweis auf eine Epilepsie (IV-act. 15). Mit einem Präsidialbeschluss vom 27. Februar 1984 stellte die IV-Kommission fest, dass die Versicherte am Geburtsgebrechen Ziff. 387 Anh. GgV litt (IV-act. 20). Laut einem Bericht des schulpyschologischen Dienstes des Kantons St. Gallen vom 26. April 1985 verfügte die Versicherte über einen durchschnittlichen IQ von 105, wobei damals allerdings immer noch eine „legasthenische Anfälligkeit“ zu beobachten war (IV-act. 30). Mit einer Verfügung vom 26. August 1985 wies die Ausgleichskasse ein Gesuch um eine Sonderschulung ab (IV-act. 37). Ein gegen diese Verfügung erhobener Rekurs wurde vom Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen mit einem Entscheid vom 14. August 1986 abgewiesen (IV 131/85; vgl. IV-act. 41). Im März 1988 berichtete das Ostschweizer Kinderspital (IV-act. 44), ein aktuelles Elektroencephalogramm habe Normwerte gezeigt, weshalb die Diagnose einer Epilepsie nicht mehr gerechtfertigt sei. Da die Versicherte Krankenpflegerin werden wolle, müsse aber noch ein weiteres Elektroencephalogramm nach einem Schlafentzug angefertigt werden, bevor sie definitiv aus der Behandlung entlassen werden könne. Im Juni 1988 gab das Ostschweizer Kinderspital an (IV-act. 45), auch das Elektroencephalogramm nach einem Schlafentzug habe unauffällige Werte gezeigt. Die antikonvulsive Behandlung könne auf Zusehen hin eingestellt bleiben.

A.b Im Februar 1994 erfolgte eine weitere Anmeldung zum Leistungsbezug (IV-act. 49). Die Versicherte gab an, sie habe eine Ausbildung zur Krankenpflegerin absolviert und anschliessend als Pflegerin gearbeitet. Ihr aktueller Monatslohn belaufe sich auf 3'833.10 Franken zuzüglich einer Inkonvenienzzulage von 90 Franken pro Wochenende



St.Galler Gerichte

für die ein, zwei Wochenendeinsätze, die sie monatlich absolviere. Am 3. März 1993 habe sie ein Schleudertrauma erlitten, weshalb sie seither nur noch eingeschränkt arbeiten könne. Die IV-Stelle unterstützte die Versicherte in der Folge bei einer Umschulung zur Fahrlehrerin. Da diese Umschulung scheiterte, wurde die Versicherte ab Juli 1997 zur Podologin umgeschult (vgl. IV-act. 62). Nach dem erfolgreichen Abschluss dieser Ausbildung schloss die IV-Stelle die beruflichen Massnahmen mit einer Verfügung vom 18. Januar 2001 mit der Feststellung ab, die Versicherte sei nun rentenausschliessend eingegliedert (IV-act. 162).

A.c Im November 2013 beantragte die Versicherte unter Hinweis auf ein Mammacarcinom die Abgabe einer Perücke (IV-act. 172). Mit einer Mitteilung vom 27. November 2013 erteilte ihr die IV-Stelle eine Kostengutsprache für Perücken oder einen anderen Haarerersatz im Umfang von maximal 1'500 Franken pro Jahr für die Zeit bis Ende November 2023 (IV-act. 175).

A.d Im Juni 2014 meldete sich die Versicherte zum Bezug von weiteren Leistungen der Invalidenversicherung an (IV-act. 176). Ihre Arbeitgeberin berichtete im Juli 2014 (IV-act. 189), sie beschäftige die Versicherte seit September 2000 als Podologin. Das Pensum belaufe sich seit dem Beginn des Arbeitsverhältnisses auf 10–20 Stunden pro Woche. Seit dem 1. Januar 2012 betrage der Stundenlohn 50 Franken. Die Gynäkologin Dr. med. B.____ teilte am 18. Juli 2014 mit (IV-act. 190), die Versicherte leide an einem Mammacarcinom rechts mit einem Status nach Ablatio Mammae und Expandereinlage. Aktuell liege ein Wundinfekt vor, der die Berufsausübung verunmögliche. Eventuell werde eine Re-Operation mit einer erneuten Korrektur der Narbe und einer Behandlung des Infekts durchgeführt werden müssen. Im Januar 2015 berichtete Dr. B.____ (IV-act. 203), aktuell laufe noch eine medikamentöse Behandlung. Die Versicherte fühle sich zunehmend besser, klage aber weiter über Kribbelparästhesien und Dysästhesien in den Armen und zum Teil auch in den Beinen, die in Stresssituationen zunähmen. Natürlich spiele auch die psychische Komponente eine Rolle. Im März 2015 teilte Dr. B.____ mit, dass ab dem 1. Mai 2015 eine teilweise Arbeitsaufnahme geplant sei (IV-act. 205). Im Mai 2015 berichtete Dr. B.____ (IV-act. 207), die Versicherte sei noch nicht endgültig beschwerdefrei. Zudem habe sie wegen einer Pneumonie im Spital C.____ behandelt werden müssen. Die Pneumonie habe sie körperlich sehr geschwächt. Die Versicherte befinde sich nun aber auf dem Weg der



Besserung. Im Juli 2015 gab Dr. B.____ an, die Versicherte werde ihre Tätigkeit ab dem 1. August 2015 wieder aufnehmen (IV-act. 208). Der Onkologe Dr. med. D.____ vom Spital C.____ berichtete im August 2015, die Versicherte sei über 50–60 Prozent arbeitsfähig (IV-act. 210). Am 9. September 2015 notierte Dr. med. E.____ vom IV-internen regionalen ärztlichen Dienst (RAD; IV-act. 212), der Gesundheitszustand der Versicherten sei nun stabil. Diese leide an einem Status nach einem kurativ behandelten Mammacarcinom mit leichten Restbeschwerden nach einer Operation und nach einer adjuvanten Therapie. In der angestammten Tätigkeit als Podologin und in jeder anderen körperlich leichten Tätigkeit sei sie zu mindestens 50 Prozent arbeitsfähig. In Anbetracht des in den Arztberichten seit Anfang 2015 unverändert beschriebenen Gesundheitszustandes bestehe die Arbeitsfähigkeit in diesem Umfang wohl bereits seit mehreren Monaten.

A.e Am 28. September 2015 forderte die IV-Stelle die Versicherte auf, einen Fragebogen „zur Rentenabklärung betreffend Erwerbstätigkeit/Haushalt“ auszufüllen (IV-act. 216). Die Versicherte retournierte den ausgefüllten Fragebogen im März 2016 (IV-act. 234). Sie hatte angegeben, dass sie ohne die Gesundheitsbeeinträchtigung in einem Pensum von 80 Prozent erwerbstätig wäre, da ihre beiden Kinder nun in der Schule und im Kindergarten seien, da die im gleichen Haus wohnenden Eltern bei der Kinderbetreuung mithelfen könnten, da sie gerne als Podologin arbeite (sie hätte sich auch gerne selbständig gemacht) und da sie aus finanziellen Gründen auf ein entsprechend höheres Erwerbseinkommen angewiesen sei. Ihre Aktivitäten im Haushalt habe sie erheblich einschränken müssen, weil sie für alles deutlich mehr Zeit benötige. Sie hätte ihre Haushaltstätigkeit aber auch vergleichbar reduziert, wenn sie gesund geblieben und ihr Erwerbspensum auf 80 Prozent erhöht hätte. Mit einem Vorbescheid vom 14. April 2016 teilte die IV-Stelle der Versicherten mit (IV-act. 237), dass sie die Abweisung ihres Rentenbegehrens vorsehe. Zur Begründung führte sie aus, die Versicherte habe ihre Tätigkeit als Podologin im August 2015 wieder im bisherigen Rahmen aufgenommen, weshalb in Bezug auf das effektiv ausgeübte Erwerbspensum von 50 Prozent keine rentenbegründende Einschränkung bestehe. Im Haushalt bestehe gemäss den Angaben im Haushaltsfragebogen ebenfalls keine relevante Einschränkung. Das Spital C.____ und das Tumorzentrum F.____ berichteten im Mai 2016 über ein Fatigue-Syndrom, das es der Versicherten verunmögliche, in einem Pensum von mehr als 30 Prozent ausser Haus zu arbeiten (IV-act. 244 f.). Die



St.Galler Gerichte

Versicherte liess am 20. Juni 2016 gegen den Vorbescheid vom 14. April 2016 einwenden (IV-act. 249), der medizinische Sachverhalt sei von der IV-Stelle ungenügend abgeklärt worden, denn in den Akten fänden sich keine spezifischen Angaben zum Lymphödem und zu den neurologischen Symptomen. Auch der Hinweis auf ein psychisches Leiden habe offenbar kein Interesse bei der Verwaltung ausgelöst. Die IV-Stelle hätte eine polydisziplinäre Begutachtung durchführen müssen. Unverständlich sei, weshalb die IV-Stelle von einer Qualifikation der Versicherten als zu 50 Prozent im Haushalt und zu 50 Prozent ausserhäuslich tätig ausgegangen sei, habe die Versicherte doch überzeugend dargelegt, dass sie ohne die Gesundheitsbeeinträchtigung zu 80 Prozent erwerbstätig wäre. Die RAD-Ärztin Dr. E. ___ notierte am 22. Juli 2016 (IV-act. 251), die Versicherte sei tumorfrei. Eine Krebsdiagnose führe praktisch immer zu einer psychischen Reaktion im Sinne einer depressiven Herabgestimmtheit. Wie im vorliegenden Fall handle es sich meist um eine vorübergehende Reaktion, die keine längerfristige Therapie erforderlich mache. Kribbelparästhesien, ein Lymphödem und eine Fatigue seien bekannte, mehr oder weniger unvermeidliche Folgen einer Tumorbehandlung. Im Verlauf seien diese Begleiterscheinungen meist regredient. In den Berichten werde bereits eine deutliche Besserung der Parästhesien und der Dysästhesien im rechten Arm beschrieben. Das Ausmass der Fatigue sei vom subjektiven Empfinden bestimmt und lasse sich kaum messen. Wenn das Lymphödem und/oder psychische oder neurologische Probleme ein ungewöhnliches Ausmass angenommen hätten, wären entsprechende Vermerke in den Arztberichten zu finden. Von einer polydisziplinären Begutachtung sei kein wesentlicher Erkenntnisgewinn zu erwarten. Mit einer Verfügung vom 29. Juli 2016 wies die IV-Stelle das Rentenbegehren der Versicherten ab (IV-act. 252).

B.

B.a Am 13. September 2016 liess die Versicherte (nachfolgend: die Beschwerdeführerin) eine Beschwerde gegen die Verfügung vom 29. Juli 2016 erheben (act. G 1). Ihr Rechtsvertreter beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, die Zusprache einer halben Rente und eventualiter die Rückweisung der Sache an die IV-Stelle (nachfolgend: die Beschwerdegegnerin) zu weiteren medizinischen und erwerblichen Abklärungen. Zur Begründung führte er an, die Beschwerdeführerin sei unstreitig während einer längeren Zeit arbeitsunfähig gewesen, weshalb sie zumindest



St.Galler Gerichte

für die Vergangenheit einen Anspruch auf eine Rente habe. Die Beschwerdegegnerin habe die gemischte Methode angewendet, obwohl diese vom EGMR mit einem Urteil vom 5. Juli 2016 als diskriminierend qualifiziert worden sei. Schon aus diesem Grund erweise sich die angefochtene Verfügung als rechtswidrig. Unverständlich sei auch, dass die Beschwerdegegnerin bei der Anwendung der gemischten Methode nicht auf die glaubhaften Angaben der Beschwerdeführerin zum hypothetischen Erwerbsumsatz ohne die Gesundheitsbeeinträchtigung abgestellt habe. Bisher habe sich die Beschwerdeführerin von ihrer Krebserkrankung noch nicht vollständig erholen können. Der medizinische Sachverhalt sei von der Beschwerdegegnerin aber zu Unrecht nicht hinreichend abgeklärt worden.

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragte am 23. November 2016 die Abweisung der Beschwerde (act. G 5). Zur Begründung führte sie aus, der medizinische Sachverhalt sei hinreichend abgeklärt worden, denn die RAD-Ärztin Dr. E.____ habe gestützt auf die Berichte der behandelnden Ärzte eine überzeugende Arbeitsfähigkeitsschätzung abgeben können. Das von der Beschwerdeführerin erwähnte Urteil des EGMR sei hier nicht relevant, da dieses gemäss dem IV-Rundschreiben Nr. 355 des Bundesamtes für Sozialversicherungen nur bei „revisionsähnlichen“ Tatbeständen zu beachten sei. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, sie hätte ihr Pensum auf 80 Prozent erhöht, sei unglaubwürdig. Selbst wenn aber darauf abgestellt würde, würde kein rentenbegründender Invaliditätsgrad resultieren, da sich für den Erwerbsbereich nur ein Teilinvaliditätsgrad von 30 Prozent ergeben würde und da im Haushalt keine relevante Einschränkung vorliege.

B.c Die Beschwerdeführerin liess am 6. Februar 2017 an ihren Anträgen festhalten und ergänzend die Vergütung der Operationskosten von 20'000 Franken für eine Brustersatzplastik sowie eventualiter berufliche Massnahmen einschliesslich einer Umschulung beantragen (act. G 9). Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Duplik (act. G 11).

Erwägungen

1.



Die Operationskosten, deren Vergütung die Beschwerdeführerin hat beantragen lassen, haben nicht zum Gegenstand der angefochtenen Verfügung gehört, weshalb sie auch nicht zum Streitgegenstand dieses Beschwerdeverfahrens gehören können.

Diesbezüglich kann nicht auf die Beschwerde eingetreten werden. Auch berufliche Massnahmen haben an sich nicht zum Gegenstand der angefochtenen Verfügung gehört. Im Sozialversicherungsrecht gilt allerdings der allgemeine Grundsatz „Eingliederung vor Rente“ (vgl. etwa UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 3. Aufl. 2015, Vorbemerkungen N 81 ff., mit Hinweisen), weshalb eine Rentenzusprache nicht in Betracht fallen kann, solange der Invaliditätsgrad noch mittels beruflicher Massnahmen gemindert werden kann. Folglich können berufliche Massnahmen im Einzelfall zum Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens betreffend eine Rentenverfügung gehören. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergeben wird, könnte hier ein Bedarf nach beruflichen Massnahmen bestehen, weshalb auf das Begehren um berufliche Massnahmen einzutreten ist.

2.

2.1 Eine versicherte Person, die ihre Erwerbsfähigkeit nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern kann, die während eines Jahres durchschnittlich mindestens 40 Prozent arbeitsunfähig gewesen ist und die nach dem Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40 Prozent invalid ist, hat gemäss dem Art. 28 Abs. 1 IVG einen Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung. Laut dem Art. 28a Abs. 1 IVG in Verbindung mit dem Art. 16 ATSG wird für die Bemessung der Invalidität das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach dem Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung und nach der Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei einer ausgeglichenen Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung zu jenem Erwerbseinkommen gesetzt, das sie erzielen könnte, wenn sie gesund geblieben wäre.

2.2 Obwohl die Art. 5 Abs. 1 IVG und 8 Abs. 3 ATSG gemäss ihrem klaren Wortlaut vorsehen, dass der Invaliditätsgrad einer versicherten Person nur dann nicht anhand eines (reinen) Einkommensvergleichs zu berechnen ist, wenn der versicherten Person die Ausübung einer Vollerwerbstätigkeit nicht zumutbar ist, erlaubt das Bundesgericht



die Bemessung der Invalidität anhand der sogenannten gemischten Methode immer dann, wenn es anhand der gesamten Umstände „überwiegend wahrscheinlich“ (eigentlich: am plausibelsten) ist, dass die versicherte Person ohne die Gesundheitsbeeinträchtigung nicht voll erwerbstätig wäre. Diese Praxis widerspricht nicht nur dem klaren Wortlaut der Art. 5 Abs. 1 IVG und 8 Abs. 3 ATSG, sondern auch dem eindeutigen Willen des historischen Gesetzgebers, der ein Abweichen vom Einkommensvergleich als Invaliditätsbemessungsmethode nur für jene Frauen vorgesehen hat, die vor dem Eintritt der Invalidität gar nicht erwerbstätig gewesen waren und denen die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit wegen der Bedeutung des Familienlebens nicht hat zugemutet werden können (vgl. BBl 1958 II 1162; Bericht der Expertenkommission vom 30. November 1956, S. 27 und 166 ff.). Die Bundesgerichtspraxis widerspricht aber auch dem System und dem Sinn und Zweck der Rentenleistungen in der Invalidenversicherung. Der durch eine Rente der Invalidenversicherung gedeckte Schaden bemisst sich nämlich sowohl für Erwerbstätige als auch für Nichterwerbstätige anhand der Erwerbsunfähigkeit der versicherten Person, denn die Invalidenversicherung ist eine Volksversicherung, deren Rentenleistungen einen Schaden bezüglich des versicherten Gutes „Erwerbsfähigkeit“ abdecken. Als eine Erwerbsunfähigkeit gilt der Verlust an Erwerbsmöglichkeiten auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt. Der Frage, ob eine versicherte Person diese Möglichkeiten vor dem Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung genutzt hat, kommt dabei keine Bedeutung zu (vgl. zum Ganzen den Entscheid IV 2014/125 des St. Galler Versicherungsgerichtes vom 24. Mai 2016, E. 2.2, mit zahlreichen Hinweisen). Das Bundesgericht hat bis heute keine überzeugenden Argumente geliefert, die diese als „St. Galler Praxis“ bekannt gewordene Interpretation der massgebenden Gesetzesbestimmungen widerlegen würden. In einem aktuellen Urteil hat es sich einmal mehr nicht mit der Argumentation des Versicherungsgerichtes des Kantons St. Gallen auseinandergesetzt, sondern lediglich festgehalten, „dass es nicht Sache der Invalidenversicherung ist, die Einbusse in einer Tätigkeit auszugleichen, welche im hypothetischen Gesundheitsfall nicht ausgeübt würde“ (Urteil des Bundesgerichtes 9C_823/2017 vom 18. September 2018, E. 3.2). Das Bundesgericht unterstellt also, dass eine versicherte Person, die teilweise im Haushalt und teilweise ausserhäuslich tätig ist, ihre Erwerbsfähigkeit nicht voll ausschöpfe. Das kann nur so verstanden werden, dass das Bundesgericht einer Haushaltstätigkeit entweder keinen



ökonomischen Wert beimisst oder dass es davon ausgeht, dabei handle es sich um eine Art Freizeitbeschäftigung. Tatsächlich leisten je teilweise im Haushalt und erwerblich tätige versicherte Personen – in aller Regel Frauen – aber gesamthaft gesehen am meisten, nämlich im Aufgaben- und Erwerbsbereich zusammen meist deutlich mehr als ein Vollpensum. Die sinngemässe Begründung des Bundesgerichtes für die Diskriminierung ausgerechnet dieser Versicherten, diese würden ihre Erwerbsfähigkeit nicht voll ausnutzen, mutet geradezu zynisch an. Weil sich das Bundesgericht aber jedenfalls einmal mehr geweigert hat, sich mit der Interpretation der massgebenden Gesetzesbestimmungen auseinanderzusetzen, sieht sich das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen weiterhin gezwungen, an dieser Interpretation festzuhalten. Die Beschwerdeführerin ist deshalb als vollerwerbstätig zu qualifizieren, weil sie vor dem Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung erwerbstätig gewesen ist und weil ihr die Ausübung einer Erwerbstätigkeit – insbesondere mit Blick auf die zur Verfügung stehende Betreuungslösung für die mittlerweile teilweise selbständigen Kinder – zugemutet werden kann.

2.3 Selbst wenn hier die gemischte Methode anwendbar wäre, würde sich die diesbezügliche Argumentation der Beschwerdegegnerin als rechtswidrig erweisen. Der Verordnungsgeber hat nämlich in Nachachtung des Urteils 7186/09 des EGMR per 1. Januar 2018 im Art. 27bis Abs. 3 lit. a IVV neu vorgesehen, dass das Erwerbseinkommen, das eine versicherte Person (deren Invaliditätsgrad anhand der gemischten Methode berechnet werden muss) durch eine Teilerwerbstätigkeit erzielen könnte, auf eine Vollerwerbstätigkeit hochzurechnen ist, was den gravierendsten Nachteil der Anwendung der gemischten Methode (die sogenannte doppelte Gewichtung) eliminiert. Laut dem Urteil des Bundesgerichtes 9C_823/2017 vom 18. September 2018 soll diese Verordnungsbestimmung zwar nur auf Fälle anwendbar sein, die nach deren Inkrafttreten am 1. Januar 2018 rechtshängig geworden sind (E. 4.4 mit Hinweisen). Diese Einschränkung fusst aber augenscheinlich auf einer Fehlinterpretation der massgebenden Übergangsbestimmung zur Verordnungsänderung vom 1. Dezember 2017. Dort heisst es im Abs. 2: „Wurde eine Rente vor dem Inkrafttreten der Änderung vom 1. Dezember 2017 [...] verweigert, so wird eine neue Anmeldung geprüft, wenn die Berechnung des Invaliditätsgrades nach Art. 27bis Abs. 2–4 IVV voraussichtlich zu einem Rentenanspruch führt“. Das Bundesgericht scheint davon auszugehen, dass sich diese Übergangsbestimmung



nicht nur auf formell rechtskräftige, sondern auch auf noch nicht in formelle Rechtskraft erwachsene Rentenverweigerungsverfügungen beziehe. Die Ausführungen des Bundesamtes für Sozialversicherungen zur Ordnungsänderung vom 1. Dezember 2017 zeigen aber, dass sich diese Übergangsbestimmung nur auf jene Fälle bezieht, in denen ein Rentengesuch formell rechtskräftig abgewiesen worden ist (vgl. S. 12). Das versteht sich eigentlich von selbst, denn bei einer Änderung der Rechtslage kann nie behauptet werden, vor der Änderung sei die alte Rechtslage richtig gewesen und nun sei die neue Rechtslage richtig, denn eine Gesetzes- oder Ordnungsänderung findet ihren Grund in aller Regel in der Erkenntnis, dass die frühere Rechtslage (schon immer) falsch gewesen ist (vgl. dazu RALPH JÖHL, Übergangsrechtliche Probleme im Leistungsrecht der Sozialversicherung, Diss. 1996, passim). Konsequenterweise muss eine Änderung der Rechtslage also stets sofort in allen Fällen berücksichtigt werden, in denen die betroffenen Gesetzes- oder Ordnungsbestimmungen anzuwenden sind. Das betrifft nicht nur Fälle, in denen die Anwendung nach dem Inkrafttreten erfolgt, sondern alle im Verwaltungs- oder Verwaltungsstreitverfahren hängigen Fälle, also auch den vorliegenden Fall. Eine Ausnahme von diesem generellen Grundsatz würde entsprechende Übergangsbestimmungen voraussetzen, die sich auf zwingende Gründe stützen können. Eine solche Übergangsbestimmung liegt hier aber augenscheinlich nicht vor. Im Gegenteil hat der Ordnungsgeber explizit darauf hingewiesen, dass er bezüglich des Art. 27bis IVV den allgemeinen Grundsatz der sofortigen Anwendbarkeit im vollen Umfang beachtet wissen will; ja sogar formell rechtskräftig abgeschlossene Fälle sollen neu aufgerollt werden. Damit ist offensichtlich, dass der Ordnungsgeber eine echte Rückwirkung für die Zeit vor dem 1. Januar 2018 vorgesehen hat. Andernfalls hätte er das Rückkommen auf die rechtskräftig erledigten Fälle nicht zeitlich schrankenlos angeordnet. Zwingende Gründe, die gegen eine umfassende sofortige Anwendbarkeit der Ordnungsänderung sprechen würden, sind nicht ersichtlich. Das Urteil 7186/09 des EGMR, dessen Umsetzung durch die Ordnungsänderung angestrebt wird, ist im Übrigen bereits am 2. Februar 2016 ergangen, was bedeutet, dass selbst die sofortige Anwendung der Ordnungsänderung an sich bereits eine Verzögerung von knapp zwei Jahren darstellt. Die oben erwähnte Bundesgerichtspraxis muss auch vor diesem Hintergrund als gesetzwidrig qualifiziert werden. Auf den vorliegenden Fall müsste also bei der Anwendung der gemischten Methode der neue Art. 27bis IVV angewendet



werden. Das bedeutet, dass bei der Berechnung des Invaliditätsgrades für den erwerblichen Teil jener Lohn als Valideneinkommen zu berücksichtigen ist, den die Beschwerdeführerin in einem Vollpensum hätte erzielen können.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin hat als Kind an einer schweren Legasthenie gelitten und sie hat – zumindest vorübergehend – wegen Beschwerden im Zusammenhang mit einer epileptischen Störung Probleme mit der Bewältigung des Schulstoffs gehabt. Dadurch könnte sie in ihrer schulischen und in ihrer beruflichen Ausbildung beeinträchtigt gewesen sein. Gemäss dem Bericht des schulpsychologischen Dienstes des Kantons St. Gallen verfügt die Beschwerdeführerin über eine durchschnittliche Intelligenz, was bedeutet, dass sie ohne eine Gesundheitsbeeinträchtigung hätte in der Lage sein müssen, eine gewöhnliche Berufsausbildung zu absolvieren. Beispielsweise hätte sie den Beruf der Krankenschwester erlernen können. Tatsächlich hat sie aber nur eine Ausbildung zur Krankenpflegerin absolviert. Da keine Hinweise darauf ersichtlich sind, dass die Beschwerdeführerin lieber „nur“ als Krankenpflegerin (statt als Krankenschwester) hätte arbeiten wollen, besteht der Verdacht, dass die Legasthenie (und allenfalls auch die Beschwerden im Zusammenhang mit der epileptischen Störung) sie daran gehindert haben könnte, eine höher qualifizierte Ausbildung als jene zur Krankenpflegerin zu absolvieren. Dieser Verdacht wird durch die Probleme erhärtet, mit denen die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Umschulung zur Podologin zu kämpfen gehabt hat. Zusammenfassend könnte also eine angeborene oder im frühen Kindesalter erworbene Gesundheitsbeeinträchtigung die Beschwerdeführerin daran gehindert haben, jenen Beruf zu erlernen, den sie hätte erlernen können und erlernen wollen, wenn sie gesund gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund ist die Beschwerdeführerin möglicherweise als eine Frühinvalide im Sinne des Art. 26 Abs. 1 IVV zu qualifizieren. Dieser Frage ist die Beschwerdegegnerin bislang aus nicht nachvollziehbaren Gründen noch nicht nachgegangen. Selbst als sie die Beschwerdeführerin nach einem im Jahr 1993 erlittenen Unfall bei einer Umschulung unterstützt hat, hat sie dieser Frage keine Bedeutung zugemessen. Die Umschulung kann folglich zum Vorneherein nicht geeignet gewesen sein, die erwerblichen Einschränkungen infolge der angeborenen oder frühkindlich erworbenen Gesundheitsbeeinträchtigung zu beseitigen, denn sie hat ja nur darauf abgezielt, jenes



Mass an Erwerbsfähigkeit wieder herzustellen, über das die Beschwerdeführerin vor dem Unfall im Jahr 1993 als Krankenpflegerin verfügt hatte. Sollte die Beschwerdeführerin also tatsächlich frühinvalid gewesen sein, könnte die neue Berufskarriere als Podologin keinesfalls die nun relevante Validenkarriere sein. Mit anderen Worten hängt die Bestimmung der Validenkarriere und damit auch die Bemessung des Valideneinkommens massgebend davon ab, ob die Beschwerdeführerin wegen einer Gesundheitsbeeinträchtigung von Beginn weg daran gehindert gewesen ist, einen ihren Neigungen und Fähigkeiten im sogenannten „hypothetischen Gesundheitsfall“ entsprechenden Beruf zu erlernen. Da die Beschwerdegegnerin diesbezüglich keinerlei Abklärungen getätigt hat, erweist sich der massgebende Sachverhalt insofern als unzureichend ermittelt. Das bedeutet, dass die angefochtene Verfügung in Verletzung der Untersuchungspflicht (Art. 43 Abs. 1 ATSG) ergangen ist, weshalb sie als rechtswidrig aufzuheben ist. Da es nicht die Sache des Versicherungsgerichtes sein kann, die ureigenste Aufgabe der Beschwerdegegnerin – die Sachverhaltsabklärung – zu übernehmen, ist die Sache zur weiteren Abklärung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Diese wird einen medizinischen Sachverständigen mit der Beantwortung der Frage beauftragen, ob die Beschwerdeführerin noch immer an einer Legasthenie leidet. Gestützt auf dessen Angaben dürfte sie in der Lage sein, die Frage zu beantworten, ob die Beschwerdeführerin an einer Gesundheitsbeeinträchtigung gelitten hat, die ihre schulische und berufliche Ausbildung behindert hat. Gegebenenfalls wird die Beschwerdegegnerin das Valideneinkommen der Beschwerdeführerin gestützt auf den Art. 26 Abs. 1 IVV ermitteln.

3.2 Für die Bestimmung des zumutbarerweise erzielbaren Invalideneinkommens kommt der medizinischen Arbeitsfähigkeitsschätzung eine entscheidende Bedeutung zu. Diesbezüglich erweist sich die Aktenlage als dürftig. Die Mehrheit der medizinischen Berichte stammt von der behandelnden Gynäkologin Dr. B.____. Diese hat sich allerdings nur teilweise zur Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin geäussert, denn nachdem diese ihre frühere Tätigkeit im bisherigen Pensum wieder aufgenommen hatte, hat Dr. B.____ keine Veranlassung gesehen, sich zur Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin zu äussern. Die Beschwerdegegnerin hat es versäumt, Dr. B.____ darauf aufmerksam zu machen, dass der genaue Arbeitsfähigkeitsgrad der Beschwerdeführerin in der bisherigen und in einer ideal leidensadaptierten Tätigkeit für



die Beurteilung des Rentenbegehrens bekannt sein muss, weshalb sich bei den Akten keine Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. B.____ befindet, auf die abgestellt werden könnte. Zwar hat sich der Onkologe Dr. D.____ vom Spital C.____ in allgemeiner Weise zur Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin geäußert, indem er angegeben hat, diese sei zu 50–60 Prozent arbeitsfähig. Aber sein Bericht enthält keine objektive klinische Befundschilderung, die es einem medizinischen Laien erlauben würde, sein Arbeitsfähigkeitsattest nachzuvollziehen. Aus der Sicht eines medizinischen Laien leuchtet es nicht ein, dass eine erfolgreich behandelte Krebserkrankung aus rein onkologischer Sicht eine Arbeitsunfähigkeit von 40–50 Prozent zur Folge haben sollte. Eine überzeugende Begründung für sein Attest hat Dr. D.____ jedenfalls nicht geliefert, weshalb dieses nicht geeignet ist, den massgebenden Arbeitsfähigkeitsgrad der Beschwerdeführerin mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu belegen. Die RAD-Ärztin Dr. E.____ hat zwar anhand einer Aktenwürdigung versucht, eine begründete Arbeitsfähigkeitsschätzung abzugeben, aber da sie die Beschwerdeführerin nicht persönlich untersucht hat, hat sie dafür nur auf die Angaben der Dres. B.____ und D.____ und auf ihre allgemeine medizinische Erfahrung abstellen können. Weil die Angaben der behandelnden Ärzte aber – wie dargelegt – unvollständig gewesen sind, hat Dr. E.____ massgebend auf ihre allgemeine medizinische Erfahrung abstellen müssen. Das zeigen insbesondere ihre Ausführungen zu den von Dr. B.____ erwähnten Folgebeschwerden der Krebserkrankung (Lymphödem, psychische Belastung, neurologische Beschwerden): Diesbezüglich hat Dr. E.____ nämlich lediglich darauf hinweisen können, dass solche Beschwerden normale Folgeerscheinungen einer Krebserkrankung seien, die in aller Regel nur vorübergehender Natur seien. Das mag zwar generell zutreffen, ist aber für den konkreten Einzelfall nicht massgebend, da die Beschwerdeführerin zu jenen (seltenen) Ausnahmen gehören könnte, bei denen eine Krebserkrankung länger dauernde oder gar bleibende Folgebeschwerden verursachen würde, die die Arbeitsfähigkeit anhaltend einschränken würden. Die Gauss'sche Normalverteilungskurve lässt nun einmal keinen Schluss vom Allgemeinen auf den Einzelfall zu. Mit anderen Worten sind auch die sich auf die allgemeine medizinische Erfahrung stützenden Ausführungen von Dr. E.____ nicht geeignet, den massgebenden konkreten medizinischen Sachverhalt mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu belegen. Damit erweist sich der Sachverhalt auch in Bezug auf die für die Bestimmung des



zumutbarerweise erzielbaren Invalideneinkommens massgebende Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin als unzureichend abgeklärt. Die Beschwerdegegnerin wird folglich auch weitere Abklärungen zur Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin für eine ideal leidensadaptierte Tätigkeit tätigen müssen. Die Entscheidung, in welcher Form diese Abklärungen getätigt werden (RAD-Untersuchung, fachärztliche Begutachtung oder polydisziplinäre Begutachtung), bleibt der Beschwerdegegnerin beziehungsweise ihrem RAD überlassen.

4.

Zusammenfassend ist die angefochtene Verfügung vom 29. Juli 2016 wegen einer Verletzung der Untersuchungspflicht (Art. 43 Abs. 1 ATSG) aufzuheben und die Sache ist zur weiteren Abklärung und zur anschliessenden neuen Verfügung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Dieser Verfahrensausgang gilt rechtsprechungsgemäss hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen als ein vollständiges Obsiegen der Beschwerdeführerin. Die Gerichtskosten von 600 Franken sind folglich der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Der Beschwerdeführerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss von 600 Franken zurückerstattet. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung auszurichten. Der für deren Höhe massgebende erforderliche Vertretungsaufwand ist insgesamt als durchschnittlich zu qualifizieren. Der Aufwand zur Begründung des in der Replik gestellten Antrages um die Vergütung der Kosten der Operation ist zwar nicht entschädigungspflichtig. Er muss aber im Vergleich zum restlichen (erforderlichen) Vertretungsaufwand als so geringfügig qualifiziert werden, dass er keine Kürzung der Parteientschädigung rechtfertigt. Diese ist folglich praxisgemäss auf 3'500 Franken (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen.

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird, soweit auf sie eingetreten werden kann, teilweise gutgeheissen und die angefochtene Verfügung vom 29. Juli 2016 wird aufgehoben; die Sache wird



zur weiteren Abklärung und zur anschliessenden neuen Verfügung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.

2.

Die Beschwerdegegnerin hat die Gerichtskosten von 600 Franken zu bezahlen; der Beschwerdeführerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss von 600 Franken zurückerstattet.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin mit 3'500 Franken zu entschädigen.