



Fall-Nr.: IV 2008/265
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 26.06.2020
Entscheiddatum: 14.12.2009

Entscheid Versicherungsgericht, 14.12.2009

Art. 16 ATSG; Art. 28 IVG. Infolge eines Schleudertraumas liegt eine gesundheitliche Einschränkung für mittelschwere Tätigkeiten von 50% vor. In einer leichten, wechselbelastenden Tätigkeit ist jedoch eine höhere Arbeitsfähigkeit attestiert worden. Im Rahmen der Schadenminderungspflicht ist es zumutbar, eine andere Hilfsarbeiterinnentätigkeit zu suchen und anzunehmen, weshalb für die Invaliditätsbemessung auf die Leistungsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit abgestellt wird (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 14. Dezember 2009, IV 2008/265).

Präsident Franz Schlauri, Versicherungsrichterinnen Monika Gehrler-Hug und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiberin Philia Roth

Entscheid vom 14. Dezember 2009

in Sachen

M.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Hans-Peter Müller, Museumstrasse 35,
9000 St. Gallen,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,



St.Galler Gerichte

betreffend

Rente

Sachverhalt:

A.

A.a M.____ (Jahrgang 1968) meldete sich am 18. August 2005 zum Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung an. Sie gab an, sie habe nach Abschluss der Realschule Servicefachangestellte gelernt (ohne Abschluss) und sei seit 1994 Betreuerin und Kochgruppenleiterin in einem Wohnheim. Bei einem Pensum von 55% erhalte sie pro Monat Fr. 2'370.-- Lohn. Auch sei sie alleinerziehende Hausfrau seit 1992. Seit 2001 bis zum Unfall am 25. Oktober 2003 habe sie selbständig einen Flohmarkt betrieben. Damit habe sie monatlich rund Fr. 500.-- verdient (IV-act. 1 und 9). Die Arbeitgeberin berichtete der IV-Stelle des Kantons St. Gallen am 12. September 2005, die Versicherte arbeite vier Stunden an sechs Tagen pro Woche und verdiene Fr. 1'994.-- pro Monat beziehungsweise Fr. 29'600.-- pro Jahr (IV-act. 6). Nach dem Auszug aus dem Individuellen Konto (IK) betrug das Jahreseinkommen im Jahr 2002 Fr. 29'860.-- und in den folgenden zwei Jahren je Fr. 29'640.-- (IV-act. 7).

A.b Dr. med. A.____, FMH Innere Medizin, gab in seinem Arztbericht vom 23. September 2005 an, die Versicherte leide an einem somatoformen Syndrom angeblich seit Distorsionstrauma der Halswirbelsäule (HWS) am 25. Oktober 2003. Vom 27. Oktober 2003 bis 9. November 2003 sei die Versicherte 100% arbeitsunfähig gewesen, danach zu 50% bis am 16. November 2003. Über die weiteren Arbeitsunfähigkeiten könne er keine Auskunft geben, weil die Versicherte sich bei anderen Ärzten in Behandlung begeben habe (IV-act. 12). Dr. med. B.____, Facharzt FMH für Rheumatologie, Physikalische Medizin und Rehabilitation, führte in seinem Bericht vom 28. September 2005 aus, die Versicherte leide an einem unteren Cervikal- und oberen Thorakovertebralsyndrom mit/bei segmentaler Dysfunktionen C6/7 und der oberen BWS und neuropsychologischen Defiziten bei St. n. HWS-Distorsion am 25. Oktober 2003. Die Lendenwirbelsäule (LWS) habe eine leichte S-förmige Skoliose, beginnende Traction Spur L3/4 und es bestehe eine muskuläre Dysbalance. Die Arbeitsfähigkeit



St.Galler Gerichte

werde durch die bestehenden neuropsychologischen Defizite eingeschränkt und betrage 45% seit 15. November 2003. Ob in einer anderen Tätigkeit eine höhere Arbeitsfähigkeit bestehe, müsse mit Hilfe eines Neuropsychologen und Berufsberaters abgeklärt werden (IV-act. 16).

A.c Die IV-Stelle führte am 26. Mai 2006 eine Abklärung an Ort und Stelle durch. Sie qualifizierte die Versicherte dabei zu 60% als erwerbstätig, zu 20% als selbständigerwerbend und zu 20% als im Haushalt tätig. Die Erwerbstätigkeit werde uneingeschränkt weiter ausgeübt. Die selbständige Erwerbstätigkeit sei vollumfänglich aufgegeben worden. Im Haushalt ermittelte die Abklärungsperson eine Einschränkung von 5.44%. Insgesamt betrage der Invaliditätsgrad 21% (IV-act. 32). Dagegen liess die Versicherte am 20. Juni 2006 einwenden, sie sei als Vollerwerbstätige zu qualifizieren. Bei Eintritt ihrer Tochter in die Realstufe im August 2005 hätte sie ihr Pensum auf 100% erhöht, weil der Flohmarkt zu wenig Einkommen zum Überleben generiert habe. Der Unfall habe ihre Pläne zunichte gemacht (IV-act. 31).

A.d Die Ärzte der Klinik Valens hielten in einem im Auftrag der Unfallversicherung erstellten polydisziplinären Gutachten (rheumatologisch, neurologisch, neuropsychologisch und EFL) vom 23. Oktober 2006 als Diagnosen ein chronifiziertes cervico-cephales und cervico-brachiales sowie vertebrales Schmerzsyndrom ohne Anhaltspunkte für zentralnervöse oder peripher-neurogene Ausfälle bei St. n. HWS-Distorsionstrauma am 25. Oktober 2003 fest. Die Ärzte attestierten der Versicherten eine Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit von 55%. Es bestünden spezielle Einschränkungen, indem Arbeiten über Kopf nur manchmal (6-33% eines normalen Arbeitstages) vorkommen sollten. Bei Gewichten über 15 kg sollte die Versicherte Hilfe holen. Als Verweistätigkeiten könnte eine leichte bis mittelschwere wechselbelastende Tätigkeit ebenfalls zu 50 bis 60% ausgeübt werden, auf Grund der allgemein verminderten Belastbarkeit. Die Arbeitsfähigkeit könne mit weiteren medizinischen Massnahmen verbessert werden (G act. 1.2.3). Der Regionale Ärztliche Dienst (RAD) Ostschweiz erachtete dieses Gutachten in seiner Stellungnahme vom 5. Januar 2007 als nur schwer nachvollziehbar. Es fehle eine psychiatrische Begutachtung, obwohl Hinweise für eine allgemeine Überlastungssituation genannt worden seien, die einen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit hätten. Es wurde eine erneute Begutachtung vorgeschlagen (IV-act. 37 und 39).



A.e Die IV-Stelle beauftragte das Ärztliche Begutachtungsinstitut GmbH (ABI) am 10. April 2007 mit der Begutachtung der Versicherten (IV-act. 44). Das ABI erstattete am 30. Oktober 2007 das polydisziplinäre Gutachten. Die Versicherte war internistisch, psychiatrisch und neurologisch untersucht worden. Als Hauptdiagnosen gaben die Ärzte ein chronisches cervico-cephales Schmerzsyndrom mit generalisierten Schmerzen, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen sowie Schlafstörungen (ICD-10: M47.82) und ein St. n. HWS-Distorsionstrauma am 25.10.2003 (ICD-10: S13.4) an. Ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit bestünde ein Restless Legs-Syndrom (ICD-10: G25.8) und anamnestisch ein St. n. Commotio cerebri bei Reitunfall im April 2007. Die Versicherte habe angegeben, in ihrer Tätigkeit im Wohnheim für psychisch und körperlich Behinderte koche sie in erster Linie für die und mit den Heimbewohnern. Am Wochenende übernehme sie auch andere Pikettfunktionen in der Pflege. Längerfristig könne sie sich ihre aktuelle Tätigkeit nicht mehr vorstellen, da sie zu häufig auch schwere Lasten (zum Beispiel grosse Pfannen) heben müsse. Die Ärzte gaben an, aus neurologischer Sicht könne in Übereinstimmung zu den Beurteilungen durch die behandelnden Ärzten sowie auch der Begutachtung an der Klinik Valens eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit von 50% bestätigt werden. Die Versicherte habe einen glaubhaften, nachvollziehbaren Leidensdruck, auch wenn weiterhin nur wenig objektivierbare Befunde zur Verfügung ständen um dies weiter zu belegen. Angesichts der Tatsache, dass die Versicherte trotz erheblicher Beschwerden einer regelmässigen beruflichen Tätigkeit von immerhin 50% nachgehe und nun auch konsequente, ambulante therapeutische Massnahmen zur Schmerzbewältigung eingeleitet würden, könne eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bestätigt werden. Allerdings sollte eine Reevaluation im weiteren Verlauf erfolgen. Körperlich nur leichte, wechselbelastende Tätigkeiten ohne Heben von Lasten von repetitiv 5 kg und selten 10 kg sowie ohne Überkopfarbeiten und Zwangshaltungen im Schulterbereich seien der Versicherten zu 80% zumutbar. Aus rein psychiatrischer Hinsicht bestünde keine Einschränkung der Arbeits- oder Leistungsfähigkeit. Es liessen sich keine psychischen Störungen oder nachweisbare psychopathologische Funktionseinschränkungen feststellen. Auch aus internistischer Sicht fänden sich keine, die Arbeitsfähigkeit der Versicherten relevant einschränkende Diagnosen. Gesamthaft bestehe deshalb ab 25. Oktober 2003 in der bisherigen Tätigkeit eine 50%ige und in einer leidensangepassten Tätigkeit eine 80%ige



Arbeitsfähigkeit. Im Haushalt sei die Versicherte maximal 25% eingeschränkt. Die Versicherte könne sich eine nicht rückenbelastende körperliche Tätigkeit mit einem Pensum von weiterhin 50% vorstellen. Aus gutachterlicher Sicht sei es sinnvoll, wenn die Versicherte die bisherige Tätigkeit weiter ausübe, auch wenn sie in einer Verweistätigkeit rein medizinisch-theoretisch eine etwas höhere Arbeitsfähigkeit erreichen könne. Wahrscheinlich sei es jedoch günstiger, wenn sich die Versicherte nicht bis an das medizinisch Mögliche heran belaste, um die Tätigkeit ohne erheblichen Stress weiter ausführen zu können (IV-act. 55). Der RAD erachtete in seiner Stellungnahme vom 22. November 2007 das ABI-Gutachten als versicherungsmedizinisch teilweise nachvollziehbar. In Übereinstimmung mit dem behandelnden Arzt und dem früheren Gutachten werde bei fehlender pathologisch objektivierbarer Symptomatik auf die subjektive Schmerzproblematik abgestellt und eine Arbeitsfähigkeit von 50% postuliert. Grundsätzlich könne man auch eine 100%ige Arbeitsfähigkeit annehmen, weil es keine psychiatrischen Einschränkungen gebe und eine adaptierte Tätigkeit leidenskonform sein sollte (IV-act. 57).

A.f Mit Vorbescheid vom 20. Februar 2008 stellte die IV-Stelle die Abweisung des Anspruchs auf berufliche Massnahmen in Aussicht. Gemäss ihren Abklärungen sei sie angemessen eingegliedert, weshalb berufliche Massnahmen nicht notwendig seien (IV-act. 64). Am 21. Februar 2008 stellte die IV-Stelle mit Vorbescheid die Abweisung des Rentengesuchs in Aussicht. Auf Grund ihrer Abklärungen sei sie zu 20% als Hausfrau und zu 80% als Erwerbstätige zu qualifizieren. Im Haushaltsbereich habe man eine rund 30%ige Einschränkung ermittelt. Im Erwerbsbereich sei auf Grund der interdisziplinären medizinischen Abklärung bei einer leidensangepassten Tätigkeit von einer vollen Leistungsfähigkeit auszugehen, so dass sie keine Erwerbseinbusse erleiden würde (IV-act. 66). Dagegen liess die Versicherte am 29. Februar 2008 einwenden, die Einschränkungen im Erwerb sowie im Haushalt seien höher, als im Vorbescheid angegeben, so dass eine Invalidenrente nach Massgabe einer Invalidität von 50%, eventuell 40% auszurichten sei. Ergänzend liess die Versicherte am 19. März 2008 ausführen, sie sei als Vollerwerbstätige zu qualifizieren und es sei auf die Arbeitsunfähigkeit in ihrer bisherigen Tätigkeit von 50% abzustellen. Weil sie den Flohmarkt nicht mehr betreibe (40%) und die Tätigkeit im Wohnheim um 10% habe reduzieren müssen, resultiere ein Invaliditätsgrad von 50%. Sodann belegte sie mit Arztzeugnis vom 16. November 2007, dass sie gemäss ihrem behandelnden



St.Galler Gerichte

Rheumatologen Dr. B.____ nach wie vor zu 50% in ihrer bisherigen Tätigkeit arbeitsunfähig sei (IV-act. 70 und 71).

A.g Mit Verfügung vom 6. Mai 2008 wies die IV-Stelle das Gesuch um berufliche Massnahmen ab (IV-act. 74). Am 7. Mai 2008 verfügte die IV-Stelle, die Versicherte habe keinen Anspruch auf eine Invalidenrente. Sie führte aus, die Qualifikation - Hausfrau/Teilerwerbstätigkeit - sei auf Grund der persönlichen Aussagen der Versicherten vor Ort erhoben worden. Sie könnte aber heute nachvollziehen, dass in Berücksichtigung der familiären Verhältnisse - Alleinerziehende mit 16jähriger Tochter - von einer Vollerwerbstätigkeit ohne Behinderung auszugehen sei. In der angestammten Tätigkeit sei von einer 50%igen Leistungsfähigkeit auszugehen. Bei einer leidensangepassten Tätigkeit mit Vollzeitbeschäftigung bestehe eine 20%ige Einschränkung. Ohne Behinderung betrage das zumutbare Einkommen Fr. 60'774.--, mit Behinderung unter Berücksichtigung eines 10%igen Leidensabzuges für die besondere Rücksichtnahme durch den Arbeitgeber Fr. 42'714.--. Daraus resultiere eine Erwerbseinbusse von Fr. 18'060.-- beziehungsweise ein Invaliditätsgrad von 30%, weshalb nach wie vor kein Rentenanspruch bestehe (IV-act. 75).

B.

B.a Gegen diese Verfügung lässt die Versicherte am 6. Juni 2008 Beschwerde erheben. Sie beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Zusprache einer Dreiviertels-Invalidenrente, eventuell einer halben Invalidenrente. Sie gibt an, sie sei in ihrer Erwerbstätigkeit als Mitarbeiterin eines Wohnheims in der Küche und Pflege nur noch zu 50% leistungsfähig, weshalb sie das Pensum von vorher 60% auf 50% habe reduzieren müssen. Die selbständige Erwerbstätigkeit als Veranstalterin von Flohmärkten habe sie hingegen ganz aufgeben müssen. Das Beschaffen, Restaurieren und Verkaufen von zum Teil grossen und schweren Objekten wie Möbel und Zweiradfahrzeugen sei ihr nicht mehr möglich, weil sie gemäss ABI nur noch leichte, wechselbelastende Tätigkeit ohne Heben von Gewichten von 5 bis 10 kg und ohne Überkopfarbeiten und Zwangshaltungen im Schulterbereich ausüben könne. Es sei deshalb gesamthaft von einer 50%igen Einschränkung im Erwerb auszugehen. Das Vorgehen der Beschwerdegegnerin, die lediglich eine Einschränkung von 20% berücksichtigt habe, sei dagegen unhaltbar. Die Beschwerdeführerin sei in ihrer



St.Galler Gerichte

angestammten Tätigkeit optimal eingegliedert, weshalb nicht auf die Arbeitsfähigkeitsschätzung für eine leichte Tätigkeit abgestellt werden dürfe. Demnach könne sie nur noch ein Einkommen von Fr. 30'387.-- erzielen. Abzüglich des Leidensabzugs von 10% resultiere im Vergleich zum Valideneinkommen von Fr. 60'774.-- ein Invaliditätsgrad von 60% (G act. 1). Das am 18. Juni 2008 beantragte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Verbeiständung bewilligt das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen am 26. August 2008 (G act. 3 und 9).

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 21. August 2008 die Abweisung der Beschwerde. Sie führt aus, der Beschwerdeführerin sei gemäss ABI-Gutachten eine leichte wechselbelastende Tätigkeit zu 80% zumutbar. Für die Invaliditätsbemessung bei Erwerbstätigen sei nicht die Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit massgebend, sondern es sei auf die zumutbare Arbeitsfähigkeit in einer der Behinderung optimal angepassten Tätigkeit abzustellen. Das ABI-Gutachten gebe als einzige Erklärung für die attestierten Einschränkungen der zumutbaren Arbeitsfähigkeit einen glaubhaften und nachvollziehbaren Leidensdruck der Beschwerdeführerin an. Ätiologisch-pathogenetisch liege jedoch ein unerklärlicher syndromaler Leidenszustand vor, dem gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung infolge fehlender Objektivierbarkeit keine invalidisierende Wirkung zukomme. Aus invalidenversicherungsrechtlicher Sicht vermöge das Leiden der Beschwerdeführerin somit keine Arbeitsunfähigkeit zu bewirken, denn auch die übrigen medizinischen Unterlagen würden keinen, die Schmerzangaben erklärenden Befund beschreiben. Es sei deshalb davon auszugehen, dass der Beschwerdeführerin die bisherige Tätigkeit uneingeschränkt zumutbar sei. Die angefochtene Verfügung sei deshalb im Ergebnis nicht zu beanstanden (G act. 7).

B.c In der Replik vom 9. September 2008 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Auf die weiteren Ausführungen wird, soweit entscheidrelevant, in den Erwägungen eingegangen (G act. 11).

B.d Die Beschwerdegegnerin verzichtet am 18. September 2008 sinngemäss auf eine Duplik (G act. 14).

Erwägungen:



1.

Am 1. Januar 2008 sind die im Zuge der 5. IV-Revision revidierten Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20), der Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV; SR 831.201) und des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) in Kraft getreten. In materiellrechtlicher Hinsicht gilt jedoch der allgemeine übergangsrechtliche Grundsatz, dass der Beurteilung jene Rechtsnormen zu Grunde zu legen sind, die bei Erlass des angefochtenen Entscheids beziehungsweise im Zeitpunkt gegolten haben, als sich der zu den materiellen Rechtsfolgen führende Sachverhalt verwirklicht hat (vgl. BGE 127 V 467 E. 1, 126 V 136 E. 4b, je mit Hinweisen). Die angefochtene Verfügung ist am 7. Mai 2008 ergangen. Dennoch ist ein Sachverhalt zu beurteilen, der vor dem Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen der 5. IV-Revision am 1. Januar 2008 begonnen hat. Daher ist entsprechend den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln für die Zeit bis 31. Dezember 2007 auf die damals geltenden Bestimmungen und ab diesem Zeitpunkt auf die neuen Normen der 5. IV-Revision abzustellen (vgl. zur 4. IV-Revision: BGE 130 V 445 ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 7. Juni 2006 [I 428/04] E. 1). Für die Invaliditätsbemessung ergibt sich dadurch keine substantielle Änderung. Neu normiert wurde hingegen der Zeitpunkt des Rentenbeginns, der, sofern die entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind (Art. 28 Abs. 1 IVG), gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG frühestens sechs Monate nach Geltendmachung des Leistungsanspruchs nach Art. 29 Abs. 1 ATSG entsteht. Es fragt sich, ob und unter welchen Voraussetzungen bei Verfügungen unter neuem Recht für den Anspruchsbeginn dennoch die bisherigen Bestimmungen anzuwenden sind. Der Gesetzgeber hat keine diesbezügliche Übergangsbestimmung erlassen. Das Bundesamt für Sozialversicherungen hat im Rundschreiben Nr. 253 vom 12. Dezember 2007 vorgesehen, grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalls abzustellen, aber auch für Sachverhalte mit Eintritt des Rentenfalls im Jahr 2008 altes Recht anzuwenden, wenn die Anmeldung ebenfalls noch im Jahr 2008 erfolgt ist. Das Bundesgericht hat gestützt auf das Rundschreiben, wenn der Rentenanspruch vor dem 1. Januar 2008 entstanden wäre, altes Recht angewendet (etwa Urteile des Bundesgerichts i/S S. vom 28. August 2008 [8C_373/2008] und i/S P. vom 9. März 2009 [8C_491/08]). Bezüglich des allfälligen Rentenbeginns rechtfertigt es sich vorliegend, angesichts der IV-Anmeldung vom 18. August 2005 und des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit im Oktober 2003, die bis zum



31. Dezember 2007 gültig gewesenen Bestimmungen (im Folgenden angeführt) anzuwenden.

2.

2.1 Nach aArt. 28 Abs. 1 IVG besteht der Anspruch auf eine ganze Invalidenrente, wenn die versicherte Person mindestens zu 70%, derjenige auf eine Dreiviertelsrente, wenn sie mindestens zu 60% invalid ist. Bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50% besteht Anspruch auf eine halbe Rente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40% Anspruch auf eine Viertelsrente. Für die Bemessung der Invalidität von erwerbstätigen Versicherten ist gemäss aArt. 28 Abs. 2 IVG Art. 16 ATSG anwendbar. Danach wird für die Bestimmung des Invaliditätsgrades das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre.

2.2 Die Beschwerdeführerin arbeitet seit 1994 in einem Wohnheim für psychisch und körperlich Behinderte. Nebenbei hat sie einen Flohmarkt geführt. Seit dem Unfall vom 25. Oktober 2003 hat sie den Flohmarkt aufgeben müssen (IV-act. 32 und 72). Die gegenteilige Ausführung des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin im Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverbeiständung ist diesbezüglich als Verschrieb zu betrachten (vgl. G act 3). Die unselbständige Tätigkeit hat sie bis August 2006 in unverändertem Pensum weitergeführt und dann auf 50% reduziert (IV-act 72). Nach übereinstimmenden Beurteilungen des behandelnden Arztes, der Ärzte der Klinik Valens und des ABI ist die unselbständige Tätigkeit der Beschwerdeführerin noch zu 50% zumutbar. Die Beschwerdeführerin schätzt ihre Arbeitsfähigkeit diesbezüglich gleich hoch ein. Bei der ABI-Begutachtung im August 2007 hat sie auch angegeben, sie könne sich diese Tätigkeit längerfristig nicht mehr vorstellen, weil sie zu häufig auch schwere Lasten (Pfannen) heben müsse. Nach dem ABI-Gutachten vom 30. Oktober 2007 ist der Beschwerdeführerin eine körperlich leichte, wechselbelastende Tätigkeiten ohne Heben von Lasten von repetitiv 5 kg und selten 10 kg sowie ohne Überkopfarbeiten und Zwangshaltungen im Schulterbereich zu 80% zumutbar (IV-act.



55). Daraus folgt, dass die Arbeit in der bisherigen Tätigkeit nicht ideal ist, weil sie keine schweren Gewichte mehr heben und tragen sollte und in einer leidensangepassten Tätigkeit eine Steigerung der Leistungsfähigkeit von 30% möglich wäre. Dass gar eine 100%ige Leistungsfähigkeit bestehe, wie dies die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort gestützt auf die Einschätzungen des RAD geltend macht, ist hingegen eher fragwürdig. Der RAD hat die Beschwerdeführerin selbst nie untersucht und stützt seine Beurteilung auf den Umstand, dass die begutachtenden Ärzte wenig objektive Befunde erheben konnten, die das Ausmass der Arbeitsfähigkeit erklären würden (IV-act. 57). Das von der Beschwerdegegnerin aufgeführte Urteil des Bundesgerichts vom 18. November 2003 i/S. A [I 64/03] ist vorliegend nicht relevant. Die im bundesgerichtlichen Urteil genannten Diagnosen betreffen neben chronifizierten Schmerzen im rechtsseitigen Schulter-Nackebereich auch eine Schmerzverarbeitungsstörung nach einem HWS-Distorsionstrauma und eine psychoreaktive depressive Störung mittleren Grades. Die Beschwerdeführerin hat selber weder psychische Beschwerden noch leidet sie an einer Schmerzverarbeitungsstörung. Die Schmerzen sind erklärbar durch das chronische cervico-cephale Schmerzsyndrom, das neben den Schmerzen auch Konzentrations- und Gedächtnisstörungen sowie Schlafstörungen verursacht (IV-act. 55). Sodann liegen auch objektive Befunde vor, wie sie im Gutachten der Klinik Valens vom 23. Oktober 2006 aufgeführt wurden: Wichtig seien die verstärkte Brustkyphose und Hyperlordose der Lendenwirbelsäule und Kopfprotraktion in der Sagittalebene. In der Dorsalansicht bestünden eine linkskonvexe Zervikothorakalskoliose mit verkürztem Musculus trapezius pars descendens und Musculus levator scapulae rechts sowie ein Beckenhochstand rechts (G act. 1.2.3). Auch der behandelnde Rheumatologe führte eine segmentale Dysfunktion C6/7 und der oberen BWS auf (IV-act. 16). Das ABI-Gutachten erfüllt die nach der Rechtsprechung für den Beweiswert medizinischer Berichte geltenden Anforderungen (BGE 125 V 352 E. 3a mit Hinweisen), weil es sich namentlich auf eine umfassende, insbesondere neurologische und psychiatrische Untersuchungen stützt, die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist und in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und den Schlussfolgerungen zu überzeugen vermag, auch wenn diese vielleicht etwas knapp ausgefallen sind. Letztere stehen zudem in Übereinstimmung mit den in den Akten enthaltenen weiteren Arztberichten und dem



Gutachten der Klinik Valens. Insgesamt erscheint eine Einschränkung der Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin von 50% in der bisherigen Tätigkeit und 20% in einer leidensangepassten Tätigkeit als schlüssig.

2.3 Strittig ist, ob die Invaliditätsbemessung hinsichtlich der Einschränkung in der bisherigen Tätigkeit oder hinsichtlich einer leidensangepassten Tätigkeit vorzunehmen ist. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe berufliche Massnahmen abgelehnt mit der Begründung, sie sei optimal eingegliedert. Entsprechend der Qualifikation als Vollerwerbstätige und der 50%igen Arbeitsunfähigkeit habe sie deshalb Anspruch auf eine halbe Rente. Vorliegend besteht kein Grund, die Qualifikation als Vollerwerbstätige in Frage zu stellen. Die Annahme einer hypothetischen vollzeitigen Erwerbstätigkeit ohne Eintritt des Gesundheitsschadens ist nach den Akten gerechtfertigt (IV-act. 30 und 32). Nach dem Unfall am 25. Oktober 2003 ist ihr eine selbständige Tätigkeit auf dem Flohmarkt nicht mehr möglich und die Tätigkeit als Mitarbeiterin im Wohnheim noch zu 50% zumutbar. Der Beschwerdeführerin ist seit der Begutachtung des ABI im August 2007 bekannt, dass sie in einer leidensadaptierten Tätigkeit ihre Leistungsfähigkeit mit 80% verwerten könnte. Sie hat denn auch selbst angegeben, die bisherige Tätigkeit sei ihr auf die Dauer zu anstrengend. Nach Art. 6 ATSG Satz 2 ist bei langer Dauer der Arbeitsunfähigkeit auch die Leistungsfähigkeit in einer zumutbaren Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich zu berücksichtigen. Indem die Beschwerdeführerin auch nach Kenntnisnahme der höheren Leistungsfähigkeit weiterhin in der nicht idealen Tätigkeit verblieben ist, hat sie ihre Resterwerbsfähigkeit nicht vollumfänglich ausgeschöpft. Im Rahmen der Schadenminderungspflicht wäre die Beschwerdeführerin deshalb gehalten gewesen, eine neue Arbeit zu suchen und anzunehmen. Aus dem ABI-Gutachten sind jedenfalls keine Gründe ersichtlich, die gegen einen Stellenwechsel sprechen würden. Dass der Neurologe den Verbleib in der bisherigen Tätigkeit empfohlen hat, ist wohl mehr sozialen als medizinischen Wertungen zuzuschreiben, nachdem sich die Beschwerdeführerin selbst beklagt hat, diese Tätigkeit sei ihr auf die Dauer zu anstrengend. Der Invaliditätsgrad ist deshalb auf der Basis der 80%igen Leistungsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit zu ermitteln.

2.4 Für die Ermittlung des Einkommens, welches die versicherte Person ohne Invalidität erzielen könnte (Valideneinkommen), ist entscheidend, was sie im Zeitpunkt



des frühestmöglichen Rentenbeginns nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdient hätte (RKUV 1993 Nr. U 168 S. 100 E. 3b). Dabei wird in der Regel am zuletzt erzielten, nötigenfalls der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung angepassten Verdienst angeknüpft, da es empirischer Erfahrung entspricht, dass die bisherige Tätigkeit ohne Gesundheitsschaden fortgesetzt worden wäre. Ausnahmen müssen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt sein (RKUV 1993 Nr. U 168 S. 101 E. 3b; BGE 129 V 222 E. 4.3.1). Die Arbeitgeberin hat am 12. September 2005 angegeben, die Beschwerdeführerin habe seit 1994 vier Stunden pro Tag an sechs Tagen in der Woche gearbeitet, also insgesamt 24 Stunden pro Woche. Die normale Arbeitszeit betrage 42 Stunden pro Woche. Das Pensum der Beschwerdeführerin hat also exakt 57% betragen ($100\% : 42h \times 24h$). Als Jahreseinkommen hat die Arbeitgeberin für 2005 Fr. 29'600.-- angegeben, was gemäss IK-Auszug den Einkommen der vorangehenden Jahren 2003 und 2004 entspricht (IV-act. 6 und 7). Auf die Angaben der Arbeitgeberin kann abgestellt werden. Aus der selbständigen Erwerbstätigkeit des Flohmarkts hat sie nach eigenen Angaben rund Fr. 500.-- dazuverdient. Diese sind in der Ermittlung des Valideneinkommens bis August 2005 zu berücksichtigen. Insgesamt betrug das Jahreseinkommen somit ohne Gesundheitsschaden Fr. 35'600.-- (Fr. 29'600 + Fr. 6000.--). Angepasst an die Nominallohnentwicklung bis 2006 (1.2%) und 2007 (1.6%) ergibt sich ein Valideneinkommen von Fr. 36'604.--. Ab August 2005 hat die Beschwerdeführerin ihre unselbständige Tätigkeit auf 100% aufstocken wollen. Der Flohmarkt habe zu wenig rentiert und die Tochter sei dann in die Realstufe eingetreten. Dies hätte ihr eine Erhöhung des Pensums ermöglicht (IV-act. 31). Ab August 2005 ist für das Valideneinkommen deshalb von einem Einkommen gemäss einer 100%igen Tätigkeit als Mitarbeiterin im Wohnheim auszugehen. Bei einer 42 Stunden Woche hätte die Beschwerdeführerin im Vergleich zur 24 Stunden Woche somit Fr. 51'780.-- verdient ($Fr. 29'600.-- : 24h \times 42h$). Angepasst an die Nominallohnentwicklung bis 2006 (1.2%) und 2007 (1.6%) ergibt sich ein Valideneinkommen von Fr. 53'240.--.

2.5 Vorliegend rechtfertigt es sich für die Ermittlung des Invalideneinkommens auf die Tabellen der Lohnstrukturerhebung abzustellen, weil die bisherige Tätigkeit, die von der Beschwerdeführerin weiter ausgeführt wird, ihr noch zu 50% zumutbar ist, in einer adaptierten Tätigkeit eine Leistungsfähigkeit von 80% besteht. Im Jahr 2006 verdienten Frauen im tiefsten Anforderungsniveau bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40



St.Galler Gerichte

Stunden Fr. 4'019.-- (Tabelle TA1 der LSE 2006). Bei der im Jahr 2006 durchschnittlichen betriebsüblichen Arbeitszeit von 41.7 Stunden in der Woche entspricht dies Fr. 4'189.80 beziehungsweise Fr. 50'277.70 im Jahr. Angepasst an die Nominallohnentwicklung 2007 von 1.6% ergibt sich ein Jahreseinkommen von Fr. 51'082.10. Gemäss einem 80% Pensum beträgt das Einkommen Fr. 40'865.70. Der von der Beschwerdegegnerin ermessenweise festgesetzte zusätzliche Abzug von 10% erscheint dem Gericht angemessen. Das Invalideneinkommen beträgt somit Fr. 36'779.10.

2.6 Aus dem Vergleich des Valideneinkommens vor August 2005 von Fr. 36'604.--. Und dem Invalideneinkommen von Fr. 36'779.10 ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit einem 80% Pensum ein rentenausschliessendes Einkommen erzielen könnte. Ab August 2005 ist ein Valideneinkommen von 53'240.-- einem Invalideneinkommen von Fr. 36'779.10 gegenüberzustellen. Daraus resultiert ein Invaliditätsgrad von 30.9%. Da dieser Invaliditätsgrad unter 40% liegt, hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Invalidenrente.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat den Anspruch auf berufliche Massnahmen mit Verfügung vom 5. Mai 2008 abgewiesen und als Begründung angegeben, die Beschwerdeführerin sei optimal eingegliedert. Diese Verfügung ist in Rechtskraft erwachsen und kann deshalb im vorliegenden Verfahren nicht überprüft werden. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass die Begründung irreführend und nicht nachvollziehbar ist, weil die Beschwerdeführerin in der bisherigen Tätigkeit gerade nicht optimal eingegliedert ist. Diese Arbeit ist körperlich nicht leidensadaptiert. Unstreitig hat sie wohl keinen Anspruch auf Umschulungsmassnahmen. Vorliegend kann die Beschwerdeführerin nur noch körperlich leichte wechselbelastende Tätigkeiten ohne Heben und Lasten von repetitiv 5 kg und selten 10 kg sowie keine Überkopfarbeiten und Zwangshaltungen im Schulterbereich ausüben, was ihre Möglichkeiten als Hilfsarbeiterin deutlich einschränkt. Denkbar wären leichte Büroarbeiten wie telefonische Auskunfts-, Bestellungen- oder Umfragedienste, Kontrolle von Waren in der maschinellen Herstellung, Überwachung von voll- oder halbautomatischen Maschinen, leichte Verkaufstätigkeiten und dergleichen. Dabei handelt es um eine angemessene



Verwertung der verbleibenden Leistungsfähigkeit. Mit dem in einer solchen Tätigkeit erzielbaren Lohn ist eine adäquate Schadensdeckung zu erreichen. Die Beschwerdegegnerin hat somit berufliche Massnahmen gemäss Verfügung vom 5. Mai 2008 hinsichtlich des Anspruchs auf Umschulungsmassnahmen zu Recht abgelehnt. Die Beschwerdeführerin ist seit dem Unfall vom 25. Oktober 2003 50% in ihrer bisherigen Erwerbstätigkeit als Mitarbeiterin im Wohnheim eingeschränkt. Damit wird die erforderliche Invalidität für eine berufliche Massnahme erreicht (vgl. ZAK 1984, 91). Es steht der Beschwerdeführerin frei, ein erneutes Gesuch zu stellen, falls sie Hilfe bei der Suche nach einer adaptierten Tätigkeit oder einer Umplatzierung im bisherigen Betrieb oder Einarbeitungszuschüsse benötigt. Der Arbeitgeber hat nämlich im Fragebogen für Arbeitgeber angegeben, er wäre an einer Hilfestellung durch die Fachleute der Invalidenversicherung betreffend Umplatzierungsmöglichkeiten im Betrieb interessiert (IV-act. 6).

4.

Im Sinne der vorstehenden Ausführungen ist die Beschwerde abzuweisen. Das Beschwerdeverfahren ist kostenpflichtig. Die Kosten werden nach dem Verfahrensaufwand unabhängig vom Streitwert im Rahmen von Fr. 200.-- bis Fr. 1'000.-- festgelegt (Art. 69 Abs. 1^{bis} IVG). Eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- erscheint als angemessen. Der unterliegenden Beschwerdeführerin sind die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 600.-- aufzuerlegen. Zuzufolge der am 26. August 2008 bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege ist sie von der Bezahlung zu befreien. Der Staat ist zuzufolge der ebenfalls am 26. August 2008 bewilligten unentgeltlichen Rechtsverteidigung zu verpflichten, für die Kosten der Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin aufzukommen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem unentgeltlichen Rechtsbeistand lediglich ein um 20% reduziertes Honorar zusteht (vgl. Art. 31 Abs. 3 des Anwaltsgesetzes, sGS 963.70). Die Parteientschädigung bemisst sich gemäss Art. 61 lit. g ATSG nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses. Unter Berücksichtigung dieser Kriterien erweist sich eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Gekürzt um 20% beträgt sie Fr. 2'800.--. Wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse es gestatten, kann die Beschwerdeführerin jedoch zur Nachzahlung der



vom Staat entschädigten Gerichts- und Parteikosten verpflichtet werden (Art. 288 Abs. 1 ZPO/SG i.V.m. Art. 99 Abs. 2 VRP/SG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

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 Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mit Fr. 2'800.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer).