



Fall-Nr.: IV 2008/448
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 14.07.2020
Entscheiddatum: 24.06.2010

Entscheid Versicherungsgericht, 24.06.2010

Art. 28 IVG. Einkommensvergleich bei einer zuletzt als selbständigerwerbende Wirtin tätig gewesenen Versicherten, über deren Einzelunternehmung der Konkurs eröffnet wurde (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 24. Juni 2010, IV 2008/448). Aufgehoben durch Urteil des Bundesgerichts 9C_683/2010.

Abteilungspräsidentin Karin Huber-Studerus, Versicherungsrichterinnen Monika Gehrler-Hug und Marie-Theres Rüegg Haltinner; Gerichtsschreiberin Fides Hautle

Entscheid vom 24. Juni 2010

in Sachen

N.____,

Beschwerdeführerin,

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

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Rente



Sachverhalt:

A.

A.a Die 1963 geborene N.____ meldete sich am 28. Februar/10. April 2006 zum Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung an. Sie habe keinen Beruf erlernt. Seit vier Jahren leide sie an Rückenbeschwerden. Seit September 2004 sei sie bei der A.____ tätig. Sie beantragte namentlich eine Rente.

A.b Die A.____ erklärte am 8. Mai 2006 (act. 8), die Versicherte sei seit dem 30. August 2004 an 2.5 Tagen pro Woche als Hilfsarbeiterin in einem Arbeitsprogramm angestellt.

A.c Dr. med. B.____, Arzt für Innere Medizin FMH, gab in seinem Arztbericht vom 25. Juli 2006 (act. 11) als Hauptdiagnose bekannt, es liege eine chronische Lumboischialgie bei Spondylolyse L5 und Spondylolisthese L5/S1 und Status nach dorsaler Spondylodese L5/S1 09.2003 vor. Ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit seien ein metabolisches Syndrom (mit Diabetes, Hypertonie und Adipositas), Asthma bronchiale und oculäre Hypertension. Die Versicherte stehe seit Juli 2004 in seiner Behandlung. Sie leide schon seit Jahren an chronisch rezidivierenden Lumboischialgien und habe im Jahr 2002 wegen der Beschwerden die ursprüngliche Tätigkeit als Gastwirtin aufgeben müssen. Die Tätigkeit im Arbeitsprogramm sei adaptiert, mit geringer körperlicher Belastung. Die Versicherte habe sie meist zu 50 % ausgeübt. Versuche, das Pensum zu steigern, hätten jeweils mit einer massiven Zunahme der beklagten Rückenbeschwerden geendet. Vom 27. Oktober 2004 bis 3. Januar 2005 sei die Versicherte zu 100 %, dann bis 29. Juni 2005 zu 50 % und anschliessend bis 1. Juli 2005 wieder zu 100 % arbeitsunfähig gewesen. Seit dem 2. Juli 2005 sei sie zu 50 % arbeitsfähig. Aktuell seien fünf Stunden Arbeit pro Tag zumutbar, wobei das Heben schwerer Lasten und repetitive Bewegungsmuster nicht möglich seien und die Einschränkung der Leistungsfähigkeit mindestens 50 % betrage. Der gegenwärtige Arbeitsort sei optimal adaptiert. - Zu den Akten kamen diverse Berichte der Klinik für Orthopädische Chirurgie am Kantonsspital St. Gallen. Einem Bericht vom 19. September 2003 war zu entnehmen, dass die Versicherte wegen der Rückenschmerzen seit etwa einem Jahr nicht mehr gearbeitet habe. Nachdem ein zufriedenstellender postoperativer Verlauf mit kompletter Beschwerdefreiheit hatte



St.Galler Gerichte

verzeichnet werden können, hatte die Versicherte gemäss einem Bericht vom 26. August 2004 berichtet, sie habe vor zwei Monaten bei einem Einkauf Schweres gehoben und einen Schmerz wie den präoperativen empfunden. Eine bis zwei Wochen später sei sie in der Dusche ausgeglitten und habe sich festzuhalten versucht. Seither habe sie die Schmerzen permanent gehabt, und zwar bei längerem Stehen und im Liegen. Einem Bericht vom 5. April 2005 war zu entnehmen gewesen, dass eine Infiltration eine deutliche Beschwerdebesserung gebracht habe, so dass eine weitere vorzuschlagen sei.

A.d Auf Ersuchen der Sozialversicherungsanstalt//IV-Stelle des Kantons St. Gallen, die Buchhaltungsabschlüsse der Jahre 2000 bis 2003 einzureichen, teilte die Versicherte am 17. August 2006 mit, die Unterlagen seien nach dem Konkurs alle abhanden gekommen.

A.e Der Regionale Ärztliche Dienst (RAD) der Invalidenversicherung schlug am 28. November 2006 eine bidisziplinäre orthopädische/rheumatologische RAD-Untersuchung vor. Im Untersuchungsbericht vom 27. April 2007 (act. 26) von Dr. med. C.____, Facharzt für Orthopädie, und von Dr. med. D.____, Facharzt für Innere Medizin, ..., waren (gemäss S. 6) als

(Haupt-) Diagnosen benannt: (erstens) Lumboischialgie rechts mit Diskopathien bei Spondylolyse L5 mit Spondylolisthesis L5/S1 Grad I, Status nach dorsaler Spondylodese L5/S1 in TLIF-Technik mit Spongiosaplastik und Cages (10.09.2003) und Status nach zweimaliger Infiltration der Facettengelenke L4/L5 (28.01. resp. 11.02.2005), (zweitens) am ehesten Intrinsic Asthma bronchiale, (drittens) Diabetes mellitus II b, (viertens) Arterielle Hypertonie, und (fünftens) Adipositas. Interdisziplinär wurde festgehalten, im angestammten Bereich bestehe eine volle Arbeitsunfähigkeit. Auch die Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit sei eingeschränkt, und zwar auf 50 %. Dabei sollte es sich um Tätigkeiten mit leichter körperlicher Arbeit in Wechselbelastung handeln, ohne Zwangspositionen der Wirbelsäule, ohne Überkopfarbeiten und ohne Exposition gegenüber höheren Konzentrationen von atemwegsreizenden Stäuben, Rauch oder Dämpfen. Kälte-, Nässe- und Zugluft-Exposition seien ungünstig. Die Tätigkeit sollte in geschlossenen und ausreichend temperierten Räumen ausgeübt werden können und die Möglichkeit zu vermehrten Pausen bieten. - Der RAD hatte weitere Berichte eingeholt. Einem Bericht der Klinik für



St.Galler Gerichte

Orthopädische Chirurgie vom 30. Januar 2003 (act. 24-3/11) war zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin seit Weihnachten 2002 nicht mehr gearbeitet habe. Am 6. Juni 2003 hatte die Klinik erklärt, die Versicherte sei nach wie vor zu 100 % arbeitsunfähig. - Eine RAD-Fachärztin für Arbeitsmedizin erachtete das Ergebnis der RAD-Untersuchung als massgebend.

A.f Mit Vorbescheid vom 13. Juni 2007 (act. 30 f.) stellte die Sozialversicherungsanstalt/IV-Stelle der Versicherten eine Abweisung ihres Leistungsgesuchs in Aussicht. Das Valideneinkommen betrage Fr. 15'735.--, ebenso wie das Invalideneinkommen.

A.g Am 27. Juli 2007 (act. 37) liess die Versicherte durch das Sozialamt einwenden, es sei unbestritten, dass sie selbst in leidensangepasster Tätigkeit höchstens noch zu 50 % arbeitsfähig sei. In der Verfügung werde jedoch behauptet, dass sie als selbständige Wirtin ohne Behinderung nicht mehr verdienen würde, als durch Verwertung der Restarbeitsfähigkeit von höchstens 50 %. Vor einem ablehnenden Rentenentscheid wären ohnehin noch Wiedereingliederungsversuche zu unternehmen bzw. Massnahmen zu prüfen. Ausserdem treffe es mit Sicherheit nicht zu, dass sie gegenwärtig lediglich ein Einkommen von Fr. 15'735.-- erzielen würde, wenn sie nicht invalid geworden wäre. Schon im Jahr 2003 habe sie nicht mehr über die volle Arbeitsfähigkeit verfügt. Zur Schätzung des Valideneinkommens dürfe frühestens das Einkommen aus dem Jahr 2002 herangezogen werden, somit ein Betrag von mindestens Fr. 30'800.--. Hinzuzurechnen sei als Einkommensbestandteil, dass sie mit ihren Einnahmen aus dem Restaurant den Lebensunterhalt gedeckt habe (Wohnung, Essen, Krankenkasse, Auto, Kleidung usw.). Der tatsächliche Gewinn aus selbständiger Tätigkeit sei daher wesentlich höher gewesen. Zu berücksichtigen sei ferner die Teuerung. Als Unselbständigerwerbende würde sie gegenwärtig als Wirtin/Köchin gemäss den Tabellenlöhnen Fr. 56'173.-- (einschliesslich 13. Monatslohn) verdienen. Stelle man ein Valideneinkommen von rund Fr. 55'000.-- dem Einkommen von Fr. 15'735.-- gegenüber, das sie nicht einmal auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt erziele, so ergebe sich ein Invaliditätsgrad von mehr als 70 %. Es seien allenfalls noch notwendige Abklärungen vorzunehmen und es sei ihr eine volle (wohl: ganze) Rente zuzusprechen.



St.Galler Gerichte

A.h Die IV-Eingliederungsberatung berichtete am 12. Dezember 2007 (act. 43), die Versicherte habe erklärt, sie würde bei ihrer Arbeitgeberin eine Festanstellung zu 50 % erhalten. Da das Einkommen finanziell aber nicht ausreiche, erwarte sie von der IV eine Rente. Eine Unterstützung in der Stellensuche wünsche sie nicht.

A.i Mit Mitteilung vom 18. Januar 2008 (act. 46) schloss die Sozialversicherungsanstalt/IV-Stelle die Arbeitsvermittlung ab.

A.j Mit einem neuen Vorbescheid vom 21. Januar 2008 (act. 47 f.) sah die Sozialversicherungsanstalt/IV-Stelle erneut eine Abweisung des Leistungsgesuchs vor. Zu vergleichen seien ein Valideneinkommen von Fr. 32'757.-- und ein Invalideneinkommen von Fr. 24'018.--. Der Invaliditätsgrad betrage 27 %. Es bestünden keine Buchhaltungsunterlagen, welche die Angabe, dass das effektive Einkommen als Selbständigerwerbende höher gewesen sei, stützen würden.

A.k Die Versicherte liess am 21. Februar 2008 gegen die "Verfügung" vom 21. Januar 2008 eine Beschwerde erheben (und sie am 14. April 2008 ergänzend begründen), auf welche mangels Anfechtungsgegenstandes am 4. Juli 2008 nicht eingetreten wurde. Die Beschwerde wurde zur Behandlung als Einwand überwiesen.

A.l Mit Verfügung vom 15. September 2008 (act. 76) wies die Sozialversicherungsanstalt/IV-Stelle den Rentenanspruch der Versicherten bei einem Invaliditätsgrad von 27 % ab. Dass sie momentan bei der A.____ angestellt sei, ändere nichts daran, dass ihr medizinisch gesehen eine Tätigkeit in der freien Wirtschaft zumutbar sei. Für den Einkommensvergleich sei auf die effektiv deklarierten Einnahmen aus der selbständigen Tätigkeit abgestellt worden, die direkt bei der Steuerbehörde erfragt worden seien. Auf den Einwand, nicht der steuerrechtliche, sondern der betriebswirtschaftliche Abschluss sei massgebend, werde nicht weiter eingegangen; er würde bedeuten, dass steuerrechtlich falsche Angaben gemacht worden wären. Dass die Versicherte ferner aufgrund von langjähriger Erfahrung im Gastgewerbe viel mehr verdienen würde, sei nicht anzunehmen, sei ihr Einkommen doch über mehrere Jahre etwa im gleichen Rahmen gelegen.

B.



Gegen diese Verfügung richtet sich die von Rechtsanwältin lic. iur. Sabrina Schneider für die Betroffene am 21. Oktober 2008 erhobene Beschwerde. Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin sei eine ganze Invalidenrente zuzusprechen, eventualiter sei die Angelegenheit zur neuen Beurteilung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin habe eine Lehre als Köchin begonnen, sie aber nicht abgeschlossen. Sie sei als Küchenhilfe, als Vorarbeiterin in einer Fabrik, in einer Speditionsunternehmung, an verschiedenen Stellen als Serviceangestellte, als Angestellte in einer chemischen Reinigung und in einer Unternehmung für Gewürze und Heilkräuter angestellt gewesen. Dort sei ihr krankheitsbedingt (Atemnot bei Staubentwicklung) gekündigt worden, worauf sie arbeitslos gewesen sei. Danach sei sie von 1996 bis 1998 als Serviceangestellte tätig gewesen, bevor sie ab 1998 als selbständigerwerbende Wirtin und als Teilzeitangestellte in einer Unternehmung gearbeitet habe. Dazwischen sei sie aufgrund des Rückenleidens und der Operation teilweise oder ganz arbeitsunfähig gewesen. Im Januar 2004 sei über ihr Restaurant der Konkurs eröffnet worden. Am 10. Juli 2002 habe sie sich erstmals wegen der Rückenschmerzen in ärztliche Behandlung begeben. Gemäss dem Einkommensvergleich 2008 der Beschwerdegegnerin sollte die Beschwerdeführerin mit Behinderung bei 50 % Arbeitsfähigkeit ein prozentual erheblich höheres Einkommen, nämlich Fr. 24'018.--, erzielen können, als sie es mit dem gleichen Pensum von 50 % ohne Behinderung bei voller Arbeitsfähigkeit tun könnte, nämlich Fr. 16'378.50. Das sei nicht nachvollziehbar. Es würde ja bedeuten, dass die Beschwerdeführerin trotz Gesundheitsschadens mit einem Pensum von 50 % mehr verdienen könne als vor Eintritt des Gesundheitsschadens. Wenn die buchhalterischen Unterlagen und Belege nicht vorhanden seien oder ein Einkommensvergleich anderweitig nicht möglich sei, finde das ausserordentliche Bemessungsverfahren Anwendung. Es treffe vorliegend mit Sicherheit nicht zu, dass die Beschwerdeführerin ein Erwerbseinkommen von nur Fr. 32'757.-- erzielen würde, wenn sie nicht invalid geworden wäre. Ein so tiefes Bruttojahreseinkommen sei nicht realistisch und würde selbst den Lebensunterhalt einer alleinstehenden Person ohne Unterstützungspflichten kaum decken. Zur Ermittlung des Valideneinkommens sei nicht auf das steuerpflichtige Einkommen abzustellen, auf dem die AHV-Beiträge berechnet würden, sondern auf den betriebswirtschaftlichen Abschluss. Die beiden Buchhaltungen verfolgten verschiedene



Zwecke und würden deshalb auch betragsmässig unterschiedlich ausfallen. Die steuerrechtliche Buchhaltung sei auf einen tendentiell tieferen Betrag von Aktiven und Gewinn ausgerichtet als die handelsrechtliche. Wenn die Beschwerdeführerin die legalen Freiräume in der Buchhaltung ausgenützt habe, sei ihr nicht vorzuwerfen, dass sie in der steuerrechtlichen Buchhaltung falsche Angaben gemacht habe. Es ändere nichts an der Bemessungsgrundlage des betriebswirtschaftlichen Abschlusses, dass die Beschwerdeführerin über mehrere Jahre hinweg als Selbständigerwerbende immer etwa gleich viel verdient habe. Bei der handelsrechtlichen Buchhaltung seien insbesondere die steuerrechtlich geltend gemachten Abzüge nach Massgabe der Betriebswirtschaftlichkeit aufzurechnen. Hinzuzurechnen wäre, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Einnahmen ihren Lebensunterhalt gedeckt habe. Die Buchhaltungsabschlüsse der in Konkurs geratenen Einzelfirma seien nicht mehr vorhanden und die genauen Zahlen liessen sich nicht mehr eruieren. Der Wert der Geschäftsführung könne nicht aus den Betriebsergebnissen abgeleitet werden. Wegen dieser Unsicherheit sei das Valideneinkommen nach Erfahrungs- und Durchschnittswerten (Tabellenlöhnen) zu berechnen. Das Bundesgericht habe in einem Entscheid vom 4. April 2002 (I 696/01) einem selbständigen Betreiber einer Autogarage, der gemäss IK Einkommen von jährlich ca. Fr. 16'000.-- erzielt habe, den durchschnittlichen Lohn eines qualifizierten Berufsmannes in der Automechanikerbranche angerechnet. Die Beschwerdeführerin hätte nach dem mangels Aktiven eingestellten Konkurs unselbständig in der Gastronomie weiter gearbeitet und wäre dank ihrer zehnjährigen Erfahrung bei den Tabellen auf dem Anforderungsniveau der Stufe 1 einzureihen. Im Jahr 2006 sei daher von einem Einkommen von Fr. 52'572.-- (12x Fr. 4'381.--) auszugehen. Das sei das richtige Valideneinkommen. Dass die Restarbeitsfähigkeit von 50 % in der freien Wirtschaft verwertbar sei, treffe nicht zu. Die Beschwerdeführerin sei in der A.____ - einer staatlich subventionierten Beschäftigungsmassnahme - tätig, weil es nicht möglich gewesen sei, sie im ersten Arbeitsmarkt zu integrieren. Aus dieser Tätigkeit könne nicht geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin ihre Restarbeitsfähigkeit von höchstens 50 % auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwerten könne, auch wenn die Beschwerdegegnerin behaupte, aus medizinischer Sicht wäre ihr das zumutbar. Im Gegenteil. Das belegten auch die vom RAD eng gefassten Anforderungen an eine leidensadaptierte Tätigkeit. Die aktuelle Tätigkeit werde als optimal adaptiert



bezeichnet. Sie sei die einzige "Erwerbstätigkeit", welche die Beschwerdeführerin mit ihrem Gesundheitsschaden noch ausüben könne. Sie verdiene damit jährlich zwischen Fr. 7'800.-- und Fr. 14'400.--. Auf dem freien Markt wäre das Einkommen tiefer, wobei aber unrealistisch sei, dass sich dort überhaupt eine Stelle finden liesse. Der tatsächliche Lohn enthalte eine Soziallohnkomponente. Dort werde eine grosse Flexibilität ermöglicht; der Arbeitseinsatz richte sich nach der variierenden Leistungsfähigkeit. Ein erhöhter Arbeitseinsatz sei nicht zumutbar. Ein Invalideneinkommen sei nicht erzielbar. Wenn doch ein Einkommen anzurechnen wäre, so wäre von Fr. 11'100.-- auszugehen, wovon die Soziallohnkomponente, ein Teilzeit- (von 10 %) und ein Leidensabzug (von mindestens 20 %) abzuziehen wären. Das Invalideneinkommen betrüge somit Fr. 7'770.--. Bei einem Valideneinkommen von Fr. 52'572.-- und einem Invalideneinkommen von Fr. 11'100.-- ergebe sich ein Invaliditätsgrad von knapp 80 %.

C.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 8. Dezember 2008 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Die medizinische Arbeitsfähigkeitsschätzung sei unbestritten, nicht aber die Verwertbarkeit. Die Beschwerdeführerin sei weder aus medizinischem noch aus einem anderen Grund so eingeschränkt, dass auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt keine Stellen vorhanden wären. Möglich wären etwa Tätigkeiten an der Kinokasse oder Verpackungs- oder Versandarbeiten im Produktionsbereich. Im Sinne der Schadenminderungspflicht habe die Beschwerdeführerin alles Zumutbare zur Verbesserung der Erwerbsfähigkeit vorzukehren, insbesondere jede Möglichkeit wahrzunehmen, eine angepasste Erwerbstätigkeit zu finden. Beim Valideneinkommen sei sie (die Beschwerdegegnerin) vom IK-Auszug 2002 von Fr. 26'200.-- als Selbständigerwerbende zuzüglich Fr. 4'600.-- Lohn (mit Aufwertung auf 2007) ausgegangen. Für 2002 hätten die Steuerbehörden eine Ermessensveranlagung von Fr. 24'000.-- vorgenommen. Die kantonalen Steuerbehörden ermittelten das für die Bemessung der Beiträge massgebende Erwerbseinkommen aufgrund der rechtskräftigen Veranlagung für die direkte Bundessteuer und das im Betrieb investierte Eigenkapital aufgrund der entsprechenden kantonalen Veranlagung unter Berücksichtigung der interkantonalen Repartitionswerte. Die Angaben der kantonalen Steuerbehörden seien für die



St.Galler Gerichte

Ausgleichskassen verbindlich. Unterlagen, welche das Gegenteil beweisen würden, seien nicht eingereicht worden. Aus dem IK-Auszug sei ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin über viele Jahre hinweg kein höheres Einkommen habe erzielen können. Das momentan erzielte Einkommen stamme aus einer Beschäftigungsmassnahme. Heranzuziehen seien die statistischen Löhne. Ein teilzeitbedingter Abzug komme bei Frauen nicht in Frage. Selbst bei einem Leidensabzug von 10 % bliebe der Invaliditätsgrad unter den rentenbegründenden 40 %.

D.

Mit Replik vom 18. Dezember 2008 bringt die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin vor, in der Beschäftigungsmassnahme habe diese die Möglichkeit, spontan die Arbeit zu unterbrechen oder gar mehrere Tage niederzulegen, wenn sie Pausen brauche oder sich nicht arbeitsfähig fühle. Eine solche Flexibilität am Arbeitsplatz - abhängig vom Gesundheitszustand - existiere in der freien Wirtschaft nicht. Wenn die Beschwerdegegnerin Tätigkeiten an der Kinokasse oder Verpackungs- und Versandarbeiten nenne, übersehe sie, dass es sich um vorwiegend im Sitzen zu verrichtende Arbeiten handle und dass insbesondere im Produktionsbereich in der Regel schwerere Lasten getragen werden müssten. Es sei daher fernab von jeglicher Realität, dass die Beschwerdeführerin auf dem freien Arbeitsmarkt eine adaptierte Tätigkeit finde, in der sie überdies noch mehr verdienen würde als momentan. In erster Linie würden die Einkommen bei Selbständigerwerbenden aus den Buchhaltungsabschlüssen erhoben, erst subsidiär aus den Unterlagen der Steuerbehörden und den Beitragsunterlagen, und zwar weil die handelsrechtliche Buchhaltung anders ausfalle als die steuerrechtliche. Seien keine Buchhaltungsabschlüsse vorhanden, sei auf Durchschnittswerte abzustellen. Sei der Betrag des Invalideneinkommens höher als das auf ein volles Arbeitspensum hochgerechnete Valideneinkommen, so sei das Invalideneinkommen bei gleichem Pensum praxisgemäss auf diesen Wert zu reduzieren. Die Beschwerdegegnerin gehe von einem Valideneinkommen von Fr. 32'757.-- und einem Invalideneinkommen von Fr. 48'036.-- aus. Dass aber das Invalideneinkommen höher sei als das Valideneinkommen, gehe nicht an.

E.



In ihrer Duplik vom 21. Januar 2009 legt die Beschwerdegegnerin dar, das erzielte Einkommen sei für die Festlegung des Valideneinkommens massgebend, wenn sich eine versicherte Person mit einem bescheidenen Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit begnügt habe, selbst wenn besser entlohnte Erwerbsmöglichkeiten bestanden hätten. Es bestünden keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin ihre Tätigkeit als Wirtin zugunsten einer besser entlohnten Tätigkeit aufgeben hätte. Sie habe freiwillig auf ein höheres Einkommen verzichtet. Sie habe nicht beweisen können, dass sie ein höheres als das im IK-Auszug ausgewiesene Einkommen erzielt hätte.

Erwägungen:

1.

1.1 Am 1. Januar 2008 ist die 5. IV-Revision in Kraft getreten. Die Beschwerdegegnerin hat die angefochtene Verfügung am 15. September 2008, also unter der Geltung des Rechts dieser Revision, erlassen. Zu beurteilen ist der Sachverhalt, wie er sich bis zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Verfügung entwickelt hat. Dieser Sachverhalt reicht in eine Zeit vor Inkrafttreten der 5. IV-Revision zurück. Soll auf bestimmte Sachverhalte nicht neues Recht Anwendung finden, sondern das aufgehobene Recht massgebend bleiben, muss eine geltende Norm die Weiteranwendbarkeit aufgehobenen Rechts für bestimmte Sachverhalte anordnen. Die 5. IV-Revision enthält keine die Rente betreffende übergangsrechtliche Bestimmung. Das Bundesamt für Sozialversicherungen unterstellt aber zu Recht eine ausfüllungsbedürftige Lücke (vgl. das Rundschreiben Nr. 253 vom 12. Dezember 2007). Die Definition der Sachverhalte, auf die noch altes Recht anwendbar sein soll, sollte durch ein materiellrechtliches, unbeeinflussbares Merkmal erfolgen. In Frage kommen der Zeitpunkt der Entstehung des Auszahlungsanspruchs oder der Eintritt des Versicherungsfalls, beide definiert nach dem alten, ausser Kraft getretenen Recht (zum Ganzen im Detail der Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen i/S M. vom 28. Oktober 2009, IV 2009/5). Bezüglich des allfälligen Rentenbeginns sind deshalb vorliegend angesichts der IV-Anmeldung von 2006 und des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit jedenfalls vor 2007 die bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Bestimmungen (im Folgenden



angeführt) anzuwenden. Für die Invaliditätsbemessung hat sich indessen keine Änderung der Rechtslage ergeben.

1.2 Mit der angefochtenen Verfügung hat die Beschwerdegegnerin den Rentenanspruch der Beschwerdeführerin abgelehnt. Die Beschwerdeführerin lässt in diesem Verfahren einzig Rentenleistungen beantragen. Streitig ist daher der Rentenanspruch. Ergäbe sich allerdings, dass ohne Eingliederungsmassnahmen ein solcher Anspruch in Frage steht, so gehörte zum Streitgegenstand notwendigerweise auch die Frage, ob die Verwaltung den Grundsatz "Eingliederung vor Rente" beachtet und eine allfällige Pflicht der Beschwerdeführerin zu Massnahmen korrekt in Anspruch genommen habe.

2.

2.1 Nach Art. 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.

2.2 Als selbständigerwerbende Gastwirtin ist die Beschwerdeführerin nicht mehr arbeitsfähig. Ihre Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit ist von Dr. B.____ einerseits und vom RAD aufgrund seiner bidisziplinären Untersuchung nach Kenntnisnahme von den Akten und Aufnahme der Anamnese und der geklagten Beschwerden andererseits übereinstimmend auf 50 % festgelegt worden. Hierauf kann abgestellt werden.

3.

3.1 Für die Vornahme des Einkommensvergleichs ist grundsätzlich auf die Gegebenheiten im Zeitpunkt des allfälligen Rentenbeginns abzustellen (BGE 129 V 222).

3.2 Rechtsprechungsgemäss ist bei der Ermittlung des Valideneinkommens entscheidend, was die versicherte Person im massgebenden Zeitpunkt nach dem



Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdienen würde. Die Einkommensermittlung hat so konkret wie möglich zu erfolgen. Es ist in der Regel vom letzten Lohn, welchen die versicherte Person vor Eintritt der Gesundheitsschädigung erzielt hat, auszugehen (Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts i/S S. vom 16. Mai 2001, I 42/01, mit Hinweisen etwa auf RKUV 1993 Nr. U 168 S. 100 E. 3b, ZAK 1980 S. 593). Diese Praxis ist unter dem Aspekt des Beweises des massgeblichen Valideneinkommens zweckmässig, weil es gemäss der Rechtsprechung empirischer Feststellung entspricht, dass die bisherige Tätigkeit im Gesundheitsfall in der Regel weitergeführt worden wäre (Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts i/S S. vom 29. August 2002, I 97/2000).

3.3 Gemäss dem IK-Auszug (und eigenen Angaben) war die Beschwerdeführerin zunächst von Januar 1981 bis Mitte 1982 bei drei Restaurationsbetrieben angestellt, danach bis Mitte 1984 in einem Altersheim, dann bis Januar 1987 in einer chemischen Reinigung. Es folgten von 1987 bis 1990 eine Tätigkeit in einer Spedition, in einem Restaurant, als Vorarbeiterin in einer Fabrik, und Anstellungen in zwei weiteren Betrieben. Von 1990 bis 1992 war die Beschwerdeführerin in einem Betrieb für Gewürze und Heilkräuter tätig, dann bis 1993 in zwei weiteren Unternehmungen. Von Mitte 1993 bis Mitte 1996 war sie wiederum in einem Restaurant angestellt, bevor sie arbeitslos wurde. Mitte 1997 nahm sie eine selbständigerwerbende Tätigkeit auf. Daneben war sie aber noch seit 1995 (auch noch 2004) in einem Technik-Unternehmen tätig. Mit Ausnahme der Jahre 1996, 1997 und 1998, in denen auch Arbeitslosenentschädigung ausgerichtet wurde, erzielte die Beschwerdeführerin stets Einkommen von weniger als Fr. 33'000.--. Die abgerechneten Einkommen aus der selbständigen Erwerbstätigkeit lagen im Jahr 1998 bei Fr. 17'500.--, 1999 bei Fr. 17'200.--, 2000 bei rund Fr. 20'000.--, 2001 bei Fr. 24'500.--, 2002 bei Fr. 26'200.-- und 2003 bei rund Fr. 26'100.--. Nach der Aktenlage ist das Rückenleiden der Beschwerdeführerin im Jahr 2002 aufgetreten. Im Juli 2002 fand eine radiologische Abklärung statt. Einem Bericht der Klinik für Orthopädische Chirurgie vom 30. Januar 2003 (act. 24-3/11) war zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin seit Weihnachten 2002 nicht mehr gearbeitet habe. Die Klinik für Orthopädische Chirurgie hatte am 6. Juni 2003 erklärt, die Versicherte sei nach wie vor zu 100 % arbeitsunfähig. Im Januar 2004 wurde über ihr Einzelunternehmen der Konkurs eröffnet.



3.4 Ob und gegebenenfalls inwiefern die gesundheitliche Beeinträchtigung der Beschwerdeführerin sich auf den Geschäftsgang ihres zuletzt selbständig geführten Betriebs auswirkte, kann dahingestellt bleiben. Da über das Unternehmen der Konkurs eröffnet werden musste, kann vorliegend jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, die Beschwerdeführerin wäre im hier massgeblichen Zeitraum ohne Gesundheitsschaden (immer noch) selbständigerwerbend tätig. Die mit der selbständigen Tätigkeit erzielten schmalen Einkommen sind daher keinesfalls von Bedeutung. Mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ist anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin, wie sie geltend macht, sich wieder hätte anstellen lassen.

3.5 Angesichts der verschiedenen Tätigkeiten, welche sie insgesamt ausgeübt hatte, rechtfertigt es sich, ihr Valideneinkommen anhand der Tabellenlöhne des ganzen privaten Sektors zu bestimmen. Im Jahr 2004 machte das durchschnittliche Einkommen von Frauen (statistisches Mittel, Zentralwert; vgl. AHI 1999 S. 50) Fr. 46'716.-- (12mal Fr. 3'893.--) aus, korrigiert um die betriebsübliche durchschnittliche Arbeitszeit von damals 41.6 Stunden pro Woche (vgl. T2.5.2; statt 40 Stunden, wie sie der Tabellengruppe A generell zugrunde liegt) bei 100 % Beschäftigung Fr. 48'585.-- (gemäss Anhang 2 der Textausgabe IV, Gesetze und Verordnungen). Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, sie wäre im Gastronomiebereich geblieben, was nicht unwahrscheinlich erscheint. Diesfalls könnte sie auf eine mehrjährige Erfahrung zurückgreifen, in welcher sie sich Berufs- und Fachkenntnisse angeeignet haben wird. Es schiene den Verhältnissen angemessen, für diesen Fall grundsätzlich mit einer Anstellung im Niveau 3 zu rechnen, während eine Qualifikation des Niveaus 1 und 2 (Verrichtung selbständiger und qualifizierter bzw. höchst anspruchsvoller und schwierigster Arbeiten) nicht ausgewiesen ist. Im Gastgewerbe erzielten Frauen im Jahr 2004 im Niveau 3 durchschnittlich ein Jahreseinkommen von Fr. 48'575.-- (12x Fr. 3'846.-- x 42.1/40), was ungefähr dem oben erwähnten allgemeinen Durchschnittseinkommen entspricht.

3.6 Wie aus der Höhe der im IK verzeichneten Arbeitslosenentschädigungen zu schliessen ist, muss auch der konkret versicherte Verdienst der Beschwerdeführerin für die Arbeitslosenversicherung knapp das Niveau dieser erwähnten Durchschnittseinkommen erreicht haben. Das stützt die Annahme, dass ihr Valideneinkommen beim Durchschnitt der Einkommen aller Hilfstätigkeiten anzusetzen ist. Im



Jahr 1997 lag der versicherte Verdienst wohl bei rund Fr. 43'100.-- pro Jahr (Fr. 34'486.-- x 1.25). Angepasst um die allgemeine Nominallohnentwicklung bis 2004 (von 104.6 auf 114.1) entspricht das einem Betrag von Fr. 47'014.-- pro Jahr. Insofern die Beschwerdeführerin früher unter dem Durchschnitt liegende Einkommen erzielt hat, mochte das darauf zurückzuführen gewesen sein, dass sie die Anstellungen oft gewechselt hat. Jedenfalls aber ist nicht davon auszugehen, dass sie sich aus freien Stücken mit einem bescheideneren Einkommen begnügt haben könnte.

3.7 Auf invaliditätsfremde Gesichtspunkte zurückzuführende Lohneinbussen sind nach der Rechtsprechung entweder überhaupt nicht oder aber bei beiden Vergleichseinkommen gleichmässig zu berücksichtigen. Diese Parallelisierung der Einkommen kann praxisgemäss entweder auf Seiten des Valideneinkommens durch eine entsprechende Heraufsetzung des effektiv erzielten Einkommens oder aber auf Seiten des Invalideneinkommens durch eine entsprechende Herabsetzung des statistischen Wertes erfolgen (BGE 135 V 59 E. 3.1; vgl. BGE 134 V 325 f. E. 4.1). Das Valideneinkommen der Beschwerdeführerin kann demnach, wenn als Ausgangspunkt für die Bemessung des Invalideneinkommens der unverminderte Tabellenlohn zu verwenden ist, auf Fr. 48'585.-- festgesetzt werden. Würde andererseits davon ausgegangen, dass ihre Einkommen als Gesunde unterdurchschnittlich waren, wäre auch damit zu rechnen, dass sie nach Eintritt des Gesundheitsschadens auf einem entsprechenden Lohnniveau anzusiedeln wäre und auch als gesundheitlich Beeinträchtigte von vornherein nicht ein durchschnittliches Einkommen erzielen könnte. Denn ohne den Einsatz von Eingliederungsmassnahmen ist ausgeschlossen, dass die erwerbliche Kapazität als solche (abgesehen von der Arbeitsfähigkeit oder Arbeitsunfähigkeit) nach Eintritt der gesundheitlichen Schädigung höher ist als davor. Wesentlich ist die Ausgleichung; auf welche Weise sie erfolgt, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung indessen nicht entscheidend. Der Invaliditätsgrad ergibt sich unter solchen Verhältnissen, wenn - wie hier (s. unten E. 4.2) - anzunehmen ist, dass die Arbeitsfähigkeit verwertbar ist, aus dem Grad der Arbeitsunfähigkeit unter Berücksichtigung des Abzuges vom Tabellenlohn (Entscheide des Eidgenössischen Versicherungsgerichts i/S M. vom 8. Juni 2005, I 552/04 E. 3.4, und i/S Z. vom 19. November 2003, I 479/03 E. 3.1).

4.



4.1 Für die Bestimmung des Invalideneinkommens ist primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht. Übt sie nach Eintritt der Invalidität eine Erwerbstätigkeit aus, bei der - kumulativ - besonders stabile Arbeitsverhältnisse gegeben sind und anzunehmen ist, dass sie die ihr verbleibende Arbeitsfähigkeit in zumutbarer Weise voll ausschöpft, und erscheint das Einkommen aus der Arbeitsleistung als angemessen und nicht als Soziallohn, gilt grundsätzlich der von ihr tatsächlich erzielte Verdienst als Invalidenlohn. Ist kein solches effektives Erwerbseinkommen gegeben, namentlich weil die versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder jedenfalls keine ihr an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, so können nach der Rechtsprechung statistische Werte (Tabellenlöhne) beigezogen werden (BGE 129 V 472 E. 4.2.1, Bundesgerichtsentscheid i/S C. vom 19. Juni 2008, 9C_81/2008). Die Beschwerdeführerin hat im August 2004 eine Tätigkeit in einem Arbeitsprogramm aufgenommen. Im Jahr 2005 hat sie dabei Fr. 15'977.-- verdient (act. 8-10/29). Das Pensum betrug über das Jahr hinweg rund 50 %. Die Entlöhnung entspricht somit bei einem vollen Pensum etwa Fr. 32'000.--. Diese Tätigkeit ist dank grosser möglicher Flexibilität optimal angepasst. Das medizinisch zumutbare Mass an Arbeitsfähigkeit von 50 % wird dabei ungefähr ausgeschöpft. Allerdings handelt es sich um eine Anstellung in einem Arbeitsprogramm. Zur Bestimmung des zumutbaren Invalideneinkommens auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt taugt das auf diese Weise erzielte Einkommen nicht.

4.2 Eine leidensangepasste Tätigkeit unterliegt verschiedenen Voraussetzungen. Im Wesentlichen ist erforderlich, dass es sich um eine körperlich leichte, wechselbelastende Arbeit handelt. Zwangspositionen, Überkopfarbeiten und Exposition gegenüber höheren Konzentrationen von atemwegsreizenden Stäuben, Rauch oder Dämpfen, gegenüber Kälte, Nässe und Zugluft sind zu vermeiden. Ausserdem ist die Möglichkeit zu vermehrten Pausen nötig. Diese Einschränkungen sind nicht so geartet, dass sie einen Einsatz der Beschwerdeführerin auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt als unrealistisch erscheinen lassen müssten. Es kann vielmehr angenommen werden, dass unter dieser hypothetischen Annahme noch ausreichend viele Arbeitsmöglichkeiten für sie in Frage kämen. Von dem Tabellenlohn ist allerdings ein Abzug von 10 % am Platz, weil die zu berücksichtigenden Einschränkungen - abgesehen von der Parallelisierung - eine zusätzliche Lohnreduktion



erwarten lassen. Bei der Arbeitsfähigkeit von 50 % stellt sich der Invaliditätsgrad somit auf 55 %.

4.3 Der Beschwerdeführerin steht demnach, da von beruflichen Massnahmen keine rentensenkende Wirkung zu erwarten war, eine halbe Rente zu. Die Beschwerdegegnerin wird Anspruchsbeginn und -höhe festzulegen haben.

5.

5.1 Im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde unter Aufhebung der angefochtenen Verfügung vom 15. September 2008 teilweise gutzuheissen und der Beschwerdeführerin ist eine halbe Rente zuzusprechen. Zur Festsetzung von Rentenbeginn und Rentenhöhe ist die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

5.2 Nach Art. 69 Abs. 1^{bis} IVG ist das Beschwerdeverfahren bei Streitigkeiten um die Bewilligung oder die Verweigerung von IV-Leistungen vor dem kantonalen Versicherungsgericht kostenpflichtig. Die Kosten werden nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von 200 bis 1000 Franken festgelegt. Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Die Beschwerdeführerin war dazu veranlasst, die Verfügung vom 15. September 2008 als rechtswidrig beanstanden und ihre Aufhebung beantragen zu lassen. Insofern ist sie mit ihrem Antrag vollumfänglich durchgedrungen. Hierauf ist - in Analogie zur Rechtsprechung zur Verlegung von Parteientschädigungen (hierzu etwa der Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen i/S G. vom 9. Mai 2008, IV 2008/3) - abzustellen. Angesichts des in diesem Sinne vollen Unterliegens der Beschwerdegegnerin rechtfertigt es sich, ihr die Gerichtskosten gesamthaft aufzuerlegen. Eine Entscheidgebühr von Fr. 600.-- erscheint angemessen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.-- ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

5.3 Der Beschwerdeführerin ist auch eine volle Parteientschädigung zuzusprechen, denn das "Überklagen" hat den Vertretungsaufwand nicht beeinflusst (vgl. hierzu der Entscheid des Bundesgerichts i/S A. vom 25. Januar 2008, 9C_466/2007 E. 5 m.H.). Es



St.Galler Gerichte

besteht denn auch kein Anlass, in Analogie zum zivilprozessualen Klageverfahren zur Bestimmung der Parteientschädigung auf das Ausmass des Obsiegens der Beschwerde führenden versicherten Person abzustellen (nicht veröffentlichter Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen i/S D. vom 15. Dezember 2008, IV 2008/200). Die Parteikosten werden vom Gericht ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG; vgl. auch Art. 98 ff. VRP). Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin hat eine Kostennote mit einem Betrag von Fr. 2'433.90 (Fr. 2'175.-- Honorar, Fr. 87.-- Barauslagen, Fr. 171.90 MWSt) eingereicht. Diese erscheint angemessen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die angefochtene Verfügung vom 15. September 2008 aufgehoben und der Beschwerdeführerin wird eine halbe Rente zugesprochen.
2. Zur Festsetzung von Rentenbeginn und Rentenhöhe wird die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
3. Die Beschwerdegegnerin hat die Gerichtskosten von Fr. 600.-- zu bezahlen.
4. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
5. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'433.90 zu bezahlen.