



Fall-Nr.: IV 2008/511
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 02.07.2020
Entscheiddatum: 19.01.2011

Entscheid Versicherungsgericht, 19.01.2011

Art. 42 ATSG, Art. 57a Abs. 1 IVG, Art. 73bis und Art. 73ter IVV. Rechtliches Gehör und Vorbescheid. Nimmt die IV-Stelle nach der Eröffnung des Vorbescheides weitere Abklärungen vor, so hat sie einen neuen Vorbescheid zu erlassen, damit der versicherten Person auch in Bezug auf die Ergänzung des Verwaltungsverfahrens der volle Vorbescheidsanspruch gewährleistet ist. Art. 16 ATSG, Einkommensvergleich mittels eines erwerblich gewichteten Bestätigungsvergleich (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 19. Januar 2011, IV 2008/511).

Entscheid Versicherungsgericht, 19.01.2011

Abteilungspräsidentin Karin Huber-Studerus, Versicherungsrichterinnen Miriam Lendfers und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

Entscheid vom 19. Januar 2011

in Sachen

B.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Jakob Rhyner, St. Gallerstrasse 46, Postfach 945, 9471 Buchs,

gegen

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



St.Galler Gerichte

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Rente

Sachverhalt:

A.

B.____ meldete sich am 24. April 2007 zum Bezug von IV-Leistungen an. Auf die Frage nach ihrer schulischen und beruflichen Ausbildung gab sie keine Antwort. Hingegen gab sie an, sie sei seit 1989 Geschäftsführerin des Restaurants A.____. Ihr monatlicher Bruttolohn betrage Fr. 3000.-. Dr. med. C.____ berichtete am 14. Mai 2007, die Versicherte leide an einem chronischen lumbospondylogenen Syndrom mit Verdacht auf eine zusätzliche lumboradikuläre Reiz- und sensomotorische Ausfallsymptomatik L5 links und an einer koronaren Herzkrankheit mit anamnestisch Angina pectoris. Vom 24. Juli bis 19. November 2006 sei die Versicherte in der zuletzt ausgeübten Tätigkeit zu 100% arbeitsunfähig gewesen. Seither bestehe eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit (bei 100%iger Präsenzzeit). Der Gesundheitszustand sei besserungsfähig. Dr. med. C.____ legte seinen vertrauensärztlichen Bericht vom 21. März 2007 an die D.____ Versicherung bei. Laut diesem Bericht sollte die Versicherte keine Arbeiten mit Heben und Tragen von Lasten über ca. 15 kg, in ergonomisch ungünstigen Wirbelsäulenhaltungen oder in lange unveränderten Körperpositionen mehr ausführen. Angesichts der fortgeschrittenen mehrsegmentalen degenerativen Veränderungen lumbal könnten auch nach dem Abklingen der aktuellen Beschwerden Schmerzrezidive nicht ausgeschlossen werden. In einer körperlich leichten, wechselbelastenden, adaptierten Tätigkeit werde die Versicherte nach der Behandlung wieder eine vollständige Arbeitsfähigkeit erreichen. E.____ vom Restaurant A.____ gab am 6. Mai 2007 an, der Lohn der Versicherten betrage Fr. 3333.- (x13) bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42 bis 44 Std. Die Versicherte betreue die Gäste, koche, reinige das Lokal, stelle die Tische bereit, mache den Wareneinkauf, erledige die Büroarbeiten, bediene das Telefon, reinige die Toiletten usw. Dr. med. G.____ berichtete am 26. Mai 2007, die Versicherte leide an einer KHK mit generalisierten Koronararthrosklerose und schwerer



RIVA-Stenose im mittleren Drittel, St. n. RIVA-PCI mit Taxus-Stent-Implantation 21. September 2005, arterieller Hypertonie, Hypercholesterinämie, Cholezytolithiasis mit St. n. Cholezystitis und Sepsis sowie konsekutiver kardialer Dekompensation, Schrumpfniere links mit kompensatorischer Nierenhypertrophie rechts, leichter Adipositas und chronisch rezidivierender Lumbago. Die Versicherte sollte eine Tätigkeit ohne zu starke körperliche Belastung und ohne Heben schwerer Lasten ausüben, bei der sie den Rücken zwischendurch entlasten könne. Eine solche Tätigkeit könnte vermutlich ganztags ausgeübt werden. Dr. med. G. ___ empfahl eine konsiliarische Beurteilung durch einen Arzt der IV-Stelle, um das Beschwerdebild objektiv beurteilen zu können. Er sei von der Anfrage der IV-Stelle überrascht worden. Der Chiropraktor Dr. H. ___ berichtete am 4. Juni 2007, die Versicherte leide an einem lumbospondylogenen und lumboradikulären Schmerzsyndrom (St. bei ausgeprägten degenerativen Veränderungen der LWS). Das Syndrom sei seit dem 15. Juli 2006 akut. Die Versicherte sei vom 24. Juli bis 19. November 2006 zu 100% arbeitsunfähig gewesen. Seither bestehe in der bisherigen Tätigkeit bis auf weiteres eine Arbeitsunfähigkeit von 50%. Der Gesundheitszustand sei stationär. Die Behandlung erfolge manualtherapeutisch und mittels intermittierender Extension. Eine Steigerung der Arbeitsfähigkeit sei bis auf weiteres nicht zu erwarten. Ideal wäre eine Tätigkeit, bei der die Versicherte am Vormittag und am Nachmittag je maximal zwei bis drei Stunden arbeiten könnte. Eine reduzierte Arbeit als Wirtin sei weiterhin möglich. Eine andere Tätigkeit mit mehr Sitzen oder Stehen sei nicht zumutbar. Der zuständige Arzt des RAD Ostschweiz ging gestützt auf diese Arztberichte davon aus, dass die Versicherte in einer adaptierten Erwerbstätigkeit zu 100% arbeitsfähig sei.

B.

Am 14. Dezember 2007 erfolgte eine Abklärung an Ort und Stelle. Gemäss dem entsprechenden Bericht vom 29. Januar 2008 gab die Versicherte dabei an, ca. Mitte Juli 2006 habe sie einen "Zwick" im Rücken verspürt. Daraufhin habe sie bis November 2006 nicht mehr im Restaurant arbeiten können. Seit November 2006 arbeite sie zwar wieder im Restaurant, aber sie habe ihre Präsenz etwa um die Hälfte reduzieren müssen. Wegen ihrer Rückenbeschwerden könne sie nur noch wechselbelastende Tätigkeiten ausüben. Ein ständiges Stehen oder Sitzen sei ihr nur mit grossen Schmerzen möglich. Laut den Angaben der Ärzte sei keine Rückenoperation angezeigt.



St.Galler Gerichte

Das Herz- und das Nierenleiden schränkten sie im Alltag nicht ein. Die anfallenden Arbeiten im Restaurant und im Haushalt könne sie nur noch dank der Einnahme von Schmerzmitteln ausüben. Bei der Haushaltverrichtung habe sie doppelt so lange wie früher. Vor dem Auftreten der Rückenbeschwerden habe sie 70 bis 80 Std. wöchentlich gearbeitet. Jetzt könne sie die schweren Putzarbeiten nicht mehr verrichten. Seit Juli 2006 werde eine Putzfrau an 15 bis 20 Std. pro Woche beschäftigt. Arbeitsbeginn sei nun 18:00 Uhr und nicht mehr wie früher 14:00 Uhr. Der Umsatz sei von Fr. 209'457.- (2002) auf Fr. 136'233.- (2006) gesunken. Gemäss dem Abklärungsbericht gab die Versicherte für die einzelnen Arbeiten im Restaurant folgende Einschränkungen an: Service 50%, Kochen 50%, Keller- und Putzarbeiten 80%, Einkauf 0%, Waschen 75%. Daraus resultierte eine Einschränkung von insgesamt 53,25%. Dr. med. I.____ vom RAD betrachtete am 30. Januar 2008 die Arbeitsunfähigkeit der Versicherten als Wirtin seit November 2006 als medizinisch nachvollziehbar. Sie schätzte die Arbeitsfähigkeit der Versicherten für eine adaptierte Tätigkeit auf 80% (ganztags mit vermehrten Pausen). Weitere medizinische Abklärungen seien aktuell nicht indiziert.

C.

Die IV-Stelle verglich ein Einkommen der Versicherten als gesunde Wirtin von Fr. 36'869.- mit einem Einkommen aus einer adaptierten Hilfsarbeit von ebenfalls Fr. 36'869.- und ermittelte so einen Invaliditätsgrad von 0%. Mit einem Vorbescheid vom 25. März 2008 teilte sie der Versicherten mit, dass sie beabsichtige, das Leistungsbegehren abzuweisen, weil keine Invalidität bestehe. Die Versicherte liess durch ihren Rechtsvertreter am 22. April 2008 einwenden, Dr. H.____ habe angegeben, eine andere Tätigkeit mit mehr Sitzen oder Stehen sei nicht zumutbar. Dr. H.____ habe dabei wohl nicht an eine adaptierte Tätigkeit gedacht, sondern sich auf die Tätigkeit als Wirtin bezogen. Er habe von einer Arbeit von maximal zwei bis drei Stunden am Stück gesprochen. So arbeite die Versicherte bereits heute. Der Rechtsvertreter der Versicherten verlangte, dass bei Dr. H.____ zurückgefragt werde. Die Versicherte sei beim Rheumatologen Dr med. K.____ in Behandlung. Dieser habe eine MRI-Untersuchung veranlasst. Diese Untersuchung sollte abgewartet werden und anschliessend sollte bei Dr. med. K.____ ein Gutachten eingeholt werden. Deshalb sei das Verfahren zu sistieren. Dr. med. I.____ vom RAD empfahl, bei Dr. med. K.____ einen Bericht einzuholen. Dr. med. K.____ gab der IV-Stelle am 19. Mai 2008 an, die



St.Galler Gerichte

Versicherte leide an einem chronischen lumbospondylogenen Syndrom bds. mit/bei fortgeschrittenen degenerativen Veränderungen L1/2 – L5/S1, degenerativ bedingter Mehretagenspinalkanalstenose zentral und rezessal, klin. V. a. mehrsegmentale Instabilität und lokalem myofaszialem Schmerzsyndrom bei muskulärer Dysbalance. In der Tätigkeit als Gastwirtin/Gerantin bestehe seit dem 2. April 2008 eine Arbeitsunfähigkeit von 50%. Der Gesundheitszustand verschlechtere sich. Bei der bisherigen Tätigkeit müsse die Versicherte ununterbrochenes Sitzen oder Stehen vermeiden. Das gelte auch für Hebe- und Tragbelastungen über 7,5 kg sowie für rückeronomisch ungünstige Arbeitspositionen. Die bisherige Tätigkeit sei noch während maximal 4-5 Std. täglich zumutbar. Zusätzlich bestünden qualitative Einschränkungen. Sehr leichte und streng wechselbelastende Tätigkeiten ohne Einhalten rückeronomisch ungünstiger Arbeitspositionen seien aktuell während sechs Stunden täglich zumutbar. Dabei bestehe eine volle Leistungsfähigkeit. Dr. med. I.____ vom RAD gab am 27. Mai 2008 an, wenn eine Operation geplant sei, sei der Gesundheitszustand instabil. Sonst könne auf die Beurteilung durch Dr. med. K.____ abgestellt werden. Dr. med. K.____ gab am 7. Juli 2008 bekannt, dass am 27. August 2008 eine ambulante Untersuchung durch die Schulthess Klinik im Hinblick auf eine mögliche Operation erfolgen werde. Dr. med. L.____ von der Schulthess Klinik berichtete am 28. August 2008, aufgrund der beklagten Beschwerden und der fast vollständig ausgeschöpften konservativen Massnahmen sei eine operative Stabilisation und Aufrichtungsspondylodese in Höhe L1-5 indiziert. Als Überbrückung erfolge eine epidurale Infiltration mit Sakralblock. Je nach Befund werde über das weitere Vorgehen entschieden. Am 17. September 2008 liess Dr. med. L.____ mitteilen, die Schmerzen seien nach drei Wochen wieder aufgetreten. Die Versicherte habe sich für das nächste Jahr zu einer Operation entschlossen.

D.

Dr. med. I.____ vom RAD hielt am 11. November 2008 fest, sowohl die anlässlich der Abklärung an Ort und Stelle ermittelte Einschränkung von 54% als auch die von Dr. med. K.____ angegebene Arbeitsfähigkeit von sechs Stunden täglich in einer adaptierten Tätigkeit seien medizinisch nachvollziehbar. Aus versicherungsmedizinischer Sicht sei es nicht überwiegend wahrscheinlich, dass die Rückenoperation eine namhafte Verbesserung der Arbeitsfähigkeit bewirken werde. Mit einer Verfügung vom 11.



St.Galler Gerichte

November 2008 wies die IV-Stelle das Leistungsbegehren der Versicherten ab. Sie begründete dies – zusätzlich zu den Ausführungen im Vorbescheid – damit, dass eine leidensangepasste Tätigkeit während sechs Stunden täglich zumutbar sei. Damit könnte ein Invalideneinkommen von Fr. 36'869.- erzielt werden. Deshalb bestehe keine Invalidität. Der Rechtsvertreter der Versicherten wies am 8. Dezember 2008 darauf hin, dass ihm die aktuellsten medizinischen Unterlagen vorenthalten worden seien. Er schlug deshalb vor, die Verfügung vom 11. November 2008 als gegenstandslos zu erklären, ihm die neuesten Akten zuzustellen und das rechtliche Gehör zu gewähren. Die IV-Stelle ging nicht auf diesen Vorschlag ein. Sie vertrat die Auffassung, sie habe das rechtliche Gehör bereits im Vorbescheidsverfahren gewährt.

E.

Die Versicherte liess am 12. Dezember 2008 Beschwerde gegen die Verfügung vom 11. November 2008 erheben. Ihr Rechtsvertreter rügte die Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Er gab an, er habe die bei der IV-Stelle einverlangten Akten noch nicht erhalten. Erst nach der Prüfung dieser Akten könne entschieden werden, ob an der Beschwerde festgehalten werde oder nicht. Die Gerichtsleitung bewilligte eine Nachfrist bis 2. Februar 2009. Am 29. Januar 2009 machte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin geltend, er habe die einverlangten Akten nun erhalten. Da die Versicherte bald für die Rückenoperation aufgeboten werde, ersuche er um eine erneute Fristerstreckung, bis das Resultat der Operation bekannt sei. Die Gerichtsleitung verlängerte die Frist bis 31. Juli 2009. Am 29. Juli 2009 ersuchte der Rechtsvertreter der Versicherten um eine Sistierung des Beschwerdeverfahrens bis Ende 2009, da die geplante Rückenoperation noch nicht erfolgt sei. Die Gerichtsleitung kam diesem Begehren nach. Der Rechtsvertreter der Versicherten übermittelte der IV-Stelle am 8. Dezember 2009 ein Schreiben von Dr. med. M.____, laut dem die Operation am 11. Januar 2010 erfolgen sollte. Allerdings werde die Versicherte auch nach einem erfolgreichen Eingriff in der Zukunft für eine leichte Arbeit höchstens zu 50% arbeitsfähig sein. Der Rechtsvertreter der Versicherten ersuchte um die Sistierung des Beschwerdeverfahrens, bis der Ausgang der Operation vom 11. Januar 2010 bekannt sei. Die Gerichtsleitung verlängerte die Nachfrist bis 31. März 2010. Die IV-Stelle teilte dem Rechtsvertreter der Versicherten am 12. Januar 2010 mit, dass sie den Operationsbericht einholen und den medizinischen Verlauf prüfen werde. Der



Rechtsvertreter der Versicherten machte daraufhin gegenüber der Gerichtsleitung geltend, die IV-Stelle habe einen neuen Entscheid in Aussicht gestellt. Demnach könne das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos betrachtet werden. Er ersuche um einen Abschreibungsbeschluss. Die Gerichtsleitung erkundigte sich am 19. Januar 2010 bei der IV-Stelle, ob sie die angefochtene Verfügung widerrufen werde. Die IV-Stelle antwortete am 25. Januar 2010, sie behandle das Schreiben des Rechtsvertreters der Versicherten vom 8. Dezember 2010 als Wiederanmeldung. Deshalb werde sie den medizinischen Verlauf prüfen. Eine Wiedererwägung der Verfügung vom 11. November 2008 aufgrund einer vierzehn Monate später erfolgten Operation komme nicht in Frage. Eine weitere Sistierung des Beschwerdeverfahrens sei nicht angebracht, da der Gesundheitszustand, wie er am 11. November 2008 bestanden habe, und nicht der heutige oder der zukünftige Gesundheitszustand massgebend sei.

F.

Der Rechtsvertreter der Versicherten ersuchte am 25. Februar 2010 erneut um eine Fristverlängerung, da er nichts vom Operationsverlauf bzw. -ausgang gehört habe. Am 31. März 2010 reichte er den Operationsbericht vom 11. Januar 2010, den Austrittsbericht vom 22. Januar 2010 und einen Bericht über eine Kontrolluntersuchung vom 16. Februar 2010 ein. Gemäss dem Austrittsbericht war die Operation aufgrund der seit mehr als drei Jahren progredienten Rückenschmerzen mit zunehmenden linksseitigen Lumboischialgien erfolgt. Die Versicherte hatte in gutem Allgemeinzustand entlassen werden können. Gemäss dem Bericht über die Kontrolluntersuchung vom 16. Februar 2010 bestand bis Ende März 2010 noch eine Arbeitsunfähigkeit von 100%, bei gutem Verlauf eventuell 50%. Der Rechtsvertreter der Versicherten machte in der Beschwerdeergänzung vom 31. März 2010 geltend, die aktuellen Berichte und derjenige vom 20. November 2009 sprächen dafür, dass der von der IV-Stelle ermittelte Invaliditätsgrad von unter 40% bzw. die Arbeitsfähigkeit von 80% in einer leidensadaptierten Tätigkeit nicht stimmen könnten. Er beantragte die rückwirkende Zusprache einer "50% IV-Rente", eventualiter die Anordnung einer Oberexpertise, die den Invaliditätsgrad ab Anmeldung zum Leistungsbezug neu zu bestimmen habe, subeventualiter die Rückweisung an die IV-Stelle zur neuen Beurteilung.

G.



St.Galler Gerichte

In ihrer Beschwerdeantwort vom 28. Mai 2010 beantragte die IV-Stelle die Abweisung der Beschwerde. Sie führte aus, massgebend sei der Gesundheitszustand im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung, also am 11. November 2008. Über den damaligen Zustand seien sich Dr. med. C.____, Dr. med. G.____, Dr. H.____ und Dr. med. K.____ einig gewesen. Sie seien von einer Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Erwerbstätigkeit von 80%-100% ausgegangen. Dr. med. M.____ von der Neurochirurgie Stephanshorn habe sich nicht zum massgebenden Gesundheitszustand am 11. November 2008 geäussert. Zudem habe er seine Arbeitsfähigkeitsschätzung nicht begründet. Da die Versicherte einen Lohn in Kauf genommen habe, der weit tiefer als ein Hilfsarbeiterinnenlohn gewesen sei, werde sie in einer adaptierten Tätigkeit – selbst bei Lohneinbusse wegen eines vermehrten Pausenbedarfs – gleich oder mehr als in der früheren Tätigkeit verdienen. Mangels Erwerbseinbusse bestehe kein Anspruch auf eine Rente.

H.

Der Rechtsvertreter der Versicherten wandte am 29. September 2010 ein, Dr. H.____ habe keineswegs die Auffassung seiner Kollegen geteilt. Trotz eines entsprechenden Beweisantrags habe es die IV-Stelle damals unterlassen, ihn weiter zu befragen. Aufgrund der ärztlichen Berichte von Dr. med. M.____ sei zwingend anzunehmen, dass die Arbeitsfähigkeit 50% betrage. Die unterschiedlichen Einschätzungen der Arbeitsfähigkeit hätten schon seit März/April 2008 bestanden. Es sei nicht redlich, wenn die IV-Stelle jetzt so tue, wie wenn sich der Gesundheitszustand erst nach dem Erlass der angefochtenen Verfügung verschlechtert habe.

I.

Die IV-Stelle verzichtete am 5. Oktober 2010 auf eine Stellungnahme.

Erwägungen:

1.

1.1 In seiner Stellungnahme vom 22. April 2008 zum Vorbescheid hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin die Einholung weiterer medizinischer Akten



beantragt. Diesem Beweisantrag ist die Beschwerdegegnerin nachgekommen, indem sie zuerst bei Dr. med. K.____ und dann auch noch bei der Schulthess Klinik Berichte und Unterlagen angefordert hat. Beim Erlass der angefochtenen Verfügung hat sich die Beschwerdegegnerin nicht nur auf die bis zum Versand des Vorbescheides bereits vorhandenen, sondern auch auf diese nachträglich produzierten Akten gestützt. Sie hat dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin aber nicht vorgängig die Möglichkeit gegeben, sich auch noch zur Relevanz dieser neuen Akten zu äussern und gegebenenfalls weitere Beweisanträge zu stellen. Damit hat die Beschwerdegegnerin ihre in Art. 42 ATSG geregelte Pflicht, der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör zu gewähren, verletzt. Das normale Verfahren zur Gewährung des rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 42 ATSG ist in der Invalidenversicherung der Erlass eines Vorbescheides (Art. 57a Abs. 1 IVG). Da mit der Weiterführung der Sachverhaltserhebung nach dem Erlass des Vorbescheides immer die Möglichkeit verbunden ist, dass eine IV-Stelle von der ursprünglichen, im Vorbescheid angekündigten Rechtsfolgeanordnung abweichen und eine andere als die "vorbeschiedene" Rechtsfolgeanordnung ins Auge fassen könnte, muss die versicherte Person unbedingt die Möglichkeit erhalten, sich zum Ergebnis der zusätzlichen Sachverhaltsabklärungen, zur Würdigung des ergänzten Aktendossiers und zur vorgesehenen Rechtsfolgeanordnung zu äussern. Diesem Anspruch kann am ehesten mit einem neuen, entsprechend abgeänderten Vorbescheid Rechnung getragen werden, denn damit erhält die versicherte Person all jene Informationen, die ihr zur Verfügung gestanden hätten, wenn die IV-Stelle nicht vorschnell, d.h. vor dem Abschluss der Sachverhaltsabklärung, einen Vorbescheid erlassen hätte, und sie hat alle Möglichkeiten, sich zur vorgesehenen Rechtsfolgeanordnung zu äussern, die sie gehabt hätte, wenn die Beschwerdegegnerin von Anfang an korrekt vorgegangen, d.h. erst nach dem Abschluss der Sachverhaltsabklärungen einen Vorbescheid erlassen hätte. Die Beschwerdegegnerin hätte also am 11. November 2008 nicht verfügen, sondern der Beschwerdeführerin nochmals das rechtliche Gehör (Art. 42 ATSG) – wohl in der Form eines neuen Vorbescheides (Art. 57a IVG) - gewähren müssen, um dann anschliessend neu zu verfügen.

1.2 Da die Verfügung vom 11. November 2008 in Verletzung einer Gesetzesnorm (Art. 42 ATSG) erlassen worden ist, ist sie rechtswidrig. An sich müsste sie also ohne weiteres, d.h. ohne eine Überprüfung ihrer materiellen Rechtmässigkeit, aufgehoben



werden. Nun stellt sich aber bei jeder möglichen Missachtung des Anspruchs auf rechtliches Gehör praxisgemäss die Frage nach der sogenannten Heilung. Eine Heilung bedeutet nichts anderes, als dass die verfahrensrechtliche Rechtswidrigkeit einer Verfügung nicht zum Anlass genommen wird, um diese Verfügung aufzuheben. Die verfahrensrechtliche Rechtswidrigkeit der Verfügung wird also quasi "ignoriert". Begründet wird die Heilung praxisgemäss damit, dass die Aufhebung der Verfügung als Folge einer verfahrensrechtlichen Rechtswidrigkeit eine Rückweisung an die verfügende Behörde zur Durchführung eines korrekten Verfahrens und damit einen sogenannten Verfahrensleerlauf zur Folge hätte. Bei der Heilung beruft man sich also auf den Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung. An sich dürfte das Anwendungsgebiet dieser "Heilungspraxis" nicht auf die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör beschränkt sein. Jede Verletzung einer Verfahrensbestimmung kann heilbar sein. Verletzt die Verwaltung beispielsweise die Pflicht, bei der Abmahnung einer Schadenminderungspflicht nach Art. 21 Abs. 4 ATSG eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen, indem sie der versicherten Person nur drei Tage Zeit lässt, und wird diese Verletzung einer Verfahrensnorm gegenüber der Rechtsmittelinstanz nicht gerügt, so müsste die Sanktionsverfügung aufgehoben und die Sache zur korrekten Durchführung des Mahn- und Bedenkzeitverfahrens an die Verwaltung zurückgewiesen werden, wenn diese Verfahrensrechtswidrigkeit nicht heilbar wäre. In der Praxis wird man derartige, von der versicherten Person selbst als nicht relevant qualifizierte und deshalb auch nicht gerügte Verfahrensrechtswidrigkeiten in aller Regel ignorieren bzw. "heilen", weil ein viel grösseres Interesse der versicherten Person an einer beförderlichen materiellen Beurteilung der Verfügung besteht. Die Rechtswidrigkeit einer Verfügung oder eines Einspracheentscheides als Folge der Verletzung einer verfahrensrechtlichen Norm hat also eine deutliche geringere Bedeutung als die Verletzung einer materiellrechtlichen Norm. Die materielle Rechtswidrigkeit einer Verfügung kann nämlich nie durch den Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung aufgewogen werden.

1.3 Ihre Begründung findet die Heilungsmöglichkeit von Verfahrensrechtswidrigkeiten im Zweck des Verfahrensrechts. Dieses dient dazu, die korrekte Anwendung des materiellen Rechts auf den konkreten Einzelfall sicherzustellen. Kann dieses Ziel erreicht werden, obwohl eine Verfahrensrechtsverletzung vorliegt (z.B. weil die versicherte Person die ihr im Verwaltungsverfahren verweigerte Akteneinsicht



inzwischen im Beschwerdeverfahren erhalten hat), so muss es möglich sein, zur Verfahrensbeschleunigung die Verfahrensrechtsverletzung zu ignorieren bzw. zu heilen, um dann materiell zu urteilen. Dabei ist aber zu beachten, dass der Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung nicht den Interessen des Gerichts oder der Verwaltung, sondern ausschliesslich den Interessen der versicherten Person dient. Dasselbe gilt für den Anspruch auf rechtliches Gehör. Die beiden widerstrebenden Interessen, zwischen denen abzuwägen ist, wenn es um die Heilung einer Gehörsverletzung geht, können also vom Gericht nicht gegeneinander ins Feld geführt werden. Das Gericht kann eine versicherte Person nicht zur Wahrnehmung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zwingen, indem es die Verfügung entgegen dem Begehren der versicherten Person nicht materiell beurteilt, sondern aufhebt und die Sache zur korrekten Gehörgewährung an die Verwaltung zurückweist. Insbesondere ist es dem Gericht aber auch verwehrt, entgegen dem Begehren der versicherten Person die Gehörsverletzung zu heilen und die Verfügung materiell zu beurteilen, denn es gibt keinen Beschleunigungsanspruch zugunsten des Gerichts.

1.4 Mit der Beschwerde vom 12. Dezember 2008 hat die Beschwerdeführerin noch ausschliesslich eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör rügen lassen. Ihr Rechtsvertreter hat geltend gemacht, die neusten medizinischen Akten seien ihr vorenthalten worden. Er hat angekündigt, dass die Beschwerdeführerin nach der Prüfung dieser medizinischen Akten entscheiden werde, ob sie an der Beschwerde festhalten wolle oder nicht. Dazu hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin um die Ansetzung einer Nachfrist ersucht. Diese Nachfrist ist gewährt und in der Folge mehrfach verlängert worden, weil sich die medizinische Situation der Beschwerdeführerin immer weiter entwickelt hat. In der schliesslich am 31. März 2010 eingereichten Beschwerdeergänzung hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin dann nicht mehr die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, sondern nur noch eine Verletzung des materiellen Leistungsrechts gerügt. Er hat die Zusprache einer Rente, eventualiter die Durchführung weiterer Abklärungsmassnahmen beantragt. Dementsprechend hat sich die Beschwerdegegnerin in ihrer Eingabe vom 28. Mai 2010 gar nicht mehr zur Frage der Gehörsverletzung geäussert. Die Replik vom 29. September 2010 hat sich ebenfalls ausschliesslich auf die materiellrechtliche Problematik bezogen. Unter diesen Umständen muss davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin zugunsten einer beförderlichen Behandlung ihres



Rentenbegehrens auf eine Rückweisung an die Beschwerdegegnerin zur Durchführung eines dem Anspruch auf rechtliches Gehör gerecht werdenden Verwaltungsverfahrens verzichtet hat. Das von der Beschwerdeführerin bevorzugte Interesse an einer Beschleunigung der Entscheidungsfindung erlaubt es deshalb, die Verletzung der Verfahrensnorm zu "heilen" und die Rentenberechtigung der Beschwerdeführerin zu prüfen.

2.

Gemäss Art. 16 ATSG ist das Einkommen, das die versicherte Person nach dem Eintritt der Invalidität und nach der Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen), in Beziehung zu setzen zum Erwerbseinkommen, das die versicherte Person erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen). Die Ermittlung des Validen- und des zumutbaren Invalideneinkommens setzt die Bestimmung der Validen- und der Invalidenkarriere der versicherten Person voraus. Die Validenkarriere kann nur hypothetisch bestimmt werden, da die versicherte Person ja nicht mehr "valid", sondern eben invalid ist. In aller Regel wird auch die zumutbare Invalidenkarriere nur hypothetisch bestimmt werden können, da die versicherte Person keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgeht.

2.1 Die Beschwerdegegnerin hat die Tätigkeit der Beschwerdeführerin als Wirtin des Restaurant A. ___ als Validenkarriere betrachtet. Sie ist also davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin weiterhin am bisherigen Arbeitsplatz mit dem bisherigen Einsatz tätig wäre, wenn sie nicht invalid geworden wäre. Dabei handelt es sich in der Tat um die wahrscheinlichste hypothetische Verhaltensweise der Beschwerdeführerin. Das lässt sich aus der vorausgehenden langjährigen Tätigkeit im Restaurant A. ___ und aus der weiteren Beschäftigung trotz Behinderung ableiten. Die Invalidenkarriere der Beschwerdeführerin ist nicht so einfach zu bestimmen, da sie so weit als möglich der IV-spezifischen Schadenminderungspflicht der Beschwerdeführerin Rechnung tragen muss, wie sich dem in Art. 16 ATSG verwendeten Begriff der zumutbaren Tätigkeit entnehmen lässt. Die Invalidenkarriere ist also nicht irgendeine erwerbliche Tätigkeit, die von der versicherten Person als angemessen empfunden und allenfalls sogar ausgeübt wird. Vielmehr handelt es sich um jene erwerbliche Betätigung, mit welcher



die versicherte Person die ihr verbleibende Arbeitsfähigkeit bestmöglich verwerten kann, d.h. mit welcher die versicherte Person die behinderungsbedingte Erwerbseinbusse so klein wie nur möglich halten kann. Die Beschwerdegegnerin hat zunächst eine Abklärung im Restaurant A.____ vorgenommen. Damals ist sie also noch davon ausgegangen, dass die zumutbare Invalidenkarriere der Beschwerdeführerin die weitere Betätigung als Wirtin im Restaurant A.____ sei. Später hat die Beschwerdegegnerin die zumutbare Invalidenkarriere der Beschwerdeführerin dann anders definiert. Sie ist davon ausgegangen, dass es der Beschwerdeführerin möglich und zumutbar wäre, eine der Behinderung angepasste Hilfsarbeit auszuüben und so die behinderungsbedingte Erwerbseinbusse noch tiefer zu halten als bei einer Weiterbeschäftigung im Restaurant A.____. Dementsprechend hat die Beschwerdegegnerin dann das zumutbare Invalideneinkommen anhand des statistisch ermittelten Durchschnittslohns der Hilfsarbeiterinnen berechnet. Die Beschwerdeführerin ist seit 1989 als Wirtin im Restaurant A.____ tätig. Sie ist Jahrgang 1950 und wird deshalb in absehbarer Zeit altersrentenberechtigt werden. Sowohl das langjährige Arbeitsverhältnis als auch die eher kurze verbleibende erwerbliche Aktivitätsdauer lassen es entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin als unzumutbar erscheinen, die bisherige Tätigkeit aufzugeben und zur optimalen Verwertung der verbliebenen Arbeitsfähigkeit eine adaptierte Hilfsarbeit auszuüben. Die zumutbare Invalidenkarriere der Beschwerdeführerin besteht deshalb in der weiteren Arbeit als Wirtin des Restaurant A.____.

2.2 Wären aussagekräftige Zahlen zum Validen- und zum Invalideneinkommen vorhanden, könnte anhand der Zahlen im Restaurant A.____ ein regulärer Einkommensvergleich erfolgen. Es ist aber damit zu rechnen, dass die Höhe der vom Arbeitgeber mitgeteilten Löhne durch persönliche Umstände beeinflusst ist. Von einem Vergleich dieser Lohnangaben ist deshalb kein objektives Ergebnis zu erwarten. In dieser Situation bietet sich der erwerblich gewichtete Betätigungsvergleich als Bemessungsmethode an. Die Beschwerdegegnerin hat eine Abklärung an Ort und Stelle im Restaurant A.____ vorgenommen, die sie als Betätigungsvergleich betrachtet hat. Tatsächlich hat es sich dabei aber um eine reine Befragung der Beschwerdeführerin gehandelt, so dass das Abklärungsergebnis im Ergebnis wohl nichts anderes gewesen ist als eine Protokollierung der leistungsmässigen Selbsteinschätzung der Beschwerdeführerin. Selbst wenn es sich um eine objektive



Abklärung gehandelt hätte, wäre das Resultat nicht dem Invaliditätsgrad gleichzusetzen gewesen, denn es hätte eine erwerbliche Gewichtung des Ergebnisses des Betätigungsvergleichs gefehlt (vgl. Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, bearbeitet von Ulrich Meyer, 2.A., S. 299). Die Beschwerdegegnerin, an welche die Sache zur weiteren Abklärung des massgebenden Sachverhalts zurückzuführen ist, wird deshalb erneut einen Betätigungsvergleich durchführen müssen. Dabei wird sie sich in Bezug auf die Angaben zur "validen" Betätigung, also zur hypothetischen Betätigung ohne die Behinderung, nicht allein auf die Angaben der Beschwerdeführerin verlassen. Sie wird vielmehr jene Personen als Zeugen zur Art und zum Umfang der Arbeit im Restaurant A.____ befragen, welche die Beschwerdeführerin noch als gesunde Wirtin erlebt haben. Bei der "invaliden" Betätigung im Restaurant A.____ wird die Beschwerdegegnerin darauf achten, dass die Beschwerdeführerin sich tatsächlich in einem zumutbaren Ausmass betätigt (Augenschein statt Befragung), und sie wird auch abklären, ob die Leistungsfähigkeit im Restaurant durch organisatorische Massnahmen oder allenfalls durch Hilfsmittel verbessert werden kann. Anschliessend an den Betätigungsvergleich wird die Beschwerdegegnerin eine erwerbliche Gewichtung vornehmen, d.h. sie wird den einzelnen Betätigungen, aus denen sich die Arbeit als Wirtin zusammensetzt, ihr jeweiliges Wertschöpfungspotential zuweisen. Sowohl die "valide" als auch die "invalide" Betätigung als Wirtin des Restaurants A.____ wird also einen bestimmten Frankenbetrag als gesamtes Wertschöpfungspotential liefern. Der Vergleich dieser beiden Beträge wird dann den Invaliditätsgrad ergeben.

2.3 Die Beschwerdegegnerin hat am 11. November 2008 eine Abweisungsverfügung erlassen. Sie muss also davon ausgegangen sein, dass der Arbeitsfähigkeitsgrad der Beschwerdeführerin in einer adaptierten Erwerbstätigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststehe. Sie muss ausserdem davon ausgegangen sein, dass nach dem 11. November 2008 in absehbarer Zeit keine Sachverhaltsveränderung mehr eintreten werde, so dass es sich rechtfertige, nicht mehr weiter zuzuwarten und sofort zu verfügen. Wenn eine oder beide Annahmen falsch gewesen wären, hätte die Beschwerdegegnerin vorschnell und damit in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes gehandelt, so dass die angefochtene Abweisungsverfügung vom 11. November 2008 auf jeden Fall als rechtswidrig aufzuheben wäre. Dr. med. C.____ hatte den Gesundheitszustand der



Beschwerdeführerin am 21. März und am 14. Mai 2007 noch als besserungsfähig bezeichnet. Auch Dr. med. G.____ hatte am 26. Mai 2007 noch diese Auffassung vertreten. Er hatte aber – anders als Dr. med. C.____ – eine konsiliarische Beurteilung durch die Ärzte der Beschwerdegegnerin vorgeschlagen. Dr. med. H.____ hatte in seinem Bericht vom 14. Juni 2007 eine pessimistischere Meinung geäussert. Er hatte den Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin nämlich als stationär bezeichnet und er hatte auch für eine adaptierte Erwerbstätigkeit keine volle Arbeitsfähigkeit angegeben. Allerdings war seine Arbeitsfähigkeitsschätzung nicht präzise gewesen. Dr. med. I.____ vom RAD hatte am 30. Januar 2008 aus diesen Arztberichten den Schluss gezogen, dass eine Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit von 80% bestehe. Sie hatte diesen Schluss allerdings nicht überzeugend belegen können. Aufgrund der ihr damals vorliegenden ärztlichen Berichte hatte die Beschwerdegegnerin beim Erlass des Vorbescheides am 25. März 2008 also tatsächlich noch davon ausgehen können, dass ein stabiler, zumindest kein sich verschlechternder Gesundheitszustand vorliege. Ob sie allerdings damals über eine verlässliche Arbeitsfähigkeitsschätzung verfügt hatte, ist zweifelhaft, da die ihr vorliegenden Einschätzungen differiert hatten und da zumindest von Dr. med. G.____ eine konsiliarische Beurteilung vorgeschlagen worden war. Nach dem Eingang des Berichts von Dr. med. K.____ vom 19. Mai 2008 hatte die Annahme der Beschwerdegegnerin, der Gesundheitszustand und damit die Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin seien stationär, dann aber keine ausreichende Stütze mehr gehabt. Dr. med. K.____ hatte nämlich ausgeführt, die Rückenbeschwerden seien seit zwei Jahren progredient, in einer adaptierten Tätigkeit sei noch eine tägliche Arbeitszeit von sechs Stunden zumutbar und der Gesundheitszustand verschlechtere sich weiter. Damit hätte die Beschwerdegegnerin nicht mehr weiter davon ausgehen dürfen, dass der Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit aktuell und auch für die Zukunft stationär sei. Vielmehr hätte sie mit der Möglichkeit rechnen müssen, dass sich der Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin seit dem erstmaligen Auftreten massiver Rückenbeschwerden im Juli 2006 weiter verschlechtert haben könnte (auch wenn diese Entwicklung wohl nicht kontinuierlich verlaufen wäre) und dass diese Verschlechterung fortschreiten und damit möglicherweise den Arbeitsunfähigkeitsgrad ansteigen lassen würde. Damit hätte sie auch der Frage nachgehen müssen, ob die Abweichungen in den ärztlichen Arbeitsfähigkeitsschätzungen auf die Verschlechterung des Gesundheitszustandes



zurückzuführen seien oder ob es sich dabei um abweichende Einschätzungen eines weitgehend unveränderten Zustandes handelte. Unter diesen Umständen ist die Aussage von Dr. med. I.____ vom 11. November 2008, es könne auf die Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. med. K.____ abgestellt werden, nicht nachvollziehbar. Zum einen hat Dr. med. I.____ damit nämlich – abweichend vom Bericht von Dr. med. K.____ – unterstellt, dass der Gesundheitszustand und damit auch der Arbeitsfähigkeitsgrad der Beschwerdeführerin seit Juli 2006 praktisch unverändert seien und sich wahrscheinlich auch in Zukunft nicht erheblich verschlechtern, sondern sich (als Folge einer Operation) höchstens verbessern würden. Zum andern hat Dr. med. I.____ nicht erklärt, warum die Einschätzung von Dr. med. K.____ überzeugender sein solle als diejenigen von Dr. med. C.____ und von Dr. med. G.____. Ebenso wenig hat sie erklärt, weshalb sie die Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. med. K.____ als überwiegend wahrscheinlich richtig betrachtete, während sie der Aussage von Dr. med. K.____, es sei eine progrediente Verschlechterung zu beobachten, keinen Beweiswert zumass und sie deshalb ignorierte. Angesichts dieser Widersprüche kann der massgebende Arbeitsunfähigkeitsgrad der Beschwerdeführerin in einer adaptierten Erwerbstätigkeit nicht als mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit feststehend betrachtet werden. Die angefochtene Abweisungsverfügung ist deshalb in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ergangen, weshalb sie als rechtswidrig aufzuheben ist. Die Beschwerdegegnerin wird ihre Sachverhaltsermittlung zu ergänzen haben. Dabei wird sie mit Vorteil die Entwicklung der Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin ab Juli 2006 durch unabhängige medizinische Sachverständige zu ermitteln suchen. Dabei wird auch der Zustand nach dem 11. November 2008 und nach der Operation vom 11. Januar 2010 zu ermitteln sein, denn mit der Aufhebung der Verfügung vom 11. November 2008 wird in dem aufgrund des vorliegenden Rückweisungsentscheides wieder aufzunehmenden Verwaltungsverfahren der Sachverhalt bis zur anschliessend zu erlassenden neuen Verfügung zu beurteilen sein.

3.

Da die angefochtene Verfügung auf einer in Verletzung der Untersuchungspflicht nicht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ermittelten Sachverhaltsgrundlage beruht, ist sie als rechtswidrig aufzuheben und die Sache ist zur



weiteren Abklärung und zur anschliessenden neuen Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Dieser Verfahrensausgang ist praxisgemäss in Bezug auf den Anspruch auf eine Parteientschädigung als vollumfängliches Obsiegen zu werten, d.h. die Beschwerdeführerin hat einen Anspruch auf eine ungekürzte Parteientschädigung. Diese bemisst sich nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 61 lit. g ATSG). Unter Berücksichtigung dieser Kriterien sowie des vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin angegebenen konkreten Vertretungsaufwandes erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 3500.- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Die vollumfänglich unterliegende Beschwerdegegnerin trägt die Gerichtskosten. Diese bemessen sich nach dem Verfahrensaufwand (Art. 69 Abs. 1^{bis} IVG). Da es sich um einen durchschnittlichen Aufwand handelt, erscheint praxisgemäss eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.- als angemessen. Der Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

entschieden:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung vom 11. November 2008 aufgehoben und die Sache wird zur weiteren Abklärung und zur neuen Verfügung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3500.- zu bezahlen.
3. Die Beschwerdegegnerin hat eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.- zu bezahlen; der Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.