



Fall-Nr.: IV 2009/280
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 30.06.2020
Entscheiddatum: 06.04.2011

Entscheid Versicherungsgericht, 06.04.2011

Art. 16 ATSG: Invaliditätsbemessung durch Einkommensvergleich. Art. 42 ATSG, Art. 57a IVG: Berichte des RAD im Sinne von Art. 49 Abs. 3 IVV müssen dann nicht vorgängig zur Stellungnahme vor Verfügungserlass der Partei unterbreitet werden, wenn es um eine blosse "Beweiswürdigung" der medizinischen Aktenlage zuhanden der Verfügungsinanz geht. Die Stellungnahme gehört dann zur Verfügungsbegründung. Ist der ärztliche RAD-Bericht aber als eigenes Beweismittel zu werten bzw. gehört er in diesem Sinn zur medizinischen Abklärung, so ist der Bericht wie ein anderes Beweismittel bzw. Abklärungsergebnis vorgängig zu unterbreiten. (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 6. April 2011, IV 2009/280). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 9C_436/2011

Entscheid Versicherungsgericht, 06.04.2011

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

Entscheid vom 6. April 2011

in Sachen

A.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch MLaw Denise Wüst, c/o Schwager Mätzler Schneider Rechtsanwälte,
Poststrasse 23, 9001 St. Gallen,

gegen



St.Galler Gerichte

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Rente

Sachverhalt:

A.

A.____ meldete sich am 21. November 2005 zum Bezug von IV-Leistungen an. Im Gesuchsformular gab sie u.a. an, sie habe keinen Beruf erlernt (IV-act. 1). Die B.____ teilte der IV-Stelle am 3. Januar 2006 mit, sie habe die Versicherte vom 1. November 1998 bis 31. Dezember 2005 als Betriebsmitarbeiterin in einem Personalrestaurant beschäftigt. Der Bruttolohn habe Fr. 3800.- (x13) betragen (IV-act. 9). Dr. med. C.____, FMH Psychiatrie/Psychotherapie, berichtete am 27. Januar 2006, die Versicherte leide an einer rezidivierenden depressiven Störung, gegenwärtig mittelgradige Episode, in Remission befindlich. Vom 3. Mai bis 30. November 2005 sei die Versicherte zu 100% arbeitsunfähig gewesen. Seither bestehe bis auf weiteres eine Arbeitsunfähigkeit von 50%. Zumutbar sei aus psychiatrischer Sicht eine Tätigkeit ohne starken sozialen Stress. Bei günstiger Entwicklung könne eine volle Arbeitsfähigkeit für eine Verweistätigkeit erreicht werden (IV-act. 13). Dr. med. D.____, FMH Innere Medizin, hielt im Bericht vom 1. Februar 2006 folgende Diagnosen fest: chronisch lumbospondylogenes Schmerzsyndrom rechts (St. n. Hemilaminektomie L4/5 rechts, geringgradige Resthernie paramedian rechts mit leichter Luxation nach kaudal L4/5, breitbasige Diskusprotrusion L4/5, V. a. Instabilität L4/5, L3/4, erhebliche Torsionsskoliose, Spondylarthrose L1-S1), chronischer Schmerz- und Schwellungszustand Fuss rechts multifaktoriell bedingt (im Rahmen des lumbospondylogenen Schmerzsyndroms rechts, im Rahmen eines Tarsaltunnelsyndroms rechts, bei St. n. tiefer Venenthrombose rechts), rez. depressive Störung, PHS Typ Supraspinatus links, Interkostal-Neuralgie Th6/7 links, sekundäre Fibromyalgie. Seit dem 25. April 2005 bestehe eine vollständige Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf als Betriebsassistentin in einem Betriebsrestaurant. Der Gesundheitszustand sei stationär (IV-act. 5).



B.

Die IV-Stelle gab ein interdisziplinäres Gutachten in Auftrag. Die Sachverständigen des ABI, Ärztliches Begutachtungsinstitut GmbH, Basel, führten in ihrem Gutachten vom 14. November 2006 (IV-act. 21) aus, die Versicherte habe über chronische Rückenschmerzen mit Ausstrahlungen in das rechte Bein berichtet, die sich durch eine Diskushernienoperation im Januar 2004 nicht vollständig hätten beheben lassen und die in letzter Zeit wieder zugenommen hätten. Ausserdem bestünden rezidivierend auftretende Fusschmerzen rechts. Die Versicherte habe zudem Konzentrations- und Gedächtnisstörungen sowie eine intermittierend auftretende Gefühllosigkeit sämtlicher Extremitäten angegeben. Trotz intensiver Therapie habe sich die Situation nach der Auffassung der Versicherten verschlechtert. Der internistische Gutachter führte aus, es bestehe eine ausgeprägte Adipositas mit Hypercholesterinämie, so dass unbedingt eine Gewichtsreduktion erfolgen sollte. Da sich keine Hinweise auf eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit aus internmedizinischer Sicht gezeigt hätten, sei auf eine spezialärztliche internistische Abklärung verzichtet worden.

B.a Der psychiatrische Gutachter berichtete, die Versicherte sei freundlich und kooperativ gewesen. Sie habe gelegentliche Stimmungstiefs, Rückenschmerzen und Angstträume angegeben. Sie habe lebhaft über ihren Lebensalltag berichtet und dabei eine ausgeprägte Mimik und Gestik gezeigt. Die Stimmung sei ausgeglichen und der affektive Kontakt sei gut gewesen. In seiner Beurteilung gab der psychiatrische Gutachter an, es sei anzunehmen, dass die Versicherte in ihrer Kinder- und Jugendzeit kein gesundes Selbstwertgefühl habe ausbilden können. Deshalb neige sie dazu, ihre Bedürfnisse unterzuordnen. Aus diesem Grund habe sie sich gegenüber ihren alkoholkranken Ehemännern während Jahren nicht zur Wehr setzen können. Die Schwierigkeit, die eigenen Bedürfnisse gegenüber der Umgebung anzumelden, begründe die Diagnose abhängige Persönlichkeitszüge. Gemäss den somatischen Untersuchungsbefunden könne das Ausmass der Beschwerden bezüglich der Krankheitsüberzeugung, nicht mehr arbeiten zu können, nicht vollständig objektiviert werden, so dass eine psychische Überlagerung der geklagten Beschwerden angenommen werden müsse. Diagnostisch handle es sich um eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung. Die Versicherte sei während Jahren durch ihre Unfähigkeit, sich aggressiv gegenüber der Umgebung zur Wehr zu setzen, belastet



gewesen. Erst mit Hilfe ihrer Beschwerden habe sie vor sich und vor der Umgebung die Rechtfertigung dafür gefunden, sich Ruhe und Erholung gönnen zu dürfen und keiner beruflichen Tätigkeit mehr nachgehen zu müssen. Zusätzlich liege eine leichte depressive Episode vor. In diesem Rahmen seien auch die gelegentlich auftretenden Ängste zu sehen. Im Alltag sei die Versicherte durch die psychopathologischen Symptome kaum eingeschränkt. Es bestehe eine Arbeitsunfähigkeit von 20%. Dies sei durch die leichte depressive Episode bei einer rezidivierenden depressiven Störung bedingt. Auch die anhaltende somatoforme Schmerzstörung sei in dieser Einschätzung berücksichtigt. Hinweise auf eine schwere depressive Störung oder auf unbewusste Konflikte fehlten. Es sei kein primärer Krankheitsgewinn vorhanden. Trotz der Beschwerden sei es der Versicherten zumutbar, der angestammten Tätigkeit ganztags mit einer leicht reduzierten Leistungsfähigkeit nachzugehen.

B.b Der orthopädische Gutachter hielt fest, die Versicherte habe angegeben, sie habe lumbal betonte Rückenschmerzen mit Ausstrahlungen nach ventral. Zudem habe sie einen konstanten Schmerz im rechten Bein, der in seiner Intensität variere, aber trotz einer regelmässigen Analgetikaeinnahme nie vollständig verschwinde. Ausserdem bestehe ein häufiger Schwellungszustand im Bereich des rechten Unterschenkels und insbesondere am rechten Aussenknöchel, was schmerzverstärkend wirke. In den Beinen und den Händen komme es gelegentlich zum Auftreten von Gefühlsstörungen. In seiner Beurteilung führte der orthopädische Gutachter aus, zusammenfassend sei festzustellen, dass die von der Versicherten angegebenen Beschwerden durch die objektivierbaren Befunde nur teilweise begründet werden könnten. Mit Sicherheit bestehe eine verminderte Belastbarkeit der unteren Wirbelsäule, einerseits durch die degenerativen Veränderungen, andererseits durch den postoperativen Zustand, so dass körperlich grosse Belastungen zu einer Schmerzprovokation daselbst führen dürften. Unklar geblieben seien die chronischen und weitgehend therapieresistenten Beinschmerzen rechts, die sich kaum mehr auf eine wesentlich spinale Pathologie zurückführen lassen dürften. Für die übrigen in der Vergangenheit erwähnten Diagnosen lasse sich jetzt kein klinisches Korrelat mehr finden. Für die frühere Tätigkeit in einem Personalrestaurant bestehe eine volle Arbeitsunfähigkeit, da einzelne (körperlich schwere) Arbeitsanteile, die integraler Bestandteil der Gesamttätigkeit seien, nicht mehr ausgeführt werden könnten. Für körperlich leichte Tätigkeiten in wechselnder Position mit einer Hebe- und Tragelimiten von 10 kg und ohne länger



dauernde Zwangshaltungen der unteren Wirbelsäule bestehe eine zumutbare Arbeitsfähigkeit von 100%, denn derart adaptierte Tätigkeiten dürften kaum zu einer wesentlichen Schmerzprovokation führen, so dass sie zumutbar seien. Von den von Dr. D.____ aufgelisteten Diagnosen spiele jetzt nur noch die lumbale Problematik eine wichtige Rolle. Klinisch hätten sich nämlich keine Hinweise für eine wesentliche Pathologie im Bereich der linken Schulter, für die Interkostalneuralgie oder für eine sekundäre Fibromyalgie gefunden. Letztere könne ausgeschlossen werden. Der von Dr. D.____ angegebene chronische Schmerz- und Schwellungszustand am rechten Fuss dürfte auf die knapp drei Monate vorher erlittene Metatarsale IV-Fraktur zurückzuführen gewesen sein. Diese sei mittlerweile aber vollständig abgeheilt, so dass sich kaum mehr Restbeschwerden hätten finden lassen. Die perimalleolare Weichteilschwellung sei in erster Linie subkutan und stehe dementsprechend kaum mit dem Bewegungsapparat in Zusammenhang.

B.c Die Diagnosen lauteten: rezidivierende depressive Störung, gegenwärtig leichte Episode, anhaltende somatoforme Schmerzstörung, chronisches lumbovertebrales Schmerzsyndrom ohne radikuläre Symptomatik (mittelgradige degenerative Veränderungen der unteren LWS und St. n. Hemilaminektomie L4/5 rechts 01/2004) sowie – ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit – akzentuierte Persönlichkeitszüge, abhängig, Adipositas (BMI 37,5), Hypercholesterinämie und St. n. subkapitaler Fraktur Metatarsale IV 09/05 mit konservativer Behandlung. Die Gesamtbeurteilung ergab für die bisherige Tätigkeit eine vollständige Arbeitsunfähigkeit und für eine adaptierte Tätigkeit "eine zumutbare Arbeitsfähigkeit von 80% bei ganztägiger Präsenz mit 20% reduzierter Leistung" (IV-act. 21-19/23). Eine adaptierte Tätigkeit sei aus rein somatischer Sicht bereits ab April 2005 zu 100% zumutbar gewesen. Allerdings hätten damals noch relevante Einschränkungen von psychiatrischer Seite bestanden. Ab Dezember 2005 habe der behandelnde Psychiater eine Arbeitsfähigkeit von 50% attestiert. Aufgrund der Schilderungen der Versicherten könne ab April 2006 von einer Arbeitsfähigkeit im beschriebenen Umfang ausgegangen werden. "Zusammenfassend besteht für körperlich leichte Tätigkeiten in wechselnder Position mit einer Hebe- und Tragelimiten von 10 kg eine zumutbare Arbeitsfähigkeit von 80% bei ganztägiger Präsenz mit um 20% reduzierter Leistung aufgrund eines etwas erhöhten Pausenbedarfs und einer leichten Verlangsamung des Arbeitstempos" (IV-act. 21-20/23).



C.

Die IV-Stelle verglich ein Valideneinkommen von Fr. 52'000.- mit einem zumutbaren Invalideneinkommen von Fr. 42'000.-. Die daraus resultierende Erwerbseinbusse von Fr. 10'000.- entsprach einem Invaliditätsgrad von 19% (IV-act. 23). Mit einem Vorbescheid vom 1. Februar 2007 teilte die IV-Stelle der Versicherten mit, dass sie beabsichtige, das Leistungsbegehren abzuweisen (IV-act. 26). Die Versicherte liess am 20. Februar 2007/16. März 2007 einwenden, das Gutachten habe keinen Beweiswert, da weder die Gedächtnis- und Konzentrationsstörungen noch die kollapsbedingten Stürze und die Schlafstörungen Berücksichtigung gefunden hätten. Ausserdem sei fälschlicherweise davon ausgegangen worden, dass Trimin als Antidepressivum eingesetzt werde. Effektiv diene es aber nur der Verbesserung des Nachtschlafs. Die Versicherte sei keineswegs eine rege Spaziergängerin. Es sei ihr gar nicht möglich, das Tempo gesunder Spaziergänger einzuhalten. Die Abklärung der Fibromyalgie sei nicht lege artis erfolgt. Den beiden beigelegten Arztberichten hingegen komme voller Beweiswert zu. Deshalb sei von einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit auszugehen. Selbst wenn eine Restarbeitsfähigkeit bestehen würde, fehle es an der wirtschaftlichen Verwertbarkeit. Im übrigen habe die IV-Stelle das Gutachten falsch interpretiert. Bei einer Arbeitsfähigkeit von 80% bei ganztägiger Präsenz und einer um 20% reduzierten Leistung resultiere ein Arbeitsfähigkeitsgrad von lediglich 64%. Das von der IV-Stelle angenommene zumutbare Invalideneinkommen lasse sich nicht nachvollziehen. Anhand der Lohnstrukturerhebung ermittelt belaufe sich das zumutbare Invalideneinkommen bei einem Arbeitsfähigkeitsgrad von 64% und einem zusätzlichen Abzug von 25% auf Fr. 23'320.50, was einen Invaliditätsgrad von 55% ergebe (IV-act. 35). Dieser Stellungnahme lag ein Bericht von Dr. D.____ vom 12. März 2007 bei. Dr. D.____ bestätigte die Diagnose, nicht aber die Arbeitsfähigkeitsschätzung. Sie machte geltend, die Rückenprobleme führten zu einer Arbeitsunfähigkeit. Die Versicherte befinde sich in einer physiotherapeutischen Dauertherapie, unterziehe sich der empfohlenen medizinischen Kräftigungstherapie und nehme regelmässig Medikamente ein. Sie sei von keiner Seite her einer körperlichen Belastung ausgesetzt und trotzdem komme es immer wieder zu Schmerzattacken, die notfallmässige Infiltrationen erforderten. Da die Versicherte die typischen Tenderpoints aufweise, sei nicht klar, weshalb der orthopädische Gutachter des ABl eine Fibromyalgie verneint habe. Die Tätigkeit im Personalrestaurant sei bereits eine adaptierte Tätigkeit gewesen. Die



Beeinträchtigung der Konzentrationsfähigkeit und der Gedächtnisleistung sei im Alltag nicht relevant (IV-act. 37). Der orthopädische Gutachter des ABI hielt am 11. Juli 2007 fest, Dr. D.____ habe ihre Einschätzung nicht näher begründet, so dass keine direkte vergleichende Stellungnahme möglich sei. Durch den postoperativen Zustand und die degenerativen Veränderungen lasse sich keine generelle Arbeitsunfähigkeit begründen. Bei einer Hebe- und Traglimite von 10 kg und der Vermeidung längerdauernder Zwangshaltungen der unteren Wirbelsäule könne nach der allgemeinen Erfahrung keine wesentliche Schmerzprovokation erwartet werden. Die Fibromyalgie sei von Dr. D.____ als belanglos für die Beurteilung bezeichnet worden, so dass darauf nicht eingegangen werden müsse. Die Versicherte habe die bisherige Tätigkeit als teilweise körperlich belastend geschildert. Sie habe die erlittenen Stürze nicht auf Kollapszustände, sondern auf eine intermittierend auftretende Beinschwäche zurückgeführt, für die sich allerdings keine objektivierbaren Befunde hätten erheben lassen (IV-act. 41). Die Eingliederungsberaterin der IV-Stelle hielt am 30. August 2007 fest, dass es auf dem allgemeinen und ausgeglichenen Arbeitsmarkt eine genügend grosse Zahl von Arbeitsstellen gebe, an denen die Versicherte ihre Restarbeitsfähigkeit verwerten könnte. Sie zählte eine Reihe geeigneter Stellen auf (IV-act. 47). Die IV-Stelle verglich ein anhand der Angaben des letzten Arbeitgebers ermitteltes Valideneinkommen von Fr. 48'069.- mit einem zumutbaren Invalideneinkommen von Fr. 38'429.-, was einen Invaliditätsgrad von 20% ergab. Mit einer Verfügung vom 12. September 2007 wies sie das Leistungsbegehren ab (IV-act. 48).

D.

Die Versicherte liess am 9. Oktober 2007 Beschwerde erheben. Die Beschwerdebegründung entsprach inhaltlich der Stellungnahme zum Vorbescheid. Insbesondere liess die Versicherte wieder geltend machen, im ABI-Gutachten sei eine Arbeitsfähigkeit für eine adaptierte Tätigkeit von 64% (statt von 80%) angegeben worden. In dem der Beschwerde beiliegenden Bericht hatte Dr. D.____ am 3. Oktober 2007 angegeben, die Depression der Versicherten sei schlimmer geworden. Auch der Allgemeinzustand habe sich verschlechtert (rezidivierende Infekte, mehrfach antibiotisch behandelt, Eisenmangel unklarer Aetiologie). Von Seiten der Rückenbeschwerden sei es immer wieder zu Schmerzexazerbationen gekommen, die notfallmässige Infiltrationen erfordert hätten. Die Versicherte sei teilweise so blockiert



gewesen, dass sie bewegungsunfähig gewesen sei. Diese unvorhersehbaren Attacken träten mehrmals wöchentlich auf. Als Folge der tiefen Venenthrombose seien schmerzhafte Schwellungen am rechten Fuss/Unterschenkel aufgetreten (IV-act. 56).

E.

Mit einem Urteil vom 17. September 2008 (IV 2007/378) hob das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen die Verfügung vom 12. September 2007 auf. Es wies die Sache zur weiteren Abklärung an die IV-Stelle zurück. Gegenstand dieser weiteren Abklärung waren die Unklarheit in bezug auf den Gesamtarbeitsfähigkeitsgrad (80% oder 64%), die Überwindbarkeit der vom psychiatrischen Gutachter angegebenen Arbeitsunfähigkeit von 20% mittels einer zumutbaren Willensanstrengung und das Vorhandensein einer Fibromyalgie (IV-act. 65).

F.

Dr. D.____ berichtete am 4. November 2008, in bezug auf die geklagten Beschwerden sei das Bild seit dem letzten Bericht vom Februar 2006 in etwa gleich geblieben. Es hätten keine neuen Befunde objektiviert werden können. Wegen einer Absenz habe die Versicherte einen Verkehrsunfall verursacht. Aus diesem Grund seien weitere Abklärungen (neurologisch, kardiologisch) vorgesehen (IV-act. 71). Dr. C.____ gab am 19. Dezember 2008 an, der psychische Zustand habe sich seit Januar 2006 gebessert. Das depressive Zustandsbild habe sich zurückgebildet. Es bestünden noch Symptome mit gedrückter Grundstimmung, eingeschränkter emotionaler Auslenkbarkeit, Schlafstörungen, mangelnder Energie, Konzentrationsstörungen und Insuffizienzgefühlen. Die medikamentöse Behandlung werde fortgesetzt. In längeren Abständen erfolge eine begleitende integrierte psychiatrisch-psychotherapeutische Behandlung. Die Prognose sei günstig (IV-act. 73). Der Neurologe PD Dr. med. E.____ hatte der Hausärztin am 14. November 2008 berichtet, die Versicherte habe angegeben, sie habe nicht wegen einer Ohnmacht, sondern als Folge einer Unaufmerksamkeit einen Verkehrsunfall verursacht. Weiter hatte er ausgeführt, die neurologische Untersuchung habe einen unauffälligen Befund ergeben (keine Epileptogenese, keine Hinweise auf eine Arteriosklerose oder eine relevante Sklerose der hirnzuführenden Gefässe). Aus neurologischer Sicht gebe es keine Hinweise auf



St.Galler Gerichte

eine relevante Erkrankung (IV-act. 74-4/6 bis 6/6). Dr. med. F.____, FMH Innere Medizin und Herz- und Kreislaufkrankheiten, hatte der Hausärztin am 11. November 2008 angegeben, es bestehe ein weitgehend normaler kardialer Befund (IV-act. 74-1/6 bis 3/6). Am 3. März 2009 richtete die IV-Stelle folgende Rückfrage an das ABI: "Wir ersuchen Sie, die Leistungseinbusse bei der adaptierten Arbeitsfähigkeit zu begründen und dabei die Kriterien der gültigen Rechtsprechung zu berücksichtigen. Sind die Foerster-Kriterien erfüllt? Falls eine Einschränkung der adaptierten Arbeitsfähigkeit aufgrund der gültigen Rechtsprechung begründet werden kann, wie wirkt sie sich genau auf die adaptierte Arbeitsfähigkeit aus und welche gesamthafte Einbusse bewirkt sie" (IV-act. 76). In ihrer Stellungnahme vom 22. April 2009 führten die Gutachter des ABI aus, aus psychiatrischer Sicht sei es der Versicherten zumutbar, ganztags mit einem vollen zeitlichen Pensum mit leicht vermindertem Rendement zu arbeiten, was einer verwertbaren Arbeitsleistung von 80% entspreche. Die Versicherte zeige eine ausgeprägte subjektive Krankheitsüberzeugung, die wesentlich dazu beitrage, dass alle durchgeführten Therapien kaum zu einer Verbesserung der somatisch nur teilweise objektivierbaren Beschwerden führten. Neben der anhaltenden somatoformen Schmerzstörung liege nur eine leichte depressive Störung vor, so dass die psychiatrische Komorbidität nur geringfügig ausgeprägt sei. Gemäss den Foerster'schen Kriterien sei es der Versicherten zumutbar, die notwendige Willensanstrengung aufzubringen, um ganztags mit der um 20% reduzierten Leistungsfähigkeit zu arbeiten. Aus orthopädischer Sicht sei ein chronisches lumbovertebrales Schmerzsyndrom bei mittelgradigen degenerativen Veränderungen der unteren LWS und bei St. n. Hemilaminektomie L4/5 rechts von 01/04 erhoben worden. Daraus sei eine volle Arbeitsunfähigkeit für die zuletzt ausgeübte Tätigkeit abgeleitet worden. Dazu sei bereits am 11. Juli 2007 Stellung genommen worden. Aufgrund der während der Untersuchung objektivierten Befunde habe es sich begründen lassen, dass Aktivitäten mit vermehrter Belastung des Rumpfs potentiell schmerzauslösend sein könnten, nicht jedoch gut adaptierte Tätigkeiten. Die von der Hausärztin gestellte Diagnose einer Fibromyalgie habe nicht bestätigt werden können, da die Kriterien des ACR zumindest anlässlich der Untersuchung nicht erfüllt gewesen seien. Allerdings sei es nicht selten so, dass auch dann eine Fibromyalgie diagnostiziert werde, wenn ausser den definierten Tenderpoints auch verschiedene sogenannte Kontrollpunkte als druckdolent angegeben würden oder wenn bereits leichte



Berührungen zu einer Schmerzangabe führten. Dies müsste eine Fibromyalgie ausschliessen und es wäre von einem multilokulären Schmerzsyndrom auszugehen, das im Zusammenhang mit der auf der psychiatrischen Ebene diagnostizierten anhaltenden somatoformen Schmerzstörung zu sehen wäre. Ob dies auch auf die Versicherte zutrefte, könne nicht ganz sicher bestätigt werden, doch wiesen die anamnestischen Angaben der Versicherten deutlich in diese Richtung. Anlässlich der Untersuchung hätten sich die Schmerzangaben auf den Rumpf sowie in geringem Ausmass auf den rechten Fuss beschränkt, so dass die Diagnostik des Bewegungsapparates auf diese beiden Körperregionen beschränkt worden sei, allerdings mit dem Hinweis, dass eine nicht adäquate Schmerzverarbeitung vorliegen könnte (IV-act. 79).

G.

Die IV-Stelle ging davon aus, dass die Versicherte am letzten Arbeitsplatz Fr. 49'400.-, nominallohnangepasst Fr. 49'993.-, verdienen würde. Diesem Valideneinkommen stellte sie ausgehend von einem statistischen Durchschnittseinkommen von Fr. 50'278.- ein zumutbares Invalideneinkommen von Fr. 36'200.- (Arbeitsfähigkeit 80%, zusätzlicher Abzug 10%) gegenüber. Es resultierte ein Invaliditätsgrad von aufgerundet 28% (IV-act. 80). Mit einem Vorbescheid vom 8. Mai 2009 teilte die IV-Stelle der Versicherten mit, dass sie beabsichtige, das Leistungsbegehren abzuweisen (IV-act. 82). Die Versicherte liess am 4. Juni 2009 einwenden, der Bericht von Dr. D.____ vom 26. Mai 2009 enthalte verschiedene neue Diagnosen. Durch den Schmerz- und Schwellungszustand im rechten Fuss sei der Bewegungsradius eingeschränkt und das rechte Bein sei vermindert belastbar. Dieser Einschränkung sei im ABI-Gutachten nicht Rechnung getragen worden. Ebenfalls nicht berücksichtigt worden sei dort die von Dr. D.____ beschriebene drastische Verschlechterung der Schmerzproblematik und die seit Anfang 2008 auftretenden sekundenartigen Absenzen, die sogar zu Stürzen geführt hätten. Diese Umstände hätten zur Folge, dass eine allfällige Restarbeitsfähigkeit gar nicht mehr verwertbar sei. Der Validenlohn betrage mindestens Fr. 52'500.-. Zur Ermittlung des zumutbaren Invalideneinkommens sei vom regionalen Durchschnittslohn auszugehen. Dieser betrage Fr. 3800.-. Bei einem Arbeitsunfähigkeitsgrad von 20% und einem zusätzlichen Abzug von 25% resultiere ein zumutbares Invalideneinkommen von Fr. 27'360.-. Das ergebe einen Invaliditätsgrad



von 48% (IV-act. 84). Dr. med. G.____ vom RAD hielt am 26. Juni 2009 fest, Dr. D.____ habe den Schmerz- und Schwellungszustand des rechten Fusses schon im Januar 2005 beschrieben. Bei der Begutachtung habe die Versicherte über die gleichen Beschwerden geklagt und zur Schmerzbehandlung regelmässig Analgetika und Antidepressiva eingenommen. Schon damals habe Dr. D.____ eine Arbeitsunfähigkeit von 100% angegeben. Die unterschiedliche Einschätzung der Arbeitsfähigkeit habe also schon damals bestanden. Sie sei auf eine unterschiedliche Würdigung der gleichen Befunde durch die Behandlerin und durch die Gutachter zurückzuführen. Bezüglich der Absenzen seien umfangreiche Abklärungen erfolgt, wobei bedrohliche Ursachen ausgeschlossen worden seien (IV-act. 88). Mit einer Verfügung vom 2. Juli 2009 wies die IV-Stelle das Leistungsbegehren der Versicherten ab. Zur Begründung führte sie insbesondere aus, die Herabsetzung des Tabellenlohns wegen regional unterdurchschnittlicher Löhne setze voraus, dass das Einkommen mindestens 10% unter dem nationalen statistischen Bruttolohn gemäss dem schweizerischen Durchschnittswert liege. Das treffe für die Grossregion Ostschweiz nicht zu, weshalb auf den schweizerischen Durchschnittswert abzustellen sei. Der zusätzliche Abzug von 10% wegen der verminderten Verdienstmöglichkeiten aufgrund der qualitativen Einschränkungen der adaptierten Arbeitsfähigkeit sei angemessen (IV-act. 89).

H.

Die Versicherte liess am 18. August 2009 Beschwerde erheben und sinngemäss die Zusprache einer ganzen Invalidenrente beantragen. Eventualiter sei die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen und diese sei anzuweisen, das Beweisverfahren formgerecht durchzuführen und dabei ein neues interdisziplinäres Gutachten zur Arbeitsfähigkeit einzuholen und anschliessend neu über den gesetzlichen Leistungsanspruch zu befinden. Zur Begründung liess die Beschwerdeführerin - zusammengefasst - geltend machen, die angefochtene Verfügung sei nicht rechtsgenügend begründet worden. Die Erwägungen in der Verfügung beschränkten sich nämlich auf äusserst summarische Feststellungen zu den medizinischen Abklärungen. Nicht eingegangen sei die Beschwerdegegnerin dabei auf die Einwände zur fehlenden Verwertbarkeit einer allenfalls verbliebenen Arbeitsfähigkeit und zur Höhe des Valideneinkommens. Der Eventualantrag wurde zusätzlich damit begründet, dass die Beschwerdegegnerin die Verfügung erlassen habe, ohne zuvor über das Ergebnis



der zusätzlichen Abklärungen beim RAD zu informieren. Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör sei auf jeden Fall bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen. Der Bericht des RAD könne als Beratung und Empfehlung (Art. 49 Abs. 3 IVV) den Bericht von Dr. D.____ vom 26. Mai 2009, in welchem verschiedene neue Diagnosen angegeben worden seien, nicht ersetzen. Der chronische Schmerz- und Schwellungszustand im rechten Fuss entspreche nicht der Diagnose im Bericht von Dr. D.____ aus dem Jahr 2006, weshalb diese neue Beeinträchtigung im ABI-Gutachten nicht berücksichtigt worden sei. Im Jahr 2006 seien die Beschwerden belastungsabhängig aufgetreten, nun seien sie chronisch und unabhängig von einer Belastung immer vorhanden. Insgesamt liege eine deutliche Verschlechterung gegenüber 2006 vor. Hinzu kämen die von Dr. D.____ im jüngsten Bericht beschriebene drastische Verschlechterung der Schmerzproblematik im Rücken und die akute Verschlechterung der Depression nach dem abdominalen operativen Eingriff. Die synkopenartigen, ungeklärten Zwischenfälle seien auch nicht berücksichtigt worden. Massgebend seien ein Valideneinkommen von Fr. 52'500.- und ein zumutbares Invalideneinkommen von Fr. 27'360.-, was einen Invaliditätsgrad von 48% ergebe (act. G1). Der Beschwerde lag ein Bericht von Dr. D.____ vom 29. Juli 2009 bei (act. G1.3.8). Dr. D.____ hatte darin ausgeführt, es sei in den letzten Wochen zu einer akuten Verschlechterung der Depression gekommen, so dass die Beschwerdeführerin arbeitsunfähig sei. Zudem sei ein weiterer operativer abdominaler Eingriff erfolgt, was die Depression zusätzlich verschlechtert habe.

I.

Die Beschwerdegegnerin beantragte am 5. Oktober 2009 die Abweisung der Beschwerde. Sie machte geltend, sie habe in der Verfügung geschildert, welche weiteren Abklärungen sie vorgenommen und zu welchen Schlüssen sie die Ergebnisse dieser Abklärungen geführt hätten. Zu einer umfangreicheren Wahrung des rechtlichen Gehörs wäre es nötig gewesen, der Beschwerdeführerin die neu aufgelaufenen Akten zu einer ergänzenden Stellungnahme zu überlassen. Die Beschwerdeführerin habe aber bereits in der "Einwandbegründung" Gelegenheit gehabt, auf wichtige Punkte hinzuweisen. Sie habe auch jederzeit die Möglichkeit gehabt, die Akten zu bestellen. Deshalb bestehe kein Anlass, die Sache zur Wahrung des rechtlichen Gehörs oder zur Vornahme weiterer Abklärungen zurückzuweisen. Der RAD habe den Bericht von Dr.



St.Galler Gerichte

D.____ vom 29. Mai 2009 geprüft und angegeben, es gebe keine Hinweise auf eine Verschlechterung des Gesundheitszustands mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Erwerbstätigkeit. Adaptierte Stellen seien auf dem allgemeinen und ausgeglichenen Arbeitsmarkt vorhanden, weshalb die Arbeitsfähigkeit verwertbar sei. Die erste Berechnung des Valideneinkommens sei falsch gewesen, weil irrtümlicherweise eine Aufrechnung um zwei Jahre erfolgt sei (act. G4).

J.

In ihrer Replik vom 26. Oktober 2009 liess die Beschwerdeführerin einwenden, die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör sei offensichtlich, wie die Beschwerdegegnerin im Ergebnis habe eingestehen müssen. Da die Beschwerdegegnerin die zusätzlichen Beweiserhebungen ohne ihr - der Beschwerdeführerin - Wissen vorgenommen habe, habe zum fraglichen Zeitpunkt kein Veranlassung bestanden, die Akten anzufordern. Die Beschwerdegegnerin habe ihre Feststellung, dass keine neuen Gesundheitsschäden mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit vorlägen, nur mit einer selektiven Auswahl von Arztberichten aus dem Jahr 2008 begründet. Deshalb sei die Beweiswürdigung willkürlich und aktenwidrig. Kurz nach dem Unfall sei im Spital eine Commotio cerebri mit Amnesie diagnostiziert worden. In Kenntnis des entsprechenden Berichts sei Dr. D.____ zum Ergebnis gelangt, dass eine sekundenlange Absenz zum Unfall geführt habe. Im übrigen habe Dr. D.____ festgestellt, dass sich derartige Vorfälle in der Zwischenzeit wiederholt hätten. Inzwischen habe das zuständige Amt einen Führerausweisentzug aus gesundheitlichen Gründen angeordnet. Der Bericht des ABI vom 22. April 2009 habe die vom Versicherungsgericht im Urteil vom 17. September 2008 aufgeworfene Frage nicht ausreichend beantwortet. In bezug auf die Foerster'schen Kriterien sei zu beachten, dass chronische körperliche Erkrankungen vorlägen, dass sich trotz der konsequent durchgeführten Behandlung nichts geändert habe und dass sich die Depressionen verstärkt hätten (G7). Das Institut für Rechtsmedizin am Kantonsspital St. Gallen hatte in einer verkehrsmedizinischen Begutachtung vom 26. September 2008 ausgeführt, unmittelbar nach dem Verkehrsunfall habe die Beschwerdeführerin angegeben, es sei ihr Schwarz geworden und dann sei der Unfall passiert. Bei der aktuellen Untersuchung habe die Beschwerdeführerin angegeben, das Unfallereignis sei das Ergebnis einer zu späten Reaktion gewesen. Sie habe sowohl eine Erinnerungslücke als auch eine



Ohnmacht verneint. Ihre Angaben seien also diskrepant. Offenbar seien der Krankengeschichte wiederholte Ohnmachtsanfälle zu entnehmen. Möglicherweise stünden diese im Zusammenhang mit einer vegetativen Dystonie. Vor einer abschliessenden Beurteilung der Fahreignung sollten eine neuropsychologische Untersuchung und eine kardiologische und neurologische Untersuchung erfolgen. Dann könne die verkehrsmedizinische Begutachtung abgeschlossen werden (act. G7.2.1-2).

K.

Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine inhaltliche Stellungnahme (act. G10).

Erwägungen:

1.

1.1 Die Beschwerdeführerin hat am 4. Juni 2009 zum Vorbescheid Stellung genommen. Dabei hat sie zwei neue Arztzeugnisse eingereicht. Sie hat also die medizinische Aktenlage verändert. Dr. G.____ vom RAD hat am 26. Juni 2009 auf eine Anfrage des Sachbearbeiters hin festgehalten, das lumbospondylogene Schmerzsyndrom und der Schmerz- und Schwellungszustand des rechten Fusses seien bereits 2005 beschrieben worden, bei der Begutachtung sei über dieselben Beschwerden geklagt worden und Dr. D.____ habe bereits damals auch für eine adaptierte Erwerbstätigkeit eine Arbeitsunfähigkeit von 100% angegeben. Zusammenfassend hat Dr. G.____ in seiner Notiz vom 26. Juni 2009 festgehalten, die neuesten Arztzeugnisse ergäben keine Hinweise für eine Verschlechterung des Gesundheitszustands der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdegegnerin hat daraufhin die Verfügung erlassen, ohne der Beschwerdeführerin vorher diese Notiz vom 26. Juni 2009 zur Kenntnis gebracht zu haben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in IV-Sachen müsste darin ohne weiteres eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör erblickt werden (vgl. etwa die Urteile vom 7. August 2006, I 878/05, und vom 25. Oktober 2007, 8C_102/2007). Das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) hat in einem mit dem Urteil vom 16. September 2008 (8C_424/2008)



abgeschlossenen Beschwerdeverfahren geltend gemacht, bei der medizinischen Stellungnahme des RAD zuhanden der Invalidenversicherung handle es sich nicht um ein neues Beweismittel, sondern nur um eine Stellungnahme zu den von der versicherten Person eingereichten neuen Beweismitteln (vgl. Erw. 2.1 des genannten Urteils). Das BSV hat dabei auf die Art. 49 Abs. 2 IVV und Art. 49 Abs. 3 IVV Bezug genommen. Das Bundesgericht hat diese Rechtsauffassung des BSV verworfen, ohne dies aber zu begründen (vgl. Erw. 2.2 a.E. des genannten Urteils). Ob die Unterscheidung zwischen RAD-Berichten nach Art. 49 Abs. 2 IVV und RAD-Stellungnahmen nach Art. 49 Abs. 3 IVV tatsächlich herangezogen werden kann, um zwischen gehörspflichtigen und nicht gehörspflichtigen Äusserungen des RAD zu unterscheiden, ist in der Tat fraglich. Entscheidend ist nämlich jeweils der konkrete Inhalt der Aussagen des RAD: Ergänzen die Äusserungen des RAD den bisherigen medizinischen Sachverhaltsstand oder sind sie nur eine Hilfe bei der Würdigung der neuen medizinischen Akten durch den Sachbearbeiter der IV-Stelle? Das rechtliche Gehör verschafft einen Anspruch darauf, sich zu den tatsächlichen Fragen äussern zu können. "Anspruch auf Äusserung besteht grundsätzlich dort nicht, wo es um Fragen rechtlicher Natur geht" (U. Kieser, ATSG-Kommentar, 2.A., N. 15 zu Art. 42, S. 535 oben). Die Sachverhalts- bzw. Beweiswürdigung gehört nicht zur Sachverhaltsermittlung, d.h. zu den tatsächlichen Fragen, sondern zur Rechtsanwendung. Wie der Beweiswert eines medizinischen Aktenstücks einzuschätzen ist, stellt also eine Frage rechtlicher Natur dar. Dient die Stellungnahme des RAD nur dazu, dem mit der Sachverhaltswürdigung betrauten Sachbearbeiter der IV-Stelle zu helfen, indem dem Sachbearbeiter medizinisches Fachwissen zur Verfügung gestellt wird, so findet keine Sachverhaltsergänzung statt. Eine solche Stellungnahme des RAD bleibt vollständig im Bereich der Sachverhalts- bzw. Beweiswürdigung und damit im Bereich einer Frage rechtlicher Natur. Enthält die Stellungnahme des RAD aber eine neue medizinische Erkenntnis, die weder den bisherigen Akten noch den von der versicherten Person eingereichten neuen Arztzeugnissen entnommen werden kann, so erfolgt eine Sachverhaltsergänzung. Hier besteht ein Anspruch auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs in der Form einer vorgängigen Einsicht in die Stellungnahme des RAD. Hingegen lässt die reine Mitwirkung bei der Würdigung der medizinischen Beweismittel (zu denen natürlich auch die von der versicherten Person eingereichten neuen Arztzeugnisse gehören) keinen



Anspruch auf rechtliches Gehör entstehen. Würde man ausnahmslos jede Stellungnahme des RAD dem Anspruch auf rechtliches Gehör unterstellen, müssten bei einer konsequenten Umsetzung auch alle anderen Hilfestellungen bei der Beweiswürdigung (z.B. durch den Rechtsdienst, durch die Berufsberatung oder durch einen erfahreneren Sachbearbeiter) der versicherten Person vorgängig zur Kenntnis gebracht werden. Es besteht aber keine Veranlassung, den Anspruch auf rechtliches Gehör auf die rechtliche Frage der Sachverhalts- bzw. Beweiswürdigung auszudehnen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist deshalb entsprechend zu präzisieren: Stellungnahmen des RAD zu den nach dem Vorbescheid von der versicherten Person eingereichten medizinischen Akten begründen dann keinen Anspruch auf rechtliches Gehör, wenn sie sich darin erschöpfen, die Sachbearbeitung der IV-Stelle bei der Würdigung der bestehenden und neuen medizinischen Beweismittel zu unterstützen. Darauf lässt auch der Umstand schliessen, dass vom Bundesgericht im UV-Bereich - soweit überblickbar - nie eine Gehörsverletzung angenommen worden ist, wenn mit der Einsprache neue Arztzeugnisse eingereicht worden sind und der Einsprachedienst der SUVA sich bei der Würdigung dieser neuen Arztzeugnisse intern medizinisch hat beraten lassen, die entsprechende medizinische Stellungnahme dem Einsprecher aber nicht vorgängig zur Kenntnis gebracht, sondern erst in der Einsprachebegründung mitgeteilt (oder mit dem Einspracheentscheid vorgelegt) hat. Es gibt keine wertungsmässige Differenz zwischen Vorbescheid- und Einspracheverfahren, die eine solche Abweichung in bezug auf das rechtliche Gehör rechtfertigen würde. Deshalb muss davon ausgegangen werden, dass das Bundesgericht im UV-Bereich die Hilfe bei der Würdigung des medizinischen Sachverhalts als rechtliche Frage erkannt und deshalb nie eine Gehörsverletzung angenommen hat. Im vorliegenden Fall hat Dr. G.____ dem Sachbearbeiter der Beschwerdegegnerin am 26. Juni 2009 nur erklärt, dass die neuen Arztzeugnisse nichts an der bisherigen Sachverhaltswürdigung ändern könnten. Dr. G.____ hat also am 26. Juni 2009 keine neuen medizinischen Erkenntnisse mitgeteilt, die den Sachverhalt, wie er sich nach der Einreichung der beiden neuen Arztzeugnisse dargestellt hatte, in irgendeiner Form verändert hätten. Die Beschwerdeführerin hat deshalb zu Recht verfügt, ohne der Beschwerdeführerin die Stellungnahme vom 26. Juni 2009 vorher zur Kenntnis gebracht zu haben.

1.2 Der Pflicht zur Begründung von Verfügungen (Art. 49 Abs. 3 Satz 2 ATSG) ist nicht erst dann ausreichend Rechnung getragen, wenn die Verfügungsbegründung



denselben Umfang aufweist wie die Stellungnahme zum Vorbescheid. Es ist auch nicht erforderlich, dass jedes in der Stellungnahme zum Vorbescheid vorgebrachte Argument aufgegriffen und umfassend gewürdigt wird. Vielmehr genügt es, wenn der Verfügungsadressat durch die Verfügungsbegründung in die Lage versetzt wird zu verstehen, wie die verfügende Verwaltung seine in der Stellungnahme zum Vorbescheid vorgebrachten Argumente gewürdigt hat. Dabei ist dem Verfügungsadressaten ein gewisses Mass an Interpretationsleistung zumutbar, insbesondere wenn er durch einen Rechtsanwalt vertreten ist. Die Beschwerdegegnerin hat sich in der angefochtenen Verfügung nicht im Detail zum neuen Arztbericht und zu den von der Beschwerdeführerin aus dem neuen Arztbericht gezogenen Schlussfolgerungen geäussert. Sie hat nur darauf hingewiesen, dass sie alle Vorbringen medizinischer Natur ihrem RAD vorgelegt habe und dass dieser keine Hinweise auf die (behauptete) Verschlechterung des Gesundheitszustandes gesehen habe. Deshalb sei sie von der gutachterlich attestierten Arbeitsfähigkeit von 80% ausgegangen. Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Stellungnahme vom 4. Juni 2009 (IV-act. 84) nur behauptet, das Gutachten des ABI sei wegen später aufgetretener neuer Diagnosen überholt. Gemeint war damit wohl, dass die Arbeitsunfähigkeit jedenfalls unter Berücksichtigung dieser neuen Diagnosen nun sicher 100% betrage. Mit der Aussage der Beschwerdegegnerin in der Verfügungsbegründung, dass der RAD keine Hinweise auf diese Verschlechterung des Gesundheitszustandes gefunden habe, war klargestellt, dass es sich aus der Sicht der Beschwerdegegnerin eben nicht um neue Diagnosen handelte, wie die Beschwerdeführerin aus dem Gutachten des ABI hätte ableiten können. Es war nicht nötig, im Rahmen der Verfügungsbegründung noch zusätzlich explizit darauf hinzuweisen, dass die angeblich neuen Diagnosen bereits in den früheren Akten angegeben worden waren. Dies gehörte vielmehr zum zumutbaren Interpretationsaufwand der Beschwerdeführerin. Daraus folgt, dass die Verfügungsbegründung zwar knapp, aber ausreichend ist. Auch in diesem Zusammenhang hat die Beschwerdegegnerin also den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör nicht verletzt. Von daher lässt es sich auch nicht beanstanden, dass der Bericht des RAD der Verfügung nicht in Kopieform beigelegt wurde.

2.



Gemäss Art. 16 ATSG ist das Einkommen, das eine 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 vorgängige Definition der Validen- und der Invalidenkarriere voraus. Die Validenkarriere kann nur hypothetisch bestimmt werden, da die versicherte Person nicht mehr "valid", sondern invalid ist. Die höchstrichterliche Rechtsprechung betrachtet die zuletzt vor dem Eintritt der invalidisierenden Gesundheitsbeeinträchtigung ausgeübte Erwerbstätigkeit als die wahrscheinlichste Validenkarriere. Sollte von dieser Regel abgewichen werden, müsse das mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt sein (vgl. etwa BGE 129 V 222 ff., Erw. 4.3.1 m.H.). Eine Hypothese kann nie erstellt bzw. bewiesen werden, so dass es keinen Sinn macht, das übliche Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit anzuwenden. Massgebend ist vielmehr, welche Variante der hypothetischen beruflichen Entwicklung die wahrscheinlichste ist.

2.1 Die Beschwerdeführerin hat keinen Beruf erlernt. Seit 1998 ist sie als Betriebsmitarbeiterin in einem Personalrestaurant tätig gewesen. Das Arbeitsverhältnis ist aus gesundheitlichen Gründen aufgelöst worden. Es gibt keine Indizien dafür, dass die Beschwerdeführerin diese Stelle aufgegeben und eine qualifiziertere und damit besser entlohnte Erwerbstätigkeit aufgenommen hätte, wenn sie gesund geblieben wäre. Es deutet auch nichts darauf hin, dass die Beschwerdeführerin im hypothetischen "Gesundheitsfall" ihren Beschäftigungsgrad als Betriebsmitarbeiterin in einem Personalrestaurant reduziert hätte. Die Beschwerdegegnerin ist deshalb zu Recht davon ausgegangen, dass die berufliche Karriere bis zum Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung auch die Validenkarriere sei und dass die Beschwerdeführerin weiterhin zu 100% erwerbstätig gewesen wäre.

2.2 Die zumutbare Invalidenkarriere hängt von den qualitativen Vorgaben ab, die aus medizinischer Sicht an eine der Behinderung angepasste Erwerbstätigkeit zu stellen sind. Die Gutachter des ABI sind davon ausgegangen, dass die Tätigkeit als Betriebsmitarbeiterin in einem Personalrestaurant nicht behinderungsangepasst sei, weil dabei



körperlich belastende Arbeiten zu verrichten seien, die aufgrund der Befunde in der unteren Wirbelsäule zu einer Schmerzprovokation führen könnten (IV-act. 21-19/23). Dabei haben die Gutachter wohl an das Tragen voller Getränkeharasse und ähnlich schwerer Gegenstände gedacht. Die Hausärztin Dr. D.____ hingegen hat behauptet, die Beschwerdeführerin müsste an ihrem früheren Arbeitsplatz im Personalrestaurant nicht schwer tragen, sondern nur einzelne Flaschen einräumen, weshalb die bisherige Tätigkeit als behinderungsangepasst zu betrachten sei. Tatsächlich beschränken sich die qualitativen Vorgaben an eine angepasste Tätigkeit nicht darauf, das Heben und Tragen von Lasten über 10 kg als unzumutbar zu qualifizieren. Die Beschwerdeführerin soll vielmehr zusätzlich keine Zwangshaltungen einnehmen müssen und sie soll aufgrund ihrer Fussbeschwerden nicht längere Zeit stehen müssen. Die Arbeit in einem Personalrestaurant beinhaltet nach der allgemeinen Lebenserfahrung Tätigkeiten, bei denen grössere Gewichte gehoben werden müssen (z.B. volle Getränkeharasse oder Druckflaschen), Tätigkeiten in Zwangshaltungen (z.B. vornübergebeugt am Rüsttisch oder beim Einräumen der Geschirrwashmaschine) und längeres Stehen (z.B. am Herd, bei der Essensausgabe). Die bisherige Tätigkeit in einem Personalrestaurant ist deshalb von der Beschwerdegegnerin zu Recht als nicht behinderungsangepasst qualifiziert worden. Die zumutbare Invalidenkarriere ist deshalb abstrakter zu definieren: Es handelt sich um eine körperlich leichte Arbeit mit der Möglichkeit, immer wieder die Position zu wechseln, ohne Zwangshaltungen, ohne längeres Stehen und ohne Heben und Tragen von Lasten über 10 kg. Da die Beschwerdeführerin keinen Beruf erlernt hat, handelt es sich um eine Hilfsarbeit, die nach der allgemeinen Lebenserfahrung in praktisch allen Branchen nachgefragt wird. Der allgemeine und ausgeglichene Arbeitsmarkt weist praxisgemäss eine ausreichende Zahl angepasster Arbeitsplätze auf, wobei es irrelevant ist, dass die Beschwerdeführerin auch bei energischen Arbeitsbemühungen Schwierigkeiten hätte, eine Stelle zu finden, denn dabei handelt es sich um das im Zusammenhang mit der Invaliditätsbemessung irrelevante soziale Risiko der Arbeitslosigkeit, das nie eine Invalidität bewirken und damit einen Invalidenrentenanspruch begründen kann. Die gesundheitlichen Beeinträchtigungen haben entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht zur Folge, dass eine allfällige Arbeitsfähigkeit von 80% wirtschaftlich nicht mehr verwertbar wäre, d.h. dass es auf dem gesamten allgemeinen und ausgeglichenen Arbeitsmarkt keine geeigneten Arbeitsplätze mehr gäbe. Diese Beeinträchtigungen haben nämlich nicht zur Folge,



dass die Beschwerdeführerin als teilzeitlich zu 80% beschäftigte Hilfsarbeiterin für einen Arbeitgeber nicht mehr tragbar wäre, denn die Beschwerdeführerin wäre im Umfang des Arbeitsfähigkeitsgrades von 80% voll einsatzfähig, selbst wenn sie sekundenlange synkopenartige Aussetzer hätte, denn eine angepasste Tätigkeit wäre nicht gefahrgeneigt. Die zumutbare Invalidenkarriere besteht also in einer behinderungsangepassten Hilfsarbeit.

2.3 Die Beschwerdeführerin ist in ihrer früheren Tätigkeit in einem Personalrestaurant seit April 2005 arbeitsunfähig (IV-act. 15-3/7). Das Wartejahr wäre demnach im April 2006 erfüllt, so dass das Jahr 2006 das Basisjahr des Einkommensvergleichs bildet. Die B.____ hat am 3. Januar 2006 für das Jahr 2005 einen Monatslohn der Beschwerdeführerin von Fr. 3800.- angegeben (IV-act. 9-2/3). Das entspricht einem Jahreslohn 2005 von Fr. 49'400.-, der Nominallohnentwicklung bis 2006 angepasst Fr. 49'998.- (vgl. die vom Bundesamt für Statistik herausgegebene Lohnentwicklung 2006, Tabelle T1.93, Branche 55 Gastgewerbe). Dem Einkommensvergleich ist also ein Valideneinkommen von Fr. 49'998.- zugrunde zu legen. Das zumutbare Invalideneinkommen bemisst sich bei der Versicherten, die keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgeht, praxisgemäss nach dem Durchschnittseinkommen (Zentralwert) der Hilfsarbeiterinnen aller Branchen. Dieses Durchschnittseinkommen beläuft sich gemäss der vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Lohnstrukturerhebung 2006, Anhang Tabelle TA1 auf Fr. 4019.- bzw. Fr. 48'228.-, umgerechnet von 40 auf den schweizerischen Durchschnitt von 41,7 Wochenarbeitsstunden auf Fr. 50'278.-. Von diesem Einkommen ist bei der Bemessung des zumutbaren Invalideneinkommens auszugehen. Als nächstes ist die Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin in einer behinderungsangepassten Erwerbstätigkeit zu ermitteln. Dr. D.____ hat konsequent eine Arbeitsunfähigkeit von 100% angegeben, wobei sie sich im Ergebnis auf behinderungsangepasste Tätigkeiten bezogen hat, indem sie die bisherige Tätigkeit der Beschwerdeführerin im Personalrestaurant als angepasst betrachtet hat. Dr. D.____ hat ihre Einschätzung zunächst mit dem lumbospondylogenen Schmerzsyndrom, mit dem chronischen Schmerz- und Schwellungszustand am rechten Fuss und mit der Depression begründet (IV-act. 15-3/7). Der behandelnde Psychiater Dr. C.____ hat zwar bereits im Januar 2006 angegeben, die Depression sei in Remission befindlich und die Prognose sei günstig (IV-act. 13-2/4), aber Dr. D.____ ist am 3. Oktober 2007 bereits wieder von einer Verschlimmerung ausgegangen. Auch in somatischer Hinsicht hat sie



durchwegs einen schlechten Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin oder aber eine erneute Verschlechterung des Gesundheitszustandes angegeben. Begründet hat sie dies mit den schmerzhaften Schwellungen am rechten Fuss und mit Schmerzexazerbationen aufgrund des chronischen Rückenproblems, wobei letztere immer wieder notfallmässige Infiltrationen erfordert hätten. Daraus hat Dr. D. ___ auf eine fortdauernde vollständige Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin geschlossen (IV-act. 56-1/1). Später hat Dr. D. ___ auch noch immer wieder auftretende "Absenzen" genannt (IV-act. 71-3/4), obwohl diese weder neurologisch noch kardiologisch nachgewiesen und erklärt worden sind (IV-act. 74) und obwohl die Beschwerdeführerin persönlich eine derartige "Absenz" verneint hat. Trotzdem sind "Absenzen" als unklare synkopenartige Zwischenfälle mit rezidivierenden Stürzen in den Berichten von Dr. D. ___ als Diagnose aufgeführt (IV-act. 86). Auch bei der verkehrsmedizinischen Begutachtung sind solche Zwischenfälle unterstellt worden, obwohl der medizinische Nachweis nicht erbracht worden ist (G 7.2.1). Die Berichte von Dr. D. ___ lassen darauf schliessen, dass die jeweils angegebene vollständige Arbeitsunfähigkeit nicht auf einer unabhängigen und objektiven, sondern auf einer rein therapeutischen Einschätzung beruht, dass Dr. D. ___ also angegeben hat, was in ihren Augen die ideale Voraussetzung für eine erfolgreiche Behandlung war, nämlich dass die Beschwerdeführerin keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgehen sollte. Verstärkend dürfte dabei gewirkt haben, dass die Beschwerdeführerin eine starke Krankheits- und Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung gehabt hat und dass sie diese während der gesamten Zeit, während der Dr. D. ___ berichtet hat, konsequent umgesetzt hat. Die Beschwerdeführerin dürfte in dieser Zeit auch immer wieder über ihre Beschwerden geklagt und ihre vollständige Arbeitsunfähigkeit betont haben. Erfahrungsgemäss lassen sich behandelnde Ärzte von einer im Alltag konsequent umgesetzten Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung erheblich in ihrer Arbeitsfähigkeitsschätzung beeinflussen. Davon ist auch in bezug auf die von Dr. D. ___ abgegebene Arbeitsfähigkeitsschätzung auszugehen. Berücksichtigt man zudem, dass Dr. D. ___ als Folge des Therapieverhältnisses rein formal nicht als unbefangene medizinische Sachverständige gelten kann, so vermag ihre Arbeitsfähigkeitsschätzung nicht zu überzeugen. Demgegenüber beruht die Arbeitsfähigkeitsschätzung der Gutachter des ABl auf einer unabhängigen Beurteilung ohne jede therapeutische Ausrichtung. Diese Beurteilung ist von spezialisierten, erfahrenen und fachübergreifend



zusammenwirkenden Sachverständigen abgegeben worden. Das ABI-Gutachten (IV-act. 21) zusammen mit der Ergänzung (IV-act. 41) erfüllt alle Voraussetzungen, die an ein Gutachten zu stellen sind. Insbesondere ist auch die Praxis zu den Foerster'schen Kriterien beachtet worden. Das ist im übrigen dem Grundsatz nach auch von der Beschwerdeführerin anerkannt worden, denn deren Argumentation hat sich im Lauf des Verwaltungs- und Beschwerdeverfahrens von der inhaltlichen Kritik am ABI-Gutachten weg und hin zum Vorwurf der fehlenden Aktualität dieses Gutachtens entwickelt. Dieser Vorwurf ist nicht stichhaltig, da nach der Begutachtung keine relevante Veränderung des Gesundheitszustands mehr eingetreten ist. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Schmerz- und Schwellungszustände im rechten Fuss seien neu, ist unhaltbar, denn diese Gesundheitsbeeinträchtigung ist von Dr. D.____ bereits vor der Begutachtung angegeben worden (IV-act. 15-3/7) und der zuständige Sachverständige des ABI hat sich eingehend damit und mit den möglichen Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit befasst (IV-act. 21-16/23). Im übrigen hätte diese Beeinträchtigung in einer angepassten Erwerbstätigkeit wohl keine Arbeitsunfähigkeit zur Folge, da die Beschwerdeführerin nie so lange stehen müsste, dass der Zustand des rechten Fusses sich auf die Arbeitsfähigkeit auswirken würde. Das Auftreten der behaupteten "Absenzen" ist nicht belegt. Zudem würde eine angepasste Tätigkeit eine Relevanz der "Absenzen" für die Arbeitsfähigkeit ausschliessen. Der abdominale operative Eingriff ist als interkurrent und damit als irrelevant für die langfristig zu ermittelnde Arbeitsfähigkeit zu betrachten, da selbst Dr. D.____ nicht auf einen Einfluss dieser Erkrankung auf die Arbeitsfähigkeit hingewiesen hat. Die erneut angegebene Verschlechterung des psychischen Gesundheitszustandes dürfte eine Reaktion auf die Abweisung des Rentengesuchs sein, die keine längerfristige Relevanz hat. Im übrigen ist sie nach dem Erlass der angefochtenen Verfügung eingetreten und deshalb für die Beurteilung irrelevant. Bei einem Arbeitsfähigkeitsgrad von 80% könnte die Beschwerdeführerin Fr. 40'222.- verdienen. Die Beschwerdegegnerin ist von einem zusätzlichen Abzug von 10% ausgegangen. Die Beschwerdeführerin weist in einer behinderungsangepassten Erwerbstätigkeit nur bescheidene Konkurrenz Nachteile gegenüber gesunden Hilfsarbeiterinnen auf. Dazu gehören etwa die Gefahr überdurchschnittlich hoher Krankheitsabsenzen, die fehlende Flexibilität in bezug auf den Arbeitsplatz und die Unfähigkeit, Überstunden zu leisten. Diesen (betriebswirtschaftlich als potentielle zusätzliche Lohnkosten zu qualifizierenden)



Nachteilen ist mit einem zusätzlichen Abzug von 10% sehr grosszügig Rechnung getragen, zumal teilzeitbeschäftigte Frauen anders als teilzeitbeschäftigte Männer keinen überproportionalen Lohnnachteil (vgl. etwa die Lohnstrukturerhebung 2006, S. 16 Tabelle T2*) erleiden. Trotzdem kann ein Eingriff in die Ermessensausübung der Beschwerdegegnerin unterbleiben. Damit resultiert ein zumutbares Invalideneinkommen von Fr. 36'200.-. Bei einem Valideneinkommen von Fr. 49'998.- resultiert eine Einkommenseinbusse von Fr. 13'798.-. Das entspricht einem Invaliditätsgrad von aufgerundet 28%. Die Beschwerdegegnerin hat demnach zu Recht einen Rentenanspruch der Beschwerdeführerin verneint.

3.

Im Sinn der vorstehenden Ausführungen ist die Beschwerde abzuweisen. Die vollumfänglich unterliegende Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 61 lit. g Satz 1 ATSG), so dass das entsprechende Begehren abzuweisen ist. Das Beschwerdeverfahren ist kostenpflichtig. Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach dem Verfahrensaufwand (Art. 69 Abs. 1^{bis} IVG). Da das vorliegende Verfahren einen durchschnittlichen Aufwand verursacht hat, erweist sich praxismässig eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.- als angemessen. Diese Gerichtsgebühr ist durch den in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Beschwerdeführerin hat eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.- zu bezahlen; diese Gebühr ist durch den in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.