



**Fall-Nr.:** IV 2009/64  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** IV - Invalidenversicherung  
**Publikationsdatum:** 02.07.2020  
**Entscheiddatum:** 18.02.2011

### **Entscheid Versicherungsgericht, 18.02.2011**

**Art. 16 ATSG. Ermittlung des Invaliditätsgrades. Den Sachverständigen einer MEDAS kann nicht einfach unterstellt werden, sie hätten die zumutbare Willensenergie der versicherten Person bei der Arbeitsfähigkeitsschätzung nicht berücksichtigt, nur weil im Gutachten ein ausdrücklicher Verweis auf die Foerster'schen Kriterien fehlt. Selbst wenn diese Unterstellung zulässig wäre, könnte die gutachterliche Beurteilung des medizinischen Sachverhalts im Lichte der Foerster'schen Kriterien nicht durch eine Einschätzung der Arbeitsfähigkeit durch medizinische Laien (vorliegend durch das Versicherungsgericht) ersetzt werden. Hat also ein medizinischer Sachverständiger in seinem Gutachten die zumutbare Willensenergie entsprechend den Foerster'schen Kriterien nicht berücksichtigt, muss eine erneute medizinische Begutachtung erfolgen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 18. Februar 2011, IV 2009/64). Teilweise aufgehoben (soweit ein Rentenanspruch bejaht wurde) durch Urteil des Bundesgerichts 9C\_200/2011.**

Entscheid Versicherungsgericht, 18.02.2011

Abteilungspräsidentin Karin Huber-Studerus, Versicherungsrichterinnen Miriam Lendfers und Monika Gehrler-Hug; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

Entscheid vom 18. Februar 2011

in Sachen

A.\_\_\_\_,

Beschwerdeführerin,



## St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Marco Bivetti, Oberer Graben 42, 9000 St. Gallen,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Rente

Sachverhalt:

A.

A.\_\_\_\_ (Jg. 1955) meldete sich am 17. September 2007 zum Bezug von IV-Leistungen an. Sie gab im Gesuchsformular u.a. an, sie habe in B.\_\_\_\_ die Grundschule besucht. Sie habe keinen Beruf erlernt. Von 1978 bis 2006 sei sie im Restaurant C.\_\_\_\_ tätig gewesen. Dr. med. D.\_\_\_\_ berichtete der IV-Stelle am 7. November 2007, die Versicherte leide an einer mittelgradigen depressiven Episode mit somatischem Syndrom. Ausserdem bestehe der Verdacht auf eine Panikstörung. Die Versicherte sei von August 2006 bis 7. September 2007 zu 100% arbeitsunfähig gewesen. Seither bestehe eine Arbeitsunfähigkeit von 50%. Der Gesundheitszustand sei besserungsfähig. Die Arbeitsfähigkeit könne durch medizinische Massnahmen verbessert werden. Die Versicherte habe lange in einer guten und harmonischen Beziehung gelebt, bis sie im November 2006 wegen eines Tumors operiert worden sei. Seither lebe die Versicherte bei ihrer Schwester. Sie klagt über ständige Bauchschmerzen, starke Nacken- und Armschmerzen, Erstickungsgefühle, Schmerzen in der Brust, Gleichgewichtsstörungen und Blutdruck, Schwindel und Übelkeit, Depressivität, Ängste, Schlafstörungen und Antriebslosigkeit. Da die Versicherte in ständiger Angst und Unsicherheit lebe, noch schwerer krank zu werden, sei sie psychisch schwer belastet. Sie habe sich vom 30. Juli bis 7. September 2007 stationär in der Klinik E.\_\_\_\_ aufgehalten. Seither sei sie in ambulanter psychiatrisch-psychotherapeutischer Behandlung. Die Arbeitsfähigkeit werde durch



## St.Galler Gerichte

Konzentrationsstörungen, Panikanfälle, Schlafstörungen und durch einen sozialen Rückzug beeinträchtigt. Dr. med. F. \_\_\_ berichtete der IV-Stelle am 19. November 2007, die Versicherte sei als Küchenhilfe seit dem 27. November 2006 zu 100% arbeitsunfähig. Die Diagnosen lauteten: schwere Somatisierungsstörung, depressive Entwicklung, Verdacht auf Panikstörung, chronische Zephalgien und chronisches spondylogenes Syndrom. Er führte weiter aus, im November 2006 sei eine totale Hysterektomie erfolgt. Ausserdem sei eine Ovarialzyste links entfernt worden. Postoperativ habe sich die Versicherte nur sehr langsam erholt. Der bereits vorher festgestellte hohe Blutdruck habe sich kaum einstellen lassen. Da die Heilungsphase sehr prolongiert gewesen sei und da die Versicherte gleichzeitig wegen der Schliessung des Restaurants arbeitslos geworden sei, fühle sie sich je länger je weniger arbeitsfähig. Die antihypertensive Therapie werde stetig ausgebaut. Wegen zunehmender Somatisierungsstörungen und intermittierenden Panikstörungen sei eine antidepressive Therapie eingeleitet worden. Die Beschwerden von Seiten des Kopfes und des Rückens hätten sich kontinuierlich ausgedehnt, aber es habe kein strukturelles medizinisches Korrelat festgestellt werden können. Als Küchengehilfin sei die Versicherte zumutbarerweise zu 50% arbeitsfähig. In einer anderen Tätigkeit wäre eine Arbeit von 3-4 Std. täglich zumutbar.

B.

Die IV-Stelle ordnete am 12. März 2008 eine MEDAS-Begutachtung an. Die MEDAS Ostschweiz berichtete in ihrem Gutachten vom 10. Juli 2008, es seien folgende Diagnosen gestellt worden: mittelgradige depressive Episode mit somatischem Syndrom, Angstreaktionen, chronische Abdominalbeschwerden nach Hysterektomie und Exzision einer Ovarialzyste links (29. November 2006), histologisch teils regressiv veränderte Myomknoten, schwer einstellbare, wahrscheinlich essentielle arterielle Hypertonie, Verdacht auf Spannungskopfschmerzen, rezidivierendes lumbovertebrales Schmerzsyndrom (Osteochondrose L5/S1), Hallux valgus bds., Hammerzehe II rechts sowie – ohne wesentliche Einschränkung der Arbeitsfähigkeit – stammbetonte Adipositas (BMI 33,4), Hauptstamm- und Nebenschlussvarikosis, CRP-Erhöhung und leichtgradige Leukozytose. Die Gutachter führten in ihrer Beurteilung aus, die Versicherte habe aus somatischer Sicht Kopf- und Bauchschmerzen als im Vordergrund stehend geschildert. Die Bauchschmerzen seien gemäss den Angaben



der Versicherten im rechten Oberbauch und im linken Unterbauch lokalisiert. Es handle sich um Dauerschmerzen brennenden und stechenden Charakters, nicht wellenförmig, mit Intensität bis 10/10 (VAS 0-10). Diese Schmerzen seien in allen Körperstellungen vorhanden, am wenigsten ausgeprägt beim Gehen. Die Kopfschmerzen seien von okzipital nach frontal ausstrahlend. Die Versicherte habe ausserdem angegeben, sie habe belastungsabhängige LWS-Beschwerden. Nasse Füsse führten unweigerlich zu vermehrten Bauchschmerzen. Die psychiatrische Abklärung habe ergeben, dass die klinische Situation von einer Depression dominiert werde. Diese Depression sei begleitet von Angst, verbunden mit einer Somatisierungsstörung. Die Versicherte habe sehr bedrückt, besorgt und traurig gewirkt. Sie habe angegeben, sie lebe in einer ständigen Spannung und sie habe schlimme Erwartungen in Bezug auf eine Verschlechterung ihrer Krankheit. Die Gutachter führten weiter aus, die vollständige Arbeitsunfähigkeit habe von August 2006 bis 7. September 2007 bestanden. Seither liege durchgehend eine Arbeitsunfähigkeit von 50% vor. Die psychiatrische Behandlung sollte unbedingt fortgesetzt werden. Sie werde noch lange Zeit in Anspruch nehmen. Die Arbeitsunfähigkeit von 50% dürfte wohl noch mindestens ein Jahr andauern. Aus somatischer Sicht hätten chronische, z. T. wechselnde abdominale Beschwerden im Vordergrund gestanden. Eine Nierenarterienstenose und eine endokrine Ursache seien weitgehend ausgeschlossen. Ende 2007 sei in der Hypertoniesprechstunde des Kantonsspitals St. Gallen ein konzentrisch hypertropher linker Ventrikel mit systolischer Funktion, aber einer leichtgradigen diastolischen Dysfunktion objektiviert worden. Die Ergometrie habe keine Hinweise auf eine Ischämie ergeben. Die 24 Std.-Blutdruckuntersuchung habe eine erhaltene Zirkadianik mit physiologischem nächtlichem Dipping ergeben. Eine sichere Korrelation der hypertonen Blutdruckwerte mit den multiplen Beschwerden (Kopfschmerzen, Fieber, Dyspnoe, Nackenschmerzen) habe nicht festgestellt werden können. Bei der aktuellen Untersuchung seien im Sitzen deutlich erhöhte Blutdruckwerte registriert worden, dies obwohl die Versicherte beteuert habe, sie nehme die Medikamente regelmässig ein. Die Hydrochlorothiazid-Bestimmung im Serum habe einen Spiegel unter der Nachweisgrenze ergeben. Die von der Versicherten mitgebrachten Antihypertensiva hätten wohl nicht der von den behandelnden Ärzten empfohlenen Kombination entsprochen. Auch das Substanz-Screening im Urin bezüglich Benzodiazepinen sei negativ gewesen, obwohl die Versicherte angegeben habe, sie nehme regelmässig



Lexotanil 3 mg ein. Bei der Behandlung müsse eine Optimierung der Blutdruckeinstellung im Vordergrund stehen, wobei eine entsprechende Adherence bezüglich der Medikamenteneinnahme erforderlich sei, d.h. eine Bestimmung des Medikamentenspiegels zur Kontrolle erfordere. Auch eine Gewichtsreduktion dürfte sich günstig auswirken. Aus orthopädischer Sicht träten sporadisch Kreuzschmerzen auf, die aber während der Berufstätigkeit nicht limitierend seien. Radiologisch habe eine deutliche Höhenminderung der Bandscheibe L5/S1 nachgewiesen werden können, wobei aber eine teilweise Sakralisation bestanden habe, die für geringe Beschwerden Sorge. Der klinische Verdacht auf eine mediale Meniskusläsion rechts habe bei aktueller Beschwerdefreiheit keine weitere Abklärung erfordert. Die Nackenschmerzen seien gering, radiologisch habe kein pathologischer Befund erhoben werden können. Die Funktion der HWS sei nicht eingeschränkt. Die erheblichen Deformitäten an den Füßen hätten keine Belastungseinbussen zur Folge. Von Seiten des Bewegungsapparates bestehe keine Einschränkung. Zusammenfassend gaben die Gutachter aus interdisziplinärer Sicht eine Arbeitsunfähigkeit von 50-60% an, wobei das Heben schwerer Lasten und Dauerstress vermieden werden sollten. Sie wiesen darauf hin, dass von August 2006 bis 7. September 2007 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit aus psychischen Gründen bestanden habe.

C.

Dr. med. G.\_\_\_\_ vom RAD hielt am 17. Juli 2008 fest, es habe erst ab dem 27. November 2006 eine Arbeitsunfähigkeit von 100% bestanden, wie sich den Angaben des Hausarztes Dr. med. F.\_\_\_\_ entnehmen lasse. Dr. med. D.\_\_\_\_ habe die Versicherte erst seit dem 30. Juli 2007 gekannt. Seine Arbeitsfähigkeitsschätzung habe sich deshalb nur auf anamnestische Angaben gestützt. Die IV-Stelle verglich ein gestützt auf den IK-Eintrag 2004 und die seitherige Nominallohnentwicklung ermitteltes Valideneinkommen von Fr. 49'754.- mit einem anhand desselben Einkommens und eines Arbeitsunfähigkeitsgrades von 55% berechneten zumutbaren Invalideneinkommen von Fr. 22'389.- und stellte so einen Invaliditätsgrad von 55% fest. Mit einem Vorbescheid vom 22. September 2008 teilte die IV-Stelle der Versicherten mit, dass sie beabsichtige, ihr ab November 2007 eine halbe Invalidenrente zuzusprechen. Die Versicherte liess am 21. Oktober 2008 einwenden, es dürfe nicht vom Mittelwert der Arbeitsfähigkeitsschätzung (40-50%), also von 55%



ausgegangen werden. Massgebend sei vielmehr der schlechteste Fall, also eine Arbeitsunfähigkeit von 60%. Das ergebe einen Invaliditätsgrad von 60%, so dass ein Anspruch auf eine Dreiviertelsrente bestehe. Da die Bauchschmerzen unregelmässig aufträten, müsse sie die Möglichkeit haben, entsprechend unregelmässig Pausen zu machen. Diesem Umstand müsse bei der Ermittlung des zumutbaren Invalideneinkommens durch einen zusätzlichen Abzug von 5% Rechnung getragen werden. Damit resultiere auf jeden Fall ein Invaliditätsgrad von 60%. Mit einer Verfügung vom 11. Dezember 2008 sprach die IV-Stelle der Versicherten rückwirkend ab November 2007 auf der Grundlage eines Invaliditätsgrades von 55% eine halbe Invalidenrente zu. Die Verfügung wurde irrtümlicherweise der Versicherten selbst zugestellt. Am 22. Januar 2009 erging eine inhaltlich identische Verfügung, die allerdings folgenden Zusatz enthielt: "Ersetzt die Verfügung vom 11. Dezember 2008, da diese statt an den Vertreter direkt an die Versicherte zugestellt wurde".

D.

Die Versicherte liess am 23. Februar 2009 gegen die Verfügung vom 22. Januar 2009 Beschwerde erheben und die Zusprache einer ganzen, eventualiter einer Dreiviertelsrente beantragen. Zur Begründung führte der Rechtsvertreter der Versicherten aus, es bestehe eine Arbeitsunfähigkeit von 100%, wie Dr. med. F. \_\_\_ und Dr. med. D. \_\_\_ angegeben hätten. Selbst wenn auf die Arbeitsfähigkeitsschätzung der Gutachter der MEDAS abzustellen wäre, bestünde ein Anspruch auf eine Dreiviertelsrente statt auf die verfügte halbe Rente. Massgebend sei bei einer Arbeitsfähigkeit von 40-50% der schlechteste Fall, also eine Arbeitsfähigkeit von 40%, denn je ungenauer die Arbeitsfähigkeitsschätzung sei, desto schwieriger sei die Überprüfung bzw. desto grösser sei der Spielraum der Beschwerdeführerin. Zusätzlich zum Arbeitsunfähigkeitsgrad müsse ein Abzug von 5% berücksichtigt werden, da die Versicherte darauf angewiesen sei, ihren unregelmässig auftretenden Bauchbeschwerden entsprechend Arbeitspausen einzuschalten.

E.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 30. März 2009 stellte die IV-Stelle den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen und es sei festzustellen, dass die Versicherte keinen



Anspruch auf eine Rente habe. Die IV-Stelle begründete diesen Antrag damit, dass der psychiatrische Teil des MEDAS-Gutachtens nicht überzeuge. Aus der Beschreibung der Symptome und aus den psychischen Vorgängen gehe deutlich hervor, dass das Schmerzerleben dominiere. Deshalb stelle die diagnostizierte mittelgradige depressive Episode kein vom Schmerzempfinden losgelöstes Leiden von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer dar. Selbst wenn die mittelgradige depressive Episode ein vom Schmerzerleben losgelöstes Leiden wäre, wiese es nicht die notwendige Schwere, Ausprägung und Dauer auf, denn definitionsgemäss handle es sich um ein vorübergehendes Leiden. Bei einem vorübergehenden Leiden sei von der grundsätzlichen Fähigkeit auszugehen, mittels einer Willensanstrengung die subjektive Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung vollumfänglich zu überwinden. Die Angstsymptome seien eine Begleiterscheinung zur depressiven Symptomatik und deshalb kein eigenständiges Leiden von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer. Auch die chronischen körperlichen Begleiterkrankungen seien nicht genügend schwerwiegend, um eine Schmerzüberwindung als gänzlich oder teilweise unzumutbar erscheinen zu lassen. Da die Prognose der psychiatrischen Behandlung gut sei, könne auch nicht von unbefriedigenden Behandlungsergebnissen und gescheiterten Rehabilitationsmassnahmen ausgegangen werden. Deshalb vermöge weder die Arbeitsfähigkeitsschätzung der MEDAS noch diejenigen der behandelnden Ärzte zu überzeugen. Von diesen Einschätzungen müsse deshalb abgewichen werden und es müsse eine Arbeitsfähigkeit von 100% angenommen werden. Demnach sei die Versicherte nicht invalid.

F.

Am 31. März 2009 wies die Gerichtsleitung den Rechtsvertreter der Versicherten auf die drohende reformatio in peius und auf die Möglichkeit, einer allfälligen Verschlechterung durch einen Beschwerderückzug zu entgehen, hin.

G.

In seiner Replik vom 18. Mai 2009 machte der Rechtsvertreter der Versicherten geltend, die IV-Stelle habe nicht im Sinne der höchstrichterlichen Praxis belegen können, dass der psychiatrische Gutachter der MEDAS die obere Grenze als eher zu



hoch und die untere Grenze als eher zu niedrig angesehen habe. Deshalb müsse vom schlechtesten Fall ausgegangen werden. Mit der Angabe einer Bandbreite habe zum Ausdruck gebracht werden sollen, dass die psychiatrischen und die somatischen Diagnosen zusammen eine Arbeitsunfähigkeit von klar über 50% bewirkten. Man habe damit zeigen wollen, dass die Arbeitsfähigkeit schwanke. Dr. med. F.\_\_\_\_ habe am 11. Mai 2009 eine Arbeitsfähigkeit von lediglich ca. 15-20% angegeben. Er sei aber davon ausgegangen, dass diese Arbeitsfähigkeit kaum umgesetzt werden könne. Die Gutachter der MEDAS hätten nicht geprüft, inwiefern die bestehende Situation tatsächlich überwunden werden könne. Selbst wenn die Versicherte ihr Leiden überwinden könnte, müsste ihr doch zuerst erklärt werden, wie sie das tun könne, und es müsste ihr dabei geholfen werden. Die IV-Stelle habe eine durch nichts belegte Behauptung aufgestellt. Es munde zynisch an, in der Situation der Versicherten von einer Überwindbarkeit zu sprechen. Die somatischen Beschwerden seien genügend schwer, um eine Schmerzüberwindung als unzumutbar erscheinen zu lassen. Die psychiatrische Behandlung habe bisher nichts gebracht. Es sei offenbar die Praxis der IV-Stelle, zusätzliche Erschwernisse für die Anfechtung einer Verfügung zu schaffen, indem sie angefochtene Verfügungen jeweils gleich ganz aufhebe.

H.

Die IV-Stelle verzichtete am 29. Mai 2009 auf eine Stellungnahme zur Replik.

Erwägungen:

1.

1.1 Das vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mit der Beschwerde eingereichte Exemplar der Verfügung vom 11. Dezember 2008 weist folgenden handschriftlichen Vermerk auf: "E: 12.12. F: 27.1.". Ausserdem handelt es sich gemäss dem Aufdruck am oberen Rand um eine Fax-Kopie, die am 14. Januar 2009 erstellt worden ist. Absender dieser Fax-Nachricht ist laut der angegebenen Nummer die Beratungsstelle H.\_\_\_\_ gewesen. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat in seiner Beschwerde angegeben, er habe "auf entsprechenden Einwand hin" die Verfügung vom 22. Januar 2009 erhalten. Er hat aber nicht angegeben, wann er diesen



Einwand erhoben hat. Die vorliegenden Indizien lassen darauf schliessen, dass die Beschwerdeführerin die irrtümlicherweise ihr selbst zugestellte Verfügung vom 1. Dezember 2008 zur H.\_\_\_\_ gebracht hat und dass die H.\_\_\_\_ diese Verfügung dann am 14. Januar 2009 per Fax-Übermittlung an den eigentlichen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin weitergeleitet hat. Es ist also davon auszugehen, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 14. Januar 2009 im Besitz der Verfügung vom 11. Dezember 2008 gewesen ist. Gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. ARV 2002 S. 65 ff. unter Verweis auf ein Urteil vom 13. Februar 2001) hat der effektive Empfang der Verfügung vom 11. Dezember 2008 durch den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 14. Januar 2009 den Lauf einer dreissigtägigen Frist zur Einreichung der Beschwerde ausgelöst. Diese Frist wäre demnach am 13. Februar 2009 abgelaufen. Das bedeutet, dass die Verfügung vom 11. Dezember 2008 am 22. Januar 2009, als die "korrigierte" Verfügung zugestellt worden ist, noch nicht formell rechtskräftig gewesen ist. Damit stellt sich die Frage, ob die Verfügung vom 11. Dezember 2008 tatsächlich durch die "korrigierte" Verfügung vom 22. Januar 2009 hat widerrufen und ersetzt werden können, wie es die Beschwerdegegnerin beabsichtigt hat. Grundsätzlich gilt, dass noch nicht formell rechtskräftige Verfügungen voraussetzungslos widerrufen werden können. Das Wort "voraussetzungslos" darf aber nicht so verstanden werden, dass der Widerruf auch grundlos erfolgen könne. Gemeint ist mit diesem Wort nur, dass keine besonderen Voraussetzungen wie etwa bei der Wiedererwägung nach Art. 53 Abs. 2 ATSG erfüllt sein müssten. Ein Widerruf darf also nur erfolgen, wenn dies im konkreten Verwaltungsverfahren zur Anwendung der massgebenden Gesetzesbestimmungen auf den konkreten Einzelfall notwendig ist. Geht man mit dem Bundesgericht davon aus, dass die Verfügung vom 11. Dezember 2008 am 14. Januar 2009 wirksam eröffnet worden ist und dass damit die dreissigtägige Beschwerdefrist zu laufen begonnen hat, so kann die Verfügung vom 22. Januar 2009, die in bezug auf ihren materiellen Gehalt mit derjenigen vom 11. Dezember 2008 vollständig gewesen identisch ist, nur bezweckt haben, eine neue Beschwerdefrist laufen zu lassen, d.h. im Ergebnis die bereits seit dem 15. Januar 2009 laufende (und am 14. Februar 2009 endende) Beschwerdefrist zu verlängern. Die Beschwerdegegnerin ist zwar auf das Ansinnen des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin, eine "neue" Verfügung zu erlassen, eingegangen, aber der Rechtsvertreter kann sich nicht auf die damit geäusserte Rechtsauffassung der



Beschwerdegegnerin berufen, denn als Rechtsanwalt musste ihm bekannt sein, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung dieses Vorgehen nicht zulässt. Käme auf den vorliegenden Fall die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Anwendung, wäre die Beschwerde am 22. Februar 2009 also verspätet erhoben worden, so dass auf sie nicht eingetreten werden könnte.

1.2 Gemäss der bereits genannten höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. ARV 2002 S. 65 ff.) gilt der Grundsatz, dass die fehlerhafte Eröffnung einer Verfügung für den Betroffenen keinen Nachteil zur Folge haben darf. Erreicht die fehlerhafte Zustellung doch noch ihr eigentliches Ziel, so entsteht eigentlich kein relevanter Nachteil. In dieser Situation soll deshalb eine überspitzte Berufung der versicherten Person auf Formfehler verhindert werden. Daraus fliesst nach der Auffassung des Bundesgerichts eine Sorgfaltspflicht, die darin bestehen soll, dass sich die – anwaltlich vertretene – versicherte Person, der die Verfügung regelwidrig direkt zugestellt worden ist, spätestens am letzten Tag der laufenden Rechtsmittelfrist bei ihrem Rechtsvertreter nach dem Stand der Dinge erkundigen und ihm ihr Exemplar der Verfügung zu Verfügung stellen muss, womit dann eine dreissigtätige Frist zur Einreichung der Beschwerde durch den Rechtsvertreter zu laufen beginnt. Diese Rechtsprechung ist in zweierlei Hinsicht problematisch: Zum einen fliesst aus der Regel, dass eine überspitzte Berufung der versicherten Person auf einen Formfehler der Verwaltung keinen Schutz finden soll, nicht ohne weiteres eine Sorgfaltspflicht des Bürgers mit dem Ziel, einen Zustellfehler der Verwaltung zu korrigieren. Zum andern beginnt mit der regelwidrigen Zustellung der Verfügung an die versicherte Person statt an deren Rechtsvertreter eine Rechtsmittelfrist zu laufen, so dass die Verfügung trotz der fehlerhaften Zustellung in formelle Rechtskraft erwächst, wenn die versicherte Person ihrer Sorgfaltspflicht nicht nachkommt, d.h. die Verfügung nicht als Briefträger der Verwaltung ihrem Rechtsvertreter bringt. Läuft die Rechtsmittelfrist ab der regelwidrigen Zustellung an die versicherte Person, so kann sie nicht an dem Tag erneut zu laufen beginnen, an dem die versicherte Person die Verfügung ihrem Rechtsvertreter übergibt. Die gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung ab diesem Tag laufende neue Rechtsmittelfrist kann also nicht die ursprüngliche Rechtsmittelfrist sein, d.h. es muss sich um eine Art von Nachfrist handeln, mit der im Ergebnis die seit der regelwidrigen Zustellung an die versicherte Person selbst laufende Rechtsmittelfrist um die Höchstdauer dieser Rechtsmittelfrist verlängert wird. Die



angebliche Existenz einer Sorgfaltspflicht der versicherten Person, der die Verfügung regelwidrig zugestellt worden ist, und die Verlängerung der Rechtsmittelfrist bei Erfüllung der Sorgfaltspflicht ist nur eine von mehreren Möglichkeiten der Lösung eines Verfahrensproblems, das eigentlich durch das positive Verfahrensrecht gelöst werden müsste. Nur weil das Bundesgericht zur Lösung eines rein "technischen" Verfahrensproblems auf Verfassungsrecht (Grundsatz von Treu und Glauben) oder auf allgemeine Verfahrensgrundsätze zurückgreift, um eine von mehreren sich anbietenden Lösungsmöglichkeiten als richtig zu behaupten, handelt es sich noch nicht um verfassungsmässiges oder sonstwie übergeordnetes Verfahrensrecht. Vielmehr steht ganz normale Ausfüllung einer Lücke im Verfahrensrecht zur Diskussion. Der Verfahrensrechtsgeber hat es unterlassen, für eine bestimmte verfahrensmässige Problemkonstellation eine Regelung bereitzustellen. Es ist also nach den üblichen Regeln für die Ausfüllung einer Gesetzes- oder Verordnungslücke zu prüfen, ob das Bundesgericht zu Recht eine verfahrensrechtliche, ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen hat und gegebenenfalls, ob es mit seiner Rechtsprechung diese Lücke rechtmässig ausgefüllt hat.

1.3 Die höchstrichterliche Rechtsprechung geht im Ergebnis von einer ausfüllungsbedürftigen Lücke in den Art. 52 und 56 bis 61 ATSG aus, die sie dann auf eine bestimmte Art und Weise ausfüllt. Die Antwort auf die Frage, ob überhaupt eine Gesetzeslücke vorliegt, setzt als erstes eine Auslegung des positiven Rechts voraus, denn es muss feststehen, dass auch eine korrekt ausgelegte Gesetzesbestimmung für das sich stellende Problem keine Lösung bereithält. Gemäss Art. 60 Abs. 1 ATSG ist die Beschwerde innerhalb von dreissig Tagen seit der Eröffnung der Verfügung einzureichen. Art. 52 ATSG erwähnt zwar die Eröffnung der Verfügung nicht, aber bei einer systematischen Interpretation muss auch hier davon ausgegangen werden, dass die Verfügungseröffnung den Fristenlauf auslöst. Das Wort "eröffnen" wird im positiven Verfahrensrecht (vgl. auch Art. 49 Abs. 3 Satz 3 ATSG und Art. 34 VwVG) nicht definiert. Die grammatikalische Bedeutung von "eröffnen" ist mitteilen, kundtun, zugänglich machen. Die Entscheidung der Verwaltung wird dem Gesuchsteller also mitgeteilt, kundgetan, zugänglich gemacht. Damit allein ist für die Auslegung des in den Verfahrensnormen verwendeten Wortes "eröffnen" noch nichts gewonnen, denn auch einem anwaltlich vertretenen Gesuchsteller kann der Inhalt der Entscheidung der Verwaltung mitgeteilt werden. Das bedeutet aber noch nicht ohne weiteres, dass damit



der Fristenlauf ausgelöst würde. Die spezifisch juristische Bedeutung des Wortes "eröffnen" muss also notwendigerweise einen über die grammatikalische Bedeutung hinausgehenden Inhalt haben. Da die Eröffnung einer Verfügung den Lauf der Rechtsmittelfrist auslöst, beinhaltet der verfahrenstechnische Begriff "eröffnen" eine Mitteilung des Entscheides der Verwaltung an jene Person, die berechtigt ist zu entscheiden, ob die Verfügung akzeptiert oder ob sie angefochten wird. Im verfahrenstechnischen Sinn eröffnet wird die Verfügung also nur derjenigen Person, in deren Kompetenz es steht, über eine Anfechtung der Verfügung zu entscheiden. Besteht zwischen dem Gesuchsteller und einem Anwalt ein Vertretungsverhältnis und ist das der Verwaltung bekannt, so kann die Verfügung nicht mehr dem Gesuchsteller selbst eröffnet werden, da er die Kompetenz, über eine allfällige Anfechtung dieser Verfügung zu entscheiden, für die Verwaltung erkennbar vollumfänglich an den Anwalt delegiert hat. Bei einer systematischen Interpretation des Wortes "eröffnen" kann eine Zustellung an den Gesuchsteller statt an dessen Anwalt also keine Eröffnung sein und deshalb den Lauf der Beschwerdefrist nicht auslösen. Das positive Verfahrensrecht hält also eine Lösung für das Problem der regelwidrigen Zustellung an den Gesuchsteller statt an dessen Anwalt bereit: Eine solche Zustellung ist keine Eröffnung im Rechtssinn und löst deshalb keinen Fristenlauf aus.

1.4 Das bedeutet aber noch nicht, dass auf keinen Fall eine ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke vorliegen könne. Allerdings würde es sich bei einer allfälligen Gesetzeslücke um eine Interpretation contra legem handeln. Es müsste nämlich entgegen dem Gesetzeswortlaut angenommen werden, dass eine Rechtsmittelfrist zu laufen begäme, obwohl die Verfügung dem Gesuchsteller nur mitgeteilt, aber nicht im Rechtssinn eröffnet worden wäre. Das Bundesgericht begründet eine solche unechte Gesetzeslücke mit einer Sorgfaltspflicht des Gesuchstellers. Erklärt wird die Existenz dieser Sorgfaltspflicht mit dem Grundsatz, dass die Berufung auf reine Formalien auch von Seiten des Bürgers nicht zulässig sei. Ob es einen solchen Grundsatz (als Ausfluss des auch für den Bürger geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben oder als Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots) tatsächlich gibt, kann hier offen bleiben, denn er wäre entgegen der Auffassung des Bundesgerichts nicht geeignet, eine Pflicht des Bürgers zu begründen, Verfahrensfehler der Verwaltung zu beseitigen, d.h. selbst für die korrekte Eröffnung einer regelwidrig ihm zugestellten Verfügung zu sorgen, indem er diese Verfügung zu seinem Anwalt trägt. Noch viel weniger kann



diese Pflicht durchgesetzt werden, indem man den Lauf der Rechtsmittelfrist bereits bei der regelwidrigen Zustellung an den Bürger beginnen lässt und den Bürger so dazu zwingt, die Verfügung rechtzeitig innert dieser Frist zu seinem Anwalt zu tragen, um so den Eintritt der formellen Rechtskraft der Verfügung zu verhindern. Die Sorgfaltspflicht des Bürgers könnte, wenn es sie denn gäbe, höchstens darin bestehen, dass der Bürger gehalten wäre, die Verwaltung darauf hinzuweisen, dass die ihm zugestellte Verfügung zufolge einer anwaltlichen Vertretung nicht ihm eröffnet werden könne. Das Unterlassen einer so verstandenen Sorgfaltspflicht könnte aber nicht sanktioniert werden. Zu diesem Schluss würde auch die Regelung des Art. 49 Abs. 3 Satz 3 ATSG zwingen, laut der dem Bürger aus der mangelhaften Eröffnung kein Nachteil erwachsen darf. Da bei der Auslegung des Begriffs der "Eröffnung" einer Verfügung keine ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke vorliegt, erweist sich die höchstrichterliche Rechtsprechung als durch die bestehende Rechtslage nicht gedeckt. Ihr ist deshalb die Anwendung zu versagen, d.h. es ist weiterhin auf die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa BGE 99 V 177 ff. Erw. 3 und Jürg Stadelwieser, Die Eröffnung von Verfügungen, Diss. St. Gallen 1994, S. 37) abzustellen (vgl. zum Ganzen das Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 29. Juli 2010, IV 2008/491). Das bedeutet, dass die Zustellung der Verfügung vom 11. Dezember 2008 an die Beschwerdeführerin keine Eröffnung im Rechtssinn gewesen ist und deshalb den Lauf der Beschwerdefrist nicht hat auslösen können. Da die Verfügung vom 11. Dezember 2008 im verfahrensrechtlichen Sinn gar nie eröffnet worden und deshalb auch nicht wirksam geworden ist, braucht sie auch nicht widerrufen zu werden. Die Beschwerdegegnerin ist somit zwar ohne weiteres berechtigt gewesen, am 22. Januar 2009 über das Rentengesuch der Beschwerdeführerin zu verfügen. Allerdings ist der Zusatz, die Verfügung vom 11. Dezember 2009 werde ersetzt, überflüssig gewesen, weil die nicht korrekt eröffnete Verfügung vom 11. Dezember 2009 gar nie wirksam hat werden können. Die Beschwerdefrist hat also erst mit der Eröffnung der Verfügung vom 22. Januar 2009 zu laufen begonnen. Das bedeutet, dass die Beschwerde am 22. Februar 2009 rechtzeitig erhoben worden ist, so dass auf sie einzutreten ist.

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 vorgängige Definition der Validen- und der Invalidenkarriere voraus.

2.1 Die Beschwerdeführerin ist über zwanzig Jahre lang für denselben Arbeitgeber tätig gewesen. Da dieser Arbeitgeber nicht mehr existiert, ist keine Rückkehr an den früheren Arbeitsplatz mehr möglich. Das ist aber nicht der Grund, weshalb es ausgeschlossen ist, die zuletzt ausgeübte Tätigkeit als die Validenkarriere zu qualifizieren. Massgebend ist bei Hilfsarbeiterinnen nämlich, dass sie per definitionem ohne jede berufliche Eingliederung (mit Ausnahme allenfalls einer kurzen Einarbeitung) in jeder Branche jede Hilfstätigkeit ausüben können. Die Beschwerdeführerin hätte also ohne die Gesundheitsbeeinträchtigung auch eine Hilfstätigkeit ausserhalb des Gastgewerbes ausüben können. Da – anders als beim Taggeld - nicht das zuletzt erzielte Erwerbseinkommen, sondern die persönliche erwerbliche Leistungsfähigkeit versichert ist, besteht die Validenkarriere einer Hilfsarbeiterin in einer durchschnittlichen Hilfstätigkeit, falls nicht besondere Fähigkeiten eine überdurchschnittliche oder eine ausgeprägte Beschränkung (insbesondere intellektueller Art) eine unterdurchschnittliche Qualifikation erfordern. Die Akten enthalten keine Indizien, die für eine klar überdurchschnittliche oder aber für eine ausgeprägt unterdurchschnittliche Befähigung der Beschwerdeführerin sprechen würden. Die massgebende Validenkarriere besteht deshalb in einer in jeder Hinsicht durchschnittlichen Hilfstätigkeit. Dasselbe gilt für die zumutbare Invalidenkarriere. Die Beschwerdeführerin hat durch die Behinderung zwar die Fähigkeit verloren, einer körperlich schweren Hilfstätigkeit nachzugehen, am Fließband zu arbeiten, im Schichtbetrieb tätig zu sein oder eine Arbeit unter starkem Stress auszuüben. Das bedeutet aber nicht, dass sie zum vornherein für bestimmte Branchen nicht mehr einsatzfähig wäre oder dass sie nur noch besonders unqualifizierte und damit auch unterdurchschnittlich bezahlte Hilfstätigkeiten ausüben könnte. Es ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin in praktisch jeder Branche eine adaptierte Hilfstätigkeit finden würde. Bei der Invalidenkarriere besteht ebenso wenig wie bei der Validenkarriere eine Beschränkung auf das Gastgewerbe, da die Beschwerdeführerin trotz einer über



zwanzigjährigen Beschäftigung in einem Restaurant ohne weiteres in der Lage wäre, in einer anderen Branche tätig zu sein. Es gibt keinen statistischen Hinweis darauf, dass Frauen, die körperlich leichte bis mittelschwere Hilfstätigkeiten ausüben, durchschnittlich schlechter entlohnt würden als Frauen, die körperlich schwer arbeiten. Deshalb ist auch die zumutbare Invalidenkarriere der Beschwerdeführerin eine in jeder Hinsicht durchschnittliche. Das bedeutet, dass sowohl das Validen- als auch das Invalideneinkommen anhand ein und desselben statistischen Durchschnittseinkommens (Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik, Anhang Tabelle TA1, Durchschnittseinkommen der Hilfsarbeiterinnen aller Branchen) zu ermitteln sind. In diesem Fall kann der Einkommensvergleich (Art. 16 ATSG) praxisgemäss auf einen sogenannten Prozentvergleich beschränkt werden.

2.2 Ausgangspunkt dieses Prozentvergleichs ist die in einer adaptierten zumutbaren Invalidenkarriere bestehende Arbeitsfähigkeit. Dr. med. F.\_\_\_\_ hat am 9. November 2007 eine Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin in der früheren Tätigkeit und in einer adaptierten Tätigkeit von 50% angegeben. Am 11. Mai 2009 hat er die verbliebene Arbeitsfähigkeit gegenüber dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin sogar mit nur noch 15-20% beziffert. In diesen beiden Berichten fehlt eine Begründung für diese pessimistische Einschätzung. Insbesondere fehlt eine klare Abgrenzung zur subjektiven Selbsteinschätzung der Beschwerdeführerin und zu den Auswirkungen der psychosozialen Situation (Krankheit, Stellenverlust und Arbeitslosigkeit, Auflösung der langjährigen Partnerschaft) auf diese subjektive Selbsteinschätzung. Von der Einholung eines weiteren Berichts ist kein objektiveres Resultat zu erwarten, denn Dr. med. F.\_\_\_\_ hat die Beschwerdeführerin längere Zeit – weitgehend erfolglos – behandelt und er hat beobachten müssen, wie sich die Überzeugung der Beschwerdeführerin, vollständig arbeitsunfähig zu sein, im Alltag scheinbar bewahrheitet hat. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass Dr. med. F.\_\_\_\_ befangen ist oder zumindest als befangen erscheint, so dass er gar keine objektive und unvoreingenommene Arbeitsfähigkeitsschätzung abgeben kann. Die in den vorliegenden Berichten enthaltenen Arbeitsfähigkeitsschätzungen von Dr. med. F.\_\_\_\_ sind somit nicht geeignet, die effektiv bestehende Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu belegen. Dr. med. D.\_\_\_\_ hat in seinem Bericht vom 7. November 2007 eine Arbeitsunfähigkeit von 50% angegeben. Er hat sich dabei nicht nur auf seine psychiatrisch-psychotherapeutische



Behandlung der Beschwerdeführerin, sondern auch auf die Beobachtungen anlässlich der stationären Therapie in der Klinik E.\_\_\_\_ abgestützt. Diese Therapie ist nicht auf psychiatrisch-psychotherapeutische Massnahmen beschränkt gewesen. Vielmehr hat sich die Beschwerdeführerin auch einem täglichen Fitnesstraining im Wechsel mit Ausdauer- und Kraftübungen und physiotherapeutischen Einzelsitzungen unterzogen. Wäre die Beschwerdeführerin in ihrer körperlichen Leistungsfähigkeit derart stark eingeschränkt gewesen, wie Dr. med. F.\_\_\_\_ angegeben hat, so hätte das im Bericht der Klinik E.\_\_\_\_ seinen Niederschlag gefunden. Trotz der Abstützung auf den Austrittsbericht der Klinik E.\_\_\_\_ muss auch für die Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. med. D.\_\_\_\_ gelten, dass von einer Situation auszugehen ist, in der eine Befangenheitsvermutung besteht. Dazu reicht nämlich bereits der Umstand aus, dass Dr. med. D.\_\_\_\_ in einem Behandlungsauftragsverhältnis zur Beschwerdeführerin steht. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass die von Dr. med. D.\_\_\_\_ angegebenen Diagnosen ebenso wie die Arbeitsfähigkeitsschätzung weitgehend mit denjenigen des psychiatrischen Sachverständigen der MEDAS übereinstimmen. Beide Psychiater haben darauf hingewiesen, dass von einer konsequenten psychiatrisch-psychotherapeutischen Behandlung in absehbarer Zeit (MEDAS: in etwa einem Jahr) ein Erfolg zu erwarten sei. Bei beiden Arbeitsfähigkeitsschätzungen aus rein psychiatrischer Sicht ist davon auszugehen, dass sie sich auf eine gut eingestellte medikamentöse Behandlung der Beschwerdeführerin abstützen, dass sie sich also nicht auf eine – IV-rechtlich nicht relevante – Situation bei fehlender Medikamentencompliance der Beschwerdeführerin beziehen. Die Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. med. D.\_\_\_\_ ist also – anders als diejenige von Dr. med. F.\_\_\_\_ – zumindest geeignet, die Arbeitsfähigkeitsschätzung des psychiatrischen Sachverständigen der MEDAS (50%) zu stützen. Die Arbeitsunfähigkeit aus rein somatischer Sicht ist von den entsprechenden Sachverständigen der MEDAS erheblich tiefer eingeschätzt worden als von Dr. med. F.\_\_\_\_. Insbesondere ist aus orthopädischer Sicht keine relevante Arbeitsunfähigkeit festgestellt und betreffend die Abdominalbeschwerden ist nur von einer qualitativen Beschränkung (kein Heben/Tragen schwerer Lasten) ausgegangen worden. Der zuständige Sachverständige der MEDAS hat in Bezug auf die Hypotonie entweder eine gelungene Einstellung der Medikamente (mit der erforderlichen Compliance) fingiert (was angesichts der Schadenminderungspflicht der Beschwerdeführerin ohne weiteres zulässig wäre) oder



aber er ist davon ausgegangen, dass in einer adaptierten Tätigkeit aus dieser Krankheit auf keinen Fall eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit resultiere. Die Sachverständigen der MEDAS haben also aus rein somatischer Sicht und bezogen auf eine adaptierte Tätigkeit jede Arbeitsunfähigkeit verneint. Diese Einschätzung ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit richtig. Die im MEDAS-Gutachten angegebene, ebenfalls mit überwiegender Wahrscheinlichkeit richtige Arbeitsunfähigkeit von 50-60% beruht also ausschliesslich auf einer Beeinträchtigung der psychischen Gesundheit.

2.3 Entgegen der Interpretation des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin ist die Angabe einer Bandbreite der Arbeitsfähigkeit weder auf eine schwankende Leistungsfähigkeit noch auf eine Berücksichtigung einer erheblichen somatischen Beeinträchtigung zurückzuführen. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass die Angabe einer Bandbreite auf etwas anderes als auf die Unmöglichkeit, die Arbeitsfähigkeit genau zu beziffern, zurückzuführen wäre. Gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist bei solchen Arbeitsfähigkeitsschätzungen vom Mittelwert auszugehen, weil der untere Wert eher zu niedrig und der obere Wert eher zu hoch seien (vgl. das Urteil vom 21. April 2005, I 822/04 Erw. 4.4). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat völlig zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Begründung nicht überzeugt. Wenn die beiden Extremwerte tatsächlich weniger wahrscheinlich wären als der Mittelwert, dann hätte der Arzt den Mittelwert und keine Bandbreite angegeben. Bei der Angabe einer Bandbreite der Arbeitsunfähigkeit handelt sich also entgegen der Auffassung des Bundesgerichts um einen Anwendungsfall der materiellen Beweislastverteilung. Wenn im vorliegenden Fall alle Arbeitsunfähigkeitsgrade zwischen 50% und 60% gleich wahrscheinlich sind, dann trägt die Beschwerdeführerin, die aus einem möglichst hohen Arbeitsunfähigkeitsgrad einen möglichst hohen Rentenanspruch ableiten will, den Nachteil der Beweislosigkeit. Entgegen der Auffassung des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin wäre deshalb nicht ein Arbeitsunfähigkeitsgrad von 60%, sondern nur ein solcher von 50% massgebend. Da nicht mit einer Änderung des höchstrichterlichen Rechtsprechung zu rechnen ist, muss im vorliegenden Fall unterstellt werden, dass die Sachverständigen der MEDAS eine Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin von 55% angegeben haben.

2.4



2.4.1 Die Beschwerdegegnerin hat sinngemäss geltend gemacht, die Beschwerdeführerin könne die psychisch bedingte Arbeitsunfähigkeit durch eine zumutbare Willensanstrengung überwinden und zu 100% einer adaptierten Erwerbstätigkeit nachgehen. Damit unterstellt die Beschwerdegegnerin, dass es sich bei der von den Sachverständigen der MEDAS ermittelten Arbeitsunfähigkeit von 55% nicht um eine objektiv bestehende Arbeitsunfähigkeit, sondern nur um eine subjektive Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung handle. Damit wiederum unterstellt die Beschwerdegegnerin, dass die Sachverständigen der MEDAS die sogenannten Foerster'schen Kriterien nicht zur Anwendung gebracht und damit die Fähigkeit der Beschwerdeführerin, durch eine zumutbare Willensanstrengung zu 100% einer Arbeit nachzugehen, nicht erkannt hätten. Schliesslich behauptet die Beschwerdegegnerin sinngemäss, dass sie selbst anhand der anlässlich der Begutachtung erhobenen Befunde die objektive Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin ermitteln könne, auch wenn sie (bzw. der Autor der Beschwerdeantwort) nicht über medizinisches Fachwissen verfüge. Dabei scheint die Beschwerdegegnerin davon auszugehen, dass es sich bei den Foerster'schen Kriterien (bzw. der dazu entwickelten höchstrichterlichen Rechtsprechung) um eine Rechtsnorm handle, die vom Rechtsanwender und nicht von einem medizinischen Sachverständigen anzuwenden sei. All diese Unterstellungen und Annahmen der Beschwerdegegnerin sind falsch. Im MEDAS-Gutachten sind die Foerster'schen Kriterien zwar nicht ausdrücklich erwähnt worden, aber daraus folgt nicht, dass die erfahrenen Sachverständigen der MEDAS die Foerster'schen Kriterien nicht gekannt und deshalb auch nicht angewendet hätten. Es ist davon auszugehen, dass die angegebene Arbeitsunfähigkeit von 55% auf einer Anwendung der Foerster'schen Kriterien beruht. Dem MEDAS-Gutachten kann deshalb entgegen der Behauptung der Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Arbeitsunfähigkeit nicht der Beweiswert abgesprochen werden. Die Beschwerdeführerin ist auch in einer adaptierten Erwerbstätigkeit überwiegend wahrscheinlich zu 55% arbeitsunfähig.

2.4.2 Die Ausführungen der Beschwerdegegnerin könnten nun aber auch so verstanden werden, dass die Sachverständigen der MEDAS die Foerster'schen Kriterien falsch angewendet hätten. Wäre diese Behauptung richtig, bestünde die rechtliche Konsequenz – entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin – nicht in der gerichtlichen Korrektur der fehlerhaften Arbeitsfähigkeitsschätzung, sondern zwingend in einer Rückweisung zur Vervollständigung der Sachverhaltsabklärung durch



einen medizinischen Sachverständigen, denn bei der Ermittlung der objektiven Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin geht es um die Abklärung eines medizinischen Sachverhalts, die zwingend medizinisches Fachwissen voraussetzt. Das würde selbst dann gelten, wenn alle Teile des MEDAS-Gutachtens mit Ausnahme der Arbeitsfähigkeitsschätzung überwiegend wahrscheinlich richtig wären und wenn (was im Hinblick auf die Pflicht zur Gleichbehandlung aller Versicherten allerdings unzulässig ist, da Ungleiches gleich behandelt würde), von einem fiktiven, für alle Versicherten gleichen Mass an vorhandener Willensenergie ausgegangen würde, denn auch in einem solchen Fall wäre es möglich oder sogar wahrscheinlich, dass bei einer medizinischen Beurteilung ein anderes Ergebnis als bei einer quasi-rechtlichen "Subsumtion" des konkreten Krankheitszustandes unter die Foerster'schen Kriterien resultieren würde. Nach der von der Beschwerdegegnerin angerufenen höchstrichterlichen Rechtsprechung scheint eine natürliche Vermutung dafür zu bestehen, dass gewisse Krankheiten der Psyche zum vornherein nur den subjektiven Eindruck einer Arbeitsunfähigkeit hervorrufen könnten und dass dieser Eindruck ohne weiteres mit einer zumutbaren Willensanstrengung vollständig überwunden werden könne, so dass immer von einer vollständig erhaltenen objektiven Arbeitsfähigkeit auszugehen sei. Die Auswahl der psychischen Krankheiten, die nicht geeignet sein sollen, eine objektive Arbeitsunfähigkeit auszulösen, folgt allerdings keinem erkennbaren medizinischen Schema, so dass der Verdacht nicht ganz unterdrückt werden kann, es bestehe die Absicht, möglichst viele psychische Krankheiten als zum vornherein ungeeignet zur Begründung einer objektiven, d.h. unüberwindbaren Arbeitsunfähigkeit zu qualifizieren.

2.4.3 Die Beschwerdegegnerin macht sinngemäss geltend, das Schmerzerleben dominiere, weshalb die mittelgradige depressive Episode kein vom Schmerzempfinden losgelöstes Leiden von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer sein könne. Die Angstreaktionen seien eine Begleiterscheinung der depressiven Symptomatik und deshalb ebenfalls kein eigenständiges Leiden von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer. Daraus folge, dass die subjektive Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung durch eine zumutbare Willensanstrengung vollständig überwunden werden könne. Woran die Beschwerdegegnerin erkannt hat, dass bei der Beschwerdeführerin das Schmerzerleben dominiert, ist nicht nachvollziehbar. Ebenfalls nicht erklärt hat die Beschwerdegegnerin, wann aus medizinischer Sicht von einem dominierenden



Schmerzerleben auszugehen ist, das geeignet ist, psychische Erkrankungen wie etwa eine mittelgradige Depression und Angstreaktionen zu "schlucken". Um eine medizinische Diagnose handelt es sich bei dem von der Beschwerdegegnerin erst im Beschwerdeverfahren erkannten angeblichen dominierenden Schmerzerleben jedenfalls nicht. Die entscheidende Schwäche der Argumentation der Beschwerdegegnerin besteht aber darin, dass eine mittelgradige depressive Episode dieselben Symptome aufweist, ob sie nun zusammen mit einem dominierenden Schmerzerleben oder ohne ein solches auftritt. Die Behauptung, dass diese objektiv bestehenden Symptome im einen Fall durch eine zumutbare Willensanstrengung überwunden werden könnten und im anderen Fall nicht, obwohl sie dieselbe Qualität und dieselbe Schwere aufweisen, ist nicht haltbar. Dasselbe gilt für die Angstreaktionen, die entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht nur eine Art von unbedeutender Begleiterscheinung der mittelgradigen Depression, sondern eine eigenständige Krankheit sind, die in Kombination mit der mittelgradigen Depression durchaus als grundsätzlich geeignet erscheint, statt einer rein subjektiven - und deshalb durch eine zumutbare Willensanstrengung überwindbaren - Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung eine objektive und damit nicht überwindbare Arbeitsunfähigkeit zu bewirken. Die durch ein "vorübergehendes" Leiden bewirkte Arbeitsunfähigkeit ist tatsächlich nur geeignet, eine überwindbare, rein subjektive Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung auszulösen, allerdings erst dann, wenn dieses Leiden effektiv vorüber ist. Solange ein solches Leiden anhält, ist seine "vorübergehende" Natur irrelevant. Ausschlaggebend für die Frage, ob eine rein subjektive und deshalb überwindbare Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung oder eine objektive, nicht überwindbare Arbeitsunfähigkeit (oder wie hier nach der Ansicht der Sachverständigen der MEDAS eine Kombination aus beidem) vorliege, sind ausschliesslich die Natur und die Schwere der Symptome. Die Behauptung der Beschwerdegegnerin, die Beschwerdeführerin sei in der Lage, zu 100% einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, wäre im Rahmen einer medizinischen Beurteilung deshalb jedenfalls nicht ohne den Beizug der Foerster'schen Kriterien zu begründen.

2.4.4 Die Schwere, Intensität und Ausprägung der mittelschweren Depression allein wären wohl nicht geeignet, mehr als eine - überwindbare - subjektive Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung zu begründen. Nun besteht die gesundheitliche Beeinträchtigung aber nicht allein aus der mittelschweren Depression. Es ist eine



zusätzliche psychiatrische Diagnose gestellt worden. Diese zweite Diagnose kann nicht einfach als Folge der Depression abqualifiziert und damit als ohne Relevanz für die objektiv bestehende Arbeitsfähigkeit betrachtet werden. Es handelt sich vielmehr um eine Krankheit, die aufgrund ihrer Natur durchaus geeignet ist, zusammen mit der mittelgradigen Depression eine objektive, nicht überwindbare Arbeitsunfähigkeit zu begründen. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin auch an Beschwerden somatischer Natur leidet, die aufgrund ihrer Auswirkungen auf den Alltag der Beschwerdeführerin durchaus geeignet sind, zusammen mit den psychischen Beschwerden einen erheblichen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit zu entfalten, auch wenn sie für sich allein nicht geeignet wären, eine objektive Arbeitsunfähigkeit zu bewirken. Der Umstand, dass die gesundheitliche Situation anlässlich der Begutachtung durch die MEDAS als besserungsfähig bezeichnet worden ist, spricht nicht für eine subjektive und damit überwindbare Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung, denn im hier massgebenden Zeitraum bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung war diese Verbesserung noch nicht eingetreten, so dass die objektive Arbeitsfähigkeit sich noch nicht in eine subjektive und damit überwindbare Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung hat verwandeln können. Selbst wenn das Gutachten der MEDAS nicht zu überzeugen vermöchte und die notwendige Ergänzung der Kenntnis des medizinischen Sachverhalts nicht durch eine erneute Begutachtung, sondern grundsätzlich direkt durch das Gericht erfolgen könnte, wäre demnach von einer objektiven, durch eine zumutbare Willensanstrengung nur teilweise überwindbaren Arbeitsunfähigkeit auszugehen. In dieser Situation wäre es dem Gericht wohl nicht möglich, das genaue Mass der objektiv bestehenden, nicht überwindbaren Arbeitsunfähigkeit zu bestimmen, so dass zumindest in diesem Punkt eine erneute medizinische Begutachtung unvermeidlich wäre.

2.5 Kommt ein Prozentvergleich zur Anwendung, weil auf beiden Seiten des Einkommensvergleichs – direkt oder indirekt - von demselben statistischen Durchschnittseinkommen auszugehen ist, so muss auch in diesem verkürzten Vergleich ein sogenannter "Leidensabzug" berücksichtigt werden, denn allfällige Konkurrenz Nachteile der versicherten Person, die indirekt auf die Behinderung zurückzuführen sind, müssten durch einen Minderlohn kompensiert werden. Die leidensbedingte Beschränkung auf eine Teilzeitarbeit mit einem Beschäftigungsgrad von 45% hat einen statistisch ausgewiesenen (vgl. die vom Bundesamt für Statistik



herausgegebene Lohnstrukturerhebung 2006, S. 16, Tabelle T2\*) überproportionalen Lohnnachteil zur Folge, der allerdings weniger als 1% ausmacht. Die Beschwerdeführerin ist von somatischer Seite her mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht indirekt eingeschränkt und deshalb gegenüber einer gesunden Hilfsarbeiterin nicht im Nachteil. Da sie diesbezüglich keinen Konkurrenznachteil erleidet, lässt sich ein allfälliger "Leidensabzug" nicht mit den indirekten Folgen einer somatischen Behinderung rechtfertigen. Die psychische Erkrankung hätte im massgebenden Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung möglicherweise einen Konkurrenznachteil bewirken können, denn sie beeinträchtigte die Möglichkeit der Beschwerdeführerin, bei Bedarf Überstunden zu leisten, sie hätte von Seiten der Vorgesetzten und der Arbeitskolleginnen eine gewisse Rücksichtnahme erfordert und sie hätte das Risiko einer überdurchschnittlichen Quote an Krankheitsabsenzen entstehen lassen. Auch ein rein wirtschaftlich denkender potentieller Arbeitgeber hätte diesen Nachteilen aber nur eine geringe Bedeutung beigemessen, denn im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung waren die Aussichten einer Wiederherstellung der psychischen Gesundheit gut, das Verschwinden dieser Nachteile also absehbar. Dies rechtfertigt es, den "Leidensabzug" sehr tief anzusetzen. Ein Leidensabzug von 5% ist deshalb die obere Grenze dessen, was sich bei einer ermessensweisen Festsetzung rechtfertigen lässt. Dieser Abzug von maximal 5% bezieht sich, anders als der Arbeitsunfähigkeitsabzug, nicht auf eine Vollzeitarbeit und damit auf 100%, sondern auf das Ausmass der noch möglichen Teilzeitarbeit, also im vorliegenden Fall auf 45%. 5% von 45% sind 2,25%. Der effektive Invaliditätsgrad der Beschwerdeführerin beträgt also 57,25% (100% - 42,75%). Damit besteht gemäss Art. 28 Abs. 2 IVG ein Anspruch auf eine halbe Invalidenrente.

3.

Dr. med. F.\_\_\_\_ hat in seinem Bericht vom 19. November 2007 angegeben, anlässlich der Behandlung einer im Frühjahr 2006 festgestellten Venenentzündung sei die Hypertonie festgestellt worden. Bei deren Behandlung sei ein Bauchtumor gefunden worden. Zu dieser Zeit sei die Beschwerdeführerin noch an ihrem letzten Arbeitsplatz voll arbeitsfähig gewesen. Im November 2006 sei die Beschwerdeführerin wegen des Tumors operiert worden. Postoperativ habe sie sich nur sehr langsam erholt. Sie habe sich je länger je weniger arbeitsfähig gefühlt. Als Beginn einer (vollständigen)



Arbeitsunfähigkeit hat Dr. med. F.\_\_\_\_ den 27. November 2006 angegeben. Demgegenüber hat Dr. med. D.\_\_\_\_ eine vollständige Arbeitsunfähigkeit ab August 2006 angegeben. Allerdings hat er die Beschwerdeführerin erst ab dem 30. Juli 2007 behandelt. Seine Angabe einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit bereits ab August 2006 muss also auf den Angaben der Beschwerdeführerin selbst beruhen, denn auch im Austrittsbericht der Klinik E.\_\_\_\_ ist angegeben worden, erst nach der Operation vom November 2006 habe sich die depressive Störung entwickelt. Im Gutachten der MEDAS ist zwar ebenfalls von einer ab August 2006 bestehenden vollständigen Arbeitsunfähigkeit die Rede, aber dies beruht offenkundig auf einer unkritischen Übernahme der Angaben von Dr. med. D.\_\_\_\_ und damit im Ergebnis auf den (rückwirkenden) Selbstangaben der Beschwerdeführerin über den Gesundheitszustand im Jahr 2006. Angesichts der detaillierten und auf eigenen Beobachtungen beruhenden Angaben von Dr. med. F.\_\_\_\_ ist die Arbeitsunfähigkeit in der zuletzt ausgeübten Tätigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erst im November 2006 entstanden. Das bedeutet, dass das sogenannte Wartejahr (Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG bzw. aArt. 29 Abs. 1 lit. b IVG) erst im November 2006 zu laufen begonnen hat und deshalb erst am 31. Oktober 2007 erfüllt gewesen ist. Der Rentenanspruch kann also erst am 1. November 2007 entstanden sein. Zu diesem Zeitpunkt ist bereits die im Gutachten der MEDAS angegebene Arbeitsunfähigkeit von 55% massgebend gewesen, denn es wäre der Beschwerdeführerin objektiv zumutbar gewesen, zu 45% einer adaptierten Hilfstätigkeit nachzugehen. Es hat also nie ein – vorübergehender – Arbeitsunfähigkeits- bzw. Invaliditätsgrad von 100% bestanden, der für einige Monate nach dem Ablauf des Wartejahres einen Anspruch auf eine ganze Invalidenrente begründet hätte. Die Beschwerdeführerin hat demnach rückwirkend ab dem 1. November 2007 einen Anspruch auf eine halbe Invalidenrente.

4.

Aufgrund dieser Ausführungen erweist sich die angefochtene Zusprache einer halben Invalidenrente ab November 2007 als rechtmässig. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen. Das Beschwerdeverfahren ist kostenpflichtig. Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach dem Verfahrensaufwand (Art. 69 Abs. 1<sup>bis</sup> IVG). Da der Verfahrensaufwand als durchschnittlich zu betrachten ist, wird die Gerichtsgebühr praxisgemäss auf Fr. 600.- festgesetzt. Diese Gebühr ist durch den von der Beschwerdeführerin geleisteten



Kostenvorschuss von ebenfalls Fr. 600.- gedeckt. Die vollumfänglich unterliegende Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 61 lit. g Satz 1 ATSG), weshalb das entsprechende Begehren abzuweisen ist.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

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