



Fall-Nr.: IV 2010/230
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 02.06.2020
Entscheiddatum: 22.03.2012

Entscheid Versicherungsgericht, 22.03.2012

Art. 6 ATSG, Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG. Erfüllung des sogenannten Wartejahres (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 22. März 2012, IV 2010/230).

Präsident Martin Rutishauser, Versicherungsrichter Joachim Huber,
Versicherungsrichterin Marie Löhner; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

Entscheid vom 22. März 2012

in Sachen

A.____,

Beschwerdeführerin,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Rente

Sachverhalt:

A.



St.Galler Gerichte

A.a A.____ meldete sich am 29. Dezember 2004 zum Bezug von IV-Leistungen an (IV-act. 1). Im Gesuchsformular gab sie u.a. an, sie habe den Beruf einer Büroangestellten erlernt. Die B.____ AG berichtete der IV-Stelle am 24. Januar 2005, der Versicherten sei im Jahr 2002 ein Lohn von Fr. 4'200.-- (x13) ausgerichtet worden (IV-act. 15-5/7). Die C.____ AG gab am 29. Januar 2005 an, der Lohn der Versicherten hätte im Jahr 2005 ca. Fr. 38'000.-- betragen (IV-act. 16-2/4). Dr. med. D.____, Innere Medizin FMH, teilte der IV-Stelle am 26. Januar 2005 mit (IV-act. 17), die Versicherte leide an einem chronischen, persistierenden lumbospondylogenen Syndrom mit intermittierender Ischialgie rechts bei Rezidivhernie L4/5 rechts und zusätzlicher medio-rechtslateraler Diskushernie L5/S1 (bei St. n. DH-Op. L4/5 rechts), an einem Schulterimpingement rechts und an einer Epicondylitis radii rechts. Sie könnte vier Stunden täglich einer Bürotätigkeit nachgehen. Dr. med. E.____, Spezialarzt für Orthopädische Chirurgie FMH, Sportmedizin (SGSM), führte in einem von der IV-Stelle in Auftrag gegebenen Gutachten vom 16. Juni 2005 aus (IV-act. 23), am 9. Dezember 2002 seien eine Fenestration und eine Nukleotomie L4/5 durchgeführt worden. Gemäss den Angaben der Versicherten seien im Jahr 2004 nach einer stärkeren körperlichen Belastung ziehende lumbale Schmerzen aufgetreten, die sich in das rechte Schulterblatt und in den rechten Oberschenkel fortgesetzt hätten. Sensibilitätsstörungen, Lähmungen der Beine oder Miktionsstörungen seien aber nicht aufgetreten. Dr. E.____ diagnostizierte eine chronische Lumbalgie (bei St. n. Fenestration und Nukleotomie L4/5 links 12/02 und kleiner Diskushernie L4/5 mit Kontakt zur Nervenwurzel L5 rechts und L5/S1 ohne Einengung neuraler Strukturen) und eine Spondylarthrose L4 bis S1. Neben der klinischen Untersuchung stützte er sich dabei auf Röntgenaufnahmen vom 13. Mai 2005 und auf ein MRI vom 27. Dezember 2004. Er berichtete weiter, die lumbalen Beschwerden und die abnormen Untersuchungsbefunde der LWS seien durch die im MRI sichtbaren degenerativen Veränderungen der unteren LWS nur teilweise erklärt. Als Büroangestellte bei voller Stundenpräsenz sei die Versicherte zu ca. 50%, in einer angepassten Tätigkeit zu ca. 70% arbeitsfähig. Eine angepasste Tätigkeit sollte abwechslungsweise sitzend und stehend ausgeführt werden können, ohne dass dabei regelmässig unphysiologische, insbesondere gebückte Körperhaltungen eingenommen und/oder regelmässig Gewichte über 5 kg gehoben oder getragen werden müssten. Die IV-Stelle gab eine berufliche Abklärung in Auftrag. Dabei sollte geklärt werden, ob ein angepasster Arbeitsplatz es der Versicherten ermögliche, auch als Büroangestellte



einen Arbeitsfähigkeitsgrad von 70% zu erreichen (IV-act. 25-2/2, 29). Die F.____ berichtete am 1. Februar 2006 (IV-act. 37), es sei der Versicherten nicht möglich gewesen, mehr als halbtags zu arbeiten. Wegen der Schmerzen habe sie sich jeweils am Nachmittag zwei bis drei Stunden hinlegen müssen. Die Leistungsfähigkeit habe 50% betragen. Eine Wiedereingliederung im freien Arbeitsmarkt zu 50% sei realistisch. Die IV-Stelle nahm einen Einkommensvergleich zur Prüfung eines allfälligen Rentenanspruchs vor (IV-act. 44-2/2). Dabei verglich sie ein Valideneinkommen 2006 von Fr. 63'005.-- mit einem Invalideneinkommen von Fr. 44'104.--. Es resultierte ein Invaliditätsgrad von 30%. Prof. Dr. med. G.____, Chefarzt der Neurologie am Kantonsspital St. Gallen, gab am 15. Juni 2006 an, der Arbeitsfähigkeitsgrad der Versicherten betrage nur 50% (IV-act. 47). Mit einer Verfügung vom 21. Juni 2006 wies die IV-Stelle das Rentenbegehren der Versicherten ab (IV-act. 49). Auch die dagegen erhobene Einsprache wurde abgewiesen (IV-act. 59). Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen sprach der Versicherten ausgehend von einem Invaliditätsgrad von 55% eine halbe Invalidenrente zu (IV-act. 66). Das Bundesgericht hob diesen Entscheid auf (IV-act. 74). Es ging davon aus, dass das Gutachten von Dr. E.____ kein vollständiges und schlüssiges Bild der Restarbeitsfähigkeit liefere, weil diese von der F.____ anders eingeschätzt worden sei und sich diese Differenz nicht erklären lasse. Deshalb sei eine präzisierende Aussage von Dr. E.____ einzuholen und bei anschliessend immer noch nicht schlüssiger Beweislage sei ein klärendes Gutachten in Auftrag zu geben.

A.b Die IV-Stelle beauftragte das AEH Zentrum für Arbeitsmedizin, Ergonomie und Hygiene AG, mit einer Begutachtung (IV-act. 79). Im Gutachten vom 29. Mai 2008 wurde ausgeführt (IV-act. 83), die Versicherte habe über bandförmige Rückenschmerzen von der Höhe des thorakolumbalen Übergangs bis zum Gesäss beidseits geklagt. Sie habe weiter angegeben, sie habe keine Ausstrahlungen ins Bein mehr gehabt. Es habe auch keine neurologischen Ausfälle gegeben. Die Begutachtung stütze sich u.a. auf Röntgenaufnahmen vom 3. Dezember 2004 und auf ein MRI vom 14. Dezember 2005. Sie ergab folgende Diagnosen: Chronisches Lumbovertebralsyndrom (St. n. Fenestration und Nukleotomie L4/5 links am 4. Dezember 2002 bei anamnestisch radikulärem Reiz- und sensiblem Ausfallsyndrom L5 links und lateraler Diskushernie L4/5 links, kleiner Diskushernie L4/5 rechts und Diskusprotrusion L5/S1, aktuell ohne klinische Relevanz, Spondylarthrosen L3 bis S1)



und V. a. Fibromyalgiesyndrom (16 von 16 Fibromyalgiepunkten positiv, Angstvermeidungsverhalten). In der Beurteilung führten die Sachverständigen des AEH aus, es bestehe ein subjektiv auf den lumbalen Bereich konzentriertes Schmerzsyndrom, wobei im Sinn einer generalisierten Schmerzproblematik sämtliche Fibromyalgiepunkte positiv seien. Die strukturellen Veränderungen begründeten nur einen Teil der aktuellen Symptomatik und insbesondere der Einschränkung. Eine ausgeprägte Dekonditionierung beeinträchtigte die Funktionsfähigkeit zusätzlich. Es bestehe eine ausgeprägte Diskrepanz zwischen dem gezeigten Verhalten und der Selbsteinschätzung einerseits und den objektivierbaren Befunden andererseits. Aus psychiatrischer Sicht ergäben sich keine Diagnosen. Nachvollziehbare, schmerzbedingte Konzentrationsstörungen erklärten aber eine 10-20%ige Leistungsminderung. Infolge der erheblichen Symptomausweitung, Selbstlimitierung und Inkonsistenz seien die Resultate der Belastungstests im Rahmen der Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit (EFL) nicht verwertbar gewesen. Es sei davon auszugehen, dass die Versicherte bei gutem Effort mehr leisten könne, als sie bei den Leistungstests gezeigt habe. Eine angepasste Tätigkeit (höhenverstellbarer Arbeitsbereich) sei aufgrund eines vermehrten Pausenbedarfs noch zu 75% zumutbar. Es bestünden keine grundsätzlichen Differenzen zur Einschätzung von Dr. E.____. Bei den übrigen ärztlichen Beurteilungen dürfte die subjektive Behinderung wesentlich stärker gewichtet worden sein. Die IV-Stelle nahm wieder einen Einkommensvergleich vor. Sie stellte ein Valideneinkommen 2008 von Fr. 64'526.-- ein Invalideneinkommen von Fr. 45'792.-- gegenüber (IV-act. 85). Letzteres entsprach nicht etwa 75% des Valideneinkommens, sondern einem um 10% reduzierten Durchschnittseinkommen der Hilfsarbeiterinnen, wobei mit dem Abzug von 10% dem zusätzlichen Pausenbedarf von einer Stunde Rechnung getragen werden sollte. Der Invaliditätsgrad belief sich auf 29%. Mit einer Verfügung vom 28. August 2008 wies die IV-Stelle das Rentenbegehren ab (IV-act. 90). Die Versicherte erhob am 16. September 2008 Beschwerde (IV-act. 92). Mit einer Entscheidung vom 10. Februar 2009 (IV 2008/409) wies das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen die Sache zur weiteren Abklärung an die IV-Stelle zurück (IV-act. 102). Es begründete den Entscheid insbesondere damit, dass der rheumatologische Sachverständige des AEH keine aktuellen bildgebenden Verfahren veranlasst habe und dass er nicht in alle bereits bestehenden Bilder Einblick gehabt habe. Zudem hätte medizinisch-praktisch



begründet werden müssen, warum das somatische Beschwerdebild konkret die zugemutete Leistungsfähigkeit erlaube. Ausserdem fehle eine Aus-einandersetzung mit der möglichen und zumutbaren Schmerzbekämpfung. Dazu hätte ein Schmerzspezialist beigezogen werden müssen. Im übrigen hätten den Sachverständigen des AEH nicht alle medizinischen Akten vorgelegen.

A.c Dr. D.____ berichtete am 12. Mai 2009 (IV-act. 106), die Versicherte habe Mitte Februar 2009 Rippenserienfrakturen erlitten. Diese seien weitgehend ausgeheilt und die Versicherte habe diesbezüglich kaum mehr Schmerzen. Allerdings hätten sich die Rückenschmerzen verschlimmert. Die Versicherte könnte vier Stunden täglich mit voller Leistung arbeiten. Die IV-Stelle beauftragte die MEDAS Ostschweiz mit einer Begutachtung (IV-act. 109). Diese führte am 25. September 2009 aus (IV-act. 116), die Versicherte habe angegeben, sämtliche Therapieversuche seien frustan verlaufen. Die Behandlung in der Schmerzsprechstunde des Kantonsspitals St. Gallen mit Optimierung der medikamentösen Analgesie sowie TENS-Behandlung habe nicht zu einer Schmerzlinderung geführt. Die Opiate seien zwar wirksam gewesen, aber die Behandlung habe wegen gastrointestinaler Unverträglichkeitsreaktionen sistiert werden müssen. Aktuell beschränke sich die medikamentöse Behandlung auf dreimal 500 mg Mefenacid täglich. Andere Medikamente seien nicht wirksam gewesen. Die Facettengelenksinfiltration L4/5 bds. (01/06) habe subjektiv nicht zu einer Besserung geführt. Die Kryorhizotomie L3 bis L5 (02/06) sei äusserst schmerzhaft gewesen und habe keine relevante Besserung bewirkt. Auch die Physiotherapien hätten nicht zu einer Beschwerdeabnahme geführt. Die Sachverständigen der MEDAS Ostschweiz stellten folgende Diagnosen: Chronifiziertes lumbovertebrales bis lumbospondylogenes Schmerzsyndrom (u.a. mit einer leicht grössenprogredienten kleinvolumigen breitbasigen Diskushernie L4/5 mediorechtslateralbetont mit kleinem Luxat nach kranial ohne Neurokompression, leichte Diskusprotrusion L5/S1 ohne Neurokompression, leichte ventral betonte Spondylose bzw. Osteochondrose L2/3 und L3/4 mit Dehydration der Bandscheiben L2/3 und L3/4, Spondylarthrosen L4/5 und L5/S1 gemäss MRI vom 11. August 2009), länger dauernde depressive Reaktion sowie - ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit - Persönlichkeit mit anerkennungsbedürftigen Zügen, Rippenserienfrakturen 8. bis 10. Rippe rechts, anamnestisch Impingementsyndrom rechte Schulter, anamnestisch Epicondylopathia humeri radialis rechts, Knick-Senk-Spreizfüsse bds. mit Hallux valgus bds., Makrozytose unklarer



Ätiologie, Nikotinabusus (ca. 20 py), operative Therapie einer Endometriose (Ende 1985) und sectio caesarea 1985 und 1987. In ihrer Beurteilung führten die Sachverständigen aus, die Versicherte habe aktuell über gegenüber dem Vorgutachten unveränderte, bandförmige lumbale Schmerzen mit Ausstrahlungen nach proximal bis in den BWS-Bereich sowie über die Glutealregion bis in den proximalen ventralen Oberschenkel rechts berichtet. Ihren Angaben gemäss führe jegliche wirbelsäulenbelastende Arbeit zu einer Schmerzzunahme. Sensible oder motorische Defizite habe sie aber verneint, ebenso einen Husten-, Press- oder Niessschmerz. Die Sachverständigen führten weiter aus, bei der körperlichen Untersuchung seien keine sensomotorischen Defizite oder lumboradikulären Reizzeichen festzustellen gewesen. Bei eingeschränkter lumbaler Beweglichkeit unter Angabe allseitiger Endphasenschmerzen seien im gesamten Achsenskelett keine lokalen Druck- oder Klopfschmerzen festzustellen gewesen. Lediglich auf Palpation der Beckenkämme bds. sowie der tiefen Glutealmuskulatur bds. habe die Versicherte Druckdolenz angegeben. Hinweise für ein nichtorganisches Krankheitsverhalten oder auf eine Schmerzausweitung hätten gefehlt. Das Ausmass der geschilderten subjektiven lumbalen Beschwerden habe nur zum Teil mit den objektivierbaren klinischen Befunden korreliert. In der lumbovertebrospinalen Kernspintomographie vom 11. August 2009 hätten sich im Vergleich zur Voruntersuchung vom 14. Dezember 2005 eine leichte Progredienz der kleinvolumigen, breitbasigen Diskushernie L4/5 medio-rechtslateral mit kleinem Luxat nach kranial ohne sichere Nervenkompression, eine leichte Diskusprotrusion L5/S1 ohne Nervenkompression, eine leichte ventrale Spondylose bzw. Osteochondrose L2/3 und L3/4 mit Dehydration sowie leichte Deck- und Bodenplattenkonteralterationen im oberen LWS-Bereich bei wahrscheinlichem St. n. M. Scheuermann gezeigt. Diese Pathologien könnten die geltend gemachten Beschwerden teilweise erklären. Eine Arbeitsunfähigkeit von 50% sei aus somatischer Sicht nicht nachvollziehbar. In einer körperlich leichten, wechselbelastenden Tätigkeit mit der Möglichkeit, wiederholt die Position zu wechseln und Pausen zu machen, um Entspannungsübungen durchzuführen und Entlastungsstellungen einzunehmen, betrage die Arbeitsunfähigkeit maximal 30-40%. Die gegenüber dem Vorgutachten leicht höher eingeschätzte Arbeitsunfähigkeit beruhe weniger auf den objektivierbaren klinischen Befunden und mehr auf der leichten Progredienz der medianen, medio-rechtslateral betonten Diskushernie L4/5 mit kleinem kranialem Luxat. Die vom



psychiatrischen Sachverständigen attestierte Arbeitsunfähigkeit von 20% als Folge der depressiven Verstimmung mit Konzentrationsstörungen und Antriebsminderung sei durch die somatisch bedingte Arbeitsunfähigkeit konsumiert. Dr. H.____ vom RAD hielt am 4. März 2010 fest (IV-act. 118), die Arbeitsunfähigkeit von 30-40% habe erst ab dem Begutachtungszeitpunkt Gültigkeit. Die IV-Stelle verglich ein Valideneinkommen von Fr. 64'237.-- mit einem Invalideneinkommen von Fr. 41'754.-- (65% von Fr. 64'237.--) und ermittelte so einen Invaliditätsgrad der Versicherten von 35% (IV-act. 121). Mit einem Vorbescheid vom 12. März 2010 teilte sie der Versicherten mit, dass sie beabsichtige, das Leistungsbegehren abzuweisen (IV-act. 123). Die Versicherte wandte am 18. April 2010 ein (IV-act. 125), sie könne wegen der starken Schmerzen nicht einmal einen 50%-Job finden. Prof. Dr. G.____ habe eine Schmerztherapie empfohlen; sie habe einen ersten Termin am 21. April 2010. Mit einer Verfügung vom 3. Mai 2010 wies die IV-Stelle das Leistungsbegehren der Versicherten ab (IV-act. 128).

B.

B.a Die Versicherte erhob am 30. Mai 2010 Beschwerde (act. G 1). Sie beantragte die Zusprache einer 50%-Rente. Zur Begründung verwies sie auf die unerträglichen Schmerzen, an denen sie leide. Sie sei jetzt in einer Schmerztherapie. Die Schmerzmittel linderten die Schmerzen ein wenig, aber sie erbreche jeden Tag und ihre Sehkraft sei geschwächt.

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragte am 30. August 2010 die Abweisung der Beschwerde (act. G 8). Sie verwies darauf, dass die Gutachter, wie im jüngsten Gerichtsurteil verlangt, ein neues MRI gewürdigt hätten. Rein fachlich gebe es keinen Schmerzspezialisten, der als unabhängiger Sachverständiger aussagen könnte. Praxisgemäss sei bei einer Bandbreitenangabe zur Arbeitsunfähigkeit auf den Mittelwert abzustellen.

B.c Die Beschwerdeführerin beharrte am 17. September 2010 darauf, dass sie einen Anspruch auf eine 50%-Rente habe (act. G 11).

B.d Die Beschwerdegegnerin verzichtete am 27. September 2010 auf eine Stellungnahme (act. G 13).



Erwägungen:

1.

Anspruch auf eine Invalidenrente hat, wer zu mindestens 40% invalid ist (Art. 28 Abs. 2 IVG). Gemäss Art. 16 ATSG ist zur Bemessung des Invaliditätsgrades 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 sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen).

1.1 Der von der Beschwerdegegnerin angestellte Einkommensvergleich beruht sowohl für das Validen- als auch für das Invalideneinkommen auf der Ausübung des erlernten Berufs als Kauffrau. Die Beschwerdegegnerin ist also davon ausgegangen, dass es in diesem Beruf auf dem allgemeinen und ausgeglichenen Arbeitsmarkt behinderungsadaptierte Arbeitsplätze gebe, an denen körperlich leichte, wechselbelastende Tätigkeiten mit der Möglichkeit wiederholter Positionswechsel, ohne Zwangshaltungen, ohne Heben/Tragen grösserer Lasten und ohne Arbeiten in länger gebückter Haltung oder mit repetitiven Wirbelsäulenflexionen/-extensionen gebe. Diese Annahme ist korrekt, insbesondere auch im Hinblick auf die Möglichkeit wiederholter Positionswechsel und des Vermeidens von Zwangspositionen. Der Arbeitsplatz einer Kauffrau kann nämlich durch einen höhenverstellbaren Schreibtisch und durch einen Spezialstuhl für Personen mit Rückenbeschwerden der Behinderung der Beschwerdeführerin weitgehend angepasst werden.

1.2 Massgebendes Element der Bemessung des zumutbaren Invalideneinkommens - und damit des Invaliditätsgrads - ist die verbliebene Arbeitsfähigkeit der versicherten Person. Zur Ermittlung der Restarbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin zunächst eine Abklärung durch Dr. E.____ angeordnet (vgl. IV-act. 23). Anschliessend hat sie eine BEFAS-Abklärung vornehmen lassen (vgl. IV-act. 37). Während Dr. E.____ einen Arbeitsfähigkeitsgrad in einer behinderungsadaptierten Tätigkeit von 70% angegeben hat, ist im Bericht der BEFAS nur von einem Arbeitsfähigkeitsgrad von 50% gesprochen worden. Das Bundesgericht hat den



Umstand, dass die Beschwerdegegnerin diesen Widerspruch nicht durch eine Rückfrage bei Dr. E.____ oder durch eine erneute medizinische Abklärung ausgeräumt hat, bevor sie über den Rentenanspruch verfügt hat, zum Anlass genommen, um die Sache zur weiteren Abklärung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (vgl. IV-act. 74). Die Beschwerdegegnerin hat daraufhin ein Gutachten beim AEH in Auftrag gegeben. Sie hat damit wohl nicht nur den Widerspruch in den Arbeitsfähigkeitsschätzungen auflösen, sondern auch die seitherige Entwicklung des Gesundheitszustands abklären wollen. Die Sachverständigen des AEH haben das Abklärungsergebnis von Dr. E.____ dem Grundsatz nach bestätigt (vgl. IV-act. 83). Allerdings sind sie von einer Arbeitsfähigkeit von 75% statt von 70% ausgegangen. Das Gutachten enthält keinen Hinweis darauf, dass diese Erhöhung auf einer nach der Abklärung durch Dr. E.____ eingetretenen Verbesserung des Gesundheitszustands zurückzuführen wäre. Es handelt sich vielmehr um eine abweichende Einschätzung eines unveränderten Gesundheitszustands. Sollte das AEH-Gutachten als überzeugend zu qualifizieren sein, so wäre demnach rückwirkend ab der Abklärung durch Dr. E.____ im Sommer 2005 von einer Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin von 75% auszugehen. Gegenüber Dr. E.____ hatte die Beschwerdeführerin angegeben, die ursprünglich vorhandenen Schulter- und Ellbogenbeschwerden seien seit längerer Zeit verschwunden. Die lumbalen Beschwerden bestünden seit ca. einem Jahr. Die Gesundheitsbeeinträchtigung muss also Mitte 2004 eingetreten sein. Das ist der frühestmögliche Zeitpunkt, in dem das sogenannte Wartejahr (Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG) zu laufen beginnen konnte. Ob die Schulter- und Ellbogenbeschwerden in der zweiten Hälfte des Jahres 2004 und in der ersten Hälfte des Jahres 2005 einen höheren Arbeitsunfähigkeitsgrad bewirkt hatten, kann demnach offen bleiben, denn wenn das AEH-Gutachten als überzeugend zu werten ist, kann ein allfälliger Rentenanspruch frühestens ab Juni 2005 und damit auf der Grundlage eines Krankheitsgeschehens ohne Schulter- und Ellbogenbeschwerden geprüft werden. Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen hat die Überzeugungskraft des AEH- Gutachtens angezweifelt und deshalb weitere Abklärungen gefordert. Es hat vier Mängel festgestellt, nämlich das Fehlen aktueller bildgebender Verfahren, das Fehlen einer medizinisch-praktischen Begründung für den angegebenen Arbeitsunfähigkeitsgrad von 25%, das Fehlen einer Prüfung der Möglichkeit einer medikamentösen Schmerzbekämpfung und das Abstellen auf eine unvollständige medizinische Aktenlage. Zur Behebung dieser Mängel



und gleichzeitig zur Ermittlung der medizinischen Entwicklung seit der Begutachtung durch das AEH hat die Beschwerdegegnerin erneut ein Gutachten in Auftrag gegeben (vgl. IV-act. 116). Die Sachverständigen der MEDAS Ostschweiz haben die medizinische Aktenlage vervollständigt. Sie haben sich ausreichend qualifiziert mit der Schmerzbekämpfung auseinandergesetzt und dabei festgestellt, dass alle in der Schmerzsprechstunde des Kantonsspitals eingesetzten Medikamente entweder wirkungslos geblieben seien oder wegen unerträglicher Nebenwirkungen bald wieder hätten abgesetzt werden müssen, und dass sowohl eine Facettengelenksinfiltration als auch eine Kryorhizotomie keinen Erfolg gehabt hätten. Unter diesen Umständen sind die Sachverständigen der MEDAS Ostschweiz zu Recht davon ausgegangen, dass die Möglichkeiten der Schmerzbekämpfung erschöpft seien. Weiter haben sie neue Röntgen- und MRI-Aufnahmen erstellen lassen. Drei der vom Versicherungsgericht festgestellten Mängel sind damit also behoben gewesen. Am Begutachtungsergebnis hat sich dadurch nichts geändert, weshalb die Sachverständigen der MEDAS Ostschweiz die im AEH-Gutachten angegebene Arbeitsfähigkeit (75%) grundsätzlich bestätigt haben. Sie haben ihre eigene, tiefere Arbeitsfähigkeitsschätzung (60-70%) nämlich mit einer nachträglich eingetretenen Verschlechterung des Gesundheitszustands begründet. Das bedeutet, dass die höhere Arbeitsunfähigkeit erst ab der Begutachtung durch die MEDAS Ostschweiz, d.h. ab August 2009 massgebend sein kann. Zu prüfen bleibt, ob die MEDAS Ostschweiz auch den vierten Mangel, nämlich das Fehlen einer medizinisch-praktischen Begründung für die angegebene Arbeitsunfähigkeit, behoben hat. Der psychiatrische Sachverständige der MEDAS Ostschweiz hat angegeben, die psychiatrisch begründete Arbeitsunfähigkeit von 20% sei durch die Konzentrationsstörungen und durch die Antriebsminderung zu erklären. Tatsächlich sind diese Beeinträchtigungen geeignet, die tägliche Leistungsfähigkeit herabzusetzen, indem entsprechend langsamer oder mit mehr Unterbrechungen/Pausen gearbeitet werden muss, denn sie sind offensichtlich nicht willensmässig beeinflussbar. Der psychiatrische Sachverständige hat allerdings nicht zu erklären vermocht, weshalb diese Beeinträchtigungen eine Arbeitsunfähigkeit von 20% und nicht von mehr oder von weniger als 20% bewirken. Im Gutachten der MEDAS Ostschweiz scheint für den somatischen Teil, anders als für den psychiatrischen Teil, nicht nur eine quantitative, sondern auch eine qualitative Begründung für die Arbeitsunfähigkeit von 30-40% zu fehlen. Bei genauer Betrachtung



ist diese Vermutung nicht richtig. Die Beschwerdeführerin leidet an einer Beeinträchtigung der körperlichen Gesundheit, die erfahrungsgemäss ebenfalls zusätzliche Unterbrechungen/Pausen erforderlich macht (weshalb die Arbeitsunfähigkeit aus psychischen Gründen vollumfänglich durch diejenige aus somatischen Gründen konsumiert wird). Diese Unterbrechungen dienen der Lockerung, der Einnahme entspannender Körperpositionen, der Erholung usw., damit die Schmerzen auf einem Niveau gehalten werden können, das die Ausübung der Erwerbstätigkeit bis zum normalen Feierabend erlaubt. Demnach besteht auch für die somatische Beeinträchtigung eine qualitative Begründung für die Arbeitsunfähigkeit. Das Ausmass der Unterbrechungen/Pausen richtet sich nach der Stärke der Schmerzen. Diese kann aber nur ganz grob geschätzt werden. Die medizinischen Sachverständigen sind deshalb nicht in der Lage, eine präzise Erklärung dafür zu liefern, dass der bei der versicherten Person festgestellten Stärke der Schmerzen ein zusätzlicher Pausenbedarf von beispielsweise 20% entspricht. Hier ist also von einem grossen Ermessen der medizinischen Sachverständigen auszugehen, so dass keine Verletzung der Begründungspflicht angenommen werden kann. Eine Arbeitsunfähigkeit von 30-40% setzt jedenfalls ein hohes Mass an Schmerzen voraus, denn es wird etwa ein Drittel der normalen Tagesarbeitszeit für Unterbrechungen/Pausen aufgewendet. Unter diesen Umständen ist die Arbeitsfähigkeitsschätzung im Gutachten der MEDAS Ostschweiz - und damit im Ergebnis auch diejenige im Gutachten des AEH - als überwiegend wahrscheinlich richtig zu qualifizieren. Damit erfüllt das Gutachten der MEDAS Ostschweiz den vom Versicherungsgericht festgestellten zusätzlichen Abklärungsbedarf vollumfänglich. Für die Zeit ab dem Ende des Wartejahrs (Juni 2005) bis zur Begutachtung durch die MEDAS Ostschweiz (Juli 2009) ist deshalb von einem Arbeitsfähigkeitsgrad der Beschwerdeführerin von 75% auszugehen. Ab August 2009 beträgt der massgebende Arbeitsfähigkeitsgrad 65% (vgl. zur Anwendbarkeit des Mittelwerts etwa das höchstrichterliche Urteil vom 21. April 2005, I 822/04).

1.3 Ein Rentenanspruch kann erst entstehen, wenn die versicherte Person während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40% arbeitsunfähig gewesen ist (Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG). Die Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Gesundheitsbeeinträchtigung bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf zumutbare Arbeit zu leisten (Art. 6 Satz 1 ATSG). Die Bemessung der Arbeitsunfähigkeit erfolgt durch die Vornahme eines auf die bisherige Tätigkeit



bezogenen Einkommensvergleichs (vgl. U. Kieser, ATSG-Kommentar, 2. A., N. 8 zu Art. 6 ATSG). In aller Regel kann aber direkt auf die medizinische Einschätzung abgestellt werden, weil auf beiden Seiten dieses Einkommensvergleichs das in der bisherigen Tätigkeit erzielbare Erwerbseinkommen steht. Gelegentlich treten aber Fälle auf, in denen die medizinisch ermittelte Arbeitsunfähigkeit unter 40% liegt, der Einkommensvergleich aber eine Erwerbseinbusse von 40% oder mehr ergibt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn das trotz der Gesundheitsbeeinträchtigung noch erzielbare Einkommen auf einem tieferen Lohnniveau beruht als das ohne die Gesundheitsbeeinträchtigung (fiktiv) noch erzielbare Einkommen. Aus diesem Grund muss die für die Erfüllung des sogenannten Wartejahrs massgebende Arbeitsunfähigkeit tatsächlich anhand eines Einkommensvergleichs ermittelt werden. Bei einem Abstellen auf die medizinisch ermittelte Arbeitsunfähigkeit wäre nämlich der Fall denkbar, dass das Wartejahr nicht erfüllt werden könnte, obwohl ein (gestützt auf Art. 16 ATSG ermittelter) Invaliditätsgrad von 40% oder mehr (Art. 28 Abs. 2 IVG) vorläge. Bei der Beschwerdeführerin steht fest, dass der erlernte und bis zum Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung auch ausgeübte Beruf der Kauffrau als behinderungsadaptiert zu betrachten ist, so dass zu erwarten wäre, dass auf beiden Seiten des Einkommensvergleichs gemäss Art. 6 ATSG dasselbe Lohnniveau massgebend sei. Das trifft aber nicht zu. Die Beschwerdeführerin ist schon im Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns, nämlich im Sommer 2005, seit längerer Zeit keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgegangen. Die Beschwerdegegnerin hat deshalb beim ersten von ihr angestellten Einkommensvergleich im Jahr 2006 zur Bemessung des Einkommens ohne Behinderung nicht auf einen früher effektiv erzielten und der Nominallohnentwicklung angepassten Lohn, sondern auf das mittlere Jahressalär gemäss den Salärempfehlungen des Kaufmännischen Verbandes Schweiz abgestellt (vgl. IV-act. 42-1/2). Dabei handelt es sich um ein Durchschnittseinkommen, das auf den Einkommen vollzeitlich tätiger, gesunder Kaufleute beruht. Das mittlere Jahressalär lässt sich also mit den Durchschnittslöhnen in der vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Lohnstrukturerhebung vergleichen. Das bedeutet, dass - analog der Ermittlung des zumutbaren Invalideneinkommens anhand der Lohnstrukturerhebung - ein Bedarf nach einem zusätzlichen, d.h. zum medizinisch ermittelten Arbeitsunfähigkeitsgrad hinzutretenden Abzug besteht, mit dem indirekt behinderungsbedingten Nachteilen Rechnung getragen wird, die es nicht erlauben, das



mittlere Jahressalär zu erzielen. Die Beschwerdeführerin hätte bei einer Wiederaufnahme der Arbeit als Kauffrau erhebliche Nachteile in Kauf zu nehmen. Diese Nachteile würden einen ökonomisch denkenden potentiellen Arbeitgeber veranlassen, ihr ein unterdurchschnittliches Salär zu bezahlen, um so die zusätzlichen Lohnkosten, als welche die indirekt behinderungsbedingten Nachteile aus betriebswirtschaftlicher Sicht zu qualifizieren wären, zu kompensieren. Es handelt sich insbesondere um folgende Nachteile: Die Unfähigkeit, bei Bedarf Überstunden zu leisten bzw. mehr als 75%, ab August 2009 mehr als 65% der normalen Tagesarbeitszeit zu leisten; die Unfähigkeit, bei Bedarf vorübergehend eine nicht behinderungsadaptierte Tätigkeit auszuüben; die (aus der Sicht des potentiellen Arbeitgebers) bestehende Gefahr überdurchschnittlicher Krankheitsabsenzen; die Notwendigkeit besonderer Rücksichtnahme seitens der Vorgesetzten und insbesondere der Mitarbeitenden (z.B. durch die Übernahme sporadisch anfallender nicht-adaptierter Arbeiten) und der Dienstalernachteil, der insbesondere seit 2009 durch die lange Abwesenheit vom Berufsleben verstärkt würde. Die Beschwerdeführerin verfügt über überdurchschnittliche Englischkenntnisse und hat besondere Fähigkeiten im Umgang mit Menschen. Diese Vorteile scheinen auf den ersten Blick geeignet, eine über dem mittleren Jahressalär liegende Entlohnung zu rechtfertigen. Dies würde allerdings voraussetzen, dass die - fiktiven - Leistungen der Beschwerdeführerin als Kauffrau insgesamt überdurchschnittlich wären. Die Lohnangaben der C.____ AG (vgl. IV-act. 16-2/4) und der B.____ AG (vgl. IV-act. 15-4/7) zeigen, dass das nicht der Fall ist. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin, wäre sie gesund und in ihrem Beruf als Kauffrau tätig, höchstens einen dem mittleren Jahressalär entsprechenden Lohn erzielen könnte. Sie wäre also nicht in der Lage, die indirekt behinderungsbedingten Nachteile durch eine überdurchschnittliche Befähigung zu kompensieren. Deshalb ist diesen Nachteilen vollumfänglich durch einen angemessenen Abzug vom mittleren Jahressalär Rechnung zu tragen. Da es sich um erhebliche Nachteile handelt, erscheint ein Abzug von 10% als angemessen. Für die Zeit ab Mitte 2004 ist deshalb zusätzlich zum medizinisch ermittelten Arbeitsunfähigkeitsgrad von 25% ein Abzug von 10% vom verbleibenden Arbeitsfähigkeitsgrad von 75%, also von 7,5% vorzunehmen. Daraus resultiert eine Einbusse von 32,5%. Bis Juli 2009 ist also von einem Arbeitsunfähigkeitsgrad von 32,5% auszugehen. Damit hat die Beschwerdeführerin das Wartejahr also nicht erfüllen



können. Ab August 2009 beträgt die behinderungsbedingte Einschränkung aus medizinischer Sicht 35%. Bei einem zusätzlichen Abzug von 10% von der verbliebenen Arbeitsfähigkeit von 65%, d.h. von 6,5%, resultiert eine Einbusse von 41,5%. Der Durchschnitt aus einer Einschränkung bis Juli 2009 von 32,5% und von 41,5% ab August 2009 beträgt ab 1. Juni 2010 40%, d.h. das Wartejahr ist am 31. Mai 2010 erfüllt. Grundsätzlich könnte also ab 1. Juni 2010 ein Anspruch auf eine Viertelsrente bestehen. Dabei ist aber zu beachten, dass es sich um das Ergebnis eines gestützt auf Art. 6 ATSG vorgenommenen Einkommensvergleichs bezogen auf die bisherige Tätigkeit handelt. Die Arbeitsunfähigkeit von 41,5% kann deshalb grundsätzlich nicht direkt einem Invaliditätsgrad von 41,5% gleichgesetzt werden. Der Einkommensvergleich zur Ermittlung der für einen Invalidenrentenanspruch massgebenden Invalidität setzt nämlich gemäss Art. 16 ATSG die vorgängige Prüfung und gegebenenfalls die Erfüllung der rentenspezifischen Schadenminderungspflicht im Sinn des Grundsatzes "Eingliederung vor Rente" (vgl. U. Kieser, a.a.O., Vorbemerkungen N. 47) voraus. Die Beschwerdegegnerin hat sich in der angefochtenen Verfügung nicht explizit mit der Möglichkeit einer beruflichen Eingliederung der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt. Durch eine sogenannt höherwertige Umschulung wäre die Beschwerdeführerin in der Lage, dank eines über demjenigen einer Kauffrau liegenden Verdienstniveaus - bei unveränderter medizinischer Arbeitsunfähigkeit - ein Invalideneinkommen zu erzielen, das weniger als 40% unter dem Valideneinkommen als Kauffrau liegen würde. Angesichts der chronifizierten gesundheitlichen Situation und angesichts des fortgeschrittenen Alters der Beschwerdeführerin erscheint eine solche berufliche Eingliederungsmassnahme als wenig erfolgversprechend. Deshalb liegt kein Anwendungsfall des Grundsatzes der "Eingliederung vor Rente" vor. Demnach ist ausnahmsweise doch direkt vom Arbeitsunfähigkeits- auf den Invaliditätsgrad zu schliessen. Bei einem Invaliditätsgrad von 41,5% besteht gemäss Art. 28 Abs. 2 IVG ab 1. Juni 2010 ein Anspruch auf eine Viertelsrente.

2.

Dementsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen und der Beschwerdeführerin ist mit Wirkung ab 1. Juni 2010 eine Viertelsrente zuzusprechen. Die Beschwerdegegnerin wird noch den Rentenbetrag zu berechnen und darüber verfügungsweise zu befinden



haben. Dazu ist die Sache an sie zurückzuweisen. Das Beschwerdeverfahren in IV-Sachen ist kostenpflichtig. Die Gerichtsgebühr richtet sich nach dem Verfahrensaufwand (Art. 69 Abs. 1^{bis} IVG). Der Aufwand erweist sich als durchschnittlich, so dass die Gerichtsgebühr praxisgemäss auf Fr. 600.-- festzusetzen ist. Diese Gerichtsgebühr ist von der unterliegenden Beschwerdegegnerin zu bezahlen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. Die Beschwerde wird dahingehend gutgeheissen, dass der Beschwerdeführerin mit Wirkung ab 1. Juni 2010 eine Viertelsrente zugesprochen wird; die Sache wird zur Festsetzung des Rentenbetrages an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Die Beschwerdegegnerin hat eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- zu bezahlen.