

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2009/110 vom 28. Februar 2011**

Sg Versicherungsgericht, 2011-02-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_IV\\_2009\\_110](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_IV_2009_110)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2009/110 du 28 février 2011

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT IV 2009/110 del 28 febbraio 2011

## **Regeste**

Art. 16 ATSG: Invaliditätsbemessung durch Einkommensvergleich bei Neuanschuldung; Abweisung des Leistungsbegehrens (Entscheidung des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 28. Februar 2011, IV 2009/110).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers geht davon aus, dass ihm unaufgefordert ein Exemplar des MEDAS-Gutachtens hätte zugestellt werden müssen, um dem Anspruch auf rechtliches Gehör Genüge zu tun. Gemäss Art. 42 ATSG besteht ein Anspruch auf rechtliches Gehör. Dazu gehört insbesondere auch der Anspruch auf Einsicht in die massgebenden Akten, vorliegend also auch in das MEDAS-Gutachten. Dieser Anspruch ist aber nicht von Amtes wegen zu befriedigen, denn dies würde darauf hinauslaufen, dass den versicherten Personen von jedem neu produzierten, sie betreffenden Aktenstück unverzüglich Kenntnis gegeben werden müsste. Wie jeder andere Anspruch auch muss der Anspruch auf Akteneinsicht durch ein entsprechendes Gesuch geltend gemacht werden. Wenn eine versicherte Person während eines laufenden Verwaltungsverfahrens ein Bedürfnis nach Akteneinsicht hat, muss sie ein entsprechendes Gesuch stellen, worauf ihr das Aktendossier selbstverständlich sofort geöffnet wird. Daran ändert auch das in der Invalidenversicherung durchzuführende Vorbescheidsverfahren nichts. Gemäss Art. 57a Abs. 1 IVG beinhaltet die Vorbescheidspflicht der IV-Stelle nur die - von Amtes wegen erfolgende - Mitteilung des vorgesehenen Endentscheides. Eine von Amtes wegen gleichzeitig erfolgende Gewährung der Akteneinsicht gehört nicht dazu. Vielmehr muss auch im Rahmen des Vorbescheidsverfahrens (von der Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort als "Anhörungsverfahren" bezeichnet) ein Akteneinsichtsgesuch gestellt werden. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat es sowohl während des laufenden Verwaltungsverfahrens als auch nach der Zustellung des Vorbescheids unterlassen, Einsicht in das MEDAS-Gutachten zu verlangen. Als erfahrener Rechtsanwalt musste er aber wissen, dass er nur aufgrund eines entsprechenden Gesuchs Einsicht in dieses Gutachten erhalten konnte. Der in der Stellungnahme vom 7. Januar 2009 zum Vorbescheid (IV-act. 108) erhobene Vorwurf, der Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden, weil die Beschwerdegegnerin das MEDAS-Gutachten nie "zur Stellungnahme vorgelegt" habe, musste von der Beschwerdegegnerin nicht als Gesuch um Einsicht in dieses Gutachten aufgefasst werden, denn dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers war nichts an der Einsichtsmöglichkeit gelegen. Es ging ihm nur um die Rüge einer Gehörsverletzung, die aber nach dem eben Ausgeführten nicht berechtigt war. Es liegt somit keine Verletzung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf rechtliches

Gehör (in der Form der Akteneinsicht) vor, über deren Heilung zu entscheiden wäre.

## **E. 2**

Die Beschwerdegegnerin hat die Abweisung des neuen Leistungsbegehrens in der angefochtenen Verfügung damit begründet, dass der Beschwerdeführer in einer der Behinderung angepassten Tätigkeit nach wie vor zu 100% arbeitsfähig sei, so dass kein Revisionsgrund vorliege. In der Beschwerdeantwort hat die Beschwerdegegnerin die Abweisung des neuen Leistungsbegehrens dann nur noch damit begründet, dass der Beschwerdeführer in einer der Behinderung angepassten Tätigkeit zu 100% arbeitsfähig und somit nicht invalid sei. In der Beschwerdeantwort hat die Beschwerdegegnerin also nicht mehr auf ein angebliches Revisionsverfahren Bezug genommen. Die Begründung der angefochtenen Verfügung (kein "Revisionsgrund") dürfte darauf zurückzuführen sein, dass nach einer rechtskräftigen Verneinung eines Rentenanspruchs (vorliegend durch die wiedererwägungsweise Aufhebung einer früheren, zweifellos unrichtigen Rentenzusprache) auf ein neues Leistungsgesuch nur eingetreten werden darf, wenn eine seither eingetretene erhebliche Veränderung des Invaliditätsgrades glaubhaft gemacht wird (was im übrigen vorliegend der Fall gewesen ist). Die entsprechende Verordnungsbestimmung, nämlich Art. 87 Abs. 4 IVV, verweist zwar auf Art. 87 Abs. 3 IVV, der eine Ausführungsbestimmung zu Art. 17 Abs. 1 ATSG ist. Aber dieser Verweis ist nur auf den Regelungsinhalt des Art. 87 Abs. 3 IVV (Eintretenshürde der Glaubhaftmachung einer wesentlichen Veränderung des Invaliditätsgrades) beschränkt. Er bedeutet - entgegen der von der Beschwerdegegnerin bei Erlass der angefochtenen Verfügung offenbar noch vertretenen Auffassung - nicht, dass das Verwaltungsverfahren zur Prüfung der Neuanmeldung in der Form eines Rentenrevisionsverfahrens ablaufen müsste. Ergibt das Verwaltungsverfahren zur Prüfung der Neuanmeldung, dass der Invaliditätsgrad die Grenze von 40% (Art. 28 Abs. 2 IVG) nicht erreicht, so wird also nicht das Vorliegen eines Revisionsgrundes, sondern das Bestehen eines Rentenanspruchs verneint. Formal betrachtet ist die Begründung der angefochtenen Verfügung also falsch. Dieser formale Fehler ist aber nicht relevant, da die eigentliche Begründung nicht das Fehlen eines Revisionsgrundes, sondern die Ermittlung eines Invaliditätsgrades des Beschwerdeführers von unter 40% ist. In der Beschwerdeantwort hat die Beschwerdegegnerin also die formal korrekte Begründung der Abweisung des neuen Leistungsbegehrens nachgeliefert. Darauf ist bei der Beurteilung abzustellen.

## **E. 3**

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). 3.1 Die Beschwerdegegnerin hat argumentiert, der Beschwerdeführer sei in einer behinderungsadaptierten Tätigkeit zu 100% arbeitsfähig und deshalb nicht invalid. Was vordergründig als unzulässige Gleichsetzung von Arbeitsunfähigkeit (Art. 6 ATSG) und Invalidität (Art. 8 ATSG) erscheint, ist bei genauer Betrachtung ein stark verkürzter Einkommensvergleich (Art. 16 ATSG) in der Form eines sogenannten Prozentvergleichs (vgl. Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, bearbeitet von Ulrich Meyer, 2.A., S. 298). Die Beschwerdegegnerin ist nämlich davon ausgegangen, dass

das Valideneinkommen des Beschwerdeführers als angelernter Bauarbeiter gleich hoch sei wie das zumutbare Invalideneinkommen, da es sich auch bei der hypothetischen zumutbaren Invalidenkarriere des Beschwerdeführers um eine Hilfsarbeit handle, da der Zentralwert der Hilfsarbeiterlöhne in allen Branchen gleich hoch sei wie das Valideneinkommen und da der Beschwerdeführer in einer adaptierten Tätigkeit zu 100% arbeitsfähig sei. Gemäss der vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Lohnstrukturhebung 2008, Anhang Tabelle TA1, beläuft sich der Zentralwert der Löhne aller Hilfsarbeiter auf Fr. 4935.-, umgerechnet von 40 auf den schweizerischen Durchschnitt 2008 von 41,7 Wochenarbeitsstunden auf Fr. 5144.73 bzw. Fr. 61'737.-. Das entspricht dem höchstmöglichen zumutbaren Invalideneinkommen. Gemäss den Angaben der G.\_\_\_\_ vom 18. Februar 2003 (IV-act. 10) hätte der Beschwerdeführer ohne den Gesundheitsschaden als angelernter Bauarbeiter Fr. 64'675.- verdient. Der Nominallohnindex im Baugewerbe belief sich im Jahr 2003 auf 112,3 (vgl. die vom Bundesamt für Statistik herausgegebene Lohnentwicklung 2005, Anhang Tabelle T1.93) und im Jahr 2008 auf 119.5 (vgl. die Lohnentwicklung 2008, Anhang Tabelle T1.93). Es ist also davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer ohne den Gesundheitsschaden im Jahr 2008 bei der G.\_\_\_\_ Fr. 68'822.- verdient hätte. Dieses Valideneinkommen liegt erheblich über dem höchstmöglichen zumutbaren Invalideneinkommen. Dies schliesst den von der Beschwerdegegnerin angestellten Prozentvergleich aus. Der Arbeitsunfähigkeitsgrad kann also nicht einfach dem Invaliditätsgrad gleichgesetzt werden, denn bereits der behinderungsbedingte Wechsel von der Tätigkeit für die G.\_\_\_\_ in irgendeine durchschnittlich entlohnte adaptierte Hilfsarbeit hat eine Einkommenseinbusse zur Folge, bewirkt also eine (Teil-) Invalidität. Dies erfordert die Vornahme eines regulären Einkommensvergleichs.

3.2 Steht das Ausgangseinkommen zur Ermittlung des zumutbaren Invalideneinkommens fest (Fr. 61'737.-), ist als nächstes der Arbeitsfähigkeitsgrad zu ermitteln. In einem letzten Schritt ist dann ein allfälliger zusätzlicher Abzug (in der Verwaltungspraxis missverständlich als Leidensabzug bezeichnet) zu prüfen. Der Hausarzt Dr. B.\_\_\_\_ hat am 1. Juni 2007 (IV-act. 91) keine Arbeitsfähigkeitsschätzung abgegeben. Er hat nur ausgeführt, die Polyneuropathie des rechten Beins habe sich verschlechtert, so dass eine Gehbehinderung eingetreten sei; das chronische lumbospondylogene Schmerzsyndrom bestehe unverändert weiter. Dr. B.\_\_\_\_ hat keine Beeinträchtigung der psychischen Gesundheit angegeben. Dr. D.\_\_\_\_ hat in seinem Gutachten vom 16. April 2008 (IV-act. 97) im Ergebnis die Angaben von Dr. B.\_\_\_\_ bestätigt. Er hat eine vollständige Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers für dessen angestammte Tätigkeit als Bauarbeiter und eine Arbeitsunfähigkeit von 10-15%, maximal 20% für eine adaptierte Tätigkeit angegeben. Er hat letzteres mit dem Bedarf des Beschwerdeführers nach häufigem Wechsel der Arbeitsposition und dem Bedarf nach zusätzlichen kurzen Pausen begründet. Im Gutachten der MEDAS (IV-act. 103) ist für die angestammte Tätigkeit als Bauarbeiter ebenfalls eine vollständige Arbeitsunfähigkeit festgestellt worden. Für eine adaptierte Erwerbstätigkeit haben die Sachverständigen der MEDAS weder aus somatischer noch aus psychiatrischer Sicht eine Arbeitsunfähigkeit ermittelt. Sie haben also keinen erhöhten Bedarf nach einem Wechsel der Arbeitsposition oder nach kurzen Arbeitspausen gesehen. Dr. B.\_\_\_\_ hat in seinem neusten Zeugnis vom 9. April 2010 (zuhanden des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers) keine Arbeitsunfähigkeit als Folge der Kniegelenksbeschwerden angegeben. Er hat im Ergebnis jene Einschränkungen bei der Auswahl einer adaptierten Erwerbstätigkeit bestätigt, die bereits im Gutachten der MEDAS angegeben worden sind. In bezug auf eine allfällige

somatisch bedingte Arbeitsunfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit besteht unter den medizinischen Fachpersonen also Einigkeit. Dr. D. \_\_\_ dürfte als Facharzt FMH für Endokrinologie und Diabetologie die Knieprobleme - den Klagen des Beschwerdeführers folgend - allzu pessimistisch eingeschätzt haben. Aus rein somatischer Sicht ist demnach keine Arbeitsunfähigkeit nachgewiesen. In psychiatrischer Hinsicht hat der Hausarzt Dr. B. \_\_\_ keine Hinweise auf eine Gesundheitsbeeinträchtigung gesehen, denn andernfalls hätte er in seinem Zeugnis vom 1. Juni 2007 (IV-act. 91) darauf hingewiesen. Auch Dr. D. \_\_\_ hat keine Indizien für eine psychische Ursache der geklagten Beschwerden gesehen (IV-act. 97). Aufgrund dieser Vorgeschichte kann die MEDAS nur rein routinemässig auch eine psychiatrische Begutachtung vorgenommen haben. Der psychiatrische Sachverständige der MEDAS hat aus der Sicht seines Fachgebiets eine Arbeitsunfähigkeit verneint (IV-act. 103-37). Das psychiatrische Consilium stammt vom 12. September 2008. Bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung am 23. Februar 2009 sind also fünf Monate vergangen. Der Bericht des H. \_\_\_, Dr. F. \_\_\_, stammt vom 25. März 2010 (act. G12.1), ist also eineinhalb Jahre nach der psychiatrischen Begutachtung und ein Jahr nach dem Erlass der angefochtenen Verfügung erstellt worden. Dr. F. \_\_\_ hat darin eine erheblich schlechtere psychische Situation des Beschwerdeführers geschildert, als sie im psychiatrischen Teil des MEDAS-Gutachtens dargestellt worden ist. Diese Differenz kann verschiedene Ursachen haben, entweder den von Dr. F. \_\_\_ geschilderten Circulus vitiosus mit einer Intensivierungs- und Ausweitungstendenz oder den Umstand, dass die Darstellung der Beschwerden durch die behandelnde Ärztin - dem therapeutischen Auftrag entsprechend - ohne weiteres als objektiv qualifiziert worden sind, während der psychiatrische Sachverständige der MEDAS - seinem Begutachtungsauftrag folgend - die Angaben des Beschwerdeführers hinterfragt und auf ihre Objektivität geprüft hat. Es kann aber auch sein, dass der Beschwerdeführer nach der für ihn ein enttäuschendes Ergebnis liefernden MEDAS-Begutachtung beschlossen hat, seine Beschwerden zu betonen, um doch noch eine Chance auf eine Invalidenrente zu haben. Die Frage, welche dieser Ursachen die richtige ist, kann offen gelassen werden, denn das MEDAS-Gutachten enthält auf jeden Fall eine mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zutreffende Arbeitsfähigkeitsschätzung. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann in der Empfehlung einer psychiatrisch-psychotherapeutischen Behandlung keine Schwäche des MEDAS-Gutachtens erblickt werden, denn zum einen ist tatsächlich eine psychiatrische Diagnose gestellt worden (psychische Faktoren, die körperliche Störungen bewirken, bei einer anhaltenden Schmerzproblematik, ICD-10 F54) und zum anderen hat der psychiatrische Sachverständige darauf hingewiesen, dass es bei einer solchen Therapie darum ginge, eine Verschlechterung des psychischen Gesundheitszustandes zu verhindern. Selbst wenn die Angaben von Dr. F. \_\_\_ zutreffen würden, könnte das nichts daran ändern, dass der Beschwerdeführer im für die Beurteilung massgebenden Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung noch arbeitsfähig gewesen ist. Die Verschlechterung wäre mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erst nach dem Verfügungserlass eingetreten, denn die Enttäuschung über die Abweisung des Rentengesuchs dürfte erheblich zu der - objektiven oder auch nur subjektiv empfundenen - Verschlechterung des psychischen Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers beigetragen haben. Bei der Bemessung des zumutbaren Invalideneinkommens ist deshalb von einem Arbeitsfähigkeitsgrad von 100% auszugehen.

3.3 Der Beschwerdeführer hat aufgrund der Beeinträchtigung seiner somatischen Gesundheit bereits im Verfügungszeitpunkt einen spürbaren Konkurrenznachteil gegenüber gesunden Konkurrenten für einen adaptierten Arbeitsplatz

aufgewiesen (insbesondere ein erhöhtes Risiko von Krankheitsabsenzen, eine deutlich geringere Flexibilität in bezug auf allfällige Arbeitsplatzwechsel bei Krankheit eines anderen Arbeitnehmers, Bedarf nach Rücksichtnahme in bezug auf die Arbeitszuteilung usw.). Ein betriebswirtschaftlich denkender potentieller Arbeitgeber würde diese Nachteile als zusätzliche Lohnkosten werten und deshalb durch einen Minderlohn kompensieren. Das Ausmass des Minderlohnes würde sich aber jedenfalls im unteren Bereich des rechtsprechungsgemäss (vgl. BGE 126 V 75 ff.) zulässigen Abzugsmaximums von 25% bewegen. Ein Abzug von 5% erscheint als angemessen. Das Durchschnittseinkommen von Fr. 61'737.- ist deshalb zur Ermittlung des zumutbaren Invalideneinkommens zwar nicht um eine Teilarbeitsunfähigkeit, aber wenigstens um einen zusätzlichen Abzug von 5% auf Fr. 58'650.- zu reduzieren. Bei einem Valideneinkommen von Fr. 68'822.- resultiert ein Invaliditätsgrad von knapp 15%. Das bedeutet, dass die Beschwerdegegnerin im Ergebnis zu Recht einen Rentenanspruch des Beschwerdeführers verneint hat.

#### **E. 4**

Im Sinn der vorstehenden Ausführungen ist die Beschwerde abzuweisen. Da dem Beschwerdeführer am 14. Mai 2009 die unentgeltliche Prozessführung bewilligt worden ist, hat der Staat den Rechtsbeistand des Beschwerdeführers zu entschädigen. Die Entschädigung beträgt gemäss Art. 31 Abs. 3 des st. gallischen Anwaltsgesetzes 80% des Honorars. Dieses wiederum bemisst sich nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 61 lit g ATSG). Praxisgemäss erschiene ein Honorar von Fr. 3500.- inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer als angemessen. Die Entschädigung des Rechtsbeistandes zulasten des Staats beläuft sich somit auf Fr. 2800.-, ebenfalls inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer. Das Beschwerdeverfahren ist kostenpflichtig (Art. 69 Abs. 1 bis Satz 1 IVG). Dem Beschwerdeführer ist deshalb grundsätzlich eine Gerichtsgebühr aufzuerlegen. Diese Gebühr bemisst sich nach dem Verfahrensaufwand (Art. 69 Abs. 1 bis Satz 2 IVG). Praxisgemäss erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.- als angemessen. Zuzufolge der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist der Beschwerdeführer aber von der Bezahlung dieser Gebühr zu befreien. Sollten es seine wirtschaftlichen Verhältnisse in der Zukunft gestatten, wird der Beschwerdeführer zur Nachzahlung der Gerichtskosten und der vom Staat entschädigten Parteikosten verpflichtet werden (Art. 99 Abs. 2 VRP i.V.m. Art. 123 Abs. 1 ZPO). Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP entschieden: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Der Beschwerdeführer wird im Sinne der Erwägungen von der Bezahlung einer Gerichtsgebühr von Fr. 600.- befreit. 3. Der Staat hat den Rechtsbeistand des Beschwerdeführers mit Fr. 2800.- zu entschädigen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.