



**Fall-Nr.:** IV 2009/110  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** IV - Invalidenversicherung  
**Publikationsdatum:** 01.07.2020  
**Entscheiddatum:** 28.02.2011

### **Entscheid Versicherungsgericht, 28.02.2011**

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

Entscheid Versicherungsgericht, 28.02.2011

Vizepräsident Joachim Huber, Versicherungsrichterin Miriam Lendfers und  
Versicherungsrichter Martin Rutishauser; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

Entscheid vom 28. Februar 2011

in Sachen

A.\_\_\_\_,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Bernhard Zollinger, Rämistrasse 5, Postfach 462,  
8024 Zürich,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend



Rente

Sachverhalt:

A.

Mit Verfügungen vom 16. April und 7. Mai 2004 sprach die IV-Stelle A.\_\_\_\_ eine Invalidenrente zu. Am 28. September 2004 hob sie diese Verfügungen wiedererwägungsweise auf. Sie stellte fest, dass der Versicherte keinen Anspruch auf eine Invalidenrente habe. Diese Wiedererwägungsverfügung wurde am 19. Dezember 2006 letztinstanzlich vom Eidgenössischen Versicherungsgericht bestätigt (I 849/05). Am 13. März 2007 versandte die IV-Stelle einen Fragebogen für die Rentenrevision. Darin gab der Versicherte am 23. März 2007 an, sein Gesundheitszustand habe sich verschlimmert. Die Rückenschmerzen und die Fuss- und Beinschmerzen hätten zugenommen (IV-act. 82). Gemäss einer internen Notiz der IV-Stelle vom 3. April 2007 hatte der Versicherte an diesem Tag persönlich vorgesprochen, um einen IV-Ausweis zu beantragen. Dabei war festgestellt worden, dass der Versicherte gar keinen Rentenanspruch hatte und dass ihm der Fragebogen für die Rentenrevision irrtümlicherweise zugestellt worden war (IV-act. 85). Am 2. Mai 2007 teilte die IV-Stelle dem Rechtsvertreter des Versicherten mit, dass nur dann auf ein Revisionsgesuch eingetreten werden könne, wenn darin glaubhaft gemacht werde, dass sich der Invaliditätsgrad in einer für den Rentenanspruch erheblichen Weise geändert habe. Damit sein Revisionsgesuch geprüft werden könne, müsse der Versicherte "Nachweise wie ausführliche Arztberichte, Lohnausweise usw." einreichen. Sollten diese Unterlagen nicht bis 21. Mai 2007 eingereicht werden, müsse er mit einem Nichteintreten rechnen (IV-act. 87). Diese Frist wurde in der Folge bis zum 21. Juni 2007 verlängert (IV-act. 90). Der Rechtsvertreter des Versicherten reichte am 21. Juni 2007 einen Bericht von Dr. med. B.\_\_\_\_, Facharzt FMH für Innere Medizin, speziell Blutkrankheiten, vom 1. Juni 2007 ein. Darin war bestätigt worden, dass sich der medizinische Zustand weiter verschlechtert habe. Im Rahmen des Diabetes mellitus sei es zu einer weiteren Verschlechterung der bekannten Polyneuropathie des rechten Beins gekommen. Dies habe zu einer Gehbehinderung geführt. Das chronische lumbo-spondylogene Schmerzsyndrom bestehe unverändert weiterhin. Ein Kernspintomogramm vom 17. April 2007 habe eine Osteochondrose L5/S1 und weniger ausgedehnt L4/L5 gezeigt



## St.Galler Gerichte

(IV-act. 91). Dr. med. C.\_\_\_\_ vom RAD gab am 5. Oktober 2007 an, es liege eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes vor. Er empfahl eine diabetologische Abklärung (IV-act. 93).

B.

Dr. med. D.\_\_\_\_, Facharzt FMH für Endokrinologie und Diabetologie, berichtete in seinem Gutachten vom 16. April 2008, der Versicherte leide an chronischen Knieschmerzen rechts (bei St. n. mehrmaliger Arthroskopie 99-01 und bei leichter Gonarthrose rechts) und an einem lumbo-spondylogenen Schmerzsyndrom (bei Osteochondrose L5/S1) sowie – ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit – an einem Diabetes mellitus Typ 2 (ED 1999) und an einer Dyslipidämie. Als objektive Befunde gab der Sachverständige insbesondere einen unauffälligen internistischen Status, eine Muskelhypothrophie des rechten Oberschenkels, eine fragliche Hyposensibilität im Bereich des rechten Unterschenkels und des rechten Fusses medial, das Fehlen eines Patellarsehnen- (PSR) und eines Achillessehnenreflexes (ASR) bds., eine Vibration an den Malleolen von 7/8 rechts und von 8/8 links, eine gute Spitz-Stumpf-Diskrimination und ein Monofilament 10/10 an. Er führte weiter aus, bei einer Muskelhypotrophie im Bereich des rechten Oberschenkels bestehe eine gewisse Kraftminderung im rechten Bein. Daneben mache der Versicherte andauernde Schmerzen geltend. Der Versicherte gebe an, er habe ein Gefühl von Instabilität im rechten Knie, das verunsichere. Das Verweilen in einer knienden Position sei nicht möglich. Zusammenfassend machte der Sachverständige geltend, wie bei allen Patienten mit einem lumbo-spondylogenen Syndrom sei der Versicherte im Lastenheben beeinträchtigt. Das Heben und das Tragen leichter Lasten bis 10 kg sei dem Versicherten sicher zumutbar. Im Hantieren mit Werkzeug sei er kaum eingeschränkt. Längeres Knien oder Stehen sowie gehäuftes Gehen seien wahrscheinlich etwas eingeschränkt. Die Tätigkeit als Bauarbeiter sei kaum mehr zumutbar. Die Situation sei extrem chronifiziert. Objektiv seien ersichtlich und einfach begründbar keine relevanten Veränderungen eingetreten. Er sei erstaunt, dass keine länger dauernde Rehabilitation (physiotherapeutische Massnahmen, Kräftigungsübungen, Gymnastik) durchgeführt worden sei. Der Diabetes könne besser eingestellt werden. Die aktuelle Stoffwechselkontrolle habe keinen negativen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit. Der Versicherte sei arbeitsfähig für jede körperlich nicht belastende Tätigkeit ohne häufiges Gehen, ohne Knien, ohne Klettern auf Gerüste und



ohne Arbeit auf unebenem Boden. Wegen des Diabetes sollte Schichtarbeit vermieden werden. Wenn der Versicherte seine Stellung immer wieder wechseln bzw. wenn er kurze Ruhepausen einlegen könne, bestehe eine leicht verminderte Leistungsfähigkeit von 10-15%, maximal 20%. Durch den Diabetes mellitus sei der Versicherte nicht in der Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt. Es bestehe keine Polyneuropathie, die eine Arbeitsunfähigkeit begründen könnte (IV-act. 97). Dr. med. E.\_\_\_\_ vom RAD wies am 5. Mai 2008 darauf hin, dass der Gutachter zwar eine Polyneuropathie verneint habe, aber weder den fehlenden ASR und den fehlenden PSR bds. noch das verminderte Vibrationsempfinden an den Malleolen rechts diskutiert habe. Die geklagte Gehbehinderung könnte beispielsweise durch die bekannte Gonarthrose, durch den Trainingsmangel mit Rückgang der Muskulatur oder eventuell durch eine eingeschränkte Tiefensensibilität im Rahmen einer diabetischen Polyneuropathie zustande kommen. Dr. E.\_\_\_\_ empfahl eine MEDAS-Begutachtung (IV-act. 98).

C.

C.a Die MEDAS Ostschweiz führte in ihrem Gutachten vom 3. Oktober 2008 aus, es seien folgende Diagnosen erhoben worden: massive Instabilität rechtes Knie (bei/mit St. n. Kontusion/Distorsion, viermaliger Arthroskopie, reaktiven Tendomyosen mit Referred-Pain-Symptomatik, mechanischer Irritation des N. peroneus communis rechts auf Höhe Fibulaköpfchen, radiologisch beginnender Varusgonarthrose), multifaktoriell bedingte schmerzhaftes Dysaesthesien rechter Unterschenkel/Fuss (bei/mit mechanischer Irritation des N. peroneus communis auf Höhe Fibulaköpfchen bei obiger Diagnose, elektroneurographisch motorisch betonter demyelisierender Polyneuropathie der unteren Extremitäten und axonaler motorischer Neuropathie des N. peroneus rechts, Referred-Pain-Symptomatik ausgehend von gluteal rechts, Tractus iliotibialis und Tibialis anterior rechts), lumbospondylogenes Syndrom mit pseudoradikulären Ausstrahlungen rechts (bei/mit wenig segmentalen Bewegungsstörungen am thorakolumbalen Übergang, reaktiven Tendomyosen gluteal rechts mit Referrend-Pain-Symptomatik, minimalen degenerativen Veränderungen mit Anulus-fibrosus-Riss L5/S1 ohne Diskushernie oder andere Neurokompression) sowie – ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit – Diabetes mellitus Typ 2, psychische Faktoren, die körperliche Störungen bewirkten, bei einer anhaltenden Schmerzproblematik (ICD-10 F54), St. n. Distorsion rechter Mittelfinger 04/08 und Adipositas (IV-act.



103-21/38). Weiter wurde ausgeführt, in der zuletzt ausgeübten Tätigkeit im Baugewerbe als angelernter Maurer bestehe aus rein rheumatologisch-orthopädischer Sicht wegen der Instabilitätsproblematik des rechten Kniegelenks mit den sekundären tendomyotischen und neurogenen Veränderungen am rechten Bein keine in einem vernünftigen Ausmass mehr zumutbare Restarbeitsfähigkeit. Für eine körperlich adaptierte Verweistätigkeit bestehe aus psychiatrischer Sicht keine Einschränkung in der Arbeitsfähigkeit, ebensowenig aus internistischer Sicht wegen des Diabetes mellitus, allenfalls mit Ausnahme von Schichtarbeit. Im Vordergrund stehe die Problematik des rechten Beins als Folge des Unfalls vom 16. März 1998 und der vier nachfolgenden arthroskopischen Knieeingriffe rechts. Wegen Schmerzen und insbesondere wegen der objektivierbaren ausgeprägten Rotationsinstabilität des rechten Kniegelenks seien Arbeiten auf Gerüsten und Leitern sowie Tätigkeiten mit viel Treppensteigen, ausschliesslich stehend oder mit längerem Gehen verbunden, nicht mehr zumutbar. Dasselbe gelte für Arbeiten mit häufigem Knien und Kauern. Wegen der beschriebenen neurologischen Problematik, verstärkt durch die Referred-Pain-Symptomatik ausgehend von beschriebenen Triggerpunkten, seien feinmotorische oder mit ständigen Kraftanwendungen verbundene Tätigkeiten mit dem rechten Bein (z.B. Bedienen eines Hebels, eines Druckknopfs, eines Gaspedals etc.) medizinisch nicht zumutbar (IV-act. 103-29/38).

C.b Der psychiatrische Sachverständige hatte in seinem Consiliargutachten vom 12. September 2008 angegeben, bei der Erhebung des Psychostatus habe der Versicherte bezüglich der lebensgeschichtlichen Daten bereitwillig Auskunft gegeben. Bei aktuellen Fragen über Tagesablauf, Autofahren, soziale Kontakte sei er weniger kooperativ gewesen. Er habe oft mit "keine Ahnung" oder mit "weiss nicht" geantwortet. Der Gutachter habe deshalb wiederholt nachfragen müssen und es seien auch immer wieder Widersprüche zum Vorschein gekommen. Zuerst habe der Versicherte angegeben, dass er nicht mehr Auto fahre. Konfrontiert mit den Angaben im Hauptgutachten habe er dann angegeben, dass er nur noch selten fahre und dass er nicht mehr wisse, wann er das letztmal gefahren sei. Bei erneutem Nachfragen habe er sich provoziert gefühlt, dann aber angegeben, dass er letztmals vor einer Woche im Auto gesessen habe. Auch beim Thema soziale Kontakte habe der Versicherte zuerst angegeben, dass er mit niemandem Kontakt habe. Es habe sich dann aber gezeigt, dass er immer wieder mit Leuten Kontakt habe, sei es am



Wochenende mit einem Onkel, unter der Woche mit der Familie und mit den Kindern und mit dem Enkelkind. Nach mehrmaligem Nachfragen sei zu erfahren gewesen, dass der Versicherte am Vortag mit seiner Schwiegertochter in der Stadt unterwegs gewesen sei. Ein Widerspruch sei die gesunde Gesichtsfarbe des Versicherten, die mit "nur zu Hause liegen und fernsehen" nicht erklärbar sei. Im Gespräch mit dem Versicherten habe es keine Hinweise auf wesentliche Aufmerksamkeits- und Gedächtnisstörungen gegeben. Das formale Denken sei zum Teil subaggressiv, einfach strukturiert und krankheitsbetont gewesen. Der affektive Rapport sei herstellbar gewesen. Der Versicherte sei zum Teil etwas dysphorisch-gereizt gewesen und er habe etwas bedrückt gewirkt, aber es habe sich keine wesentliche Herabsetzung der Grundstimmung gezeigt. Die Schwingungsfähigkeit sei erhalten gewesen. Der Versicherte habe berichtet, dass er Freude am Enkelkind, an den Kindern, an der ganzen Familie habe. Angst habe er keine. Er leide an Ein- und Durchschlafstörungen. Der Appetit sei normal. Im Antrieb habe der Versicherte unauffällig, psychomotorisch etwas angespannt gewirkt. Er habe regelmässigen Sexualkontakt mit seiner Ehefrau. Zusammenfassend hielt der psychiatrische Gutachter in seinem Consilium fest, beim Versicherten stünden Sorgen und Spannung, aber auch eine Erwartungshaltung im Vordergrund. Dies sei als psychische Belastung bei körperlicher Erkrankung zu codieren. Es handle sich vor allem um eine subjektive Einschränkung, die kaum Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit habe. Differentialdiagnostisch müsste man auch an rezidivierende kurze depressive Störungen denken. Eine psychiatrisch-psychotherapeutische Behandlung könnte dem Versicherten möglicherweise weiterhelfen bzw. der Entwicklung einer schwereren psychischen Erkrankung vorbeugen. Die Prognose sei eher ungünstig, da sich eine relevante psychische Erkrankung entwickeln könnte (IV-act. 103-35/38 bis 37/38).

D.

Dr. E.\_\_\_\_ vom RAD hielt am 21. November 2008 fest, dass zum Zeitpunkt der MEDAS-Begutachtung ab dem 1. September 2008 eine Arbeitsfähigkeit in einem vollen Pensum für eine adaptierte Tätigkeit bestanden habe (IV-act. 104). Dementsprechend teilte die IV-Stelle dem Rechtsvertreter des Versicherten mit einem Vorbescheid vom 28. November 2008 mit, dass sich der Gesundheitszustand gemäss den medizinischen Abklärungen seit der Einstellung der Rente nicht wesentlich verändert habe. Es bestehe



nach wie vor eine 100%ige Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit ohne häufiges Arbeiten in kniender oder kauender Stellung, ohne übermässiges Treppensteigen und ohne feinmotorische Tätigkeiten mit dem rechten Bein. Es liege somit kein Revisionsgrund vor. Das neue Leistungsbegehren sei abzuweisen (IV-acht. 107). Der Versicherte liess durch seinen Rechtsvertreter am 7. Januar 2009 einwenden, zumindest die Rechtslage habe sich seit der letzten Beurteilung erheblich verändert. Das biete genügend Anlass für eine neuerliche Prüfung der Leistungsansprüche. Das Gutachten der MEDAS sei ihm, dem Rechtsvertreter des Versicherten, nie vorgelegt worden, was das rechtliche Gehör verletze. Beweisrechtlich sei einer ausführlichen Berichterstattung eines behandelnden Arztes ein viel grösserer Stellenwert beizumessen als einem Gutachten. Ein solcher Bericht sei noch einzuholen (IV-act. 108). Dr. E.\_\_\_\_ vom RAD führte in einer internen Stellungnahme vom 4. Februar 2009 aus, im MEDAS-Gutachten sei auf die vom Hausarzt Dr. B.\_\_\_\_ erwähnten Erkrankungen eingegangen worden. Aus medizinischer Sicht sei kein Arztzeugnis von Dr. B.\_\_\_\_ notwendig. Im übrigen habe Dr. B.\_\_\_\_ ein Exemplar des Gutachtens erhalten. Hätte er dessen Ergebnisse als abwegig empfunden, so hätte man von ihm einen Einwand erwarten können (IV-act. 110). Mit einer Verfügung vom 23. Februar 2009 wies die IV-Stelle das Leistungsbegehren des Versicherten ab (IV-act. 111).

E.

A.\_\_\_\_ liess am 1. April 2009 Beschwerde gegen diese Abweisungsverfügung erheben und beantragen, es sei ihm eine behinderungsangepasste Rente zuzusprechen; eventualiter sei das Verfahren zur weiteren Abklärung, insbesondere zur Einholung eines psychiatrischen Gutachtens an die Beschwerdegegnerin zurückweisen. Ausserdem liess er um die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ersuchen. Zur Begründung führte sein Rechtsvertreter aus, es liege eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor, weil ihm der MEDAS-Bericht vorenthalten worden sei. Auch wenn der Bericht nun für das Beschwerdeverfahren zur Verfügung stehe, sei eine Heilung doch ausgeschlossen. Der Hausarzt habe eine Arbeitsunfähigkeit von 100% angegeben. Dem stehe die Einschätzung der MEDAS entgegen. Es hätte also eine Oberbegutachtung vorgenommen werden müssen. Zumindest hätten weitere Abklärungen erfolgen müssen. Das Gutachten der MEDAS überzeuge inhaltlich nicht. Es sei unklar, wenn nicht gar widersprüchlich, wenn im psychiatrischen Konsilium kein



## St.Galler Gerichte

Hinweis auf eine psychiatrische Erkrankung festgestellt, aber trotzdem eine psychiatrisch-psychotherapeutische Behandlung empfohlen worden sei. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers kündigte die Einreichung eines psychiatrischen Gegenberichts an (act. G1).

F.

Die IV-Stelle beantragte am 14. Mai 2009 die Abweisung der Beschwerde. Sie wies darauf hin, dass der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers im Anhörungsverfahren ein Gesuch um Akteneinsicht hätte stellen können. Wenn er das getan hätte, wäre es ihm möglich gewesen, sich vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung mit dem MEDAS-Gutachten auseinanderzusetzen. Rechtsprechungsgemäss habe ein im Verwaltungsverfahren von der IV-Stelle eingeholtes Gutachten volle Beweiskraft, solange nicht konkrete Indizien gegen seine Zuverlässigkeit sprächen. Der Beschwerdeführer sei von den Gutachtern der MEDAS eingehend somatisch und psychiatrisch abgeklärt worden. Das Gutachten sei inhaltlich vollständig, die Ergebnisse seien schlüssig. Der psychiatrische Gutachter habe keine widersprüchlichen Angaben gemacht, indem er eine psychiatrisch-psychotherapeutische Behandlung in Erwägung gezogen habe, obwohl er keine psychiatrische Erkrankung festgestellt habe, denn er habe letzteres überzeugend begründet und von einer Behandlungsbedürftigkeit könne nicht auf eine Arbeitsunfähigkeit geschlossen werden. Dr. B.\_\_\_\_ habe in seinem Zeugnis vom 1. Juni 2007 keine Aspekte benannt, die im Rahmen der Begutachtung unerkannt oder ungewürdigt geblieben wären. Da der Beschwerdeführer in einer adaptierten Erwerbstätigkeit zu 100% arbeitsfähig sei, sei er nicht invalid (act. G6).

G.

Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wandte am 28. Mai 2009 ein, eine Behandlungsbedürftigkeit ohne medizinische Indikation sei eine einigermassen obscure Angelegenheit. Solche Unklarheiten dürften nicht bestehen bleiben, weil sie das Verfahren ungebührlich behinderten und weil sie geeignet seien, zu unsicheren Ergebnissen zu führen (act. G8).

H.





Die Beschwerdegegnerin verzichtete am 9. Juni 2009 auf eine Stellungnahme (act. G10).

I.

Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers reichte am 7. April 2010 einen Bericht des H.\_\_\_\_, Dr. med. F.\_\_\_\_, ein (act. G12). Laut diesem Bericht waren folgende Diagnosen erhoben worden: depressive Episode mit somatischem Syndrom mittelgradigen Ausmasses, anhaltende somatoforme Schmerzstörung, Diabetes mellitus, viermalige Meniskus-Resektion rechts, leichte Gonarthrose rechts, lumbospondylogenes Schmerzsyndrom bei Osteochondrose. Der Beschwerdeführer befand sich seit dem 15. Februar 2010 in Behandlung. Bisher hatten vier Sitzungen stattgefunden. Dr. F.\_\_\_\_ berichtete, laut dem psychiatrischen Befund vom 15. Januar (richtig wohl: Februar) 2010 sei der Beschwerdeführer im Gespräch offen, zugewandt und auskunftsbereit gewesen. Er habe Aufmerksamkeits- und Konzentrationsstörungen angegeben. Seine Stimmung sei durchgehend besorgt, gedrückt, eher resigniert, gefasst wirkend, dafür fast ohne affektive Modulation gewesen. Der Affekt sei kein einziges Mal aufhellbar gewesen, die Mimik habe kaum bewegt gewirkt. Die Sprache sei sehr langsam und der Redefluss leicht vermindert gewesen. Auch die Psychomotorik sei leicht verlangsamt gewesen. Das Denken sei logisch und kohärent, aber grübelnd auf die gesundheitlichen Probleme eingengt gewesen. Dominiert hätten die Knieschmerzen sowie die Angst und Zukunftssorgen. Der Beschwerdeführer habe ausgesprochene Wertlosigkeitsideen und zeitweilige Todeswünsche angegeben, ohne aber aktiv suizidal zu sein. Psychovegetativ habe eine erhebliche ängstlich-depressive Symptomatik vorgelegen, nämlich eine gedrückte Stimmung mit regelmässigem Abendtief, ausgeprägten Durchschlafstörungen, Tagesmüdigkeit, Gereiztheit, Unruhe, erheblicher Minderung von Freude und Interessen und massivem sozialem Rückzug. Der Beschwerdeführer habe chronische Schmerzen im Knie und im Rücken angegeben. Im Vordergrund der geklagten Beschwerden hätten jedoch die Nervosität und die dysphorische Stimmung gestanden, die dem Beschwerdeführer das Leben mit den Familienangehörigen erschwerten. Der Beschwerdeführer habe angegeben, dass die dysphorische Stimmung und die Depression vor dreieinhalb Jahren begonnen hätten. Damals habe er in einer Woche seinen liebsten Cousin und seinen Vater verloren. Dr. F.\_\_\_\_ hielt dazu fest, die depressive Symptomatik sei einerseits in Form eines



Psychosyndroms bei körperlich bedingten chronischen Schmerzen anzusehen. Andererseits handle es sich um die Folge einer erheblichen psychosozialen Folgekomplikation des Unfalls. Es liege ein Circulus vitiosus mit Intensivierungs- und Ausweitungstendenz durch ständige Interaktion mit den körperlichen und den psychosozialen Belastungsfaktoren vor. Im Verlauf von Schmerzchronifizierungen nehme die Bedeutung der psychischen und sozialen Faktoren regelmässig zu. Beim Beschwerdeführer sehe man, dass sich die Ausprägung der psychisch bedingten Beschwerden erst im Lauf des Schmerzchronifizierungsprozesses entwickelt und sich dann zunehmend verstärkt habe. Durch den Einsatz von Antidepressiva hätten die Stimmung und die Unruhe leicht verbessert werden können. Die Chronifizierung der Symptomatik mit eingetretenen psychosozialen Problemen sowie die Begleitdepression schränken die Arbeitsfähigkeit auf ca. 70% ein (act. G12.1). Am 14. April 2010 reichte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers einen Bericht von Dr. med. I.\_\_\_\_ betreffend ein MRI am rechten Knie vom 23. März 2010 ein (act. G14.2). Gemäss diesem Bericht bestand eine degenerative Veränderung des medialen Kniekompartiments. Dr. B.\_\_\_\_ hatte daraus am 9. April 2010 den Schluss gezogen, dass eine Arbeitsfähigkeit bei längerem Gehen und Stehen sowie mit Heben und Tragen nicht möglich sei (act. G14.2).

J.

Die Beschwerdegegnerin verzichtete am 19. April 2010 auf eine Stellungnahme zu diesen Eingaben (act. G16).

Erwägungen:

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.

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.

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 Lohnstrukturerhebung 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.

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<sup>bis</sup> Satz 1 IVG). Dem Beschwerdeführer ist deshalb grundsätzlich eine Gerichtsgebühr aufzuerlegen. Diese Gebühr bemisst sich nach dem Verfahrensaufwand (Art. 69 Abs. 1<sup>bis</sup> Satz 2 IVG). Praxisgemäss erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.- als angemessen. Zufolge 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.