



Fall-Nr.: IV 2010/122
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 29.07.2020
Entscheiddatum: 09.11.2010

Entscheid Versicherungsgericht, 09.11.2010

Art. 6 ATSG. Ermittlung des Arbeitsfähigkeitsgrades. Es gibt keinen Gegensatz zwischen einer medizinisch-theoretischen und einer rechtlichen Arbeitsfähigkeit, denn nur der medizinische Sachverständige ist in der Lage, die Arbeitsfähigkeit einzuschätzen. Dabei muss er aber die zumutbare Willensanstrengung der versicherten Person zur Überwindung einer allfälligen rein subjektiven Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung mit einbeziehen. Nur insofern weist die Arbeitsfähigkeit auch eine "rechtliche" Komponente auf. Art. 8 ATSG, Art. 16 ATSG, Art. 28 IVG, Art. 28a IVG. Bemessung des Invaliditätsgrades mittels Einkommensvergleich. Eingliederung vor Rente. Hat die IV-Stelle zunächst – formell rechtskräftig – über die berufliche Eingliederung verfügt und dann später eine Rentenverfügung erlassen, die angefochten worden ist, so kann das Gericht im Beschwerdeverfahren betreffend Rente die Erfüllung der beruflichen Eingliederungspflicht nicht prüfen. Massgebend ist das Invalideneinkommen, das ohne berufliche Eingliederung erzielt werden könnte (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 9. November 2010, IV 2010/122). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 8C_958/2010 und 8C_1039/2010.

Abteilungspräsidentin Karin Huber-Studerus, Versicherungsrichterin Miriam Lendfers,
Versicherungsrichter Martin Rutishauser; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

Entscheid vom 9. November 2010

in Sachen

D.____,

Beschwerdeführer,



St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Roland Hochreutener, St. Leonhard-Strasse 20,
Postfach, 9001 St. Gallen,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Rente

Sachverhalt:

A.

D.____ (Jg. 1966) meldete sich am 15. Juli 2003 zum Bezug von IV-Leistungen an. Im Anmeldeformular gab er u.a. an, er habe in Bosnien die Primarschule besucht und dann eine Ausbildung zum Verkäufer/Detailhandel absolviert. Die A.____ teilte am 12. August 2003 mit, sie habe den Versicherten als Bodenleger beschäftigt. Ohne den Gesundheitsschaden würde der Lohn ca. Fr. 7000.- (x12) betragen. Der Versicherte habe im Jahr 2000 einen Lohn von Fr. 91'273.-, 2001 einen Lohn von Fr. 86'889.- und 2002 einen Lohn von Fr. 74'477.- (offenbar inklusive Krankentaggeld) erzielt. Dr. med. B.____ berichtete am 8. Oktober 2003, als Bodenleger sei der Versicherte seit dem 27. September 2002 zu 100% arbeitsunfähig. Die Ursache dafür liege in einem lumbospondylogenen Schmerzsyndrom rechts. Verschiedene ambulante Therapien hätten nur unbefriedigende Erfolge gebracht. Auch eine intensive stationäre Therapie in Valens sei nicht von grösseren Erfolgen gekennzeichnet gewesen. Diverse Infiltrationen durch das Kantonsspital St. Gallen seien vom Versicherten als nicht erfolgreich taxiert worden. Er halte eine Beurteilung durch eine MEDAS für sinnvoll. Trotzdem gab Dr. med. B.____ für eine leichte, wechselbelastende Tätigkeit eine Arbeitsfähigkeit von 100% an. Die Klinik Valens berichtete am 13. Oktober 2003, das relevante Problem sei eine stark reduzierte körperliche Belastbarkeit. Es bestünden Hinweise auf eine Funktionsstörung der LWS (Shift- und Bewegungseinschränkungen, aber auch



Beobachtungen, die auf eine Selbstlimitierung hinwiesen). Es habe einerseits eine erhebliche Dekonditionierung und andererseits eine mangelnde Bereitschaft bestanden, bei den Belastungstests ein gewisses Mass an unvermeidbaren Beschwerden bei Belastung zu tolerieren und an effektiven funktionellen Limiten zu arbeiten. Für eine leichte wechselbelastende Tätigkeit bestehe eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit. Die IV-Stelle ordnete am 18. Dezember 2003 eine dreimonatige berufliche Abklärung (Arbeitsversuch) im Hinblick auf eine Umschulung zum Metallbearbeiter an. Der Arbeitsversuch wurde bereits in der zweiten Woche abgebrochen, weil der Versicherte nur zwei Stunden am Tag hatte arbeiten wollen. Es hatte sich um eine leichte und für Rückenpatienten erträgliche Arbeit gehandelt. Dr. med. C.____ vom RAD hielt am 9. Februar 2004 fest, der Versicherte zeige den typischen Verlauf eines Akkordanten, der nach einem Jahrzehnt dekompenziere. Das Hauptproblem sei die negative Selbstüberzeugung des Versicherten. Dr. med. C.____ empfahl eine rheumatologische und psychiatrische MEDAS-Begutachtung.

B.

Das Ärztliche Begutachtungsinstitut ABI führte in seinem Gutachten vom 14. Dezember 2004 aus, der Versicherte leide aus orthopädischer Sicht an einem chronischen lumbovertebralen Schmerzsyndrom ohne radikuläre Symptomatik mit/bei mittelgradigen degenerativen Veränderungen L4 bis S1, Diskusprotrusion L4/5 mit Rezessuseinengung rechtsbetont und Diskusprotrusion L5/S1 ohne wesentliche Rezessuseinengung. Die angegebenen Beschwerden seien durch die objektivierbaren Befunde nur unzureichend zu erklären. Insbesondere sei nicht verständlich, weshalb sich der Versicherte eine derart schiefe Körperhaltung angewöhnt habe. Es bestehe zudem ein stark erhöhter Muskeltonus bereits bei geringgradigen Bewegungen, wodurch wohl eine Schmerzreduktion erzielt werden solle, vermutlich aber eher das Gegenteil erreicht werde. Für körperlich leichte bis mittelschwere Tätigkeiten, bevorzugt in wechselnder Position und ohne Zwangshaltungen der unteren Wirbelsäule bestehe aus orthopädischer Sicht eine zeitlich und leistungsmässig uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit. Der psychiatrische Gutachter berichtete, es liege eine Schmerzverarbeitungsstörung vor. Diese Diagnose entspreche zwar nicht den ICD-10 Klassifikationen. Der nicht adäquate Umgang mit Schmerzen resp. die ausgeprägte subjektive Einschränkung durch Schmerzen, die nicht durch somatische Befunde



objektiviert werden könnten, liessen sich aber am besten mit dieser Diagnose klassifizieren. Es handle sich nicht um eine bewusste Aggravation. Vielmehr komme es aufgrund persönlicher oder soziokultureller Besonderheiten oder aufgrund einer wirtschaftlichen Bedrängnis zu einer psychischen Überlagerung körperlicher Symptome. Da keine langandauernden psychosozialen Belastungen vorgelegen hätten, könne nicht die Diagnose einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung gestellt werden. Das passive Bewältigungsmuster trage vermutlich wesentlich zur Chronifizierung der Schmerzen bei. Hinweise auf eine depressive Erkrankung fehlten. Bei der Blutuntersuchung seien die verordneten Antidepressiva nicht nachweisbar gewesen. Aus psychiatrischer Sicht bestehe keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit. Es sei dem Versicherten zumutbar, die erforderliche Willensanstrengung aufzubringen, um weiterhin ganztags und ohne Leistungseinschränkung einer Arbeit nachzugehen. Aufgrund der subjektiven Krankheitsüberzeugung und der Selbstlimitierung seien berufliche Massnahmen kaum durchführbar.

C.

Der Berufsberater der IV-Stelle hielt am 24. Januar 2005 fest, der E.____ hätte einem erneuten Arbeitsversuch nur zugestimmt, wenn der Versicherte bereit gewesen wäre, während eines dreiwöchigen Arbeitsversuchs zu beweisen, dass er die nötige Präsenz und Motivation einhalten könne. Berufsberaterisch könne dem Versicherten nicht geholfen werden. Mit Verfügungen vom 18. Februar 2005 wies die IV-Stelle die Begehren um berufliche Eingliederungsmassnahmen und das Rentenbegehren ab. Der Versicherte liess Einsprache gegen diese Verfügungen erheben. Er machte u.a. geltend, das Ergebnis der psychiatrischen Abklärung durch das ABI sei falsch. Die IV-Stelle widerrief daraufhin die Verfügungen vom 18. Februar 2005. Dr. med. F.____ vom RAD empfahl am 20. Juli 2005, am ABI-Gutachten festzuhalten. Dr. med. G.____ berichtete der IV-Stelle am 27. Januar 2006 über einen mehrwöchigen stationären Aufenthalt des Versicherten in der Klinik Gais. Er gab an, neben der chronischen Lumboischialgie rechtsbetont bestehe eine depressive Anpassungsstörung. Vorwiegend aus somatischer Sicht bestehe eine vollständige Arbeitsunfähigkeit. Der Versicherte sollte neurochirurgisch beurteilt werden. Der Berufsberater der IV-Stelle hielt am 28. Februar 2006 fest, bei den Besprechungen mit dem Versicherten sei eine Diskussion über das Thema Schmerzen hinaus gar nicht möglich gewesen. Der



St.Galler Gerichte

Psychiater Dr. med. H.____ berichtete am 13. Februar 2006, der Versicherte leide an einer mittelgradigen depressiven Störung mit somatischen Symptomen auf dem Boden einer anankastischen Persönlichkeit. Aus rein psychiatrischer Sicht bestehe spätestens seit dem 29. November 2003 (Behandlungsbeginn) eine Arbeitsunfähigkeit von 70%. Trotz der Therapie mit Antidepressiva, Anxiolytika und psychotherapeutischen Gesprächen sei der Gesundheitszustand des Versicherten unverändert. Auch eine stationäre Therapie in Gais habe keine Besserung gebracht. Dr. med. F.____ vom RAD empfahl am 26. Juli 2006 eine Verlaufsbeurteilung.

D.

Das ABI führte in seinem Gutachten vom 25. Juni 2007 aus, bei der psychiatrischen Untersuchung habe der Versicherte mit leidender Mimik, humpelnd und den Oberkörper seitlich gebeugt den Untersuchungsraum betreten. Während der gesamten Untersuchung habe sich das Bild nicht geändert. Der Versicherte habe gestöhnt und auch im Sitzen eine unnatürliche, angespannte Haltung eingenommen. Der Versicherte sei bei klarem Bewusstsein, zeitlich, örtlich und autopsychisch voll orientiert gewesen. Hinweise auf ein psychotisches Geschehen hätten nicht eruiert werden können. Insbesondere hätten Wahnideen, Halluzinationen oder eine Ich-Störung gefehlt. Wahrnehmung, Auffassung und Gedächtnis seien klinisch nicht als beeinträchtigt erschienen. Der Versicherte sei in der Lage gewesen, die Konzentration und die Aufmerksamkeit über die gesamte Untersuchungsdauer von 55 Min. aufrecht zu erhalten. Affektiv habe er mehr leidend und schmerzgeplagt als depressiv und niedergeschlagen gewirkt. Aus psychiatrischer Sicht könne nur eine Schmerzverarbeitungsstörung erhoben werden. Es bestehe eine gewisse Verstimmung als Folge der Schmerzen, jedoch liege kein depressives Symptom vor. Hinweise für unbewusste psychische Konflikte hätten nicht eruiert werden können. Psychosoziale Belastungsfaktoren in der Anamnese hätten nicht eruiert werden können. Dem Versicherten sei eine körperlich angepasste Tätigkeit in einem vollen Pensum zumutbar. Es liege eine leichte reaktive Verstimmung bei chronischen Schmerzen vor. Auch jetzt seien die Serumwerte wieder so tief gewesen, dass die medikamentöse Behandlung nicht wirksam sein könne. Es müsse zwischen depressiven Symptomen einerseits und Verstimmungszuständen als Folge von somatischen Schmerzen und von psychosozialen Belastungszuständen andererseits unterschieden werden. Daraus



ergebe sich eine andere Gesamtschätzung als bei Dr. med. G.____ von der Klinik Gais und bei Dr. med. H.____. Der orthopädische Gutachter des ABI berichtete, es liege ein chronisches lumbovertebrales Schmerzsyndrom ohne radikuläre Symptomatik bei mittelgradigen Veränderungen L4 bis S1 mit Diskusprotrusionen L4/5 und L5/S1, MR-tomographisch ohne sichtbare Kompression neuraler Strukturen vor. Die vom Versicherten angegebenen Beschwerden hätten sich durch die objektivierbaren Befunde höchstens teilweise erklären lassen. Zwar bestünden gewisse degenerative Veränderungen im tieflumbalen Bereich, welche die Belastungsfähigkeit daselbst verminderten, doch sei es nach wie vor nicht erklärbar, weshalb sich der Versicherte eine derart schiefe Körperhaltung angewöhnt habe, die aufgrund allgemeiner Erfahrung nicht zu einer Schmerzminderung führen könne, sondern den Schmerz sogar verstärke. Die Untersuchung habe gezeigt, dass es dem Versicherten ohne weiteres möglich sei, jederzeit wieder eine orthograde Oberkörperhaltung einzunehmen. Für körperlich leichte bis mittelschwere Tätigkeiten mit einer Hebe- und Tragelimiten von 15 kg, in wechselnden Positionen und ohne Zwangshaltungen der unteren Wirbelsäule bestehe eine zeitlich und leistungsmässig uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit. Die objektivierbaren Befunde vermöchten aufgrund der allgemeinen Erfahrung bei derart angepassten Tätigkeiten keine wesentliche Schmerzprovokation zu begründen, weshalb sie dem Versicherten zumutbar seien. Im Vergleich zur Begutachtung von 2004 hätten sich keine objektivierbaren Veränderungen ergeben. Bei ihrer Gesamtbeurteilung hielten die Gutachter u.a. fest, die Arbeitsfähigkeitsschätzung gelte im genannten Ausmass seit September 2002. Abschliessend wiesen sie nochmals darauf hin, dass depressive Verstimmungszustände der Schmerzverarbeitungsstörung zuzuordnen seien, was auch die Klinik Gais so gesehen habe. Nur der behandelnde Psychiater Dr. med. H.____ sei hier ausgesichert, wobei er sogar noch eine anankastische Persönlichkeit festgestellt habe, die sonst keine Facharzt erhoben habe. Die Diagnosen von Dr. med. H.____ könnten in keiner Weise nachvollzogen werden. Selbst bei seinen Diagnosen hätte im übrigen noch eine Teilarbeitsfähigkeit bestehen müssen.

E.

Der Berufsberater der IV-Stelle stellte auch am 22. Februar 2008 wieder fest, dass er dem Versicherten nicht weiterhelfen könne. Er stellte ein Valideneinkommen des



Versicherten als Bodenleger von Fr. 95'856.- einem durchschnittlichen Hilfsarbeiterlohn von Fr. 59'028.- gegenüber. Daraus resultierte eine Invalidität von 38%. Die IV-Stelle teilte dem Versicherten mit zwei Vorbescheiden vom 22. April 2008 mit, dass sie beabsichtige, sowohl das Begehren um berufliche Eingliederungsmassnahmen als auch das Rentenbegehren abzuweisen. Der Versicherte liess am 23. Mai 2008 einwenden, mit der Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. med. H.____ (30%) und der vom Hausarzt ab August 2004 attestierten vollständigen Arbeitsunfähigkeit auch für adaptierte Tätigkeiten sei der Anspruch auf eine ganze Invalidenrente erstellt, zumal Dr. med. G.____ die Einschätzung von Dr. med. H.____ bestätigt habe. Auf das ABI-Gutachten könne nicht abgestellt werden, weil die psychiatrische Abklärung nur 55 Min. gedauert habe, weil die Gutachter nicht alle relevanten Akten berücksichtigt hätten (Behandlung in der Klinik Teufen) usw. Bei der Bemessung des zumutbaren Invalideneinkommens hätte ein zusätzlicher Abzug von 10% berücksichtigt werden müssen. Dr. med. G.____ hatte dem Rechtsvertreter des Versicherten am 20. Mai 2008 u.a. mitgeteilt, dass sich der Gesundheitszustand des Versicherten seit der Begutachtung von 2004 wesentlich verschlechtert habe. Der Versicherte habe sich völlig zurückgezogen, er lebe total isoliert und ertrage keine Gesellschaft mehr. Der psychiatrische Gutachter des ABI habe die bestehende depressive Störung übersehen. Die psychische Störung (Depression) sei eine eigenständige psychische Erkrankung und nicht nur die Reaktion auf Schmerzen. Während eines 55-minütigen Gesprächs sei es gar nicht möglich, den komplexen psychischen Zustand des Versicherten zu beurteilen. Am 21. Oktober 2008 teilte Dr. med. G.____ dem Rechtsvertreter des Versicherten mit, dass letzterer nun an einer leichten depressiven Episode und an einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung leide. Die Arbeitsfähigkeit sei dadurch um 30% reduziert. Die IV-Stelle ordnete eine nochmalige Begutachtung durch das ABI an.

F.

Das ABI erstattete sein drittes Gutachten am 18. Mai 2009. Der psychiatrische Gutachter berichtete, es liege eine somatoforme Schmerzstörung vor. Die Abhängigkeit von der Sozialhilfe belaste den Versicherten, da er sich als "Schmarotzer" fühle. Die psychosozialen und die emotionalen Belastungsfaktoren seien deutlich ausgeprägt und drückten sich durch die psychische Überlagerung auch in den Schmerzen aus. Wegen der depressiven Verstimmungen sei der Versicherte bei Dr. med. H.____ und bei der



psychiatrischen Tagesklinik in I.____ in Behandlung. Er erhalte eine antidepressive Medikation. Der Medikamentenspiegel der beiden verordneten Antidepressiva liege aber deutlich unter den Referenzwerten. Der Versicherte nehme zudem ein Opioidanalgetikum ein. Hinweise auf eine missbräuchliche Einnahme dieses Medikaments gebe es nicht. Diagnostisch bestehe derzeit eine leichte depressive Episode mit depressiven Verstimmungen, leichten Konzentrationsstörungen, erhöhter Ermüdbarkeit, Antriebsstörungen und Schlafstörungen. Die Arbeitsfähigkeit sei durch die leichte depressive Episode und durch die anhaltende somatoforme Schmerzstörung eingeschränkt. Eine mittelgradige oder sogar schwere psychische Störung liege nicht vor. Hinweise auf unbewusste Konflikte fehlten, so dass kein primärer Krankheitsgewinn gegeben sei. Die komplexen Ich-Funktionen seien nicht deutlich schwer gestört. Daher könne es dem Versicherten trotz der geklagten Beschwerden zugemutet werden, einer den körperlichen Einschränkungen angepassten Tätigkeit zu 80% nachzugehen. Die Beurteilung und Einschätzung durch Dr. med. H.____ könne nicht nachvollzogen werden. Im Gegensatz zur Auffassung von Dr. med. G.____ betrage die Arbeitsunfähigkeit nur 20% und nicht 30%. Der soziale Rückzug des Versicherten sei nicht deutlich schwer ausgeprägt. Die nächtlichen Schlafschwierigkeiten würden dadurch verstärkt, dass sich der Versicherte tagsüber hinlege. Der Versicherte leide nicht unter deutlich schweren Konzentrationsstörungen. Er fahre nämlich längere Strecken selbst mit dem Auto, was eine gute Konzentrationsfähigkeit voraussetze. Der orthopädische Gutachter berichtete, folgende Befunde seien objektivierbar gewesen: Der ebene Gang sei mitsamt den geprüften Varianten unauffällig gewesen. Bei der Untersuchung der Wirbelsäule habe sich lumbal eine erhebliche Bewegungseinschränkung gezeigt. Der initial deutlich erweiterte Finger-Boden-Abstand sei später durch den korrekt einnehmbaren Langsitz relativiert worden. Die explizite Prüfung der Kopffrotation sei stark eingeschränkt gewesen. In abgelenkter Situation sei die Kopffrotation aber aktiv frei bis in die Endstellung gelungen. An den oberen und den unteren Extremitäten habe eine freie Beweglichkeit bei guter Kraftentfaltung bestanden. Die gesamte Untersuchung sei von einer wiederholten Schmerzäusserung lumbal sowie in den Hüften bds. begleitet gewesen, allerdings weitestgehend unabhängig von der gerade durchgeführten Prüfung. Fünf von fünf Waddell-Zeichen seien positiv gewesen. Auf der neurologischen Ebene hätten sich keine Hinweise für eine Pathologie im Bereich des peripheren Nervensystems gezeigt.



Eine spinale Kompressionsproblematik oder eine Läsion eines grösseren peripheren Nervs könne klinisch weitestgehend ausgeschlossen werden. Auf radiologischer Ebene hätten sich mässige degenerative Veränderungen an der unteren HWS gezeigt, die allerdings im Verlauf nicht zugenommen hätten. Der kernspintomographische Befund der HWS sei altersentsprechend regelrecht gewesen. Die angegebenen Beschwerden liessen sich durch die objektivierbaren Befunde und die Bilddokumente nicht begründen. Die unablässige Schmerzäusserung und die verschiedenen Inkonsistenzen während der gesamten körperlichen Untersuchung seien ein klarer Hinweis auf eine nichtorganische Komponente der Schmerzen gewesen. Die mässigen degenerativen Veränderungen an der lumbalen Wirbelsäule könnten bei hohen körperlichen Belastungen zu Beschwerden führen. Ungeklärt sei, weshalb es trotz der körperlich weitgehenden Schonung während längerer Zeit und trotz verschiedener konservativer Therapiemassnahmen nicht zu einer klaren Schmerzreduktion gekommen sei. Auch der effektive Leidensdruck durch die somatischen Beschwerden sei nicht klar. Trotz der um 08:00 Uhr begonnenen Untersuchung und der vorgängigen Anreise aus der Ostschweiz habe der Versicherte nämlich erst um 09:30 Uhr eine Schmerztablette eingenommen. Für körperlich leichte bis mittelschwere Tätigkeiten unter Wechselbelastung bestehe aus rein orthopädischer Sicht eine zeitlich und leistungsmässig uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit. Das Heben und Tragen von Lasten über 15 kg sollte vermieden werden. Im Vergleich zum aktuellen Alltagsleben sollte bei einer angepassten Tätigkeit kaum eine wesentliche Schmerzprovokation entstehen, so dass eine solche Tätigkeit zumutbar sei. Die Gesamtdiagnose aller Gutachter lautete: leichte depressive Episode, anhaltende somatoforme Schmerzstörung, chronisches lumbovertebrales Schmerzsyndrom ohne radikuläre Ausfälle (Diskusprotrusionen LWK4/5 und LWK5/SWK1 ohne Neurokompression und beginnende Osteochondrose LWK4/5, im Verlauf unverändert), chronische Zervikozephalgie ohne radikuläre Ausfälle (freie Beweglichkeit der HWS und altersentsprechend regelrechter kernspintomographischer Befund der HWS). Aus polydisziplinärer Sicht wurde für eine körperlich leichte bis mittelschwere, angepasste Tätigkeit bei ganztägigem Einsatz von einer Leistungseinbusse von 20% ausgegangen. Die vollständige Arbeitsunfähigkeit im Beruf als Bodenleger bestand nach der Ansicht der Gutachter seit September 2002. Die Leistungseinbusse von 20% aus psychiatrischer Sicht konnte frühestens ab



November 2007 und spätestens ab April 2009 bestätigt werden, da sie bei der letzten Begutachtung am 25. Juni 2007 noch nicht bestanden hatte.

G.

Die IV-Stelle hielt am 6. Oktober 2009 fest, gemäss einer telefonischen Auskunft des früheren Arbeitgebers verdiene ein Bodenleger Fr. 7000.- (x12). Die IV-Stelle verglich ein Valideneinkommen von Fr. 84'000.- mit einem anhand statistisch ermittelter Durchschnittszahlen bestimmten zumutbaren Invalideneinkommen von Fr. 49'174.-. Das ergab einen Invaliditätsgrad von 41%. Mit einer Verfügung vom 5. November 2009 wies die IV-Stelle das Gesuch um berufliche Eingliederungsmassnahmen ab. Mit einem Vorbescheid vom gleichen Tag teilte sie dem Versicherten mit, dass sie beabsichtige, mit Wirkung ab 1. November 2008 eine Viertelsrente auszurichten. Der Versicherte liess am 7. Dezember 2009 einwenden, gestützt auf die Berichte von Dr. med. H.____ vom 20. Mai 2008 und von Dr. med. G.____ vom 21. Oktober 2008 sei von einer mindestens mittelgradigen Depression auszugehen. Das psychiatrische Zentrum J.____ habe am 5. Mai 2009 ebenfalls eine mittelgradige depressive Episode mit somatischem Syndrom und eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung attestiert und eine Arbeitsunfähigkeit von 100% angegeben. Das Gutachten des ABI überzeuge u.a. deshalb nicht, weil kein Bericht des psychiatrischen Zentrums J.____ angefordert worden sei, weil sich die psychiatrische Gutachterin in einem offensichtlichen Widerspruch zur Beurteilung aller behandelnden Psychiater befunden habe und weil sie sich mit den abweichenden Meinungen nicht auseinandergesetzt habe. Das massgebende Valideneinkommen betrage Fr. 97'781.-. Bei einer Ermittlung des zumutbaren Invalideneinkommens hätte ein zusätzlicher Abzug von 15% berücksichtigt werden müssen. Dr. med. K.____ vom RAD gab am 22. Dezember 2009 an, der Bericht des psychiatrischen Zentrums J.____ sei nicht auf eine nach der Begutachtung eingetretene Verschlechterung des psychischen Gesundheitszustandes zurückzuführen. Die beschriebenen psychopathologischen Befunde unterschieden sich nicht wesentlich von der Beurteilung durch das ABI. Rein formal seien aufgrund der Beschreibung die diagnostischen Kriterien für eine mittelgradige depressive Episode nicht erfüllt. Insgesamt liege eine andere Beurteilung eines an sich unveränderten medizinischen Sachverhalts vor. Mit einer Verfügung vom 26. Februar 2010 sprach die



IV-Stelle dem Versicherten mit Wirkung ab November 2008 bei einem Invaliditätsgrad von 41% eine Viertelsrente zu.

H.

Der Versicherte liess am 18. März 2010 Beschwerde erheben und die Zusprache einer ganzen Rente mit Wirkung ab November 2008, eventualiter die Zusprache einer halben Rente mit Wirkung ab November 2008, subeventualiter die Rückweisung zur weiteren Abklärung beantragen. In bezug auf die Ermittlung des massgebenden Invaliditätsgrades deckte sich die Beschwerdebegründung mit der Stellungnahme vom 7. Dezember 2009. Der Rechtsvertreter des Versicherten machte weiter geltend, die Ermittlung des Valideneinkommens anhand einer telephonischen Auskunft sei unzulässig, da eine Telephonnotiz keinen Beweiswert entfalte. Ausgehend vom Durchschnitt der Jahre 1999 bis 2001 und unter Berücksichtigung der Nominallohnentwicklung sei von einem Valideneinkommen von Fr. 98'764.- auszugehen. Das zumutbare Invalideneinkommen betrage bei einem Arbeitsunfähigkeitsgrad von 20% und einem zusätzlichen Abzug von 15% Fr. 41'601.-. Das entspreche einem Invaliditätsgrad von 58%. Selbst wenn nicht von einer Arbeitsunfähigkeit von 100% ausgegangen würde, bestünde also ein Anspruch auf mindestens eine halbe Rente.

I.

Die IV-Stelle formulierte in ihrer Beschwerdeantwort vom 25. Mai 2010 folgende Begehren: "Es sei festzustellen, dass keine Rente geschuldet sei. Eventuell sei die Beschwerde abzuweisen". Zur Begründung machte die IV-Stelle u.a. geltend, weder im Gutachten des ABI vom 14. Dezember 2004 noch im provisorischen Austrittsbericht vom 27. Januar 2006 sei eine leichte depressive Episode festgestellt worden. Demnach müsse sich die leichte depressive Episode später entwickelt haben. Dr. med. G.____ und die psychiatrische Gutachterin seien sich in der Diagnose, nicht aber in der Arbeitsunfähigkeit einig gewesen. Die Begründung der psychiatrischen Gutachterin für eine Arbeitsfähigkeit von 80% sei schlüssig und plausibel. Auf die Meinung von Dr. med. H.____ könne nicht abgestellt werden, weil es verwaltungs- und gerichtsnotorisch sei, dass er stets tiefe Arbeitsfähigkeiten attestiere. Der Bericht des psychiatrischen



Zentrums vom 5. Mai 2009 habe keine Aussagekraft. Weder die anhaltende somatoforme Schmerzstörung noch die leichte depressive Episode könnten eine Invalidität im Rechtssinn begründen. Die Kriterien für eine Abweichung von diesem Grundsatz seien nicht erfüllt. Deshalb sei der Versicherte zwar medizinisch-theoretisch zu 20% arbeitsunfähig, aus rechtlicher Sicht aber zu 100% arbeitsfähig. Das Gutachten vom 19. November 2008 erfülle alle Anforderungen und es entfalte vollen Beweiswert. Der Versicherte wäre ohne die Gesundheitsbeeinträchtigung weiterhin bei seinem früheren Arbeitgeber tätig gewesen. Dort hätte er aktuell Fr. 84'000.- verdient. Das entspreche dem vom Arbeitgeber genannten Durchschnittseinkommen der Jahre 2000 bis 2002. Das Valideneinkommen beruhe also auf dem Fragebogen für den Arbeitgeber und nicht auf einer telephonischen Auskunft. Bei einer Arbeitsfähigkeit von 100% resultiere ein Invaliditätsgrad von 33%. Ein zusätzlicher Abzug vom Einkommen sei nicht gerechtfertigt.

J.

In seiner Replik vom 16. Juni 2010 liess der Versicherte zusätzlich beantragen, die IV-Stelle sei zu verpflichten, die mit einem Schreiben vom 26. Mai 2010 formlos eingestellte Ausrichtung der laufenden Rente ab der Eröffnung des Zwischenentscheids wieder auszurichten. In der Sache liess der Versicherte ausführen, der Austrittsbericht des psychiatrischen Zentrums J. ___ vom 5. Mai 2009 sei durchaus begründet. Es sei nämlich angegeben worden, die Dosierung des Antidepressivums habe erhöht werden müssen. Die berichtende Psychiaterin sei eine erfahrene Fachärztin und sie habe aufgrund der zweieinhalb monatigen Beobachtung eine objektive Grundlage für ihre Arbeitsfähigkeitsschätzung gehabt. Wenn die IV-Stelle die Arbeitsfähigkeitsschätzung des ABI nicht akzeptieren wolle, dann setze sie sich über die dem Mediziner obliegende Beurteilung hinweg, obwohl sie dem Gutachten vollen Beweiswert zumesse. Die IV-Stelle könne nicht nachvollziehbar begründen, weshalb das früher angenommene Valideneinkommen von Fr. 86'889.- nicht mehr zutreffen solle. Die Feststellung im Gutachten, dass aus orthopädischer Sicht in einer adaptierten Erwerbstätigkeit keine Arbeitsunfähigkeit bestehe, sei aufgrund der neuesten Abklärungen ernsthaft in Frage gestellt. Dr. med. L. ___ habe nämlich einen operativen Eingriff (Spondylodese) empfohlen. Der Versicherte legte mehrere Berichte des Neurochirurgen Dr. med. L. ___ bei.



K.

Die IV-Stelle wandte am 25. Juni 2010 ein, die Rentenverfügung sei nicht in Rechtskraft erwachsen. Deshalb habe der Versicherte keinen Anspruch auf die Rente. Die vorsorgliche Auszahlung bestrittener Leistungen sei gar nicht zulässig. Der Versicherte verkenne, dass zwischen einer medizinisch-theoretischen und einer rechtlichen Erwerbsfähigkeit zu unterscheiden sei.

L.

Die Gerichtsleitung machte den Versicherten am 12. Juli 2010 darauf aufmerksam, dass aufgrund einer vorläufigen Durchsicht der Akten und der Rechtsschriften von der Möglichkeit einer reformatio in peius auszugehen sei. In seiner Eingabe vom 2. September 2010 erklärte der Versicherte, er könne von der Möglichkeit eines Beschwerderückzugs keinen Gebrauch machen. Aufgrund seiner zunehmenden und in den letzten Jahren massiv verschlimmerten Rückenbeschwerden werde er sich demnächst einem operativen Eingriff unterziehen müssen. Deshalb sei die Annahme der IV-Stelle, er sei in allen leichten bis mittelschweren Tätigkeiten ohne zeitliche und leistungsmässige Einschränkung leistungsfähig, schlichtweg nicht nachvollziehbar.

Erwägungen:

1.

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.

1.1 Der Beschwerdeführer hat gemäss seinen eigenen Angaben in seinem Herkunftsland eine Berufslehre als Verkäufer/Detailhandel absolviert. In der Schweiz



hat er diesen Beruf aber nie ausgeübt. Erst ist hier ab 1988 als – ungelernter – Bodenleger tätig gewesen. Es gibt keine Hinweise darauf, dass er später wieder in seinen Beruf als Verkäufer zurückgekehrt wäre, wenn er gesund geblieben wäre. Viel wahrscheinlicher ist, dass er weiterhin als ungelernter Bodenleger tätig gewesen wäre. In dieser Tätigkeit hat er bei seinem früheren Arbeitgeber gemäss den Einträgen in seinem individuellen Beitragskonto (IK) im Jahr 1996 Fr. 68'971.-, im Jahr 1997 Fr. 83'084.-, im Jahr 1998 Fr. 82'631.-, im Jahr 1999 Fr. 85'922.-, im Jahr 2000 Fr. 91'277.- und im Jahr 2001 Fr. 74'689.- verdient. Gemäss den Angaben des Arbeitgebers im entsprechenden Formular hat der Beschwerdeführer im Jahr 2001 nicht Fr. 74'689.-, sondern Fr. 86'889.- verdient. Die Angaben des Arbeitgebers für das Jahr 2002 sind nicht relevant, da der entsprechende Betrag möglicherweise Krankentaggelder in unbekannter Höhe enthält. Der Arbeitgeber hat seine Einkommensangaben für die Jahre 2000 bis 2002 mit dem Vermerk "Akkord" versehen. Das erklärt die für einen ungelernten Bodenleger ausserordentlich hohen Einkommen. Akkordarbeiten im Baugewerbe sind nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht mit einer normalen Beschäftigung zu vergleichen. Akkordarbeiten werden unter ausserordentlich hohem Leistungs- und Zeitdruck geleistet und die Wochenarbeitszeit liegt weit über dem Durchschnitt im Baugewerbe, denn der Lohn richtet sich ausschliesslich nach der ganz konkreten Leistung. Akkord wird aber nur dann geleistet, wenn entsprechende Arbeitsaufträge vorliegen. Das ist nicht immer der Fall, d.h. es gibt auch Zeiten, in denen "nichts läuft". Das zeigen die stark schwankenden jährlichen Einkommenszahlen zwischen 1996 und 2001. Bodenlegen im Akkord ist keine Tätigkeit, die bis zur altersbedingten Pensionierung ausgeübt wird, denn der gesundheitliche Verschleiss ist aufgrund der ständigen Überforderung enorm. Die Validenkarriere muss aber auf einer langfristigen Hypothese, im Idealfall einer Hypothese bis zur altersbedingten Pensionierung, beruhen. Das bedeutet, dass die vom Beschwerdeführer zuletzt ausgeübte Akkordtätigkeit nicht als Validenkarriere angesehen werden kann. Dies schliesst es aus, das im letzten Jahr oder in den letzten drei Jahren vor dem Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung erzielte Einkommen als Valideneinkommen in den Einkommensvergleich einzusetzen, denn dieses Einkommen kann nach dem oben Gesagten nicht Ausdruck der langfristigen Validenkarriere sein. Der Beschwerdeführer wäre der Akkordbelastung auch ohne die nun eingetretene Gesundheitsbeeinträchtigung nicht bis zu seiner Pensionierung gewachsen gewesen.



Dies zwingt dazu, zur Bemessung des Valideneinkommens nicht auf die in der Vergangenheit erzielten Einkommen, sondern auf das Einkommen abzustellen, das ein ungelernter Bodenleger erzielen würde, wenn er nicht im Akkord tätig wäre. Der letzte Arbeitgeber des Beschwerdeführers hat ein Einkommen von Fr. 84'000.- angegeben. Dieses Einkommen liegt weit über dem Durchschnitt der Hilfsarbeiterlöhne. Da es sich beim Bodenlegen nicht um eine besonders qualifizierte Hilfsarbeit handelt, muss auch dieses hohe Einkommen auf einer Arbeit beruhen, die wenigstens teilweise im Akkord zu leisten ist. Dies schliesst es aus, auf die Angaben des letzten Arbeitgebers abzustellen (womit sich auch die Frage nach dem Beweiswert der Telephonnotiz vom 6. Oktober 2009 erübrigt). Die Sache ist deshalb zur weiteren Abklärung des Valideneinkommens an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin wird zu ermitteln haben, welchen Lohn ein ungelernter, aber erfahrener Bodenleger erzielen kann, wenn er nicht im Akkord tätig ist.

1.2 Die zumutbare Invalidenkarriere des Beschwerdeführers richtet sich nach der medizinischen Definition einer adaptierten Erwerbstätigkeit. Gemäss dem Gutachten des ABI vom 18. Mai 2009 handelt es sich dabei um eine körperlich leichte bis mittelschwere Tätigkeit unter Wechselbelastung und ohne Heben oder Tragen von Lasten über 15 kg. Der vom Beschwerdeführer erlernte Beruf eines Detailhandelsverkäufers erfüllt diese Vorgaben. Ein Detailhandelsverkäufer kann wechselbelastend tätig sein, mehr als mittelschwere Arbeiten hat er nicht auszuführen und Gewichte über 15 kg kann er mit einem Hilfsmittel (Gabelstapler) heben. Die Tätigkeit eines Detailhandelsverkäufers hat sich seit der Berufslehre des Beschwerdeführers nicht so stark verändert, dass das berufliche Wissen des Beschwerdeführers nicht mehr brauchbar wäre, die Ausübung des erlernten Berufes also eine Wiedereinschulung im Sinne von Art. 17 Abs. 2 IVG erfordern würde. Natürlich hat auch im Detailhandel die EDV Einzug gehalten, aber der Umgang damit ist bekanntlich einfach und deshalb im Rahmen einer kurzen Einführung am konkreten Arbeitsplatz auch für den Beschwerdeführer erlernbar. Das gilt auch für die notwendigen Branchenkenntnisse, die sich auch jeder andere Verkäufer neu aneignen muss, wenn er die Stelle und damit auch die Detailhandelsbranche wechselt. Der Beschwerdeführer könnte also ohne berufliche Eingliederung wieder in seinem erlernten Beruf arbeiten, sofern er eine Stelle finden würde, an der er sich seiner Muttersprache bedienen könnte, d.h. durch die fehlenden Deutschkenntnisse nicht



behindert wäre. Der Beschwerdeführer könnte aber auch eine adaptierte Hilfsarbeit ausüben. Dabei wäre er durch die fehlenden Deutschkenntnisse nicht behindert, denn erfahrungsgemäss weist ein Grossteil der Hilfsarbeiter nicht mehr Deutschkenntnisse auf als der Beschwerdeführer und kommt trotzdem am Arbeitsplatz sehr gut zurecht. Der Beschwerdeführer könnte seine verbliebene Arbeitsfähigkeit als Hilfsarbeiter in praktisch allen Branchen einsetzen, so dass sich eine zumutbare Invalidenkarriere als Hilfsarbeiter nicht weiter definieren lässt. Das zumutbare Invalideneinkommen wäre also bei einer allfälligen Qualifikation des Beschwerdeführers als Hilfsarbeiter anhand des Zentralwerts der Hilfsarbeiterlöhne aller Branchen (vgl. die vom Bundesamt für Statistik herausgegebene Lohnstrukturerhebung, Anhang Tabelle TA1) zu ermitteln. Da nicht feststeht, dass die Restarbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers im erlernten Beruf als Detailhandelsverkäufer in der Schweiz verwertbar wäre und da auch nicht bekannt ist, welchen Lohn der Beschwerdeführer an einer geeigneten Arbeitsstelle erzielen könnte, ist es nicht möglich, die massgebende zumutbare Invalidenkarriere definitiv zu bestimmen. Auch in bezug auf die Frage nach der zumutbaren Invalidenkarriere ist die Sache also zur weiteren Sachverhaltsabklärung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin wird durch einen ihrer Berufsberater prüfen, ob die Arbeitskraft des Beschwerdeführers als Detailhandelsverkäufer auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt verwertbar ist und welches Einkommen damit gegebenenfalls erzielt werden könnte. Sie wird dann dieses Einkommen mit dem statistischen Durchschnittseinkommen der Hilfsarbeiter vergleichen und die zumutbare Invalidenkarriere nach derjenigen beruflichen Tätigkeit festlegen, die dem Beschwerdeführer das höhere zumutbare Invalideneinkommen einbringen würde.

1.3

1.3.1 Die Höhe des zumutbaren Invalideneinkommens hängt nicht nur von der Art der Invalidenkarriere bzw. dem entsprechenden Lohnniveau, sondern auch von der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers ab. Im Gutachten des ABI vom 18. Mai 2009 ist für eine adaptierte Erwerbstätigkeit aus rein somatischer (insbesondere orthopädischer) Sicht eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers angegeben worden. Diese Einschätzung stimmt mit den Angaben in den beiden



früheren Gutachten des ABI und auch mit den Angaben anderer Ärzte (vgl. etwa den Bericht der Klinik Valens vom 13. Oktober 2003) überein. Der Beschwerdeführer lässt nun aber unter Verweis auf mehrere Berichte des Neurochirurgen Dr. med. L.____ geltend machen, er sei auch aufgrund rein somatischer Beschwerden in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt. Diese Berichte zeigen, dass Dr. med. L.____ nicht über die langjährige medizinische Abklärung und insbesondere nicht über die mehrfache Begutachtung des Beschwerdeführers im ABI informiert worden ist. Anfangs ist Dr. med. L.____ – den Schmerzangaben des Beschwerdeführers entsprechend – von einer rein somatischen Erkrankung ausgegangen. Er hat dann aber bei seinen Untersuchungen und bei der Schmerzbehandlung festgestellt, dass eine Verquickung somatischer und psychischer Faktoren für die Schmerzangaben verantwortlich war. Trotzdem hat er eine Operation empfohlen. Dabei kann es sich nur um eine abweichende Einschätzung der Bedeutung der somatischen Ursache der geklagten Beschwerden handeln, denn Dr. med. L.____ hat keine von der letzten Begutachtung abweichende Diagnose angegeben, so dass seine Berichte keine nach der letzten Begutachtung eingetretene Verschlimmerung des somatischen Gesundheitszustandes belegen. Dr. med. L.____ hat auch keine Arbeitsfähigkeitsschätzung bezogen auf eine adaptierte Tätigkeit abgegeben. Trotz seiner Berichte ist deshalb davon auszugehen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit keine somatisch bedingte Arbeitsunfähigkeit in einer adaptierten Erwerbstätigkeit vorliegt.

1.3.2 Im dritten Gutachten des ABI vom 18. Mai 2009 sind vom psychiatrischen Gutachter eine leichte depressive Episode und eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung diagnostiziert worden. Daraus soll nach der Ansicht der Gutachter in einer adaptierten Erwerbstätigkeit eine Arbeitsunfähigkeit von 20% resultieren. Dagegen hat der Beschwerdeführer einwenden lassen, Dr. med. H.____, Dr. med. G.____ und das psychiatrische Zentrum J.____ hätten eine mittelgradige depressive Episode diagnostiziert und daraus auf eine vollständige Arbeitsunfähigkeit geschlossen. Dr. med. H.____ hat am 20. Mai 2008 tatsächlich gegenüber dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers angegeben, die Restarbeitsfähigkeit könne nur noch in einem geschützten Rahmen verwertet werden. Die Gesamtdiagnose von Dr. med. H.____ weicht ganz erheblich von derjenigen des psychiatrischen Gutachters des ABI und von derjenigen der anderen behandelnden Psychiater ab. Da Dr. med. H.____ zudem den Gesundheitszustand – und damit auch die Arbeitsfähigkeit - seiner Patienten



bekanntermassen immer ausserordentlich pessimistisch einzuschätzen pflegt, überzeugt die Aussage des psychiatrischen Gutachters vom 18. Mai 2009, die Beurteilung und die Einschätzung von Dr. med. H.____ seien nicht nachvollziehbar. Die Angaben von Dr. med. H.____ vermögen deshalb die Überzeugungskraft des Gutachtens vom 18. Mai 2009 nicht zu erschüttern. Dasselbe gilt für den Bericht von Dr. med. G.____ vom 21. Oktober 2008, denn dieser Bericht bezieht sich auf die hier nicht massgebende gesundheitliche Situation des Beschwerdeführers in der Zeit bis zum 7. November 2007. Zudem hat auch hier der Gutachter des ABI darauf hingewiesen, dass die Symptome einer mittelgradigen Depression nicht erfüllt seien, weil der Beschwerdeführer durchaus noch Kontakte zu Kollegen habe, der soziale Rückzug zumindest nicht schwer ausgeprägt sei und die Schlafschwierigkeiten auch darauf zurückzuführen seien, dass der Beschwerdeführer sich tagsüber hinlege. Auch der Bericht von Dr. med. G.____ vermag also keine Zweifel an der Richtigkeit des psychiatrischen Teils des Gutachtens vom 18. Mai 2009 zu wecken. Das psychiatrische Zentrum J.____ hat am 5. Mai 2009 eine mittelgradige depressive Episode und eine Arbeitsunfähigkeit von 100% angegeben. Die zuständige Ärztin war, wie sich ihrem Bericht entnehmen lässt, über die Ergebnisse der Begutachtungen durch das ABI nicht informiert. Insbesondere hatte der Beschwerdeführer offenbar nicht angegeben, dass er nur wenige Tage zuvor durch das ABI abgeklärt worden war. Hätte die zuständige Ärztin des psychiatrischen Zentrums J.____ über die Abklärungsergebnisse verfügt, wäre ihr aufgefallen, dass der Beschwerdeführer seinen Zustand übertrieben schlecht darzustellen pflegt. Mit diesem Wissen wäre eine objektivere psychiatrische Beurteilung möglich gewesen. Es ist davon auszugehen, dass sowohl die Diagnose als auch die Arbeitsfähigkeitsschätzung dann anders, nämlich optimistischer ausgefallen wären. Zudem kann den Angaben behandelnder Ärzte erfahrungsgemäss weniger Überzeugungskraft beigemessen werden als den Angaben unabhängiger Sachverständiger. Bei den behandelnden Ärzten handelt es sich nämlich um – rein formal betrachtet den Anschein der Befangenheit erweckende - Auskunftspersonen, von denen anzunehmen ist, dass sie aufgrund ihrer persönlichen Beziehung zu ihren Patienten kaum je völlig objektiv Auskunft geben können. Unter diesen Umständen ist auch die Arbeitsfähigkeitsschätzung des psychiatrischen Zentrums J.____ nicht geeignet, die Überzeugungskraft der Angaben des psychiatrischen Gutachters des ABI



zu erschüttern. Es steht deshalb mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fest, dass der Beschwerdeführer in einer adaptierten Erwerbstätigkeit zu 80% arbeitsfähig ist.

1.3.3 Die Behauptung der Beschwerdegegnerin, es müsse zwischen einer medizinisch-theoretischen und einer rechtlichen Arbeitsfähigkeit unterschieden werden, ist unhaltbar. Es gibt nur eine medizinische Arbeitsfähigkeitsschätzung. Bei dieser muss die medizinische Fachperson allerdings dem Umstand Rechnung tragen, dass der versicherten Person als Folge der IV-spezifischen Schadenminderungspflicht zugemutet werden muss, trotz der objektiv vorhandenen oder auch nur subjektiv empfundenen Schmerzen und Beeinträchtigungen soweit als objektiv möglich und zumutbar einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, d.h. die Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung zu überwinden. Dieser Pflicht der versicherten Person muss die medizinische Fachperson bei der Arbeitsfähigkeitsschätzung Rechnung tragen. Es kann deshalb nicht die Sache der Beschwerdegegnerin oder sogar des Gerichts sein, ärztliche Arbeitsfähigkeitsschätzungen durch eigene Arbeitsfähigkeitsschätzungen zu ersetzen, selbst wenn anzunehmen ist, dass die medizinische Fachperson der vorhandenen Willensenergie nicht oder ungenügend Rechnung getragen hat. Sollte das ABI das Ausmass der dem Beschwerdeführer zumutbaren Willensenergie unterschätzt haben, kann dies nur zur Folge haben, dass die Sache zur nochmaligen medizinischen Beurteilung an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird. Die von der Beschwerdegegnerin verlangte "gerichtliche" Arbeitsfähigkeitsschätzung ist ausgeschlossen, da einer solchen Arbeitsfähigkeitsschätzung zum vornherein jede Überzeugungskraft abgesprochen werden müsste. Die Beschwerdegegnerin erklärt ihre Forderung nach der Feststellung einer Arbeitsfähigkeit von 100% sinngemäss damit, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. die Darstellung in Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Ulrich Meyer, Invalidenversicherung, 2.A., S. 25 f.) weder eine leichte Depression noch eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung geeignet seien, eine objektive Arbeitsunfähigkeit zu bewirken. Im vorliegenden Fall besteht aber nicht nur eine relevante psychische Komorbidität, sondern auch ein chronischer Schmerzzustand, der wenigstens teilweise eine somatische Ursache hat. Dabei handelt es sich um Umstände, die grundsätzlich geeignet sind, entweder die zumutbare Willensenergie zu vermindern oder den zu überwindenden Widerstand zu erhöhen. Im übrigen ist zu beachten, dass auch die Schwere der somatoformen Schmerzstörung für sich allein



geeignet ist, die vollständige Überwindung der Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung als unzumutbar erscheinen zu lassen. Entgegen der von der Beschwerdegegnerin offenbar vertretenen Auffassung gibt es hier nämlich kein "Alles oder Nichts", d.h. entweder eine vollständige Arbeitsunfähigkeit oder eine vollständige Arbeitsfähigkeit. Im konkreten Fall kann durchaus auch eine Teilarbeitsfähigkeit dem Verhältnis von zumutbarer Willensenergie und zu überwindender Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung am besten Rechnung tragen. Die erfahrenen Gutachter des ABI sind sich im Jahr 2009 der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu dieser Frage sicherlich bewusst gewesen. Wenn sie trotzdem eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit angegeben haben, dann sind sie nach einer sorgfältigen Abwägung davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer auch bei Aufwendung aller zumutbaren Willensenergie nicht in der Lage wäre, zu mehr als 80% einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Diese Einschätzung ist überwiegend wahrscheinlich richtig. Bei der Ermittlung des zumutbaren Invalideneinkommens wird die Beschwerdegegnerin deshalb eine Arbeitsfähigkeit von 80% zugrunde legen.

2.

Am 5. November 2009 hat die Beschwerdegegnerin einerseits die Abweisung des Gesuchs um berufliche Eingliederungsmassnahmen verfügt und andererseits einen Vorbescheid erlassen, mit dem sie die Zusprache einer Viertelsrente angekündigt hat. Die Rentenverfügung ist erst am 26. Februar 2010 ergangen. Der Beschwerdeführer hat diese Rentenverfügung, nicht aber die Verfügung vom 5. November 2009 betreffend die berufliche Eingliederung angefochten. Damit stellt sich die Frage, ob die Eingliederungspflicht, die zwingend erfüllt sein muss, bevor eine Rente zugesprochen werden darf, im vorliegenden Beschwerdeverfahren bzw. im anschliessenden Verwaltungsverfahren der Beschwerdegegnerin noch beurteilt werden kann oder ob aufgrund der formell rechtskräftigen Verfügung vom 5. November 2009 definitiv keine Eingliederungspflicht des Beschwerdeführers besteht. Diese Frage stellt sich, weil die Beschwerdegegnerin wohl zu Unrecht die Möglichkeit einer beruflichen Eingliederung verneint hat. Sie ist nämlich gestützt auf eine entsprechende Aussage im Gutachten vom 18. Mai 2009 und gestützt auf die subjektive Überzeugung des Beschwerdeführers, arbeits- und insbesondere eingliederungsunfähig zu sein, davon ausgegangen, dass zum vornherein keine berufliche Eingliederung möglich sei. Dabei



hat die Beschwerdegegnerin übersehen, dass nicht nur bei der Bemessung der Arbeitsfähigkeit, sondern auch bei der Beurteilung der Eingliederungsfähigkeit einer versicherten Person die zumutbare Willensanstrengung Berücksichtigung finden muss. Bemisst sich die Arbeitsfähigkeit nach jener objektiven Leistungsfähigkeit, die bei einer zumutbaren Willensanstrengung bestehen würde, so muss das auch für die Eingliederungsfähigkeit gelten. Die Beschwerdegegnerin wäre also verpflichtet gewesen, die Möglichkeit einer beruflichen Eingliederung des Beschwerdeführers anhand der bei einer zumutbaren Willensanstrengung bestehenden Eingliederungsfähigkeit zu prüfen, um so der im Grundsatz der Eingliederung vor Rente (vgl. etwa U. Kieser, ATSG-Kommentar, 2.A., Vorbemerkungen N. 47) zum Ausdruck gebrachten IV-spezifischen Schadenminderungspflicht zu genügen. Das hat die Beschwerdegegnerin unterlassen, indem sie nur auf die subjektive Überzeugung des Beschwerdeführers abgestellt und die Sanktionsmöglichkeit gemäss Art. 21 Abs. 4 ATSG nicht zur Anwendung gebracht hat. Es dürfte also eine Verletzung des Grundsatzes der Eingliederung vor Rente vorliegen, weil die Eingliederungsmöglichkeit nie geprüft worden ist. Die Berufung auf den Umstand, dass die Beschwerdegegnerin mit der Verfügung vom 5. November 2009 nur über einen Anspruch, nicht aber über eine Pflicht zur beruflichen Eingliederung verfügt habe, so dass nun noch über diese Pflicht verfügt werden könne, ist nicht stichhaltig, denn Gegenstand der Verfügung vom 5. November 2009 hat die Sozialversicherungsleistung an sich, also die berufliche Eingliederung gebildet. Ob die Beschwerdegegnerin diese Sozialversicherungsleistung nur aus der Perspektive eines möglichen Anspruchs des Beschwerdeführers oder aber auch aus der Perspektive einer möglichen Pflicht des Beschwerdeführers betrachtet hat, ist für den Verfügungsgegenstand bedeutungslos. Da also eine formell rechtskräftige Verfügung betreffend die berufliche Eingliederung – und damit über die Erfüllung des Grundsatzes der Eingliederung vor Rente – vorliegt, kann das Gericht diese Frage nicht prüfen. Massgebend ist die zumutbare Invalidenkarriere, die ohne berufliche Eingliederung möglich ist. Die Beschwerdegegnerin könnte diese Frage im wieder aufzunehmenden Verwaltungsverfahren nur prüfen, wenn sie die Verfügung vom 5. November 2009 in Wiedererwägung ziehen würde oder wenn nach dem 5. November 2009 eine erhebliche Änderung des für die berufliche Eingliederung massgebenden Sachverhalts eingetreten wäre, was aber sehr unwahrscheinlich ist. Zwischen der Eingliederungspflicht und der Rentenberechtigung besteht ein



untrennbarer Zusammenhang. Es kann keine (definitive) Rente zugesprochen werden, bevor die Eingliederung geprüft und gegebenenfalls durchgeführt worden ist, denn der "Schaden" kann nicht ersetzt werden, bevor die "Schadenminderungspflicht" erfüllt worden ist. Das gilt nicht für den umgekehrten Ablauf: Es ist zulässig, über die Eingliederung zu verfügen, bevor über die Rente verfügt wird. Bei der Verfügung vom 5. November 2009 handelt es sich deshalb nicht um einen zwingenden Bestandteil der Verfügung vom 26. Februar 2010. Die Beschwerdegegnerin hat über die berufliche Eingliederung des Beschwerdeführers getrennt vorab verfügen dürfen. Obwohl diese Verfügung möglicherweise inhaltlich falsch ist, auf jeden Fall aber gestützt auf eine unzureichende Sachverhaltsabklärung erlassen worden ist, bindet sie aufgrund ihrer formellen Rechtskraft und der daraus resultierenden Wirksamkeit das Gericht und – in dem aufgrund des vorliegenden Rückweisungsentscheides wieder aufzunehmenden Verwaltungsverfahren zur Prüfung der Rentenberechtigung – auch die Beschwerdegegnerin. Die Rentenberechtigung des Beschwerdeführers wird also ohne einen Gedanken an eine allfällige berufliche Eingliederung des Beschwerdeführers zu prüfen sein.

3.

Mit dem vorliegenden Urteil in der Sache selbst wird das Begehren um den Erlass einer vorsorglichen Massnahme in der Form der Anordnung, die Beschwerdegegnerin habe während der Dauer des Beschwerdeverfahrens eine Viertelsrente ausbezahlen, gegenstandslos. Mit der Rückweisung der Streitsache an die Beschwerdegegnerin fällt die Kompetenz zum Erlass einer derartigen vorsorglichen Massnahme (Ausrichtung einer Viertelsrente während der Dauer des wieder aufgenommenen Verwaltungsverfahrens) an die Beschwerdegegnerin zurück. Der Beschwerdeführer wird also ein entsprechendes Gesuch an die Beschwerdegegnerin richten müssen.

4.

Entsprechend den Ausführungen in den Erwägungen 1 bis 3 ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Die Verfügung vom 26. Februar 2010 ist aufzuheben und die Sache ist zur weiteren Abklärung und zur anschliessenden neuen Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Das Begehren um den Erlass einer



vorsorglichen Massnahme ist als gegenstandslos abzuschreiben. Bei diesem Verfahrensausgang ist praxismässig in bezug auf die Verfahrenskosten von einem vollständigen Obsiegen des Beschwerdeführers auszugehen. Der Beschwerdeführer hat deshalb einen Anspruch auf eine ungekürzte Parteientschädigung. Diese bemisst sich nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 61 lit. g ATSG). In Anwendung dieser Kriterien erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 3500.- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Die vollumfänglich unterliegende Beschwerdegegnerin hat eine Gerichtsgebühr zu bezahlen. Deren Höhe richtet sich nach dem Verfahrensaufwand (Art. 69 Abs. 1^{bis} IVG). Da es sich um einen durchschnittlichen Prozess handelt, ist die Gerichtsgebühr praxismässig auf Fr. 600.- festzusetzen. Der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss von ebenfalls Fr. 600.- ist zurückzuerstatten.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung vom 26. Februar 2010 aufgehoben und die Sache wird zur weiteren Abklärung und zur neuen Verfügung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3500.- zu bezahlen.
3. Die Beschwerdegegnerin hat eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.- zu bezahlen; der in gleicher Höhe geleistete Vorschuss ist dem Beschwerdeführer zurückzuzahlen.