



Fall-Nr.: IV 2010/350
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 19.06.2020
Entscheiddatum: 09.07.2012

Entscheid Versicherungsgericht, 09.07.2012

**Art. 16 ATSG. Invaliditätsbemessung mittels Einkommensvergleich
(Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 9. Juli
2012, IV 2010/350).**

Entscheid Versicherungsgericht, 09.07.2012

Vizepräsident Joachim Huber, Versicherungsrichterinnen Christiane Gallati Schneider
und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

Entscheid vom 9. Juli 2012

in Sachen

A.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Christoph Anwander, Bahnhofstrasse 21, Postfach
21, 9101 Herisau,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Rente



Sachverhalt:

A.

A.a A.____ (Jg. 1950) meldete sich am 16. November 2007 zum Bezug von IV-Leistungen an (IV-act. 1). Im Gesuchsformular gab er u.a. an, er habe in seinem Herkunftsland acht Jahre die Grundschule und anschliessend drei Jahre eine Schule zur Maurerausbildung besucht. Die B.____ gab am 30. November 2007 an (IV-act. 13), sie habe den Versicherten vom 1. Juli 2002 bis 31. Oktober 2007 beschäftigt. Er sei für Unterhaltsarbeiten und Abänderungen in Gärten eingesetzt worden. Der normale Monatslohn habe 2005 bis 2007 Fr. 4'650.-- (x13) betragen. 2006 sei zusätzlich eine Gratifikation von Fr. 3'309.35 ausgerichtet worden. Der Versicherte sei ab dem 6. Februar 2007 zu 100% krankgeschrieben gewesen. Die Kündigung war am 10. August 2007 ausgesprochen worden (IV-act. 13-8). Dr. med. C.____, Praxis für Allgemeine Medizin FMH Chirurgie, hatte dem Versicherten ab dem 20. Februar 2007 eine Arbeitsunfähigkeit am angestammten Arbeitsplatz von 100% attestiert. Am 24. August 2007 hatte er dem Krankentaggeldversicherer angegeben, der Versicherte sei wegen der Herzerkrankung und der Hypertonie für alle Arbeiten zu 100% arbeitsunfähig (Fremdakten). Dr. Dr. C.____ berichtete der IV-Stelle am 11. Februar 2008 (IV-act. 23), der Versicherte leide an einem endokrin inaktiven Nebennierentumor links, an einer schwierig einzustellenden arteriellen Hypertonie, an einer gastro-oesophagealen Refluxkrankheit, an einem chronischen LWS- und HWS-Syndrom, an einer benignen Prostatahyperplasie und fraglich an einer Fibromyalgie. In der zuletzt ausgeübten Tätigkeit bestehe seit dem 20. Februar 2007 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit. Der Gesundheitszustand verschlechtere sich. Der Versicherte sei auch in einer anderen Erwerbstätigkeit zu 100% arbeitsunfähig, denn er habe immer Schmerzen. Wegen Schwindels könne er nicht gehen und nicht stehen. Der RAD betrachtete eine vollständige Arbeitsunfähigkeit für die bisherige Tätigkeit im Gartenbau als nachvollziehbar (IV-act. 24), empfahl aber eine Begutachtung zur Ermittlung der Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Erwerbstätigkeit. Med. pract. D.____, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie FMH, berichtete in ihrem psychiatrischen Untergutachten vom 18. August 2008 (IV-act. 33), es bestehe keine krankheitswertige psychische Störung. Aus psychiatrischer Sicht sei der Versicherte voll arbeitsfähig. Dr. med. E.____, Spezialarzt FMH für Innere Medizin, speziell Rheumaerkrankungen,



St.Galler Gerichte

berichtete im Hauptgutachten vom 29. August 2008 (IV-act. 34), der Versicherte leide an einer schweren essentiellen arteriellen Hypertonie, die schwer einzustellen sei, an einer linksventrikulären hypertonen kardialen Hypertrophie (kreislaufmässig kompensiert ohne Hinweis für koronäre Ischämie), an einer peripheren Arteriosklerose, an einer chronischen venösen Insuffizienz bei beidseitiger Varikosis, an einem COPD Stadium I-II, an einer Adipositas magna, an einer Hüftarthrose rechts, beginnend links, anamnestisch an rezidivierenden Überlastungslumbalgien bei Sacrum acutum, und an einer Hyperlordose bei beginnender, noch leichter lumbaler Spondylose. Die Prostatahyperplasie sei nicht arbeitsfähigkeitsrelevant. Für die angestammte Tätigkeit (körperlich schwer) sei der Versicherte anhaltend vollständig arbeitsunfähig. Für eine leichte, in Wechselhaltung (teils stehend, gehend, sitzend) auszuübende Erwerbstätigkeit ohne Heben grösserer Lasten bestehe eine theoretische Arbeitsfähigkeit von 50%. Diese sei aber eignungsmässig kaum verwertbar. Die therapeutischen Bemühungen könnten nur noch auf eine Stabilisierung der gesundheitlichen Situation ausgerichtet sein. Dr. med. F. ___ vom RAD notierte am 9. September 2008 (IV-act. 35), das Gutachten sei umfassend und in Kenntnis der wichtigsten Vorakten erstellt; es beantworte die relevanten Fragen. Die Darlegung sei nachvollziehbar, die Beschwerden seien hinreichend berücksichtigt worden. Die Arbeitsfähigkeit betrage angestammt 0% ab dem 20. Februar 2007 und adaptiert 50% ab dem Datum der Begutachtung. Am 4. November 2009 notierte Dr. F. ___ (IV-act. 39), aufgrund der vorliegenden medizinischen Akten habe auch in einer adaptierten Tätigkeit bis zum Gutachtensdatum (29. August 2008) eine vollständige Arbeitsunfähigkeit vorgelegen.

A.b Die IV-Stelle prüfte in der Folge eine berufliche Eingliederung (Arbeitsvermittlung) des Versicherten (IV-act. 40). Die Eingliederungsverantwortliche hielt am 16. Juni 2009 fest (IV-act. 47), das RAV habe ein halbjähriges Einsatzprogramm organisiert. Da der Versicherte durch das RAV optimal betreut werde, könne die Eingliederungsberatung abgeschlossen werden. Am 22. September 2009 erging eine entsprechende Mitteilung (IV-act. 51). Dr. Dr. C. ___ berichtete am 6. Oktober 2009 (IV-act. 54), der Gesundheitszustand des Versicherten sei stationär. Die alten Beschwerden hätten an Intensität leicht zugenommen. Wegen eines dekompensierten Cor hypertensivum bestehe für jegliche Art von Erwerbstätigkeit eine vollständige Arbeitsunfähigkeit. In einem Bericht über das Einsatzprogramm war festgehalten worden (IV-act. 62), der



Versicherte sei sehr willig gewesen und er habe sein Bestes gegeben. Er habe nicht ständig über Schmerzen geklagt. Die Arbeitsleistung sei aber gering gewesen, weil er seine Arbeitsposition immer wieder habe wechseln müssen. Wegen der Rückenschmerzen habe er nämlich nicht länger als zehn Minuten am Stück sitzen oder stehen können. Dann habe er jeweils einige Schritte gehen müssen, bis die Schmerzen nachgelassen hätten. Dr. F.____ vom RAD notierte am 23. Dezember 2009 (IV-act. 67), gestützt auf den Bericht von Dr. Dr. C.____ vom 6. Oktober 2009 sei davon auszugehen, dass sich die Beschwerden nur in der subjektiven Einschätzung des Versicherten verschlechtert hätten. Dr. Dr. C.____ habe keine neuen, objektivierbaren Befunde vorgelegt, die eine Verschlechterung des Gesundheitszustands mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit begründen würden. Es könne weiterhin von einer Arbeitsfähigkeit von 50% in einer adaptierten Erwerbstätigkeit ausgegangen werden. Die IV-Stelle verglich ein Valideneinkommen 2008 als Hilfsarbeiter im Gartenbau von Fr. 60'662.-- mit einem anhand des statistischen Durchschnittslohn 2008 der Hilfsarbeiter und einer Arbeitsfähigkeit von 50% ermittelten zumutbaren Invalideneinkommen von Fr. 29'900.-- (IV-act. 69). Die Erwerbseinbusse entsprach einem Invaliditätsgrad von (aufgerundet) 51%. Mit einem Vorbescheid vom 9. März 2010 kündigte die IV-Stelle dem Versicherten die Ausrichtung einer halben Invalidenrente rückwirkend ab dem 1. Februar 2008 an (IV-act. 72). Der Versicherte liess am 26. April 2010 die Ausrichtung einer ganzen, eventualiter einer Dreiviertelsrente beantragen (IV-act. 77). Sein Rechtsvertreter begründete dies insbesondere damit, dass die Restarbeitsfähigkeit von 50% "eignungsmässig kaum verwertbar" sei, weshalb es nicht möglich sei, ein jährliches Einkommen von Fr. 29'900.-- zu erzielen. Im übrigen hätte die Frage einer allfälligen Verschlechterung des Gesundheitszustandes geprüft werden müssen, denn das Gutachten sei beinahe zwei Jahre alt. Vom Durchschnittseinkommen der Hilfsarbeiter hätte ein angemessener Abzug gemacht werden müssen. Dr. F.____ vom RAD verneinte in der Folge erneut einen Bedarf nach einer weiteren medizinischen Abklärung (IV-act. 80). Der Rechtsvertreter des Versicherten wies am 8. Juni 2010 ergänzend darauf hin, dass der Sachverständige Dr. E.____ angegeben habe, es bestehe nur eine theoretische, praktisch aber kaum mehr verwertbare Restarbeitsfähigkeit von 50% in einer adaptierten leichten Arbeit (IV-act. 83). Mit einer Verfügung vom 16. August 2010 sprach die IV-Stelle dem Versicherten mit Wirkung ab dem 1. September 2010 eine halbe Invalidenrente zu (IV-act. 86). Sie kündigte an, sie



werde über die Periode Februar 2008 bis August 2010 verfügen, wenn das Verrechnungsverfahren abgeschlossen sei.

B.

B.a Der Versicherte liess am 14. September 2010 Beschwerde erheben (act. G 1) und beantragen, die Verfügung vom 16. August 2010 sei teilweise aufzuheben und es sei ab 1. Februar 2008 eine ganze, mindestens aber eine Dreiviertelsrente zuzusprechen bzw. auszurichten. Eventualiter sei der Fall zur Neubeurteilung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Zur Begründung führte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers aus, die massiven Einschränkungen, die bei der Ausübung einer zumutbaren Arbeit zu beachten wären, verunmöglichten die Erzielung eines Einkommens von Fr. 29'900.--. Die mögliche Verschlechterung des Gesundheitszustands und damit der Arbeitsfähigkeit hätte weiter abgeklärt werden müssen. Im übrigen sei das Gutachten mehr als zwei Jahre alt. Bei der Ermittlung des zumutbaren Invalideneinkommens hätte ein angemessener Abzug vom Tabellenlohn von mindestens 20% gemacht werden müssen.

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragte am 1. Dezember 2010 die Abweisung der Beschwerde (act. G 7). Sie machte insbesondere geltend, es seien keine Gründe dafür erkennbar, dass gerade im vorliegenden Fall der Hausarzt die Arbeitsfähigkeit zuverlässiger sollte eingeschätzt haben als der Sachverständige. Zudem habe der Hausarzt sich widersprechende Zeugnisse ausgestellt. Mangels Änderung der Befunde und der Diagnosen liege keine Verschlechterung des Gesundheitszustands vor, so dass von einer Restarbeitsfähigkeit von 50% auszugehen sei. Selbst bei einem Abzug vom Tabellenlohn von 10% würde der Beschwerdeführer noch ein Erwerbseinkommen von 45% der Norm erzielen, so dass er nur einen Anspruch auf eine halbe Rente hätte.

B.c Der Beschwerdeführer liess am 19. November 2011 einwenden (act. G 12), es sei nicht nachvollziehbar, weshalb ausgerechnet die von der Beschwerdegegnerin mit der Ausarbeitung von Gutachten beauftragten Stellen stets neutraler und unbefangener sein sollten, denn es falle auf, dass die Experten dieser Stellen oft den Standpunkt des Sozialversicherers übernähmen. Dr. E. ___ habe den Beschwerdeführer am 29. April 2008 nur zwei Stunden untersucht. Bis zum Erlass der Verfügung am 16. August 2010



St.Galler Gerichte

habe sich der Gesundheitszustand verschlechtert. Deshalb sei das Gutachten veraltet und bilde keine brauchbare Grundlage mehr für eine korrekte Beurteilung. Ausserdem spreche auch Dr. E.____ nur von einer theoretischen, praktisch aber nicht mehr vermittelbaren Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit. Der Abzug vom Tabellenlohn müsse mindestens 20% betragen.

B.d Die IV-Stelle erliess am 8. Dezember 2010 die Rentenverfügung für die Periode Februar 2008 bis August 2010 (act. G 16).

B.e Die Beschwerdegegnerin verzichtete am 26. Januar 2011 auf eine Duplik (act. G 14).

Erwägungen:

1.

Mit der angefochtenen Verfügung vom 16. August 2010 hat die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer gemäss den Angaben auf der ersten Verfügungsseite mit Wirkung ab 1. September 2010 eine halbe Invalidenrente zugesprochen. Im Verfügungsteil 2 hat sie aber festgehalten, dass der Beschwerdeführer bereits ab dem 1. Februar 2008 ein Anspruch auf eine halbe Invalidenrente habe. Erst am 8. Dezember 2010 hat die Beschwerdegegnerin auch über den Rentenanspruch für Februar 2008 bis August 2010 verfügt. Diese zweite Verfügung ist vom Beschwerdeführer nicht angefochten worden. Trotzdem muss davon ausgegangen werden, dass der Rentenanspruch ab Februar 2008 den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet. Bei der Interpretation der beiden Verfügungen ist nämlich zu berücksichtigen, dass die Aufteilung in eine Rentenzusprache für die Zukunft und in eine - spätere - Rentenzusprache für die Vergangenheit rein vollstreckungsrechtlich begründet gewesen ist. Die Beschwerdegegnerin wollte sich damit ausreichend Zeit verschaffen, um die Frage der Verrechnung der Rentennachzahlung für Februar 2008 bis August 2010 mit Drittauszahlungsforderungen sorgfältig prüfen und beantworten zu können. Gleichzeitig wollte sie dem Beschwerdeführer so bald als möglich die laufende Rente ab September 2010 ausrichten. Dieser vollstreckungsrechtliche Hintergrund des Erlasses zweier Verfügungen rechtfertigt es, als massgebendes Dispositiv der



angefochtenen Verfügung vom 16. August 2010 die im Verfügungsteil 2 enthaltene Anordnung zu betrachten, dass rückwirkend ab dem 1. August 2008 ein Anspruch auf eine halbe Invalidenrente bestehe. Gleichzeitig ist die Verfügung vom 8. Dezember 2010 als reine Vollstreckungsanordnung der in der Verfügung vom 16. August 2010 enthaltenen Zusprache einer halben Invalidenrente ab Februar 2008 (i.S. einer Aufhebung eines formlosen Auszahlungsstopps für die Rentennachzahlung) zu interpretieren. Mit der nur gegen die Verfügung vom 16. August 2010 gerichteten Beschwerde hat der Beschwerdeführer also nach dem oben Ausgeführten den gesamten Rentenanspruch ab 1. Februar 2008 zum Streitgegenstand gemacht.

2.

Der Einkommensvergleich zur Bemessung des Invaliditätsgrades setzt, wie sich dem Wortlaut des Art. 16 ATSG entnehmen lässt, eine abgeschlossene medizinische und/oder berufliche Eingliederung oder aber die Feststellung voraus, dass keine (weitere) medizinische und/oder berufliche Eingliederung möglich ist. Die angefochtene Verfügung äussert sich nicht zu dieser Eingliederungsfrage. Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen geht praxisgemäss davon aus, dass die Beschwerdegegnerin die vorab zu klärende Eingliederungsfrage in ihren rentenzusprechenden Verfügungen jeweils konkludent verneine. Davon ist auch im vorliegenden Fall auszugehen. Diesbezüglich erweist sich die angefochtene Verfügung als korrekt, denn in medizinischer Hinsicht steht fest, dass in therapeutischer Hinsicht keine Verbesserung der Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Erwerbstätigkeit zu erwarten ist. Dr. E.____ hat in seinem Gutachten darauf hingewiesen, dass die therapeutischen Bemühungen ohne Aussicht auf eine Besserung nur noch auf eine Stabilisierung der gesundheitlichen Situation ausgerichtet seien (vgl. IV-act. 34-7). Eine berufliche Eingliederungsmassnahme kommt nicht in Frage, denn der Beschwerdeführer wäre nur schon zur teilweisen Überwindung der durch die Arbeitsunfähigkeit bewirkten Erwerbseinbusse auf eine sogenannt höherwertige Eingliederung, d.h. auf eine qualifizierte Umschulung in einen behinderungsadaptierten Beruf angewiesen. Dafür bringt er aber weder die schulischen noch die intellektuellen Voraussetzungen mit und zudem wäre die nach der Berufsausbildung verbleibende erwerbliche Aktivitätsphase zu kurz, als dass eine höherwertige Umschulung noch als verhältnismässig qualifiziert werden könnte. Die Beschwerdegegnerin ist deshalb zu Recht davon ausgegangen,



dass die Invalidenkarriere in einer adaptierten Hilfsarbeit bestehe. Damit ist dem Grundsatz der "Eingliederung vor Rente" (vgl. U. Kieser, ATSG-Kommentar, 2. A., Vorbemerkungen N. 47) Rechnung getragen. In diesem Punkt erweist sich die angefochtene Verfügung als rechtmässig.

3.

Anspruch auf eine Invalidenrente hat, wer zu mindestens 40% invalid ist (Art. 28 Abs. 2 IVG). Gemäss Art. 16 ATSG ist zur Bemessung des Invaliditätsgrades das Einkommen, das die versicherte Person nach dem Eintritt der Invalidität und nach der Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen), in Beziehung zu setzen zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen).

3.1 Das ausschlaggebende Element der Bemessung des zumutbaren Invalideneinkommens - und damit indirekt des Invaliditätsgrades - ist in aller Regel der Grad der verbliebenen Arbeitsfähigkeit, so dass dessen Bemessung normalerweise den ersten Schritt bei der Ermittlung des massgebenden Sachverhalts bildet.

3.1.1 Dr. C.____ hat bereits am 11. Februar 2008 auch für eine behinderungsadaptierte Erwerbstätigkeit eine vollständige Arbeitsunfähigkeit angegeben. Er hat dies mit den ständig vorhandenen Schmerzen und mit dem Schwindel begründet, der es dem Beschwerdeführer verunmögliche, zu stehen oder zu gehen. Im Bericht über das vom RAV organisierte Einsatzprogramm fehlt jeder Hinweis darauf, dass der Beschwerdeführer während der Arbeit an Schwindel gelitten bzw. über Schwindel geklagt hätte. Schwindelbeschwerden in dem von Dr. C.____ angegebenen Ausmass wären aufgefallen, da sie den Beschwerdeführer bei der Arbeit notwendigerweise erheblich beeinträchtigt hätten. Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer nie in einem Ausmass an Schwindel gelitten hat, das die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt hätte. Die von Dr. C.____ als zweite Ursache für eine angeblich vollständige Arbeitsunfähigkeit angegebenen ständigen Schmerzen sind im Bericht über das Einsatzprogramm ebenfalls angeführt worden. Sie sind als erheblich beeinträchtigend geschildert worden. Hier besteht also eine



Übereinstimmung. Trotzdem vermag auch diese Begründung für eine angeblich vollständige Arbeitsunfähigkeit nicht zu überzeugen. Es fehlt nämlich eine somatische Ursache für die Art und das Ausmass der geklagten Beschwerden. Bei der Untersuchung durch Dr. E.____ sind alle Abschnitte der Wirbelsäule frei und indolent beweglich gewesen. Einzig die HWS ist bds. auf je 50° Rotation schmerzfrei eingeschränkt gewesen. Damit übereinstimmend hat das bildgebende Verfahren (LWS seitlich) nur ein Sacrum acutum, eine Hyperlordose und eine minimale ventrale Spondylose LWK3 und LWK5 bei nicht verschmälerten Bandscheiben (ohne Wirbelgleiten) und unauffällige Iliosakralgelenke aufgezeigt. Auch die Schultergelenke sind frei beweglich gewesen. Beim Vorheben des Arms sind am rechten Schultergelenk lediglich diskrete Schmerzen aufgetreten. Auch die Ellbogen-, Hand- und Fussgelenke sind unauffällig und indolent gewesen. Dasselbe hat für die Hüft-, Knie- und Sprunggelenke gegolten. Während der Untersuchung durch Dr. E.____ ist der Beschwerdeführer eine halbe Stunde lang ruhig dagesessen und hat sich dann problemlos für die Untersuchung entkleidet. Hätte er unter den früher angegebenen starken Schmerzen gelitten, wäre ein solches Ergebnis der bildgebenden und klinischen Untersuchung gar nicht möglich gewesen. Daran hätte auch die vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers implizit geforderte, aber offensichtlich unnötige Verlängerung der Untersuchung nichts geändert. Es gibt keinen Hinweis und ganz offensichtlich auch keinen Grund dafür, dass der Beschwerdeführer die Schmerzen gegenüber Dr. E.____ verschwiegen und dissimuliert hätte. Das wäre ihm bei der angegebenen Stärke der Schmerzen auch gar nicht konsequent möglich gewesen, da entsprechende Tests (z.B. Lasègue) durchgeführt worden sind.

3.1.2 Der gegen die Invalidenversicherung vorgebrachte Generalverdacht, sie würde für die Begutachtung IV-freundliche Spezialisten bestellen, die bei der Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit möglichst zurückhaltend seien, ist ebenso unhaltbar wie der konkrete Vorwurf, Dr. E.____ schildere einen früheren Gesundheitszustand, obwohl zwischenzeitlich eine Verschlechterung eingetreten sei. Das Arbeitsverhalten des Beschwerdeführers während des Einsatzprogramms des RAV und die Untersuchungsergebnisse bei der Begutachtung durch Dr. E.____ lassen tatsächlich nicht den Schluss zu, dass der Beschwerdeführer auch in einer behinderungsadaptierten Erwerbstätigkeit zu 100% arbeitsunfähig wäre. Die Differenz zur Arbeitsfähigkeitsschätzung durch Dr. C.____ lässt sich aber nicht mit dem Alter der



Begutachtung, sondern damit erklären, dass dieser in seiner Rolle als Therapeut die Angaben des Beschwerdeführers ohne weiteres übernommen hat, ohne sie kritisch zu würdigen oder sogar auf die Probe zu stellen, wie es bei der Begutachtung durch Dr. E.____ geschehen ist. In der Beschwerde ist geltend gemacht worden, die Chancen, einen adaptierten Arbeitsplatz zu finden, seien sehr gering. Dieser Nachteil wird aber nicht durch das rentenspezifische versicherte Risiko der Invalidität, sondern durch das Risiko der Arbeitslosigkeit abgedeckt. Wer nur arbeitslos ist, hat keinen Anspruch auf eine Invalidenrente, selbst wenn die Arbeitslosigkeit auf eine Gesundheitsbeeinträchtigung zurückzuführen ist. Aus diesem Grund ist die Aussage von Dr. E.____ irrelevant, die Vermittelbarkeit sei eignungs-, bildungs- und altersmässig stark erschwert, denn dies definiert nur die Arbeitslosigkeit und gehörte deshalb nicht zum Begutachtungsauftrag, der auf die Ermittlung der Arbeitsfähigkeit beschränkt war.

3.1.3 Dr. C.____ hat am 6. Oktober 2009 angegeben, die alten Beschwerden hätten an Intensität leicht zugenommen. Er hat erneut auch für eine behinderungsadaptierte Erwerbstätigkeit eine Arbeitsunfähigkeit von 100% angegeben. Da er von den alten Beschwerden gesprochen hat, ist die Beschwerdegegnerin zu Recht davon ausgegangen, dass keine neuen Diagnosen aufgetaucht seien, dass also höchstens eine Verschlimmerung einer der vorbestehenden Krankheiten eingetreten sein könne. Dr. C.____ hat nicht angegeben, welche Diagnose von einer Verschlimmerung betroffen sei. Da der Beschwerdeführer bereits früher nur über Schmerzen geklagt hat, die auf das Rückenleiden zurückzuführen seien, muss es sich bei den von Dr. C.____ angegebenen Beschwerden, deren Intensität zugenommen haben soll, um jene Schmerzen handeln, über die der Beschwerdeführer während des Einsatzprogramms geklagt hat und die bei der Begutachtung nicht haben objektiviert werden können. Die Beschwerdegegnerin ist also zu Recht davon ausgegangen, dass sich nur das subjektive Schmerzempfinden, nicht aber die objektive Gesundheitssituation verändert habe. Da das subjektive Schmerzempfinden des Beschwerdeführers nicht arbeitsfähigkeitsrelevant ist, kann keine Zunahme der Arbeitsunfähigkeit eingetreten sein. Die Beschwerdegegnerin hat also zulässigerweise auf eine Verlaufsabklärung verzichtet, obwohl das Gutachten im Verfügungszeitpunkt bereits zwei Jahre alt gewesen ist. Der Ermittlung des zumutbaren Invalideneinkommens ist somit ein Arbeitsfähigkeitsgrad in einer adaptierten Erwerbstätigkeit von 50% zugrunde zu legen. Die Aussage von Dr. F.____ vom 4. November 2008, aufgrund der ihr vorliegenden



medizinischen Unterlagen müsse bis zum Gutachtensdatum (29. August 2008) auch für eine adaptierte Erwerbstätigkeit von einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit ausgegangen werden, ist nicht korrekt. Massgebend kann auf jeden Fall nur die eigentliche Abklärung und nicht das Datum sein, an dem das Gutachten schliesslich erstellt worden ist. Die Untersuchung ist bereits am 29. April 2008 erfolgt. Die medizinischen Unterlagen, auf die Dr. F.____ verweist, belegen aber nicht, dass der Gesundheitszustand bis zum 28. April 2008 schlechter gewesen wäre als danach. Sie zeigen nur, dass bis in den Dezember 2007 hinein umfangreiche Abklärungen im Hinblick auf die Behandlung erfolgt sind. Während dieser Abklärungen wäre es dem Beschwerdeführer wohl nicht zumutbar gewesen, bereits zu 50% einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Da das sogenannte Wartejahr aber erst Ende Januar 2008 erfüllt gewesen ist, d.h. frühestens ab 1. Februar 2008 ein Rentenanspruch zur Diskussion stehen kann, ist bereits ab diesem Datum von einer zumutbaren Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Erwerbstätigkeit von 50% auszugehen.

3.2

3.2.1 Bei der Anmeldung hat der Beschwerdeführer angegeben, er habe in seinem Herkunftsland den Beruf des Maurers erlernt. Er ist ab 1989 bei der G.____ tätig gewesen. Das individuelle Beitragskonto weist tatsächlich die G.____ für 1989 bis 1997 als Arbeitgeberin des Beschwerdeführers aus. Die abgerechneten Löhne haben dem jeweiligen Durchschnittslohn der Bauhilfsarbeiter entsprochen. Das lässt darauf schliessen, dass der Beschwerdeführer nicht über das Fachwissen verfügt hat, das ein in der Schweiz ausgebildeter Maurer aufgewiesen hat. Der Beschwerdeführer ist also bis 1997 als Bauhilfsarbeiter tätig gewesen. Auch nach dem Wechsel zur B.____ ist er Hilfsarbeiter eingesetzt worden. Es ist davon auszugehen, dass er ohne die Gesundheitsbeeinträchtigung bis zu seiner altersbedingten Pensionierung weiter als Hilfsarbeiter tätig gewesen wäre. Sein Valideneinkommen richtet sich nach dem dabei erzielbaren Lohn. Der von der B.____ abgerechnete Lohn ist weit höher gewesen als der Durchschnittslohn der Hilfsarbeiter im Gartenbau. Er hat dem Durchschnittslohn der Hilfsarbeiter in der Baubranche entsprochen. Deshalb ist das Valideneinkommen anhand des zuletzt effektiv erzielten Lohns zu ermitteln. Allerdings ist dieser Lohn, der zuletzt im Jahr 2006 ausgerichtet worden ist, der Nominallohnentwicklung bis 2008 anzupassen. Da der Beschwerdeführer wie ein Bauhilfsarbeiter entlohnt worden ist,



muss auf die Nominallohnentwicklung in der Baubranche abgestellt werden. Gemäss der Tabelle T1.05 im Anhang zu der vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Lohnentwicklung 2009 ist der Lohn von 101,1% im Jahr 2006 auf 104,9% im Jahr 2008 angestiegen. Das für 2006 abgerechnete Einkommen von Fr. 63'759.-- ist deshalb auf Fr. 66'155.-- zu erhöhen. Dieser Betrag ist als Valideneinkommen in den Einkommensvergleich einzusetzen.

3.2.2 Hilfsarbeitsplätze, welche die Anforderungen erfüllen, die an eine adaptierte Tätigkeit zu stellen sind, dürften zwar nicht allzu häufig sein. Es kann aber nicht gesagt werden, dass sie in einer bestimmten Branche deutlich häufiger seien als in den anderen Branchen. Deshalb ist bei der Ermittlung des zumutbaren Invalideneinkommens vom Durchschnittslohn (Zentralwert) der Hilfsarbeiter aller Branchen auszugehen. Dieser Durchschnittslohn hat gemäss der ebenfalls vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Lohnstrukturerhebung 2008, Anhang Tabelle TA1, Fr. 59'979.-- bzw. bei einer Arbeitsfähigkeit von 50% Fr. 29'990.-- betragen. Bei dem der angefochtenen Verfügung zugrunde liegenden Einkommensvergleich hat die Beschwerdegegnerin keinen zusätzlichen Abzug vom Tabellenlohn zugelassen. In der Beschwerdeantwort hat sie dann eingeräumt, dass ein Abzug von 10% angemessen sei. Es ist zu prüfen, wie es sich damit verhält. Relevant für einen Tabellenlohnabzug sind auf jeden Fall die einzelfallspezifischen Nachteile, die beim Beschwerdeführer in dem (durch den spät in der Erwerbskarriere notwendigen Branchenwechsel verursachten) erheblichen Dienstaltnachteil besteht. Ausserdem besteht bei einem Arbeits- bzw. Beschäftigungsgrad von 50% ein statistisch ausgewiesener (vgl. etwa die vom Bundesamt für Statistik herausgegebene Lohnstrukturerhebung 2006, S. 16, Tabelle T2*) überproportionaler Lohnnachteil von knapp 10%. Der Beschwerdeführer hat im Einsatzprogramm des RAV gezeigt, dass er willig, konzentriert und - trotz seiner bisher rein grobmotorischen Berufstätigkeit - feinmotorisch geschickt arbeiten kann. Diesbezüglich weist er keinen Nachteil gegenüber gesunden Hilfsarbeitern auf. Ein potentieller Arbeitgeber hätte mit der Möglichkeit überdurchschnittlicher Krankheitsabsenzen des Beschwerdeführers zu rechnen, er könnte den Beschwerdeführer sowohl in zeitlicher Hinsicht (Überstunden) als auch in Bezug auf den Arbeitsplatz (kein vorübergehender Einsatz an einem nicht adaptierten Arbeitsplatz) nicht flexibel einsetzen und er wäre gezwungen, auf den Beschwerdeführer besondere Rücksicht zu nehmen. Dabei handelt es sich um



indirekte Lohnkosten, die vom Beschwerdeführer dadurch kompensiert werden müssten, dass er seine Arbeitskraft zu einem unterdurchschnittlichen "Preis" verkaufen würde. Angesichts dieser besonders stark ausgeprägten indirekt behinderungsbedingten Nachteile erweist sich ein zusätzlicher Tabellenlohnabzug von 20% als angemessen. Das zumutbare Invalideneinkommen beträgt somit Fr. 23'992.--. Die Erwerbseinbusse von Fr. 42'163.-- entspricht einem Invaliditätsgrad von 64%. Selbst wenn man zur Bemessung des Valideneinkommens nicht auf das für 2006 abgerechnete Einkommen inklusive Gratifikation, sondern nur auf den für die Jahre 2005 bis 2007 angegebenen ordentlichen Lohn von Fr. 60'450.-- bzw. der Nominallohnentwicklung von 2007 bis 2008 im Baugewerbe angepasst Fr. 61'685.-- abstellen würde, entspräche die Erwerbseinbusse von Fr. 37'693.-- immer noch einem Invaliditätsgrad von 61%. Der Beschwerdeführer hat also gestützt auf Art. 28 Abs. 2 IVG einen Anspruch auf eine Dreiviertelsrente.

3.2.3 Gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG (in der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung gemäss der 5. IV-Revision) entsteht ein Rentenanspruch frühestens nach Ablauf von sechs Monaten nach der Geltendmachung des Leistungsanspruchs (IV-Anmeldung). Der Beschwerdeführer hat sich am 16. November 2007 angemeldet. Er könnte also frühestens ab 1. Mai 2008 einen Anspruch auf eine Invalidenrente haben. Die Beschwerdegegnerin hat die Rente aber mit Wirkung ab 1. Februar 2008 zugesprochen. Dabei hat sie auf die bis 31. Dezember 2007 geltende, durch die 5. IV-Revision ausser Kraft gesetzte Rechtslage abgestellt. Gemäss aArt. 29 Abs. 1 lit. b IVG entstand der Rentenanspruch nämlich bereits mit der Erfüllung des sogenannten Wartejahres. Der Beschwerdeführer hat dieses Wartejahr am 31. Januar 2008 erfüllt. Deshalb ist ihm die Rente auf den 1. Februar 2008 zugesprochen worden. Die Beschwerdegegnerin ist - in Ausfüllung einer intertemporalrechtlichen Gesetzeslücke - davon ausgegangen, dass für diesen Fall eine Weiteranwendbarkeit ausser Kraft gesetzten Rechts notwendig sei. Sie hat sich auf die intertemporalrechtliche Regelung im IV-Rundschreiben Nr. 253 vom 12. Dezember 2007 des Bundesamtes für Sozialversicherungen (vgl. auch das Rundschreiben Nr. 300 vom 15. Juli 2011) gestützt, laut der das geltende (neue) Recht auf all jene Fälle nicht anwendbar ist, in denen das Wartejahr vor dem 1. Januar 2008 zu laufen begonnen hat und die IV-Anmeldung spätestens am 31. Dezember 2008 erfolgt ist. Da der Beschwerdeführer



diese beiden Bedingungen erfüllt, ist sein Rentenanspruch bereits am 1. Februar 2008 entstanden.

4.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer mit Wirkung ab 1. Februar 2008 einen Anspruch auf eine Dreiviertelrente hat. In Bezug auf die Verfahrenskosten ist das als vollumfängliches Obsiegen des Beschwerdeführers zu qualifizieren. Der Beschwerdeführer hat deshalb einen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Deren Höhe bemisst sich nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 61 lit. g Satz 2 ATSG). Das vorliegende Verfahren erscheint unter Berücksichtigung dieser beiden Kriterien als durchschnittlich, so dass die Parteientschädigung (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) praxisgemäss auf Fr. 3'500.-- festzusetzen ist. Das Beschwerdeverfahren in IV-Sachen ist kostenpflichtig. Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach dem Verfahrensaufwand (Art. 69 Abs. 1^{bis} IVG). Dieser erweist sich als durchschnittlich, so dass die Gerichtsgebühr praxisgemäss auf Fr. 600.-- festzusetzen ist. Diese Gebühr ist durch die unterliegende Beschwerdegegnerin zu bezahlen. Unter diesen Umständen ist die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung als gegenstandslos zu betrachten.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. Die Beschwerde wird unter Aufhebung der Verfügung vom 16. August 2010 gutgeheissen und dem Beschwerdeführer wird mit Wirkung ab 1. Februar 2008 eine Dreiviertelrente zugesprochen; die Sache wird zur Festsetzung des Rentenbetrages an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- zu bezahlen.
3. Die Beschwerdegegnerin hat eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- zu bezahlen.