



Fall-Nr.: IV 2008/31, IV 2008/305
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 26.06.2020
Entscheiddatum: 14.12.2009

Entscheid Versicherungsgericht, 14.12.2009

Art. 53 Abs. 2 ATSG. Wiedererwägung. Wesen der Wiedererwägung. Gegenstand der Wiedererwägung ist ein Rentenrevisionsentscheid nach Art. 17 Abs. 1 ATSG, so dass im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens Rentenrevisionsrecht anwendbar ist. Art. 88bis Abs. 2 lit. a IVV bezieht sich dann nicht auf den Zeitpunkt der Zustellung der aufgehobenen und wiedererwägungsweise korrigierten Revisionsverfügung, sondern auf den Zeitpunkt der Zustellung der Wiedererwägungsverfügung mit Revisionsinhalt, d.h. die Herabsetzung oder Aufhebung der Rente erfolgt ab der Zustellung der Wiedererwägungsverfügung (ex nunc) und nicht ab der Zustellung der zweifellos unrichtigen, aufgehobenen Revisionsverfügung (ex tunc) (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 14. Dezember 2009, IV 2008/31 und IV 2008/305).

Präsident Franz Schlauri, Versicherungsrichterin Monika Gehrler-Hug,
Versicherungsrichter Joachim Huber; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

Entscheid vom 14. Dezember 2009

in Sachen

G.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Werner Bodenmann, Waisenhausstrasse 17,
Postfach, 9001 St. Gallen,

gegen



St.Galler Gerichte

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend

revisionsweise bzw. wiedererwägungsweise Renteneinstellung

Sachverhalt:

A.

G.____ meldete sich am 25. Oktober 1990 zum Bezug von IV-Leistungen an. Mit einer Verfügung vom 6. September 1991 wurde ihm auf der Grundlage einer Invalidität von 100% eine ganze Invalidenrente zugesprochen. Mit einer Verfügung vom 17. Juni 1994 wurde die laufende ganze Invalidenrente aufgehoben und durch die Zusprache einer halben Rente bei einem Invaliditätsgrad von 65% ersetzt. Diese Rentenrevison wurde vom Sozialversicherungsgericht des Kantons A.____ am 7. November 1995 bestätigt. Am 12. Dezember 1996 und am 30. Juli 2001 wies die IV-Stelle Revisionsbegehren des Versicherten ab. Letztere Verfügung wurde damit begründet, dass bei einem Arbeitsfähigkeitsgrad von 75% in einer adaptierten Erwerbstätigkeit aufgrund des hohen Valideneinkommens ein Invaliditätsgrad von 55% bestehe. Am 2. März 2004 wies die IV-Stelle erneut ein Revisionsgesuch des Versicherten ab. Sie begründete diesen Entscheid damit, dass es dem Versicherten weiterhin zumutbar sei, im Umfang von 50% einer angepassten Erwerbstätigkeit nachzugehen. Dr. med. B.____ hatte am 15. November 2003 berichtet, nach eingehender Durchsicht der alten Akten denke er, dass die diversen Probleme des Versicherten in etwa stabil seien. Der Versicherte erhob am 8. März 2004 Einsprache gegen diese Verfügung.

B.

Bereits am 3. März 2004 hatte der Versicherte wieder ein Revisionsgesuch gestellt. Am 1. Juni 2004 teilte er der IV-Stelle mit, er sei am 26. März 2004 erneut am Rücken operiert worden. Dr. med. C.____ vom Kantonsspital St. Gallen berichtete der IV-Stelle am 14. Juni 2004, der Versicherte leide an einer Claudicatio spinalis mit/bei linksseitig



St.Galler Gerichte

betonter Beinschmerzen, schwerster Spinalkanalstenose ossär und ligamentär auf Höhe L4/5, an einem St. n. Diskushernienoperation L4/5 rechts 1987 und an einem St. n. mikrotechnischer Dekompression L5 bds. mit Neurolyse und Nukleotomie von rechts am 26. März 2004. Der Zustand sei stationär. Die Prognose sei eher schlecht. In Anbetracht von zwei vorausgegangenen lumbalen Eingriffen und der degenerativen Veränderungen sei der Versicherte zu 100% arbeitsunfähig. Im gelernten Beruf als Maurer könne der Versicherte selbstverständlich nicht mehr tätig sein. Eine Umschulung dürfte aufgrund der noch bestehenden Beschwerden, der beruflichen Aussichten sowie einer 13-jährigen Arbeitsunfähigkeit wenig erfolgversprechend sein. Die Einschränkung sei auf mindestens Anfang 2004 festzusetzen. Die IV-Stelle nahm dies zum Anlass, um die Einsprache gegen die Verfügung vom 2. März 2004 gutzuheissen, diese Verfügung aufzuheben und anzuordnen, dass sie im Sinn der Erwägungen des Einspracheentscheides neu verfügen werde. Sie begründete ihren Entscheid damit, dass sie bei einer nochmaligen Überprüfung der Situation eine Verschlechterung der Arbeitsfähigkeit festgestellt habe.

C.

Die neue Verfügung erging am 20. August 2004. Die IV-Stelle sprach dem Versicherten rückwirkend ab 1. April 2004 auf der Grundlage eines Invaliditätsgrades von 100% eine ganze Invalidenrente zu. Der Versicherte erhob am 7. September 2004 auch gegen diese Verfügung eine Einsprache. Er beantragte die Ausrichtung der ganzen Rente seit seinem letzten Revisionsgesuch vom 21. Oktober 2003. Am 26. Januar 2005 wies die IV-Stelle diese Einsprache ab. Begründet wurde dieser Entscheid nur damit, dass die Rente ja mit der Verfügung vom 20. August 2004 erhöht worden sei und dass dies auf der neu eingetretenen medizinischen Situation (Operation im Kantonsspital St. Gallen) beruhe. Die Erhöhung habe aufgrund der Revisionsbestimmungen erst auf den 1. April 2004 erfolgen können, obwohl die Verschlechterung des Gesundheitszustandes auf Anfang 2004 zu datieren sei. Dieser Einspracheentscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

D.



Dr. med. B.____ berichtete der IV-Stelle am 25. November 2005, der Versicherte habe seit der Operation anhaltend belastungsabhängige Schmerzen, eine Exacerbation habe jedoch aufgefangen werden können. Gemäss dem beigelegten Bericht von Dr. med. C.____ vom 30. April 2004 hatte der Versicherte damals angegeben, es gehe gut zuhause. Zeitweise verspüre er einen leichten Schmerz über dem linken Fuss und einen Wadenschmerz, letzteren aber erst nach eineinhalb bis zwei Stunden gehen und nicht mehr so heftig wie präoperativ. Zudem beschränke sich dieser Schmerz auf die Wade und tangiere den Oberschenkel nicht mehr. Die Kribbelparaesthesien über dem linken Fuss und die heftigen linksseitigen Beinschmerzen seien weg. Die Untersuchung hatte keine motorischen Ausfälle und keine negativen Nervendehnungszeichen gezeigt. Dr. med. C.____ hatte angesichts der beiden Rückenoperationen eine Dreiviertelsrente als gerechtfertigt betrachtet. Dr. med. D.____ betrachtete am 8. Februar 2006 einen Arbeitseinsatz des Versicherten im Betrieb der Ehefrau mit einem Beschäftigungsgrad von 25% als möglich. Er ging davon aus, dass bei einer Kontrolle durch das Kantonsspital St. Gallen wohl keine rentenvermindernde Arbeitsfähigkeit festgestellt würde. Am 14. Februar 2006 teilte die IV-Stelle dem Versicherten mit, dass es bei der ganzen Rente bei einem Invaliditätsgrad von 100% bleibe. In einem weiteren Revisionsfragebogen gab der Versicherte am 3. Januar 2007 an, sein Gesundheitszustand sei gleich geblieben. Er arbeite im Betrieb seiner Ehefrau mit (Offerten erstellen, Rechnungen schreiben, Termine planen, Arbeiter einteilen). Dr. med. B.____ berichtete am 12. Januar 2007, gegenüber dem letzten Bericht vom 25. November 2005 sei keine Veränderung eingetreten. Am 26. Januar 2007 wurde dem Versicherten mitgeteilt, dass keine Veränderung festgestellt worden sei (Invaliditätsgrad 100%).

E.

Am 8. Juni 2007 ordnete die IV-Stelle eine Abklärung durch die MEDAS Zentralschweiz an. Diese berichtete in ihrem Gutachten vom 26. September 2007, bei der rheumatologischen Untersuchung habe der Versicherte angegeben, seit der Operation von 2004 hätten sich die permanenten Schmerzen gebessert. Aktuell leide er nur noch an episodentartig auftretenden Schmerzen an gleicher Lokalisation, nämlich im Bereich des Kreuzes mit Ausstrahlung in das linke Bein. Der rheumatologische Sachverständige hatte ausgeführt, die klinische Untersuchung habe ein leichtgradiges



Lumbovertebralsyndrom im Bereich des Operationsgebietes mit leichtgradiger Bewegungseinschränkung lumbal aufgezeigt. Die subjektiv beschriebenen Ausstrahlungen könnten am ehesten spondylogenen interpretiert werden. Hinweise für ein lumboradikuläres Reizsyndrom oder ein sensomotorisches radikuläres Ausfallsyndrom fehlten. Die subjektive Einschätzung stehe in einem erheblichen Widerspruch zu den relativ geringgradigen objektivierbaren Befunden und auch zur ausgeprägten linksbetonten Handbeschwellung (Linkshänder). Die neu erstellten Röntgenbilder zeigten keine erheblichen degenerativen Veränderungen. Der Versicherte sei für körperlich leichte Tätigkeiten zu 100% arbeitsfähig, wenn er nicht repetitiv Lasten von mehr als 15 kg über Gürtelhöhe heben, keine gehäuften Rotationsbewegungen ausführen und nicht mehr als zwei Stunden am Stück sitzen müsse. Die Arbeitsfähigkeit im Jahr 2004 könne aufgrund der damals exazerbierten Rückenproblematik und der postoperativen Heilungsphase nicht beurteilt werden. Die im Bericht des Kantonsspitals St. Gallen vom 14. Juni 2004 erwähnte Einschätzung, dass eine 100%ige Berentung gerechtfertigt sei, sei nicht nachvollziehbar. Die damals angeführten fehlenden beruflichen Aussichten und die 13-jährige Arbeitsunfähigkeit seien invaliditätsfremde Gründe. Der psychiatrische Sachverständige hatte berichtet, es gebe keine Anhaltspunkte für eine depressive Störung. Der Einfluss des Alkoholkonsums auf den Gesundheitszustand sei gering. Die leichtgradigen Einschränkungen des psychischen Gesundheitszustandes reichten nicht aus, um daraus eine signifikante Verminderung der Arbeitsfähigkeit abzuleiten. Um abzuklären, ob sich das Sozialverhalten des Versicherten in einem akzeptablen Rahmen bewege, wäre ein BEFAS-Aufenthalt sinnvoll. Die interdisziplinäre Beurteilung durch die beteiligten Sachverständigen der MEDAS ergab eine volle Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Erwerbstätigkeit und zwar ab 1. Juli 2004 (vierter postoperativer Monat nach der zweiten Rückenoperation), seither stabil. Dr. med. E.____ vom RAD Ostschweiz hielt dazu am 23. Oktober 2007 fest, für die Zeit vor 2004 könne von einer zunehmenden, aber vorübergehenden Verschlechterung ausgegangen werden. Nach der Rehabilitationsphase, also ab Mitte 2004, sei nachvollziehbar eine wesentliche Verbesserung eingetreten. Diese Verbesserung sei medizinisch ausgewiesen.

F.



Die IV-Stelle ermittelte gestützt auf die uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit einen Invaliditätsgrad von 32%. Mit einem Vorbescheid vom 25. Oktober 2007 teilte sie dem Versicherten mit, dass das von Amtes wegen eingeleitete Rentenrevisionsverfahren eine Verbesserung des Gesundheitszustandes ab 1. Juli 2004 ergeben habe, so dass der Invaliditätsgrad nur noch 32% betragen habe. Die laufende ganze Invalidenrente sei deshalb einzustellen. Der Versicherte liess am 26. November 2007 einwenden, eine unterschiedliche Beurteilung eines im wesentlichen gleich gebliebenen Sachverhalts stelle keine revisionsbegründende Änderung dar. Seit dem 1. Juli 2004 werde gemäss der Stellungnahme des RAD-Arztes von einer Arbeitsfähigkeit von 100% ausgegangen, aber noch am 20. August 2004 sei eine ganze Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von 100% zugesprochen worden. Diese ganze Invalidenrente könne also nicht revidiert werden. Im Gutachten der MEDAS werde zudem nicht erklärt, weshalb die Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. med. C.____ nicht nachvollziehbar sein solle. Aus psychiatrischer Sicht sei die Arbeitsfähigkeit nicht klar, solange keine Arbeitsabklärung vorgenommen werde. Bei der Invaliditätsbemessung hätte ein zusätzlicher Abzug von mindestens 15% berücksichtigt werden müssen, so dass ein Invaliditätsgrad von 42% resultiert hätte. Am 29. November 2007 verfügte die IV-Stelle die revisionsweise Einstellung der laufenden ganzen Invalidenrente, da der Invaliditätsgrad nur noch 32% betrage.

G.

Gegen diese Verfügung liess der Versicherte Beschwerde erheben. Er beantragte die Aufhebung der Verfügung, die Feststellung, dass die Revisionsvoraussetzungen nicht erfüllt seien, und die Anordnung, dass weiterhin die bisher ausgerichteten Leistungen zu erbringen seien. Zur Begründung führte er aus, die Verfügung vom August 2004 habe die Operation und die Entwicklung des Gesundheitszustandes nach der Operation bereits berücksichtigt. Da das MEDAS-Gutachten nur angebe, dass der Einschätzung durch Dr. med. C.____ nicht gefolgt werden könne, liege eine andere Beurteilung eines im wesentlichen unveränderten Sachverhalts vor, zumal der Gesundheitszustand seit Mitte 2004 stabil sei. Da das MEDAS-Gutachten zudem nicht zu überzeugen vermöge, seien die Voraussetzungen einer Rentenrevision nicht erfüllt. Selbst wenn auf das MEDAS-Gutachten abzustellen wäre, könnte keine Revision erfolgen, denn es enthalte keine eindeutige Einschätzung der Arbeitsfähigkeit aus



St.Galler Gerichte

psychiatrischer Sicht. Es sei nämlich möglich, dass er aufgrund seiner Persönlichkeitsstruktur einem Arbeitgeber nicht zumutbar sei. Hier seien weitere Abklärungen unumgänglich. Bei einem Einkommensvergleich müsse ein zusätzlicher Abzug von 15% berücksichtigt werden, weil er auf leichte, wechselbelastende Arbeiten beschränkt sei, eine besondere Persönlichkeit habe und weil er in einer adaptierten Tätigkeit, auch wegen der langen Arbeitsabstinenz, einen erheblichen Nachteil gegenüber gleichaltrigen Männern aufweise. Damit würde ein Invaliditätsgrad von 42.55% resultieren. Am 23. April 2008 beantragte die IV-Stelle dem Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen die Sistierung des laufenden Beschwerdeverfahrens betreffend die Revisionsverfügung vom 29. November 2007, was die Gerichtsleitung am 29. April 2008 bewilligte.

H.

Mit einem Vorbescheid vom 24. April 2008 teilte die IV-Stelle dem Versicherten mit, dass sie beabsichtige, den Einspracheentscheid vom 26. Januar 2005 der IV-Stelle des Kantons A.____ in Wiedererwägung zu ziehen. Die IV-Stelle des Kantons A.____ habe sich damals nämlich auf die Arbeitsfähigkeit des Versicherten in der bisherigen Tätigkeit gestützt, was nicht zulässig gewesen sei. Die Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Erwerbstätigkeit hätte abgeklärt werden müssen, um einen korrekten Einkommensvergleich durchführen zu können. Das MEDAS-Gutachten habe zudem aufgezeigt, dass die Arbeitsfähigkeit des Versicherten in einer adaptierten Erwerbstätigkeit seit Juli 2004 100% betragen habe. Der aufgehobene Einspracheentscheid werde ersetzt durch die Zusprache einer befristeten ganzen Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von 100% für 1. April bis 30. August 2004. Ab 1. Oktober 2004 bestehe bei einem Invaliditätsgrad von 32% kein Rentenanspruch mehr. Die Renteneinstellung erfolge ab Oktober 2004. Der Versicherte liess am 26. Mai 2008 einwenden, die Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. med. C.____ habe sich nicht nur auf die bisherige Tätigkeit, sondern auch auf eine leidensadaptierte Erwerbstätigkeit bezogen. Diese Einschätzung sei nicht zweifellos falsch gewesen. Wenn eine Wiedererwägung möglich wäre, müsste ein Einkommensvergleich für das Jahr 2004 vorgenommen werden und dabei müsste ein zusätzlicher Abzug von mindestens 15% berücksichtigt werden, womit ein Invaliditätsgrad von mindestens 40% resultieren würde. Am 4. Juni 2008 verfügte die IV-Stelle die angekündigte



Wiedererwägung des Einspracheentscheides der IV-Stelle des Kantons A.____ vom 26. Januar 2005. Sie hob den Einspracheentscheid auf und ersetzte ihn durch die Zusprache einer ganzen Invalidenrente für die Periode 1. April bis 30. August 2004. Für die Zeit ab 1. Oktober 2004 verneinte sie einen Rentenanspruch. Zur Begründung wies sie u.a. darauf hin, dass eine zweifellose Unrichtigkeit auch in einer unvollständigen Sachverhaltsabklärung bestehen könne. Die Würdigung des neuen Abklärungsergebnisses zeige, dass der Einspracheentscheid offensichtlich falsch gewesen sei. Auch bei einem Einkommensvergleich auf dem Niveau 2004 würde ein Invaliditätsgrad von 32% resultieren. Ein zusätzlicher Abzug sei nicht gerechtfertigt.

I.

Der Versicherte liess am 4. Juli 2008 auch gegen diese Verfügung Beschwerde erheben. Er beantragte die Aufhebung der Verfügung, die Feststellung, dass die die Voraussetzungen einer wiedererwägungsweisen Aufhebung des Einspracheentscheides vom 26. Januar 2005 nicht erfüllt seien, und die Ausrichtung einer ganzen Rente auch ab 1. Oktober 2004. Eventualiter beantragte er die Ausrichtung einer Rente bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40%. Ausserdem ersuchte er um die Vereinigung mit dem bereits hängigen Beschwerdeverfahren betreffend Rentenrevision. Zur Begründung liess der Versicherte ausführen, es liege keine offensichtliche Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vor. Im Bericht von Dr. med. C.____ vom 14. Juni 2004 finde sich entgegen der Auffassung der IV-Stelle kein Hinweis darauf, dass in einer adaptierten Tätigkeit eine Restarbeitsfähigkeit gegeben sein könnte. Ebenso wenig nachvollziehbar sei die Interpretation der IV-Stelle, dass eine Umschulung aus vorwiegend nichtmedizinischen Gründen nicht erfolgversprechend sei. Es lägen nämlich ausgedehnte degenerative Veränderungen vor, die durchaus einen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit hätten. Zudem habe auch Dr. med. B.____ am 25. November 2005 eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit angegeben. Dr. med. C.____ sei ein ausgewiesener Facharzt und nicht Hausarzt. Abgesehen davon, dass eine rückwirkende Einschätzung des Gesundheitszustandes immer fraglich sei, weshalb die Einschätzung der MEDAS für Januar 2005 mit Vorsicht zu geniessen sei, handle es sich beim MEDAS-Gutachten um ein neues Beweismittel, so dass eine prozessuale Revision vorliegen würde. Die entsprechenden Voraussetzungen seien aber bekanntlich nicht erfüllt. Bei einem Einkommensvergleich auf der Grundlage eines



Arbeitsfähigkeitsgrades von 100% in einer adaptierten Erwerbstätigkeit müsste ein Abzug von 15% berücksichtigt werden, was einen Invaliditätsgrad von mehr als 40% ergeben würde. Ihn treffe keinerlei Verschulden daran, dass die IV-Stelle angeblich den Sachverhalt damals nicht rechtsgenügend festgestellt habe. Die Wirkung einer Wiedererwägungsverfügung könnte frühestens nach dem Eintritt der Rechtskraft eintreten.

J.

Die IV-Stelle beantragte am 4. September 2008 die Abweisung der Beschwerde. Sie beschränkte sich auf eine Stellungnahme zur Wiedererwägungsproblematik und ersuchte um eine Nachfrist für eine ergänzende Begründung, falls das Gericht das Beschwerdeverfahren betreffend Wiedererwägung mit dem Beschwerdeverfahren betreffend Revision vereinigen sollte. Die IV-Stelle führte aus, der Einspracheentscheid vom 26. Januar 2005 habe sich in keiner Weise mit dem postoperativen Verlauf auseinandergesetzt, obwohl seit der Operation zu diesem Zeitpunkt bereits mehr als zehn Monate verflossen gewesen seien und obwohl sich im Bericht von Dr. med. C.____ Hinweise auf eine Verbesserung gefunden hätten. Auch die Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit sei nicht geprüft worden. Der Einspracheentscheid habe sich also auf eine unvollständige Aktenlage gestützt. Die degenerativen Veränderungen könnten sich dadurch geäußert haben, dass nur noch adaptierte Tätigkeiten zumutbar gewesen seien. Dr. med. C.____ habe andere als medizinische Fakten in seine Arbeitsfähigkeitsschätzung einfließen lassen. Ausserdem habe er zu Unrecht angenommen, dass die fehlende Umschulungsfähigkeit zu einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit führen müsse. Die Behauptung, es liege eine einkommensmindernde Persönlichkeitsveränderung vor, lasse sich nicht begründen, wie der Einsatz des Versicherten im Betrieb der Ehefrau zeige. Beim Entscheid, ob eine Wiedererwägung ex nunc vorzunehmen sei, sei eine Gutgläubensprüfung vorzunehmen. Da aufgrund verschiedener Meldepflichtverletzungen ein Verschulden des Versicherten erkennbar sei, müsse die Wiedererwägung ex tunc erfolgen.

K.



Der Versicherte liess in seiner Replik vom 30. September 2008 einwenden, Dr. med. C.____ habe klar festgehalten, dass die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit schlichtweg nicht zumutbar sei. Deswegen überzeugten die Ausführungen der IV-Stelle nicht, laut denen keine Arbeitsfähigkeitsschätzung für adaptierte Tätigkeiten vorgelegen habe und laut denen Dr. C.____ klar angedeutet habe, dass die Leistungsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit höher wäre. Die Behauptung der IV-Stelle, es lägen Meldepflichtverletzungen vor, sei falsch, denn das Unterlassen der Auseinandersetzung mit dem postoperativen Verlauf stehe in keinem Zusammenhang mit einer angeblichen Meldepflichtverletzung. Eine Wiedererwägung hätte also ex nunc zu erfolgen.

L.

Die IV-Stelle verzichtete am 3. Oktober 2008 auf eine Duplik.

M.

Am 12. März 2009 ordnete die Gerichtsleitung die Aufhebung der Sistierung des ersten Beschwerdeverfahrens an. Die IV-Stelle führte in ihrer Beschwerdeantwort vom 5. Juni 2009 aus, es sei unbestritten, dass der Versicherte unmittelbar vor und nach der Rückenoperation am 26. März 2004 vollständig arbeitsunfähig gewesen sei. Zu prüfen sei, ob, wann und in welchem Umfang nach der Operation eine Verbesserung der Arbeitsfähigkeit eingetreten sei. Die MEDAS habe in ihrem Gutachten vom 26. September 2007 eine Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Erwerbstätigkeit von 100% angegeben. Dr. med. C.____ habe am 14. Juni 2004 auf eine postoperative Besserung hingewiesen. Er habe aber geltend gemacht, eine Umschulung sei aufgrund der Beschwerden, der beruflichen Aussichten und der 13-jährigen Arbeitsunfähigkeit wenig erfolgversprechend. Wäre er von einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit des Versicherten ausgegangen, hätte Dr. med. C.____ sich anders ausgedrückt. Er habe neben einer Restarbeitsfähigkeit auch das Umschulungspotential und den realen Arbeitsmarkt einbezogen. Dabei habe es sich aber um Kriterien gehandelt, die nicht in seinen Zuständigkeitsbereich gefallen seien. Da der Versicherte eine Teilerwerbstätigkeit aufgenommen habe, sei eine zumindest teilweise Verbesserung der Arbeitsfähigkeit ausgewiesen. Gemäss dem Gutachten der MEDAS sei die Verbesserung anfangs Juli 2004 eingetreten. Am 20. August 2004, als die Verfügung



ergangen sei, habe noch keine dreimonatige Verbesserung vorgelegen, so dass keine Herabsetzung oder Einstellung der Rente möglich gewesen sei. Wäre diese Verfügung in Rechtskraft erwachsen, wäre jetzt eine Herabsetzung oder Einstellung zulässig. Am 26. Januar 2005, als der Einspracheentscheid ergangen sei, sei die Verbesserung aber bereits eingetreten gewesen. Deshalb sei dieser Einspracheentscheid zweifellos unrichtig. Das Mittel der Wahl sei daher eine wiedererwägungsweise Korrektur dieses Einspracheentscheides. Durch die wiedererwägungsweise Einstellung der Rente per Ende September 2004 würde die Verfügung vom 29. November 2007 gegenstandslos. Im übrigen wäre diese Verfügung rechtens, denn der Versicherte habe nach dem 26. Januar 2005 wieder zu arbeiten begonnen. Es sei davon auszugehen, dass die Arbeitsfähigkeit verwertbar gewesen sei und dass der Versicherte einem Arbeitgeber zumutbar gewesen sei. Da der Versicherte von seiner Ehefrau nicht angemessen entlohnt werde, sei das Invalideneinkommen anhand eines statistischen Durchschnittslohns von Fr. 59'197.- zu ermitteln. Bei einem Valideneinkommen von Fr. 89'000.- resultiere ein Invaliditätsgrad von 33%. Das sei die für den Versicherten günstigste Variante, denn es bestehe auch die Möglichkeit, dass er in seinem angestammten Beruf wieder arbeitsfähig sei. Im übrigen liesse sich die Verfügung vom 29. November 2007 auch mit der substituierten Begründung der Wiedererwägung schützen.

N.

Der Versicherte liess in seiner Replik vom 5. August 2009 ausführen, er arbeite nur mit einem beschränkten Pensum in der AG seiner Ehefrau. Die IV-Stelle habe es unterlassen zu prüfen, in welchem Pensum er arbeitstätig bzw. arbeitsfähig sei. Da der Gewinn 2007 der AG nur Fr. 45'693.35 betragen habe, sei ohne weiteres ersichtlich, dass seine Leistungsfähigkeit äusserst gering sei, denn sonst wäre der Gewinn um einiges höher ausgefallen. Das Pensum betrage rund 20%. Die IV-Stelle habe diesbezüglich ihre Untersuchungspflicht verletzt. Bei einer Arbeitsfähigkeit von 100% könnte kein Einkommen von Fr. 59'197.- erzielt werden. Aus psychiatrischer Sicht sei die Arbeitsfähigkeit noch nicht abschliessend geklärt. Bei einem angemessenen zusätzlichen Abzug von mindestens 20% resultierte ein Invaliditätsgrad von über 40%.

O.



Die IV-Stelle hielt am 24. August 2009 fest, das effektiv geleistete Pensum sei irrelevant, weil der Versicherte nach der gutachterlichen Schätzung in einer adaptierten Erwerbstätigkeit zu 100% arbeitsfähig sei. Die Bilanz der AG enthalte keine verwertbare Aussage. Es sei grotesk, einen "Leidensabzug" damit rechtfertigen zu wollen, dass während Jahren eine gar nicht geschuldete Rente bezogen worden sei. Der Versicherte habe in den letzten Jahren gearbeitet, so dass er sich keinen Mangel an Arbeitspraxis zuschreiben könne.

Erwägungen:

1.

1.1 Mit der Verfügung vom 20. August 2004 hat die IV-Stelle des Kantons A.____ dem Beschwerdeführer mit Wirkung ab 1. April 2004 revisionsweise anstelle der bisherigen halben eine ganze Invalidenrente zugesprochen. Aufgrund der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 88a Abs. 2 IVV hat sie die Rentenerhöhung mit einer dreimonatigen Verzögerung per 1. April 2004 vorgenommen, d.h. sie ist von einer revisionsrechtlich relevanten Erhöhung des Invaliditätsgrades per 1. Januar 2004 ausgegangen. Sie hat sich dabei auf den Bericht von Dr. med. C.____ vom 14. Juni 2004 abgestützt, laut dem die Verschlechterung der Arbeitsfähigkeit mindestens auf Anfang 2004 zu legen war. Dieser Bericht hat auf den ersten Blick tatsächlich den Eindruck erweckt, dass es sich um eine bleibende Verschlechterung handle. Die IV-Stelle des Kantons A.____ hat eine gegen die Verfügung vom 20. August 2004 gerichtete Einsprache, mit der die Heraufsetzung auf eine ganze Invalidenrente bereits im Jahr 2003 hätte erreicht werden sollen, am 26. Januar 2005 abgewiesen. Wohl aufgrund des durch den Bericht von Dr. med. C.____ erweckten Eindrucks, es handle sich um eine anhaltende Verschlechterung, hat die IV-Stelle des Kantons A.____ es unterlassen, einen aktuellen Verlaufsbericht einzuholen. Deshalb ist ihr entgangen, dass sich der Zustand des Beschwerdeführers in diesem Zeitpunkt bereits wieder stark verbessert hatte. Im Einspracheentscheid vom 26. Januar 2005 ist deshalb die an sich notwendige spätere revisionsweise Einstellung der ganzen Invalidenrente unterblieben.

1.2 Die Verbesserung der Arbeitsfähigkeit bereits im Jahr 2004 ist erst bekannt geworden, als die Beschwerdegegnerin im Rahmen eines Ende 2006 eingeleiteten



Revisionsverfahrens erfahren hat, dass der Beschwerdeführer bereits seit dem 1. Juli 2004 in einer adaptierten Erwerbstätigkeit zu 100% arbeitsfähig gewesen war. Die Beschwerdegegnerin hat auf diese Information reagiert, indem sie am 29. November 2007 die revisionsweise Einstellung der laufenden ganzen Invalidenrente per 31. Dezember 2007 verfügt hat. Anlass dieser Revisionsverfügung ist also nicht eine im Jahr 2007 eingetretene Sachverhaltsveränderung, sondern der seit dem 1. Juli 2004 weniger als 40% betragende Invaliditätsgrad gewesen. Die Beschwerdegegnerin hat gestützt auf Art. 88bis Abs. 2 lit. a IVV eine Renteneinstellung ex nunc vorgenommen. Dabei hat die Beschwerdegegnerin aber übersehen, dass der Einspracheentscheid vom 26. Januar 2005 zwar nur auf die Erhöhung des Arbeitsunfähigkeitsgrades auf 100% per 1. Januar 2004 abgestellt, dass er aber zwingend die Sachverhaltsentwicklung bis zum Zeitpunkt seines Erlasses geregelt hat, wobei aufgrund einer Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes die Erhöhung des Arbeitsfähigkeitsgrades per 1. Juli 2004 unerkannt geblieben und damit revisionsrechtlich nicht umgesetzt worden ist. Die Verfügung vom 29. November 2007 und der Einspracheentscheid vom 26. Januar 2005 regeln also im Ergebnis ein und denselben revisionsrechtlich relevanten Sachverhalt, nämlich den Eintritt einer Arbeitsfähigkeit von 100% in einer adaptierten Erwerbstätigkeit per 1. Juli 2004. Damit schaffen sie einen unerträglichen Widerspruch: Gemäss dem Einspracheentscheid vom 26. Januar 2005 ist die Verbesserung der Arbeitsfähigkeit im Ergebnis irrelevant, gemäss der Verfügung vom 29. November 2007 hat sie eine Renteneinstellung zur Folge. Diesen Widerspruch hat die Beschwerdegegnerin mit der Verfügung vom 4. Juni 2008 aus der Welt zu schaffen versucht. Sie hat den Einspracheentscheid vom 26. Januar 2005 wiedererwägungsweise aufgehoben, dem Verfügungswortlaut nach vollumfänglich, tatsächlich aber nur für die am 26. Januar 2005 rechtswidrigerweise unterbliebene revisionsweise Einstellung der ganzen Invalidenrente per 30. September 2004. Die Heraufsetzung der halben auf eine ganze Invalidenrente per 1. April 2004 ist ohne nochmalige Überprüfung beibehalten worden.

1.3 Bei der Verfügung vom 4. Juni 2008 handelt es sich um eine im Rahmen des gegen die Verfügung vom 29. November 2007 gerichteten Beschwerdeverfahrens pendente lite (Art. 53 Abs. 3 ATSG) ergangene Verfügung, denn es wird ein und dieselbe revisionsrechtlich relevante Sachverhaltsveränderung in bezug auf die zeitliche Wirkung anders geregelt und im ersten Beschwerdeverfahren ist die



Beschwerdeantwort erst am 5. Juni 2009 erstattet worden. Diese pendente lite ergangene Verfügung gilt als mitangefochten, so dass sie nicht explizit hätte angefochten werden müssen. Dass dies trotzdem geschehen ist, schadet nicht. Trotz der formalen Eröffnung eines zweiten Beschwerdeverfahrens handelt es sich um ein und dasselbe Beschwerdeverfahren, weshalb die beiden Verfahren IV 2008/31 und IV 2008/305 in einem Urteil zu erledigen sind.

2.

2.1 Die Verfügung vom 4. Juni 2008 ist eine Wiedererwägungsverfügung nach Art. 53 Abs. 2 ATSG, d.h. mit ihr ist die Beschwerdegegnerin auf den formell rechtskräftigen Einspracheentscheid der IV-Stelle des Kantons A.____ vom 26. Januar 2005 "zurückgekommen". Dabei hat sie ohne weiteres unterstellt, dass die IV-Stelle des Kantons A.____ mit dem Einspracheentscheid vom 26. Januar 2005 den Sachverhalt bis zum Zeitpunkt des Erlasses dieses Einspracheentscheides – also nicht nur den Sachverhalt bis zum Zeitpunkt des Erlasses der einspracheweise angefochtenen Verfügung vom 20. August 2004 – beurteilt habe. Diese Annahme ist richtig, denn nach der bundesgerichtlichen Praxis beinhaltet ein Einspracheentscheid tatsächlich eine Würdigung der Sachverhaltsentwicklung bis zum Zeitpunkt seines Erlasses (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2.A., N. 36 zu Art. 52 ATSG, S. 662). Der Einspracheentscheid vom 26. Januar 2005 enthielt kein Indiz dafür, dass er sich bewusst – i.S. einer Teilentscheidung - nur auf eine Beurteilung des Sachverhalts bis zum Erlass der Verfügung vom 20. August 2004 beschränkt hätte. Gegenstand des Einspracheentscheides vom 26. Januar 2005 hat also tatsächlich – der Annahme der Beschwerdegegnerin gemäss - die Sachverhaltsentwicklung bis und mit dem 26. Januar 2005 gebildet. Da es sich bei den IV-Stellen um Zweigstellen der Eidgenössischen Invalidenversicherung handelt, kann eine IV-Stelle ohne weiteres wiedererwägungsweise auf eine Verfügung oder auf einen Einspracheentscheid einer anderen IV-Stelle zurückkommen. Auf eine formell rechtskräftige Verfügung oder auf einen formell rechtskräftigen Einspracheentscheid "zurückkommen" bedeutet, den massgebenden Sachverhalt – nötigenfalls nach einer zusätzlichen Abklärung – nochmals rechtlich zu würdigen, die daraus resultierende Rechtsfolgeanordnung mit derjenigen zu vergleichen, die der Verfügung oder dem Einspracheentscheid zugrunde gelegt worden ist, die Verfügung oder den Einspracheentscheid aufzuheben, falls sie/er



sich im Vergleich mit der neu ermittelten, korrekten Rechtsfolgenanordnung als zweifellos unrichtig erweist und falls die Korrektur von erheblicher Bedeutung ist, und schliesslich die neu ermittelte, korrekte Rechtsfolgenanordnung zu verfügen. Mit den weitaus meisten Wiedererwägungsverfügungen wird auf eine Verfügung oder auf einen Einspracheentscheid zurückgekommen, mit denen eine Leistung erstmalig zugesprochen worden ist, mit denen also erstmalig über ein Leistungsgesuch entschieden worden ist. Das gilt nicht für die Wiedererwägungsverfügung vom 4. Juni 2008. Mit ihr ist die Beschwerdegegnerin auf einen Einspracheentscheid zurückgekommen, der rechtswidrigerweise keinen Rentenrevisionsentscheid nach Art. 17 Abs. 1 ATSG enthalten hat, obwohl sich der Sachverhalt damals möglicherweise in erheblicher Weise verändert hatte. Das mit der Verfügung vom 4. Juni 2008 abgeschlossene Wiedererwägungsverfahren hat also in seinem ersten Teil darin bestanden, das damals unterlassene Rentenrevisionsverfahren nachzuholen und dann dessen Resultat mit dem Dispositiv des Einspracheentscheides vom 26. Januar 2005 zu vergleichen. Das Wiedererwägungsverfahren ist also inhaltlich zunächst ein Rentenrevisionsverfahren nach Art. 17 Abs. 1 ATSG.

2.2 Der Beschwerdeführer teilte der IV-Stelle des Kantons A.____ am 1. Juni 2004 mit, dass er am 26. März 2004 durch Dr. med. C.____ vom Kantonsspital St. Gallen operiert worden sei. Dr. med. C.____ berichtete am 14. Juni 2004, die Operation sei ohne Probleme verlaufen. Die linksseitigen Beinbeschwerden hätten sich zurückgebildet. Die Prognose sei eher schlecht. Als Maurer werde der Beschwerdeführer nicht mehr tätig sein können. Eine Umschulung sei in Anbetracht der noch bestehenden Beschwerden, der beruflichen Aussichten und der dreizehnjährigen Arbeitsunfähigkeit wenig erfolgversprechend. Die vollständige Arbeitsunfähigkeit bestehe seit Anfang 2004. Die IV-Stelle des Kantons A.____ verfügte am 20. August 2004 eine revisionsweise Erhöhung der laufenden halben auf eine ganze Rente, wobei sie von einem Eintritt der Erhöhung des Invaliditätsgrades auf 100% am 1. Januar 2004 ausging. Die Einholung eines medizinischen Verlaufsberichts unterblieb. Die Verfügung wurde im Einspracheentscheid vom 26. Januar 2005 bestätigt. Auch im Einspracheverfahren war kein Verlaufsbericht eingeholt worden. Dr. med. B.____ gab am 25. November 2005 an, die Exazerbation habe durch die Operation vom 26. März 2004 aufgefangen werden können. Es bestünden aber weiterhin belastungsabhängige Beschwerden. Die bestehende Invalidität (100%) sei anhaltend gerechtfertigt. Im Gutachten der MEDAS



vom 26. September 2007 wurde berichtet, der Beschwerdeführer habe gegenüber dem rheumatologischen Sachverständigen angegeben, nach der Operation seien die andauernden, chronischen Schmerzen verschwunden. Persistiert hätten episodentartig auftretende lumbale Schmerzen mit Ausstrahlung in das linke Bein. Die Episoden träten unvorhersehbar auf. Im MEDAS-Gutachten wurde weiter ausgeführt, der rheumatologische Sachverständige habe bei der klinischen Untersuchung ein leichtgradiges Lumbovertebralsyndrom im Bereich des Operationsgebiets mit leichtgradiger Bewegungseinschränkung lumbal festgestellt. Hinweise für ein lumboradikuläres Reizsyndrom oder für ein sensomotorisches radikuläres Ausfallsyndrom hätten gefehlt. Die subjektive Einschätzung der Arbeitsfähigkeit habe in einem erheblichen Widerspruch zu den geringgradigen objektivierbaren Befunden und zu der ausgeprägten linksbetonten Handbeschwielung (Linkshänder) gestanden. Aus rein rheumatologischer Sicht sei der Beschwerdeführer für eine körperlich leichte und angepasste Erwerbstätigkeit zu 100% arbeitsfähig. Diese Einschätzung gelte ab dem vierten postoperativen Monat, also ab dem 1. Juli 2004. Im Ergebnis hat der rheumatologische Sachverständige der MEDAS damit den von den anderen Ärzten angegebenen praeoperativen Anstieg der Arbeitsunfähigkeit auf 100% bestätigt, aber er ist davon ausgegangen, dass die Arbeitsunfähigkeit bald nach der Operation wieder auf 0% abgesunken sei. Angesichts des eindeutigen Ergebnisses der klinischen und der bildgebenden Untersuchung und angesichts der Angaben des Beschwerdeführers sind die Arbeitsfähigkeitsschätzungen von Dr. med. C.____ und von Dr. med. B.____ widerlegt. Aus rheumatologischer Sicht ist deshalb mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt, dass der Beschwerdeführer ab 1. Juli 2004 in einer adaptierten Erwerbstätigkeit wieder zu 100% arbeitsfähig gewesen ist. Der psychiatrische Sachverständige der MEDAS stellte nur leichtgradige Einschränkungen des psychischen Gesundheitszustandes fest. Seiner Auffassung nach beeinträchtigte die Alkoholabhängigkeit die Arbeitsfähigkeit nicht. Ob die leichtgradige Persönlichkeitsveränderung bewirke, dass der Beschwerdeführer einem Arbeitgeber nur beschränkt oder gar nicht zumutbar sei, sollte seiner Auffassung nach durch eine BEFAS-Abklärung untersucht werden. Gemeint war die Neigung des Beschwerdeführers zu aggressiven Ausbrüchen unter Alkoholeinfluss. Derartige Vorkommnisse lagen aber in der Vergangenheit. Hinweise darauf, dass der Beschwerdeführer immer noch zu derartigen Ausbrüchen neigte, waren nicht



vorhanden. Dies allein machte eine BEFAS-Abklärung überflüssig. Im übrigen war davon auszugehen, dass eine konsequente Einnahme von Antabus in Erfüllung der allgemeinen Schadenminderungspflicht zumutbar war, womit die Gefahr aggressiver Ausbrüche weiter vermindert werden konnte. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin durch den Verzicht auf eine BEFAS-Abklärung ihre Untersuchungspflicht nicht verletzt hat. Demnach ist die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers auch aus rein psychiatrischer Sicht ab 1. Juli 2004 nicht mehr beeinträchtigt gewesen. Das bedeutet, dass am 1. Juli 2004 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine erhebliche Veränderung des Invaliditätsgrades eingetreten ist, die in Anwendung von Art. 17 Abs. 1 ATSG die Durchführung eines weiteren Revisionsverfahrens erfordert hätte. Der Einspracheentscheid vom 26. Januar 2005 war also rechtswidrig, weil er keinen derartigen zweiten Rentenrevisionsentscheid als Reaktion auf die vollständige Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit per 1. Juli 2004 enthielt.

2.3 Der Beschwerdeführer verfügt nicht über einen Berufsabschluss. Er hat zwar als Maurerpolier gearbeitet, aber aufgrund der langen Berufs- und Arbeitsabstinenz war es ihm zumutbar, ab dem 1. Juli 2004 die durch die Operation wiedererlangte Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Hilfsarbeit zu verwerten, zumal eine Umschulung wahrscheinlich am Fehlen ausreichender intellektueller Fähigkeiten gescheitert wäre. Die Invalidenkarriere war also diejenige einer körperlich leichten Hilfsarbeit, ohne dass damit der Grundsatz der 'Eingliederung vor Rente' (vgl. etwa Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2.A., Vorbemerkungen N. 47) verletzt gewesen wäre. Das gilt auch für das im Rahmen des Verfahrens zur Wiedererwägung des Einspracheentscheides vom 26. Januar 2005 vorzunehmenden Rentenrevisionsverfahrens. Da der Beschwerdeführer seine Arbeitsfähigkeit im Betrieb seiner Ehefrau nicht ausschöpft, da es sich bei seiner Tätigkeit im Betrieb der Ehefrau nicht um eine adaptierte Tätigkeit handelt und da nicht überprüft werden kann, ob der ausgerichtete Lohn der erbrachten Leistung entspricht, muss das zumutbare Invalideneinkommen anhand eines statistisch ermittelten Lohnes bemessen werden. Praxisgemäss ist auf die Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik abzustellen. Da der Beschwerdeführer seine Arbeitsfähigkeit in praktisch allen Branchen verwerten könnte, ist der Zentralwert der Löhne gesunder Hilfsarbeiter gemäss der Tabelle TA1 der Lohnstrukturerhebung 2004 von Fr. 4588.- massgebend, umgerechnet von 40 auf den schweizerischen Durchschnitt von 41,6



Wochenarbeitsstunden Fr. 4771.50 bzw. Fr. 57'258.-. Die Beschwerdegegnerin hat keinen Abzug (in der Verwaltungspraxis fälschlicherweise als "Leidensabzug" bezeichnet) vorgenommen. Tatsächlich weist der Beschwerdeführer keinen Teilzeitnachteil auf, da er zu 100% arbeitsfähig ist. Auch der erzwungene Wechsel von einer körperlich belastenden in eine körperlich leichte Arbeit hat keinen Lohnnachteil zur Folge, denn der Beschwerdeführer ist kein reiner Grobmotoriker und es gibt keinen statistischen Nachweis dafür, dass körperlich leichte Hilfsarbeiten unterdurchschnittlich entlohnt würden. Hingegen weist der Beschwerdeführer aufgrund seiner durch die Alkoholabhängigkeit bewirkten Persönlichkeitsveränderung einen Nachteil gegenüber gesunden Hilfsarbeitern auf, mit deren Löhnen der Zentralwert ermittelt worden ist. Der Beschwerdeführer benötigt besondere Rücksichtnahme seitens der Vorgesetzten und der Arbeitskollegen. Dieser Nachteil rechtfertigt einen Abzug, wobei 5% als angemessen erscheinen. Damit resultiert ein zumutbares Invalideneinkommen von Fr. 54'395.-. Die Beschwerdegegnerin hat das Valideneinkommen ausgehend von dem 1991 erzielten Lohn von Fr. 69'485.- durch die Aufrechnung der Nominallohnentwicklung ermittelt, allerdings nicht bis zum massgebenden Jahr 2004, sondern bis 2006. Die Aufrechnung bis 2004 ergibt ein Einkommen von Fr. 84'764.- (Fr. 69'485.- : 1619 x 1975). Ob der Beschwerdeführer als Maurerpolier ohne formale Ausbildung im Jahr 2004 tatsächlich Fr. 84'764.- hätte verdienen können, ist zu bezweifeln. Diese Frage kann aber offen bleiben, denn die Erwerbseinbusse von Fr. 30'369.- entspricht einem Invaliditätsgrad von lediglich 36%. Hätte die Beschwerdegegnerin in ihrem Einspracheentscheid vom 26. Januar 2005 der Verbesserung der Arbeitsfähigkeit auf 100% Rechnung getragen, hätte sie die ab 1. April 2004 auszurichtende ganze Invalidenrente wieder eingestellt. Der Einspracheentscheid vom 26. Januar 2005 erweist sich somit als zweifellos unrichtig, weil die revisionsweise Einstellung der ganzen Rente unterblieben ist. Da es um die Einstellung einer ganzen Invalidenrente geht, ist die erhebliche Bedeutung der Wiedererwägung des Einspracheentscheides vom 26. Januar 2005 offenkundig.

2.4 Zu beantworten bleibt die Frage, auf welchen Zeitpunkt die ganze Rente eingestellt werden muss. Die Beschwerdegegnerin hat die ganze Rente – bei richtiger Interpretation der angefochtenen Verfügung vom 4. Juni 2008 – per 30. September 2004 eingestellt, also drei Monate nach dem Eintritt der Reduktion des Invaliditätsgrades von 100% auf 36%. Dieser Zeitpunkt kann nicht richtig sein, denn



wenn der Einspracheentscheid vom 26. Januar 2005 auch die Einstellung der ganzen Rente angeordnet hätte, wäre dies gemäss Art. 88bis Abs. 2 lit. a IVV auf den ersten Tag des zweiten auf die Zustellung dieses Einspracheentscheides folgenden Monats, also auf den 28. Februar 2005 erfolgt. Eine Meldepflichtverletzung, die gemäss Art. 88bis Abs. 2 lit. b IVV die Einstellung der ganzen Rente ab dem Tag der Reduktion des Invaliditätsgrades von 100% auf 36% (1. Juli 2004) erfordert hätte, lag nämlich nicht vor, wie die Beschwerdegegnerin im Ergebnis auch einräumt. Der operierende Arzt hatte den Beschwerdeführer nämlich nach der Operation vom 26. März 2004 weiterhin zu 100% arbeitsunfähig geschrieben und auch der behandelnde Arzt war von einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit ausgegangen. Der Beschwerdeführer konnte nicht wissen, dass diese Einschätzung falsch war. Selbst wenn er am 26. Januar 2005 bereits im Betrieb seiner Ehefrau mitgearbeitet haben sollte, war das Pensum – und damit der Lohn – zu klein, als dass es für den Anspruch auf eine ganze Invalidenrente relevant gewesen wäre. Die ganze Rente kann also auf keinen Fall per 30. September 2004 aufgehoben werden. Da die Beschwerdegegnerin den Einspracheentscheid vom 26. Januar 2005 in Wiedererwägung gezogen und dabei eine revisionsweise Renteneinstellung vorgenommen hat, könnte die Auffassung vertreten werden, Art. 88bis Abs. 2 lit. a IVV beziehe sich auf den in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt, in dem der nun wiedererwägungsweise aufgehobene und ersetzte Einspracheentscheid vom 26. Januar 2005 zugestellt worden sei. Damit würde im Ergebnis fingiert, dass der Einspracheentscheid vom 26. Januar 2005 korrekt, also mit der Aufhebung der ganzen Rente, ergangen sei. Ob eine derartige Fiktion zulässig ist oder ob die reale Zustellung der Wiedererwägungsverfügung im Juni 2008 massgebend sein muss, kann dem Wortlaut des Art. 88bis Abs. 2 lit. a IVV nicht entnommen werden. Materialien zur Entstehung von Art. 88bis Abs. 2 lit. a IVV fehlen weitgehend. Zudem dürfte sich der Verordnungsgeber kaum mit dieser sehr speziellen Frage befasst haben. Soweit ersichtlich fehlen vergleichbare Problemkonstellationen, so dass nicht auf eine gesetzliche Lösung in einem anderen Rechtsgebiet abgestellt oder verwiesen werden kann. Als einziges erfolgversprechendes Auslegungselement bleibt also der Sinn und Zweck des Art. 88bis Abs. 2 lit. a IVV. Die Regelung des Wirkungszeitpunkts in Art. 88bis Abs. 2 lit. a IVV bezweckt einen mit einer Besitzstandgarantie im intertemporalen Recht vergleichbaren Schutz der Rentner. Gutgläubige Rentner, die vom Absinken ihres Invaliditätsgrades nichts wissen können und die die Verzögerung in



der Herabsetzung oder Aufhebung ihrer Rente nicht zu verantworten haben, sollen vor einer rückwirkenden Herabsetzung oder Aufhebung – und der damit einhergehenden Rentenrückforderung – bewahrt werden. Das gilt nicht nur für die häufigen Verzögerungen um wenige Monate, sondern auch für jene Fälle, in denen der mangelnde ausreichende Invaliditätsgrad an sich unrechtmässige Rentenbezüge lange Zeit andauert, bis die IV-Stelle die Herabsetzung oder Aufhebung verfügt. Hätte der Verordnungsgeber die "Besitzstandgarantie" auf kurze Verzögerungen beschränken wollen, hätte er das nämlich ausdrücklich angeordnet. Die "Besitzstandgarantie" nach Art. 88bis Abs. 2 lit. a IVV entfällt nicht einfach dadurch, dass die rückwirkende revisionsweise Herabsetzung oder Aufhebung einer laufenden Rente ausnahmsweise im Rahmen einer Wiedererwägung einer unrichtigen, in der Vergangenheit erlassenen Revisionsverfügung erfolgt. Es gibt in Bezug auf das von der "Besitzstandgarantie" geschützte Schoninteresse keinen Unterschied zwischen denjenigen Rentnern, bei denen die Verzögerung in der Herabsetzung oder Aufhebung der Rente darauf zurückzuführen ist, dass die IV-Stelle die entsprechende Verminderung des Invaliditätsgrades erst mit grosser Verspätung festgestellt und revisionsweise umgesetzt hat, und jenen Rentnern, bei denen die IV-Stelle erst nach längerer Zeit feststellt, dass sie früher eine zweifellos unrichtige Revisionsverfügung erlassen hat, die sie nun wiedererwägen muss. Bei beiden Konstellationen ist nur relevant, dass sich der Rentner kein (Mit-) Verschulden an der Verzögerung i.S. der in Art. 88bis Abs. 2 lit. b IVV aufgeführten Pflichten vorwerfen lassen muss. Bezogen auf den vorliegenden Fall bedeutet das, dass nicht der Zustellungszeitpunkt des – fiktiv – bereits am 26. Januar 2005 korrekten wiedererwogenen Einspracheentscheides (Januar 2005), sondern der Zeitpunkt der Zustellung der Wiedererwägungsverfügung vom 4. Juni 2008 (Juni 2008) massgebend sein muss. Die laufende ganze Invalidenrente ist deshalb per 31. Juli 2008 einzustellen. Die angefochtene Wiedererwägungsverfügung vom 4. Juni 2008 erweist sich also nur, aber immerhin in Bezug auf den Zeitpunkt der Renteneinstellung als rechtswidrig.

2.5 Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass dieses komplexe Verfahrensproblem gar nicht aufgetreten wäre, wenn die Einsprache als Rechtsmittel ernst genommen, d.h. die Beurteilung der einspracheweise angefochtenen Verfügung anhand der Sachverhaltsentwicklung bis zum Verfügungserlass erfolgen würde. Damit wäre nämlich auch sichergestellt, dass die rechtliche Würdigung der



Sachverhaltsentwicklung zwischen dem Verfügungserlass und dem Erlass des Einspracheentscheides in jedem Fall zunächst Gegenstand einer Verfügung bilden und damit eine Einsprachemöglichkeit beinhalten würde. Das ist mit der Bundesgerichtspraxis, die auch die Entwicklung bis zum Erlass des Einspracheentscheides als Teil des massgebenden Sachverhalts bezeichnet (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2.A., N. 36 zu Art. 52 ATSG, S. 662) nicht der Fall. Im vorliegenden Zusammenhang hat das dazu geführt, dass das Unterlassen einer revisionsweisen Anpassung einer laufenden Rente nach Art. 17 Abs. 1 ATSG den Anlass für eine wiedererwägungsweise Korrektur eines formell rechtskräftigen, in rechtswidriger Weise unvollständigen Einspracheentscheides gebildet hat. Bei einer Beschränkung des Einspracheentscheides auf die Sachverhaltsentwicklung bis zum Erlass der einspracheweise angefochtenen Verfügung hätte die Beschwerdegegnerin eine simple verspätete Revision vornehmen können.

3.

Gemäss den vorstehenden Ausführungen ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung vom 4. Juni 2008 ist aufzuheben und die ab 1. April 2004 laufende ganze Invalidenrente ist per 31. Juli 2008 einzustellen. Praxisgemäss hat der Beschwerdeführer aufgrund der Tatsache, dass die angefochtene Verfügung als rechtswidrig aufzuheben, die beschwerdeweise Anfechtung dieser Verfügung – und damit das Entstehen von Vertretungskosten – also unbedingt notwendig gewesen ist, einen Anspruch auf den Ersatz aller Parteikosten. Diese bemessen sich nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 61 lit. g ATSG). Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdegegnerin durch den Erlass einer – letztlich überflüssigen – Verfügung vom 29. November 2007 den Verfahrensaufwand vergrössert hat. Unter Berücksichtigung dieser Kriterien erweist sich eine Parteientschädigung von Fr. 4000.- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Die Beschwerdegegnerin ist auch in bezug auf die Gerichtskosten als vollumfänglich unterliegend zu qualifizieren. Massgebendes Bemessungskriterium ist der Verfahrensaufwand (Art. 69 Abs. 1^{bis} IVG). Dieser Aufwand ist überdurchschnittlich und rechtfertigt deshalb eine Gerichtsgebühr von Fr. 800.-. Diese Gerichtsgebühr ist von der Beschwerdegegnerin zu bezahlen. Die beiden Kostenvorschüsse von je Fr. 600.- sind dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten.



Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung vom 4. Juni 2008 aufgehoben und die ganze Invalidenrente wird per 31. Juli 2008 aufgehoben.
2. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 4000.- zu bezahlen.
3. Die Beschwerdegegnerin hat eine Gerichtsgebühr von Fr. 800.- zu bezahlen; die Kostenvorschüsse im Gesamtbetrag von Fr. 1200.- sind dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten.