



Fall-Nr.: IV 2014/59
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 17.04.2020
Entscheiddatum: 25.04.2017

Entscheid Versicherungsgericht, 25.04.2017

**Art. 28 IVG. Art. 16 ATSG. Rentenprüfung. Reformatio in peius.
Rückwirkende Arbeitsfähigkeitsschätzung (Entscheid des
Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 25. April 2017, IV
2014/59).**

Entscheid Versicherungsgericht, 25.04.2017

Entscheid vom 25. April 2017

Besetzung

Vizepräsident Ralph Jöhl, Versicherungsrichterin Karin Huber-Studerus,
Versicherungsrichter Joachim Huber; Gerichtsschreiber Tobias Bolt

Geschäftsnr.

IV 2014/59

Parteien

A.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Mag. iur. Antonius Falkner,

Lettstrasse 18, FL-9490 Vaduz,

gegen



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

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Rente

Sachverhalt

A.

A.a A.____ meldete sich im November 2009 zum Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung an (IV-act. 1). Er gab an, er habe keine Berufsausbildung absolviert. Zuletzt habe er als Maschinenbediener gearbeitet. Am 14. Dezember 2009 teilte der Hausarzt Dr. med. B.____ dem IV-internen regionalen ärztlichen Dienst (RAD) telefonisch mit (IV-act. 15), der Versicherte leide an einem Discusprolaps im Segment C5/6. Es seien keine neurologischen Ausfälle aufgetreten. Eine Operation sei nicht indiziert. Der Versicherte werde physiotherapeutisch behandelt. Die bisherige Tätigkeit sei aufgrund der Schmerzen seit dem 23. Mai 2009 nicht mehr zumutbar. Eine schonende Tätigkeit dürfte dagegen zu 50 Prozent mit vermehrten Pausen zumutbar sein. Die Klinik Valens berichtete am 15. Dezember 2009 (IV-act. 23), der Versicherte leide an einem cervico-cephalen und an einem cervico-brachialen Syndrom bei einer muskulären Dysbalance, einer Fehlhaltung der Wirbelsäule, einer Haltungsinsuffizienz und einem ausgedehnten medio-lateralen Bandscheibenvorfall rechts und links auf der Höhe C5/6 mit einer deutlichen Einengung der Recessi und mit einer möglichen radiculären Reizung der Wurzel C7. Der Versicherte sei vom 26. Oktober 2009 bis zum 14. November 2009 stationär behandelt worden. Zwar habe er sich sehr motiviert gezeigt und an allen Therapiemassnahmen regelmässig teilgenommen, doch sei er nicht bereit gewesen, sich bis an die Schmerzgrenze zu belasten. Zudem habe er ein schmerzlimitierendes Schonverhalten gezeigt. Ab dem Austrittstag sei ihm mindestens eine halbtägige Erwerbstätigkeit mit vermehrten Pausen zumutbar. Die Arbeitgeberin berichtete am 9. Februar 2010 (IV-act. 24), sie habe den Versicherten seit dem 1. Mai 2006 als Mitarbeiter in der Färberei (Vorbehandlung; Strangöffner) beschäftigt. Der Monatslohn habe sich seit dem 1. April 2008 auf 4'280 Franken belaufen. Der



Versicherte habe die Arbeit gehend und stehend verrichten müssen; die Gewichtsbelastung habe sich mehrheitlich im Bereich von 10–25 Kilogramm bewegt. Das Arbeitsverhältnis sei per 31. Januar 2010 gekündigt worden, weil der Versicherte die Arbeitgeberin nur spärlich über den Krankheitsverlauf informiert und bei einem Arbeitsversuch nicht den erforderlichen Willen und die erwartete positive Einstellung gezeigt habe. Am 7. April 2010 führte Dr. B.____ aus (IV-act. 27), dem Versicherten könne nun lediglich noch ein Pensum von 30 Prozent zugemutet werden, da die Schmerzen zugenommen hätten. Neu leide der Versicherte auch an einer Depression. Am 28. Juli 2010 attestierte Dr. B.____ dann allerdings wieder eine Arbeitsfähigkeit von 50 Prozent (IV-act. 37). Am 9. Februar 2011 teilte Dr. med. C.____ der IV-Stelle mit (IV-act. 57), nach einem Wohnsitzwechsel des Versicherten behandle er diesen nun als neuer Hausarzt. Gegenwärtig absolviere der Versicherte einen Arbeitsversuch, schaffe es aber nur selten, die vorgesehene Arbeitszeit von vier Stunden pro Tag einzuhalten. Er demonstriere ein „schmerz-zentriertes Gehabe mit seiner HWS“. Da physiotherapeutische Behandlungen bislang nichts gefruchtet hätten, habe er, Dr. C.____, vorläufig davon abgesehen, noch zusätzliche Kosten zu generieren. Er halte den Versicherten nach Möglichkeit an, seine relativ leichte Tätigkeit auch wirklich im vorgesehenen Pensum zu verrichten, habe jedoch den Eindruck, dass die Motivation des Versicherten nicht allzu gross sei. Am 11. März 2011 teilte Dr. C.____ mit (IV-act. 59), der Arbeitsversuch sei zwischenzeitlich gescheitert, da der Betriebsleiter nicht bereit gewesen sei, die häufigen Absenzen des Versicherten weiter zu tolerieren. Bei den ärztlichen Konsultationen verhalte sich der Versicherte jeweils sehr auffällig; er halte den Kopf sehr oft in Inklinationsstellung, was wahrscheinlich die Reizung der Nervenwurzel verstärke und die Beschwerden „am Leben erhalte“. Er ziele offensichtlich auf eine Berentung ab. Am 15. Mai 2011 berichtete Dr. C.____ (IV-act. 67), beim Versicherten sei neu ein Lupus erythematodes diagnostiziert worden, der sich aber nicht auf die Arbeitsfähigkeit auswirke. Er empfehle eine medizinische Abklärung zur Frage, ob eine Aggravation vorliege. Am 12. September 2011 berichtete Dr. med. C.____ (IV-act. 75), sie behandle den Versicherten seit Mitte August 2011 als Hausärztin. Da sie ihn erst seit vier Wochen kenne, könne sie keine spezifischen Angaben zur Arbeitsfähigkeit machen.

A.b Im Auftrag der IV-Stelle erstattete das Zentrum für medizinische Begutachtung (ZMB) am 12. Juni 2012 ein polydisziplinäres Gutachten (IV-act. 81). Die



St.Galler Gerichte

Sachverständigen führten aus, der Versicherte habe während den Untersuchungen ein auffälliges Verhalten gezeigt. Er habe sich ständig geräuspert, etwa alle zehn bis 20 Sekunden den Schleim vom Rachen her hochgezogen, ständig gehustet, sich wie jemand benommen, der einen akuten Schnupfen habe. Auf eine entsprechende Nachfrage hin habe er angegeben, diese Beschwerden habe er schon seit drei Jahren. Er habe sich rückschonend bewegt, teilweise sehr verlangsamt und alles in allem sehr demonstrativ gewirkt. Vier von fünf Waddellzeichen seien positiv gewesen. Aus allgemeinmedizinischer Sicht sei die Arbeitsfähigkeit trotz der chronischen Rhinopharyngitis sicca, die auf einen Nikotinstop hin bessern könnte, und trotz des cutanen Lupus erythematodes nicht beeinträchtigt. Aus orthopädischer Sicht sei ihm trotz des cervico-cephalen und cervico-brachialen Schmerzsyndroms und trotz des chronisch rezidivierenden lumbalen Schmerzsyndroms eine leichte bis mittelschwere Tätigkeit ohne repetitive Überkopfarbeiten und ohne Tätigkeiten in absturzgefährdeten Positionen vollumfänglich zumutbar. Aus neurologischer Sicht handle es sich um ein chronisches Schmerzsyndrom mit einer funktionellen Überlagerung respektive Aggravation. Schmerzbedingt seien ein leicht erhöhter Pausenbedarf und damit eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit um 20 Prozent zu attestieren. Aus psychiatrischer Sicht bestehe der Verdacht auf eine Tickstörung. Zudem leide der Versicherte an einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung mit einer demonstrativen Verdeutlichung, Ausweitung und Selbstlimitierung. Dies schränke die Arbeitsfähigkeit aber nicht ein. Aus interdisziplinärer Sicht sei ab dem Datum der Begutachtung eine Arbeitsfähigkeit von 80 Prozent zu attestieren. Für die Zeit vor der Begutachtung sei gestützt auf die Berichte der behandelnden Ärzte von einer Arbeitsunfähigkeit von 50 Prozent auszugehen. Der RAD-Arzt Dr. med. D.____ erachtete das Gutachten am 26. Juni 2012 als überzeugend (IV-act. 82).

A.c Mit einem Vorbescheid vom 7. September 2012 stellte die IV-Stelle dem Versicherten die Zusprache einer befristeten halben Rente für die Zeit vom 1. November 2010 bis zum 30. September 2012 in Aussicht (IV-act. 88). Mit einer „Einsprache“ vom 10. Oktober 2012 liess der anwaltlich vertretene Versicherte die „durchgehende“ Ausrichtung einer ganzen Rente beantragen (IV-act. 92). Zur Begründung liess er am 15. November 2012 ausführen (IV-act. 101), die Sachverständigen des ZMB hätten sich auf veraltete Unterlagen gestützt, namentlich auf ein MRI der HWS aus dem Jahr 2009. Am 16. Oktober 2012 habe Dr. C.____



bestätigt, dass der Versicherte wegen seiner HWS-Schmerzen auf dem freien Arbeitsmarkt nicht mehr vermittelbar sei. Laut einem Bericht vom 8. Oktober 2012 habe Dr. med. E.____ anhand eines aktuellen Röntgenbildes eine Verhärtung zwischen den betroffenen Wirbeln als Schmerzursache nachweisen können. Der psychiatrische Sachverständige habe eine somatoforme Schmerzstörung diagnostiziert, aber nicht begründet, weshalb sich diese nicht auf die Arbeitsfähigkeit auswirken sollte. Die Sache sei insgesamt noch nicht entscheidungsreif; es seien weitere Abklärungen notwendig. Die Sachverständigen des ZMB nahmen am 7. Februar 2013 Stellung zu den Einwänden gegen ihr Gutachten (IV-act. 108). Sie führten aus, die behandelnde Ärztin Dr. C.____ habe ihre Stellungnahme, auf die der Rechtsvertreter des Versicherten verwiesen habe, gestützt auf ein MRI aus dem Jahr 2006 verfasst. Vor diesem Hintergrund erscheine es als unlogisch und widersprüchlich, wenn der Rechtsvertreter ein MRI aus dem Jahr 2009 als völlig veraltet bezeichne. Dr. C.____ habe ihre Angabe, der Versicherte sei auf dem freien Arbeitsmarkt nicht mehr vermittelbar, nicht überzeugend begründet. Zudem habe sie in einem früheren Bericht auf eine Demonstrationshaltung und auf eine Rentenbegehrlichkeit hingewiesen, was dem Rechtsvertreter des Versicherten wohl entgangen sei. Die Befundschilderung von Dr. E.____ sei ungenau. Massgebend für die Arbeitsfähigkeitsschätzung seien zudem nicht die bildgebenden, sondern die klinischen Untersuchungsbefunde. Insgesamt lägen keine Gründe vor, die gegen die Zuverlässigkeit des Gutachtens sprechen würden. Der RAD-Arzt Dr. D.____ erachtete diese Ausführungen als überzeugend (IV-act. 110). Am 22. Februar 2013 räumte die IV-Stelle dem Versicherten die Möglichkeit ein, Stellung zur nachträglichen Ergänzung der Sachverständigen des ZMB zu nehmen (IV-act. 111). Dieser liess am 22. März 2013 geltend machen (IV-act. 112), die Sachverständigen seien nicht auf den Mangel des psychiatrischen Teilgutachtens eingegangen. Ihre Stellungnahme zeige, dass sie voreingenommen seien. Nachdem der RAD-Arzt Dr. D.____ am 19. April 2013 festgehalten hatte, dass die Eingabe vom 22. März 2013 keine neuen medizinischen Erkenntnisse enthalte (IV-act. 113), sprach die IV-Stelle dem Versicherten mit einer Verfügung vom 10. Dezember 2013 für die Zeit vom 1. November 2010 bis zum 30. September 2012 eine halbe Rente der Invalidenversicherung zu; für die Zeit ab dem 1. Oktober 2012 verneinte sie einen Rentenanspruch (IV-act. 116).

B.



St.Galler Gerichte

B.a Am 28. Januar 2014 liess der Versicherte (nachfolgend: der Beschwerdeführer) eine Beschwerde gegen die Verfügung vom 10. Dezember 2013 erheben (act. G 1). Sein Rechtsvertreter beantragte die Ausrichtung einer dem Invaliditätsgrad des Beschwerdeführers entsprechenden Rente der Invalidenversicherung über den 30. September 2012 hinaus und eventualiter die Aufhebung des „bekämpften Einspracheentscheides“ und die Rückweisung der Sache zur weiteren Abklärung und zur neuen Verfügung an die IV-Stelle (nachfolgend: die Beschwerdegegnerin). Zur Begründung führte er aus, die Beschwerdegegnerin habe sich nicht mit allen seinen Vorbringen auseinandergesetzt und darüber hinaus eine Stellungnahme ihres RAD-Arztes zur Eingabe vom 22. März 2013 eingeholt, ohne diese dem Beschwerdeführer anschliessend zur Kenntnis zu bringen. Damit habe sie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. In materieller Hinsicht fehle es an einer überzeugenden Begründung für das Attest einer uneingeschränkten Arbeitsfähigkeit aus psychiatrischer Sicht, denn der psychiatrische Sachverständige des ZMB habe sich nicht mit den sogenannten Foerster'schen Kriterien auseinandergesetzt. Auch die Berechnung des Invaliditätsgrades sei falsch, denn das von der Beschwerdegegnerin angeführte Valideneinkommen von 56'285 Franken sei nicht nachvollziehbar. Teuerungsbereinigt hätte sich der Lohn des Beschwerdeführers auf rund 70'000 Franken belaufen, wenn er gesund geblieben wäre. Zudem hätte ein Abzug vom Tabellenlohn von 15 Prozent – mindestens von zehn Prozent – vorgenommen werden müssen.

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragte am 19. März 2014 die Abweisung der Beschwerde (act. G 5). Zur Begründung führte sie aus, der RAD-Arzt Dr. D. ___ habe am 19. April 2013 nur die bekannten Tatsachen nochmals gewürdigt. Diese Aktenwürdigung habe dem Beschwerdeführer nicht eröffnet werden müssen. Das Gutachten des ZMB sei überzeugend und beweiskräftig. Der psychiatrische Sachverständige habe auf eine Aggravation hingewiesen, was rechtsprechungsgemäss eine relevante Arbeitsunfähigkeit aus psychiatrischer Sicht ausschliesse. Das Valideneinkommen belaufe sich auf 64'505 Franken. Ein Tabellenlohnabzug sei nicht vorzunehmen. Der Invaliditätsgrad belaufe sich für die Zeit ab der Begutachtung auf lediglich noch 26 Prozent, weshalb ab dem 1. Oktober 2012 kein Rentenanspruch mehr bestanden habe.

B.c Am 26. März 2014 wurde dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt (act. G 6).



B.d In einer Replik vom 9. Mai 2014 liess der Beschwerdeführer ausführen (act. G 8), die Verletzung des Gehörsanspruchs sei evident, denn die Ausführungen des RAD seien dem Tatsachenbereich zuzuordnen. Noch immer fehle es an einer Auseinandersetzung mit den Foerster'schen Kriterien. Das Valideneinkommen sei deutlich höher anzusetzen. Der Lohn des Beschwerdeführers habe sich im Jahr 2009 auf 71'600 Franken belaufen. Der Tabellenlohnabzug müsse 20 Prozent – mindestens 15 Prozent – betragen. Selbst wenn auf das Gutachten des ZMB abgestellt werde, bestehe über den 30. September 2012 hinaus ein Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung.

B.e Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Duplik (vgl. act. G 10).

B.f Am 28. Juni 2016 wies das Versicherungsgericht den Beschwerdeführer darauf hin (act. G 11), dass die Angaben der Sachverständigen des ZMB zur Arbeitsfähigkeit im Zeitraum vor der Begutachtung allenfalls als nicht überzeugend qualifiziert werden müssten. Die Sachverständigen hätten sich nämlich nur auf die Angaben der behandelnden Ärzte abgestützt, die erfahrungsgemäss nicht geeignet seien, den Arbeitsfähigkeitsgrad einer versicherten Person mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu belegen. Allenfalls werde das Versicherungsgericht die Sache zur weiteren Abklärung an die Beschwerdegegnerin zurückweisen. Diese Abklärung könnte einen tieferen oder gar keinen Rentenanspruch ergeben, was letztlich auf eine reformatio in peius hinaus laufen würde. Dem Beschwerdeführer werde deshalb die Möglichkeit geboten, seine Beschwerde zurückzuziehen. Mit einem Schreiben vom 8. September 2016 liess der Beschwerdeführer an seiner Beschwerde festhalten (act. G 14).

B.g Am 23. Januar 2017 forderte das Versicherungsgericht das ZMB auf darzulegen, weshalb für die Zeit vor der Begutachtung von einer Arbeitsfähigkeit von 50 Prozent und für die Zeit ab der Begutachtung von einer solchen von 80 Prozent ausgegangen worden sei (act. G 16). Die Sachverständigen antworteten am 21. Februar 2017 (act. G 17), sie hätten für die Zeit vor der Untersuchung „einfach die Beurteilung der Aktenlage übernommen“. Bei einer nochmaligen kritischen Prüfung der Aktenlage hätten sie nun aber festgestellt, dass schon im Jahr 2009 eine nicht-somatische Komponente vorhanden gewesen sei. Die Rheumatologen der Klinik Valens hätten ein



St.Galler Gerichte

schmerzlimitierendes Schonverhalten erwähnt. Der RAD-Arzt habe im Januar 2011 festgehalten, dass IV-fremde Faktoren massgeblich am Krankheitsgeschehen mitwirkten. Der Hausarzt Dr. C.____ habe im Bericht vom 11. März 2011 bemerkt, dass der Beschwerdeführer in Richtung einer Rente demonstriere. Auch Dr. C.____ habe im Bericht vom 12. September 2011 festgehalten, dass der Beschwerdeführer in Richtung einer Rente demonstriere und nicht motiviert sei, eine leichte Tätigkeit aufzunehmen. Vor dem Hintergrund dieser Angaben sei davon auszugehen, dass der damalige Zustand „in etwa so ähnlich“ gewesen sein müsse wie anlässlich der Begutachtung durch das ZMB. Folglich müsste auch rückwirkend ab dem Jahr 2009 eine Arbeitsfähigkeit von 80 Prozent attestiert werden. Eine solche retrospektive Arbeitsfähigkeitsschätzung sei aber mit einer gewissen Unsicherheit behaftet.

B.h Am 20. März 2017 liess der Beschwerdeführer Stellung zu den ergänzenden Angaben der Sachverständigen des ZMB nehmen (act. G 20). Sein Rechtsvertreter führte aus, nun könne kein Zweifel mehr an der Arbeitsfähigkeitsschätzung im Gutachten für die Zeit bis April 2012 bestehen, weshalb für einen allfälligen Eingriff in die bereits zuerkannte Rente kein Raum bleibe. Für die Zeit ab April 2012 könne nicht auf das Gutachten abgestellt werden, da es erstellt worden sei, bevor das Bundesgericht seine „Überwindbarkeitsvermutung“ aufgegeben habe (vgl. BGE 141 V 281), und da sich die Sachverständigen an jener Vermutung orientiert hätten.

Erwägungen

1.

Vorab ist zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin ihre Pflicht, dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zu gewähren (Art. 42 ATSG), oder ihre Begründungspflicht (Art. 49 Abs. 3 ATSG) verletzt hat, denn eine solche Verletzung einer verfahrensrechtlichen Pflicht müsste naturgemäss grundsätzlich ohne weiteres zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung führen, weil die Pflichtverletzung nur dadurch behoben werden könnte, dass das Verfahren nochmals – dieses Mal korrekt – durchgeführt würde. Vorliegend stehen zwei verschiedene Rügen im Raum: Die unterbliebene Möglichkeit zur Stellungnahme zur Aktenwürdigung des RAD-Arzt Dr. D.____ vom 19. April 2013 und die fehlende Aus-einandersetzung mit den Einwänden gegen das



psychiatrische Teilgutachten des ZMB. Auch wenn die Aktenwürdigung des RAD-Arztes Dr. D.____ dem „Tatsachenbereich“ zuzuordnen ist, enthält sie keine neuen Tatsachen, sondern nur eine Würdigung der bereits davor bekannten Tatsachen. Der RAD-Arzt ist also nicht als ein Sachverständiger beigezogen worden, der ein (weiteres) Beweismittel produziert hätte, sondern er hat vielmehr in seiner Funktion als angestellter Mediziner der Beschwerdegegnerin eine Würdigung der bereits vorhandenen Beweismittel abgegeben, die sich auf die Aussage beschränkt hat, die Eingabe des Beschwerdeführers vom 22. März 2013 enthalte keine neuen medizinischen Erkenntnisse. Diese Würdigung hat als ein blosses Begründungselement Eingang in die Begründung der angefochtenen Verfügung gefunden. Sie hat dem Beschwerdeführer nicht vorab zur Kenntnis- und Stellungnahme eröffnet werden müssen (vgl. dazu auch das Urteil des Bundesgerichtes 8C_793/2008 vom 13. März 2009, E. 3, mit Hinweisen). Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegt also nicht vor. Was die Begründungspflicht betrifft, so verfolgt diese keinen Selbstzweck, sondern sie soll nur sicherstellen, dass dem Adressaten einer Verfügung jene Überlegungen eröffnet werden, die ihm die Beantwortung der Frage nach der Ergreifung eines Rechtsmittels und die substantiierte Begründung eines allfällig zu erhebenden Rechtsmittels erlauben. Die Beschwerdegegnerin hat zwar tatsächlich keine Stellung zu den Einwänden gegen das psychiatrische Teilgutachten genommen, doch hat sich ihrer Verfügung eindeutig entnehmen lassen, dass sie keinen Grund gesehen hat, am Beweiswert des Gutachtens des ZMB – und damit auch des psychiatrischen Teilgutachtens – zu zweifeln. Damit ist die Begründungspflicht erfüllt gewesen. Folglich liegt kein Grund für eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung wegen einer verfahrensrechtlichen Rechtswidrigkeit vor.

2.

2.1 Eine versicherte Person hat einen Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung, wenn sie ihre Erwerbsfähigkeit nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern kann, wenn sie während eines Jahres ohne einen wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40 Prozent arbeitsunfähig gewesen ist und wenn sie nach dem Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40 Prozent invalid ist (Art. 28 Abs. 1 IVG). Für die Bemessung der Invalidität wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person



nach dem Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung und nach der Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei einer ausgeglichenen Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung zu jenem Erwerbseinkommen gesetzt, das sie erzielen könnte, wenn sie gesund geblieben wäre (Art. 28a Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 16 ATSG).

2.2 Bei der Bemessung des zumutbarerweise erzielbaren Invalideneinkommens kommt der medizinischen Arbeitsfähigkeitsschätzung in aller Regel eine entscheidende Bedeutung zu. Die Beschwerdegegnerin hat zur Beantwortung der Frage nach der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers ein polydisziplinäres Gutachten durch das ZMB erstellen lassen. Dessen Sachverständige haben den Beschwerdeführer persönlich untersucht, seine Klagen und die von ihnen erhobenen klinischen Befunde ausführlich geschildert, die Vorakten der behandelnden Ärzte eingehend gewürdigt und gestützt darauf eine überzeugend begründete Diagnose gestellt und eine ebenso überzeugend begründete Arbeitsfähigkeitsschätzung abgegeben. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers besteht kein Grund, die Zuverlässigkeit der Arbeitsfähigkeitsschätzung (für die Zeit ab der Begutachtung) anzuzweifeln. Der orthopädische und der neurologische Sachverständige haben die vorhandenen bildgebenden Befunde eingehend gewürdigt und den Beschwerdeführer persönlich ausführlich klinisch untersucht. Für die Arbeitsfähigkeitsschätzung sind in erster Linie die Ergebnisse der klinischen Untersuchung massgebend, denn die klinische Untersuchung zeigt, welche Belastungen der Körper der versicherten Person zu tolerieren imstande ist. Die Untersuchungen haben gezeigt, dass der Beschwerdeführer objektiv betrachtet nicht wesentlich beeinträchtigt ist. Dies deckt sich mit den Angaben der behandelnden Ärzte, die zwar jeweils eine relevante Arbeitsunfähigkeit bescheinigt, aber schon von Beginn weg auf Verdeutlichungs- und Aggravationstendenzen hingewiesen haben. Hinsichtlich der Befundschilderungen sind keine wesentlichen Unterschiede zwischen den Ausführungen der Sachverständigen und jener der behandelnden Ärzte ersichtlich. Dem Umstand, dass die Sachverständigen des ZMB angeblich auf veraltete bildgebende Aufnahmen abgestellt haben sollen, kommt vor diesem Hintergrund keine wesentliche Bedeutung zu. Hätten Anhaltspunkte für eine wesentliche Veränderung seit dem letzten MRI vorgelegen, hätten die Sachverständigen in Erfüllung ihres Gutachtensauftrages neue Bilder anfertigen lassen, die sie dann gewürdigt hätten. Das ist aber nicht notwendig gewesen, weil sich aus



dem Vergleich des damals aktuellsten MRI-Berichtes und dem von den Sachverständigen erhobenen klinischen Befund kein Anhaltspunkt ergeben hat, der zur Erstellung eines weiteren MRI gezwungen hätte. Diesbezüglich ist auch darauf hinzuweisen, dass für die Arbeitsfähigkeitsschätzung nicht in erster Linie die bildgebenden, sondern vielmehr die klinischen Befunde ausschlaggebend sind. Folglich bestehen keine Zweifel an der Zuverlässigkeit des orthopädischen und des neurologischen Teilgutachtens. In psychiatrischer Hinsicht fällt zunächst auf, dass sich der Beschwerdeführer bislang nie in eine psychiatrische Behandlung begeben hat. Der frühere Hausarzt Dr. B.____ hat zwar in einem seiner Berichte eine Depression erwähnt, dieser aber offenbar keine wesentliche Bedeutung zugemessen, denn ansonsten hätte er dem Beschwerdeführer empfohlen, eine psychiatrische Behandlung zu beginnen. Nachdem das Bundesgericht seine Rechtsprechung geändert hat, muss keine Auseinandersetzung mit den Foerster'schen Kriterien mehr erfolgen (vgl. BGE 141 V 281). Dem psychiatrischen Teilgutachten lässt sich ohne weiteres entnehmen, dass keine psychische Erkrankung vorliegt, die sich in einem wesentlichen Ausmass auf die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers auswirken würde. Der psychiatrische Sachverständige hat überzeugend begründet, dass der Beschwerdeführer trotz seiner Tickstörung und trotz der anhaltenden somatoformen Schmerzstörung (mit erheblichen Aggravationsanteilen) in einer leidensadaptierten Tätigkeit uneingeschränkt arbeitsfähig ist. Die übrigen medizinischen Akten enthalten keine Hinweise, die Zweifel an dieser Schlussfolgerung wecken würden.

2.3 Nun haben die Sachverständigen aber für die Zeit vor der Begutachtung des Beschwerdeführers eine (deutlich) höhere Arbeitsunfähigkeit von 50 Prozent attestiert, wobei sie diesbezüglich auf die Angaben der behandelnden Ärzte abgestellt haben. Die Annahme einer Arbeitsfähigkeit von 50 Prozent bis zum Zeitpunkt der Begutachtung und von einer solchen von 80 Prozent ab dem Zeitpunkt der Begutachtung könnte aber nur überzeugend sein, wenn sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers unmittelbar vor der Begutachtung erheblich verbessert hätte, denn ohne eine relevante Verbesserung des Gesundheitszustandes lässt sich die (erhebliche) Steigerung der Arbeitsfähigkeit nicht erklären. Im Gutachten des ZMB finden sich allerdings keinerlei Hinweise auf eine entsprechende Verbesserung des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers. Auch in den Berichten der behandelnden Ärzte fehlen Hinweise auf eine solche Verbesserung. Sowohl die Ausführungen der Sachverständigen des



ZMB als auch jene der behandelnden Ärzte sind vielmehr dahingehend zu verstehen, dass sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers während der Dauer des mit der angefochtenen Verfügung abgeschlossenen Verwaltungsverfahrens respektive – den Angaben von Dr. B. ___ vom 14. Dezember 2009 folgend – ab Mai 2009 nicht wesentlich verändert hat. Entsprechend hätten die behandelnden Ärzte wohl auch für die Zeit nach der Begutachtung eine Arbeitsfähigkeit von 50 Prozent attestiert. Die Rückfrage an die Sachverständigen des ZMB hat ergeben, dass diese tatsächlich keinen Anhaltspunkt für eine relevante Veränderung des Gesundheitszustandes – und damit auch der Arbeitsfähigkeit – des Beschwerdeführers entdeckt haben. In ihren ergänzenden Ausführungen vom 21. Februar 2017 haben die Sachverständigen überzeugend aufgezeigt, dass die Arbeitsfähigkeitsschätzungen der behandelnden Ärzte einer kritischen Würdigung nicht standhalten. Sowohl die Ärzte der Klinik Valens als auch die drei Hausärzte haben nämlich von Beginn weg auf Verdeutlichungs- und Aggravationstendenzen sowie auf eine Rentenbegehrlichkeit hingewiesen. Entsprechend haben sie zwar die subjektive Arbeitsfähigkeitsschätzung des Beschwerdeführers (vollständige Arbeitsunfähigkeit) nicht übernommen. Trotzdem haben sie aber bei als äusserst diskret zu bezeichnenden bildgebend und klinisch objektivierbaren Befunden eine erhebliche Arbeitsunfähigkeit von 50 Prozent selbst für ideal leidensadaptierte Tätigkeiten attestiert, was laut den überzeugenden Ausführungen der Sachverständigen des ZMB nicht nachvollziehbar ist. Daraus haben die Sachverständigen des ZMB den Schluss gezogen, dass der Beschwerdeführer ab Mai 2009 durchgehend zu 80 Prozent arbeitsfähig gewesen sei. Allerdings haben sie darauf hingewiesen, dass diese retrospektive Arbeitsfähigkeitsschätzung aus medizinischer Sicht nicht dieselbe Beweiskraft wie jene für die Zeit ab der Begutachtung aufweise. Bei einer Würdigung der gesamten Akten erscheint die Annahme einer Arbeitsfähigkeit von 80 Prozent ab Mai 2009 trotz der von den Sachverständigen des ZMB geäusserten Zweifel als überwiegend wahrscheinlich richtig. Wenn man davon ausgehen müsste, dass die retrospektive Schätzung der Sachverständigen des ZMB die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit belegen könnte, müsste diesbezüglich von einer Beweislosigkeit ausgegangen werden, denn es existieren keine weiteren Beweismassnahmen, mit denen doch noch eine überzeugende Arbeitsfähigkeitsschätzung für diesen lange zurückreichenden Zeitraum



ermittelt werden könnte, wenn dies selbst den Sachverständigen des ZMB nicht möglich gewesen wäre. Diese Beweislosigkeit würde sich zulasten des Beschwerdeführers auswirken, da dieser aus der Behauptung einer höheren Arbeitsunfähigkeit in jenem Zeitraum einen Vorteil für sich ableiten will (vgl. Art. 8 ZGB). Da aber keine solche Beweislosigkeit vorliegt, ist für den gesamten massgebenden Zeitraum zwischen der Anmeldung zum Leistungsbezug im November 2009 und der Eröffnung der angefochtenen Verfügung im Dezember 2013 für leidensadaptierte Tätigkeiten von einer durchgehenden Arbeitsfähigkeit von 80 Prozent auszugehen.

2.4 Der Beschwerdeführer hat keine Berufsausbildung absolviert und ist dementsprechend bis zum Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung als Hilfsarbeiter tätig gewesen. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat behauptet, dieser habe in den Jahren 2007 und 2008 einen durchschnittlichen Jahreslohn von rund 68'000 Franken erzielt. Diese Behauptung erweist sich als aktenwidrig, denn laut dem IK-Auszug hat sich der Lohn im Jahr 2007 auf 57'725 Franken und im Jahr 2008 auf 64'505 Franken belaufen (IV-act. 9–1). Zuletzt hat der Beschwerdeführer einen Monatslohn von 4'280 Franken (ab 1. April 2008) erzielt, was sogar nur einem Jahreslohn von 55'640 Franken entsprechen würde. Er muss also Zulagen zum Monatslohn erhalten haben. Im Vergleich zum Zentralwert der Hilfsarbeiterlöhne von 59'979 Franken im Jahr 2008 gemäss den Ergebnissen der Lohnstrukturerhebung (4'806 Franken pro Monat bei einer standardisierten Arbeitszeit von 40 Stunden pro Woche; betriebsübliche Arbeitszeit von 41,6 Stunden pro Woche im Jahr 2008) müsste der Grundlohn für sich allein als leicht unterdurchschnittlich qualifiziert werden. Der im IK verbuchte Lohn hat allerdings einem durchschnittlichen Hilfsarbeiterlohn entsprochen. Zudem finden sich in den Akten keine Hinweise, die die Annahme rechtfertigen würden, der Beschwerdeführer sei als Hilfsarbeiter nur unterdurchschnittlich leistungsfähig gewesen und hätte deshalb nur einen unterdurchschnittlichen Lohn erzielen können. Auf dem massgebenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt hätte der Beschwerdeführer überwiegend wahrscheinlich einen durchschnittlichen Hilfsarbeiterlohn erzielen können. Dies rechtfertigt es, den Zentralwert der Hilfsarbeiterlöhne als Valideneinkommen heranzuziehen. Da dem Beschwerdeführer trotz seiner Gesundheitsbeeinträchtigung die Verrichtung einer durchschnittlich entlöhnten, leidensadaptierten Hilfsarbeit zugemutet werden kann, entspricht auch der Ausgangswert des zumutbarerweise erzielbaren



Invalideinkommens dem Zentralwert der Hilfsarbeiterlöhne und damit auch dem Valideneinkommen. Mathematisch kann der Betrag der beiden Vergleichsgrössen bei der Berechnung des Invaliditätsgrades keine Rolle spielen; der Invaliditätsgrad entspricht notwendigerweise dem Arbeitsunfähigkeitsgrad, korrigiert um einen allfälligen Abzug vom Tabellenlohn von maximal 25 Prozent (vgl. BGE 126 V 75). In der Praxis hat sich für solche Fälle der Begriff des Prozentvergleichs eingebürgert, der allerdings keine eigene Bemessungsmethode, sondern nur ein mathematisch vereinfachter Einkommensvergleich ist. Die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers ist aus neurologischer Sicht wegen eines schmerzbedingt leicht höheren Pausenbedarfs um 20 Prozent eingeschränkt. Aus den überzeugenden Ausführungen des neurologischen Sachverständigen des ZMB lässt sich ableiten, dass der Beschwerdeführer nicht mehr gleich flexibel wie ein gesunder Arbeitnehmer eingesetzt werden kann. Er wird die Arbeit regelmässig unterbrechen müssen und nicht in der Lage sein, Überstunden zu leisten. Zudem muss ein potentieller, betriebswirtschaftlich-ökonomisch denkender Arbeitgeber ein Risiko vermehrter krankheitsbedingter Absenzen einkalkulieren. Rein betriebswirtschaftlich betrachtet kann die Arbeitsleistung des Beschwerdeführers nicht denselben ökonomischen Wert wie die Arbeitsleistung eines gesunden, zu 80 Prozent arbeitenden Hilfsarbeiters haben. Das rechtfertigt einen praxismässigen Abzug vom Tabellenlohn von zehn Prozent. Dieser ergibt zusammen mit der Arbeitsunfähigkeit von 20 Prozent einen nicht rentenbegründenden Invaliditätsgrad von 28 Prozent für den gesamten massgebenden Zeitraum vom November 2009 bis zum Dezember 2013.

3.

Vor diesem Hintergrund erweist sich die Zusprache einer befristeten Rente als rechtswidrig. Die angefochtene Verfügung vom 10. Dezember 2013 ist deshalb aufzuheben und – im Sinne einer *reformatio in peius* – durch eine Abweisung des Rentenbegehrens des Beschwerdeführers zu ersetzen. Bei diesem Verfahrensausgang müsste an sich der Beschwerdeführer die Gerichtskosten von 600 Franken bezahlen. Da ihm die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden ist, ist er von der Bezahlung dieser Kosten zu befreien und ist der Staat zu verpflichten, seinem Rechtsvertreter eine Entschädigung für den notwendigen Vertretungsaufwand auszurichten. Da nur unterdurchschnittlich wenige Akten zu studieren gewesen sind, die Stellungnahme zur



angedrohten reformatio in peius aber einen notwendigen Mehraufwand verursacht hat, ist insgesamt von einem durchschnittlichen Vertretungsaufwand auszugehen. Die Entschädigung wird deshalb praxisgemäss auf 80 Prozent (Art. 31 Abs. 3 AnwG) von 3'500 Franken festgesetzt. Sollten es seine wirtschaftlichen Verhältnisse dereinst gestatten, wird der Beschwerdeführer zur Nachzahlung der Gerichtskosten und zur Rückerstattung der Entschädigung für seinen Rechtsvertreter verpflichtet werden können (Art. 99 Abs. 2 VRP i.V.m. Art. 123 ZPO). Die Kosten für die ergänzende Stellungnahme des ZMB müssten dem Grundsatz des Art. 95 Abs. 1 VRP folgend eigentlich dem unterliegenden Beschwerdeführer auferlegt werden. Das würde aber bedeuten, dass er die Kosten einer Abklärungsmassnahme bezahlen müsste, die an sich die Beschwerdegegnerin im Verwaltungsverfahren hätte durchführen müssen, um ihre Untersuchungspflicht (Art. 43 Abs. 1 ATSG) vollumfänglich zu erfüllen. Das wäre stossend, weil dies finanziell einer Abwälzung der Untersuchungspflicht im Verwaltungsverfahren auf die versicherte Person gleichkäme. In dieser Situation muss deshalb von der Regel des Art. 95 Abs. 1 VRP abgewichen und das sogenannte Verursacherprinzip (vgl. Art. 95 Abs. 2 VRP) angewandt werden. Die Kosten für die ergänzende Stellungnahme des ZMB sind folglich der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die angefochtene Verfügung vom 10. Dezember 2013 wird aufgehoben und das Rentenbegehren des Beschwerdeführers wird abgewiesen.

2.

Der Beschwerdeführer wird von der Bezahlung der Gerichtskosten von Fr. 600.-- befreit.

3.



Die Beschwerdegegnerin hat die Kosten für die ergänzende Stellungnahme des ZMB in der Höhe von Fr. 708.95 zu bezahlen.

4.

Der Staat hat den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mit Fr. 2'800.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.