

605 2008-86

## Urteil vom 19. August 2010

### SOZIALVERSICHERUNGSGERICHTSHOF

BESETZUNG	Stellvertretender Präsident: Beisitzer:	Johannes Frölicher Bruno Kaufmann, Jean-Marc Kuhn
PARTEIEN	<b>X., Beschwerdeführer</b> , vertreten durch Rechtsanwalt André Clerc, Bd de Pérolles 22, Postfach 47, 1705 Freiburg,  gegen  <b>INVALIDENVERSICHERUNGSSTELLE DES KANTONS FREIBURG</b> , Rte du Mont-Carmel 5, Postfach, 1762 Givisiez, <b>Vorinstanz</b> ,	
GEGENSTAND	Invalidenversicherung  Beschwerde vom 29. Februar 2008 gegen die Verfügung vom 22. Januar 2008	

## **S a c h v e r h a l t**

A. X., geboren 1954, aus dem ehemaligen Jugoslawien stammend, Vater von fünf erwachsenen Kindern, kam 1986 in die Schweiz und war als Bauarbeiter tätig.

Am 12. März 1992 fiel X. bei der Arbeit von einem Gerüst und brach sich den Arm. In der Folge wurde ihm mit Verfügung vom 23. Dezember 1993 eine ordentliche einfache Invalidenrente der Eidgenössischen Invalidenversicherung (IV) zugesprochen. Am 28. Dezember 1994 reduzierte die IV den Invaliditätsgrad auf 26%, was die damals noch für die Verfügung zuständige kantonale Ausgleichskasse mit Entscheid vom 11. Mai 1994 festhielt; sie verneinte das Weiterbestehen eines Rentenanspruches, die Problematik am Arm sei ausgeheilt. Während des dagegen eingeleiteten Beschwerdeverfahrens schlug die Invalidenversicherung die Revision des Invaliditätsgrades aufgrund einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes (Hospitalisierung wegen Lumboischialgien 1994) vor. Basierend auf den zusätzlichen Abklärungen, insbesondere aufgrund einer BEFAS-Abklärung, beantragte die IV-Stelle bei einem Invaliditätsgrad von 58%, ab dem 1. Juli 1997 eine halbe Invalidenrente. Damit war X. einverstanden, worauf das Verwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren am 14. Juli 1997 abschrieb (vgl. Verfahren 5S 94 407).

B. Im Rahmen eines Revisionsverfahrens, gestützt auf eine MEDAS-Begutachtung vom 24. Mai 2002, wurde eine Verbesserung der Arbeitsfähigkeit angenommen und basierend auf einem neuen Invaliditätsgrad von 45% eine Reduktion der halben auf eine Viertelsrente in Aussicht gestellt. Am 5. September 2002 erlitt X. einen Herzinfarkt, was die IV-Stelle veranlasste, weitere Abklärungen zu treffen. Am 15. Mai 2003 wurde in der Folge verfügt, dass der Invaliditätsgrad zwischen 1. Dezember 2002 bis zum 31. Januar 2003 100%, ab 1. Februar 2003 erneut 45% betrage. Dies wurde mit Einspracheentscheid vom 14. November 2003 bestätigt. Das Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg hob diesen Entscheid mit Urteil vom 12. Januar 2005 auf (Verfahren 5S 2003 294). Es sei medizinisch nicht abgeklärt, ob nach dem Herzinfarkt, wie von der IV-Stelle angenommen, ein Status quo ante erreicht worden und die MEDAS-Begutachtung aus dem Jahr 2002 noch bzw. wieder aussagekräftig sei.

C. Im Rahmen der daraufhin angeordneten Abklärungen erging am 14. Juni 2006 eine weitere MEDAS-Beurteilung, woraus eine Arbeitsfähigkeit von 100% mit einer 20%igen Leistungsreduktion (bei anfänglicher Einsetzbarkeit zu 50% und Leistungsreduktion von 20%) resultierte. Eine darauf zugesprochene berufliche Massnahme in der Z. wurde am 7. März 2007 abgebrochen. Am 25. April 2007 erging der Vorbescheid. Unter Berücksichtigung der Einwände vom 25. Mai 2007 entschied die IV-Stelle am 22. Januar 2008, dass X. folgende Leistungen der Invalidenversicherung zustehen: Mit Wirkung ab 1. Dezember 2002 bis 31. Januar 2003 basierend auf einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit infolge des Herzproblems eine ganze Rente (100%), Für die Folgezeit berücksichtigte die IV-Stelle eine Arbeitsfähigkeit von 50% mit einer Leistungsminderung von 20% gemäss MEDAS vom 14. Juni 2006. Aus dem Einkommensvergleich ergaben sich die folgenden Leistungen: ab 1. Februar 2003 eine halbe Rente (62%), ab 1. Januar 2004 eine Dreiviertelsrente (63%) für die befristete Zeit bis 30. April 2007. Ab dem 1. Mai 2007 wurde der IV-Grad gestützt auf die fehlende Mitwirkung bei der Eingliederungsmassnahme gemäss dem Gutachten vom 14. Juni (volle Arbeitsfähigkeit bei angepassten Arbeiten mit 80% Rendement) festgelegt. Dies ergab einen Einkommensverlust von 28% und damit keinen Rentenanspruch.

D. Gegen diese Verfügung erhob X., vertreten durch Rechtsanwalt André Clerc, Freiburg, am 29. Februar 2008 Beschwerde beim Kantonsgericht. Er beantragte unter Kosten- und Entschädigungsfolge die Rückweisung zur weiteren Abklärung und Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit. Es wird vorerst eine Verletzung der Begründungspflicht behauptet, weil die IV-Stelle auf die formulierten Einwände gegen den Vorbescheid nicht eingegangen sei und den Austritts- und Zwischenbericht der Z. nicht zugestellt hatte. Es wird der Vorwurf zurückgewiesen, der Beschwerdeführer sei renitent. Weiter wird vorgebracht, die medizinische Zumutbarkeit sei mit derart vielen Einschränkungen verbunden, dass keine Arbeitsstelle zu finden wäre.

E. Mit Entscheid vom 15. Oktober 2008 wurde dem Beschwerdeführer die vollständige unentgeltliche Rechtspflege für das vorliegende Beschwerdeverfahren gewährt (Verfahren 605 2008-87).

F. In ihren Bemerkungen vom 15. Dezember 2008 beantragte die IV-Stelle die Abweisung der Beschwerde. Es sei die Verfügung genügend begründet und das rechtliche Gehör nicht verletzt sowie der Rentenentscheid nicht übereilt. Im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels wurden keine wesentlich neuen Argumente vorgebracht.

G. Der BVG-Versicherer, die Axa Leben AG, Stiftung berufliche Vorsorge, Winterthur, wurde am 7. Mai 2010 zur Stellungnahme geladen und beantragte am 12. Mai 2010 die Abweisung der Beschwerde.

H. Die weiteren Elemente des Sachverhalts ergeben sich, soweit für die Urteilsfindung massgebend, aus den nachfolgenden rechtlichen Erwägungen.

### **E r w ä g u n g e n**

1. Seit dem 1. Januar 2008 ist das Kantonsgericht die oberste Behörde in Zivil-, Straf- und Verwaltungssachen (Art. 1, 26 und 27 des kantonalen Gesetzes vom 14. November 2007 über die Organisation des Kantonsgerichts [KGOG; SGF 131.1.1]).

2. Gemäss den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln betreffend die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der geänderten Normen noch nicht rechtskräftig festgelegten Leistungen sind für die Zeit bis 31. Dezember 2007 die damals geltenden Bestimmungen und ab 1. Januar 2008 die neuen Normen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) und des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) sowie der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV; SR 831.201) anzuwenden (5. IV-Revision; Urteil 8C\_362/2009 vom 14. Dezember 2009 Erw. 2; BGE 130 V 445 Erw. 1). Analoges gilt für die Bestimmungen des ATSG, welche auf den 1. Januar 2003 sowie denjenigen der 4. IV-Revision, welche auf den 1. Januar 2004 in Kraft traten.

3. Die Beschwerde gegen die Verfügung der IV-Stelle erfolgte form- und fristgerecht durch den ordnungsgemäss vertretenen Beschwerdeführer bei der sachlich und örtlich zuständigen Beschwerdeinstanz. Der Beschwerdeführer hat ein schutzwürdiges Interesse, dass das Kantonsgericht, Sozialversicherungsgerichtshof, prüft, ob über den 31. Mai 2007 hinaus Rentenleistungen der Invalidenversicherung geschuldet sind.

Auf die Beschwerde ist einzutreten.

4. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines Anspruches auf rechtliches Gehör, weil ihm der Bericht der Z. nicht zugestellt und in der Verfügung nicht genügend auf die Einwände im Vorbescheidverfahren eingegangen worden sei. Diese Kritik ist vorab zu prüfen: wird sie angenommen, so führt dies unabhängig von den materiellen Erfolgchancen der Beschwerde zur Aufhebung der Verfügung.

a) Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als zentralen Teilgehalt das Recht auf Akteneinsicht. Eine notwendige Bedingung für dessen Wahrnehmung sowie für die Ausübung des damit in engem Zusammenhang stehenden Rechts auf Äusserung besteht darin, dass die Behörde die Parteien davon in Kenntnis setzt, wenn sie dem Dossier neue Akten beifügt, die für die Entscheidungsfindung wesentlich sind (Urteil des Bundesgerichtes vom 27. Februar 2008 8C\_147/2007 Erw. 4.2; THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003, S. 448, § 68 N 27, mit Hinweis auf BGE 124 II 132 Erw. 2b S. 137).

b) Der Beschwerdeführer verkennt vorliegend, dass der Bericht der Z., wie weiter unten zu zeigen sein wird, nicht nötig ist, um den Rentenanspruch beurteilen zu können. Damit entfällt bereits eine massgebende Voraussetzung, um von einer unheilbaren Verletzung des rechtlichen Gehörs ausgehen zu können: eine Verletzung ist bloss dann relevant, wenn die beanstandeten Aktenstücke zur Entscheidung notwendig sind. Selbst wenn man dies annehmen würde, so wäre in casu Folgendes zu beachten: Von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann ausnahmsweise abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 201 Erw. 2.2 S. 204 f., 132 V 387 Erw. 5.1 S. 390 mit Hinweis). Das Kantonsgericht verfügt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht über uneingeschränkte Kognition (Art. 61 lit. c und d ATSG; BGE 132 V 387 Erw. 5.1 S. 390). Mit Bezug auf die Feststellung der rechtserheblichen Tatsachen gelten der Untersuchungsgrundsatz sowie der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Urteil des Bundesgerichts 9C\_511/2009 vom 30. November 2009 Erw. 4.1.1). Ebenfalls wurde vom Gericht ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt (vgl. zu diesen Voraussetzungen auch das Urteil des Bundesgerichts 9C\_744/2009 vom 15. Dezember 2009, Erw. 1, wo gerügt wurde, dass ein entscheiderelevanter Arztbericht erst mit dem Einspracheentscheid zugestellt worden war). Zudem erfolgte vorliegend immerhin mit Schreiben vom 23. März 2007 eine Zustellung dieses Berichtes an den behandelnden Arzt. Vorliegend sind also die Voraussetzungen zum Verzicht auf die Rückweisung in jedem Fall erfüllt, zumal es auch dem Beschwerdeführer klar sein muss, wie lange dieses Revisionsverfahren nun schon andauert, ohne dass eine rechtskräftige Verfügung erging (soweit sich die Kritik des Beschwerdeführers darauf richtet, dass die IV-Stelle vor der Leistungseinstellung kein ordnungsgemässes Mahnverfahren durchführte, ist er auf die materiellen Ausführungen unter Erwägung 10 zu verweisen).

c) Der Beschwerdeführer bringt zusätzlich vor, dass die Verfügung sich nicht mit den Einwänden des Vorbescheides auseinandersetzt. Selbst wenn diese Rüge begründet wäre, gelten die soeben gemachten Ausführungen betreffend die Heilungsmöglichkeiten. Zudem war es dem Beschwerdeführer ohne Weiteres möglich, den Entscheid mit einer sachgerechten Begründung anzufechten; es entstanden ihm keine Nachteile. Auch in

dieser Hinsicht rechtfertigt sich nicht, den Entscheid aus formellen Gründen aufzuheben (vgl. zur Frage der Begründung von Verfügungen und der Heilung 9C\_363/2009 vom 18. März 2010 Erw. 3).

5. Bei den im ATSG (in der Fassung vom 20. Oktober 2000, in Kraft seit 1. Januar 2003) enthaltenen Legaldefinitionen der Arbeitsunfähigkeit, der Erwerbsunfähigkeit, der Invalidität und der Einkommensvergleichsmethode handelt es sich um Kodifizierungen der bisherigen Rechtsprechung. Die von der Rechtsprechung zu den einzelnen Begriffen entwickelten Grundsätze haben unter der Herrschaft des ATSG weiterhin Geltung (BGE 130 V 343). Der Lesbarkeit des Entscheides wegen werden im Folgenden aufgrund dieser inhaltlich grösstenteils nicht veränderten Bestimmungen nicht sämtliche Verweise auf die einzelnen in den verschiedenen Zeitperioden geltenden Bestimmungen angeführt.

a) Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Die Invalidität kann Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein (Art. 4 Abs. 1 IVG). Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 7 Abs. 1 ATSG). Für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit sind ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt zudem nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist (Art. 7 Abs. 2 ATSG; der am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Abs. 2 hat allerdings den Begriff der Erwerbsunfähigkeit nicht modifiziert, BGE 135 V 215 Erw. 7.3).

b) Anspruch auf eine Invalidenrente haben gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG (in der seit 1. Januar 2008 gültigen Fassung) Versicherte, die ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern können (Bst. a), während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40% arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen sind (Bst. b) und nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40% invalid (Art. 8 ATSG) sind (Bst. c).

c) Bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40% besteht Anspruch auf eine Viertelrente, bei mindestens 50% auf eine halbe Rente, bei mindestens 60% auf eine Dreiviertelrente und bei mindestens 70% auf eine ganze Rente (Art. 28 Abs. 2 IVG [in der seit 1. Januar 2008 gültigen Fassung], Art. 28 Abs. 1 IVG [in der ab 1. Januar 2004 bis 31. Dezember 2007 gültigen Fassung]). Nach Art. 28 Abs. 1 IVG (in der bis 31. Dezember 2003 geltenden Fassung) hat der Versicherte Anspruch auf eine ganze Rente, wenn er mindestens zu  $66\frac{2}{3}\%$ , auf eine halbe Rente, wenn er mindestens zu 50% oder auf eine Viertelsrente, wenn er mindestens zu 40% invalid ist.

d) Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades erwerbstätiger Versicherter (allgemeine Methode des Einkommensvergleichs) ist das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung zu setzen zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Art. 28 Abs. 2 IVG (in der Fassung bis zum 31. Dezember 2007) resp. Art. 28a Abs. 1 (in der

Fassung ab 1. Januar 2008) mit Verweis auf Art. 16 ATSG, vgl. BGE 132 V 393 Erw. 2.1). Aus der Einkommensdifferenz dieser beiden ziffernmässig möglichst genau ermittelten und einander gegenübergestellten hypothetischen Erwerbseinkommen lässt sich der Invaliditätsgrad bestimmen (BGE 128 V 29 Erw. 1, 130 V 343 Erw. 4.3).

6. a) Ändert sich der Invaliditätsgrad eines Rentenbezügers erheblich, so wird die Rente von Amtes wegen oder auf Gesuch hin für die Zukunft entsprechend erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben (Art. 17 Abs. 1 ATSG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 IVG). Das Institut der Revision von Invalidenrenten wurde vom Gesetzgeber in Weiterführung der entsprechenden bisherigen Regelungen in Art. 17 Abs. 1 ATSG aufgenommen. Die zu altArt. 41 Abs. 1 IVG (in Kraft bis Ende 2002) entwickelte Rechtsprechung ist daher grundsätzlich weiterhin anwendbar (BGE 130 V 343 Erw. 3.5.4, in BGE 133 V 108 nicht publizierte Erw. 2 [Urteil EVG I 465/05 vom 6. November 2006]).

Wird vom Zeitpunkt des Verfügungserlasses an rückwirkend eine Rente zugesprochen und diese für eine weitere Zeitspanne gleichzeitig herabgesetzt oder aufgehoben, so sind nach der Rechtsprechung die für die Rentenrevision geltenden Bestimmungen analog anwendbar (BGE 133 V 263 Erw. 6.1 mit Hinweisen). Setzt die Verwaltung bei der Leistungszusprechung die Rente nach Massgabe der Veränderung des Invaliditätsgrades rückwirkend herab oder hebt sie sie auf, richtet sich der Zeitpunkt der Rentenherabsetzung bzw. -aufhebung rechtsprechungsgemäss nach Art. 88a Abs. 1 IVV (BGE 125 V 413 Erw. 2d, BGE 109 V 125). Danach ist bei einer Verbesserung der Erwerbsfähigkeit, die anspruchsbeeinflussende Änderung für die Herabsetzung oder Aufhebung der Leistung von dem Zeitpunkt an zu berücksichtigen, in dem angenommen werden kann, dass sie voraussichtlich längere Zeit andauern wird; sie ist in jedem Fall zu berücksichtigen, nachdem sie ohne wesentliche Unterbrechung drei Monate andauert hat und voraussichtlich weiterhin andauern wird.

Anlass zur Rentenrevision gibt jede wesentliche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen, die geeignet ist, den Invaliditätsgrad und damit den Rentenanspruch zu beeinflussen. Eine Invalidenrente ist demgemäss nicht nur bei einer wesentlichen Veränderung des Gesundheitszustandes, sondern auch dann revidierbar, wenn sich die erwerblichen Auswirkungen des an sich gleich gebliebenen Gesundheitszustandes erheblich verändert haben (BGE 130 V 343 Erw. 3.5, BGE 117 V 198 Erw. 3b mit Hinweisen). Dagegen stellt nach ständiger Rechtsprechung die bloss unterschiedliche Beurteilung der Auswirkungen eines im Wesentlichen unverändert gebliebenen Gesundheitszustandes auf die Arbeitsfähigkeit für sich allein genommen keinen Revisionsgrund im Sinne von Art. 17 Abs. 1 ATSG dar (Urteil BGer 9C\_552/2007 vom 17. Januar 2008 Erw. 3.1.2; SVR 2004 IV Nr. 5 S. 13 Erw. 2 [I 574/02]; AHI 2002 S. 65 Erw. 2 [I 82/01]; vgl. auch BGE 112 V 371 Erw. 2b mit Hinweisen; SVR 1996 IV Nr. 70 S. 204 Erw. 3a). Identisch gebliebene Diagnosen schliessen grundsätzlich also eine revisionsrechtlich erhebliche Steigerung des tatsächlichen Leistungsvermögens (Arbeitsfähigkeit) - sei es aufgrund eines objektiv geminderten Schweregrades ein- und desselben Leidens, sei es aufgrund einer verbesserten Leidensanpassung der versicherten Person - nicht aus. Ob eine derartige tatsächliche Änderung oder aber eine revisionsrechtlich unbeachtliche abweichende ärztliche Einschätzung eines im Wesentlichen gleich gebliebenen Gesundheitszustands vorliegt, bedarf - auch mit Blick auf die mitunter einschneidenden Folgen für die versicherte Person - einer sorgfältigen Prüfung (vgl. auch ULRICH MEYER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, Zürich 1997, S. 259). Dabei gilt auch hier der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit; die bloss Möglichkeit einer Verbesserung tatsächlicher Art genügt nicht.

b) Ob eine unter revisionsrechtlichen Gesichtspunkten erhebliche Änderung eingetreten ist, beurteilt sich durch den Vergleich des Sachverhaltes, wie er im Zeitpunkt der letzten, der versicherten Person eröffneten rechtskräftigen Verfügung, welche auf einer materiellen Prüfung des Rentenanspruchs mit rechtskonformer Sachverhaltsabklärung, Beweiswürdigung und Durchführung eines Einkommensvergleichs (bei Anhaltspunkten für eine Änderung in den erwerblichen Auswirkungen des Gesundheitszustands) beruht, mit demjenigen zur Zeit der streitigen Revisionsverfügung respektive des Einspracheent-scheides; vorbehalten bleibt die Rechtsprechung zur Wiedererwägung und prozessualen Revision (BGE 133 V 108 E. 5.4).

c) Gestützt auf einen BEFAS-Abklärungsbericht vom 8. Oktober 1996 sprach die IV-Stelle mit Verfügung vom 16. Dezember 1997 mit Wirkung ab 1. Juli 1994 eine halbe Invalidenrente zu. Anschliessend wurde die Angelegenheit nicht mehr im oben erwähnten Sinne rechtskräftig beurteilt. Dies insbesondere auch nicht nach dem Urteil des Verwaltungsgerichtes, welches am 15. Januar 2005 die Revisionsverfügung vom 15. Mai 2003 aufhob, um die Sache zu weiteren Abklärungen an die IV-Stelle zurückzuweisen.

Aus dem damals massgebenden BEFAS-Bericht ergibt sich, dass leichte Arbeiten zumut-bar seien, dies bei einer Leistung von 50%. Verwiesen wird darauf, dass die Rücken-schmerzen vorhanden seien, dass aber die Ärzte aufgrund der Wirbelsäulenprobleme eine leichte Arbeit zu 50% für möglich halten. Die BEFAS führt Folgendes aus:

*"X. erlitt im März 92 bei einem Arbeitsunfall eine intraartikuläre distale Radiusfraktur rechts, deren Heilung durch eine ausgeprägte Sudeck-Dystrophie kompliziert wurde. Der Versicherte ist seither durch eine Handgelenksarthrose behindert und bezieht deswegen eine 25%ige Suva-Rente. Seit 90 traten rezidivierende Lumbalgien auf, im Juni 94 kam es zu einer heftigen Schmerz-attacke mit beidseitiger lumboradikulärer Ausstrahlung. Nachdem anfänglich keine radikulären Ausfälle gefunden wurden, stellte der Neurochirurg im Oktober 94 die Diagnose einer Diskushernie L4/5 rechts und empfahl die Operation. (...) Bei uns klagte er über massive Schmerzen in der rechten Hand und im Rücken. Sein rechtes Handgelenk ist dauernd geschwollen, je nach Belastung mehr oder weniger. Im Lauf der Abklärung aber sprach er immer weniger von der Hand und wir beobachteten, wie er damit leichte handwerk-liche Tätigkeiten recht gut ausführen konnte. Die Einschätzung der Handschädi-gung durch die Suva ist nach unserer Meinung völlig adäquat. Immer öfter klagte X. hingegen über Rückenschmerzen, seine Haltung war verkrampft, sein Gang leicht hinkend. Objektiv fanden sich hingegen nur massige Einschränkungen der Wirbelsäule, insbesondere ist die LWS noch ordentlich beweglich. Dies deckt sich mit den Beobachtungen bei der Arbeit, wo weniger Rückenbehinderungen zu beobachten waren als vielmehr eine entmutigende, leidende Ausdruckshaltung. Auch seine verbal betonte Arbeitsmotivation stand im Kontrast zum Verhalten. Zurzeit bestehen keine radikulären Ausfälle oder Zeichen. Die Rückenschmerzen sind zu einem guten Teil Ausdruck von Verun-sicherung und fatalistischer Resignation. Im jetzigen Zeitpunkt ist von einer Diskushernienoperation abzuraten, da der Erfolg durch die missliche soziale Lage bestimmt würde.*

*Wir beurteilen X. für leichte, einfache nicht rückenbelastende Arbeiten noch 50% arbeitsfähig. (...)*

*Er verrichtete und probierte verschiedene einfache Arbeiten aus. Wenn die Arbeitsplätze optimal auf seine Bedürfnisse eingerichtet wurden, erreichte er Arbeitsleistungen um die 70%. (...) sein Arbeitseinsatz wird durch seine apathische Verhaltensweise zusätzlich reduziert. Die beruflichen Fähigkeiten aus dem Baugewerbe kann X. nicht mehr einsetzen, Arbeiten, die Körperkraft benötigen, kann er nicht mehr ausführen. Einfache, industrielle Montage- und Produktionsarbeiten, die er vorwiegend mit sitzender Körperhaltung ausführen könnte, wären von den körperlichen Einschränkungen her noch möglich."*

Es ergibt sich in der Folge klar eine Veränderung des Gesundheitszustandes. Wie das in der MEDAS-Beurteilung vom 14. Juni 2006 festgehalten wird, ist die Südeckproblematik erfolgreich ausgeheilt. Wie das obige Zitat zeigt, war dies im Moment der BEFAS-Abklärung noch nicht der Fall, bzw. wurden die damit verbundenen Einschränkungen mit berücksichtigt (Verweis auf geschwollene Hand, Verweis auf Richtigkeit der Zusprechung einer 25%igen SUVA-Rente aufgrund der Handproblematik). Der Versicherte scheint heute seine Probleme auf der Ebene seiner Herzkrankheit zu sehen. Auch wenn man das MEDAS-Gutachten vom 24. Mai 2002 berücksichtigt, ergibt sich bereits damals eine Veränderung des Gesundheitszustandes: *"Bei den Erkrankungen des Bewegungsapparates handelt es sich um chronisch leichte degenerative Veränderungen und um eine posttraumatische Problematik, wobei somatisch eine vollständige Restitution erreicht wurde. Sowohl in unserer eigenen körperlichen Untersuchung, als auch in der rheumatologischen und psychiatrischen Evaluation wurden Hinweise auf eine vorliegende Aggravation festgestellt"*. Zu unterstreichen ist auch, dass sich aus den Akten vor 1997 ergibt, dass die Diskushernienproblematik im damaligen Zeitpunkt sich offenbar anders präsentierte, sprach man doch damals von einer Operationsindikation (Dr. A., FMH Neurologie, vom 21. Dezember 1994, Dr. B. FMH Allgemeine Medizin, vom 20. Mai 1995, Dr. C., FMH Rheumatologie, vom 26. September 1995).

Entgegen der Auffassung der IV-Stelle hat sich denn auch zwischen der MEDAS 2002 und derjenigen im Jahr 2006 eine Veränderung des Gesundheitszustandes ergeben. Selbst wenn die RAD-Ärztin von einem stationären orthopädischen Zustand spricht, verweist sie dennoch auf eine Verbesserung der Befunde was die Mobilität angeht. Weiterhin treten nunmehr noch klarer die Aspekte der Aggravation in den Vordergrund. Weiter ist darauf zu verweisen, dass die gleiche mit der Begutachtung vertraute MEDAS diese zwei Berichte verfasste. Wenn sie nunmehr aufgrund von gleichartigen Untersuchungen und Befunderhebungen auf eine doch deutlich höhere Arbeitsfähigkeit schliesst, ist das nicht bloss das Ergebnis einer anderen Würdigung desselben Gesundheitszustandes.

Die Befunde haben sich also verändert; eine Verbesserung oder zumindest Veränderung des Gesundheitszustandes ist eingetreten. Zu prüfen ist die Rentenrelevanz dieser Veränderung bzw. die verschiedenen Phasen der Entwicklung dieses Gesundheitszustandes, traten doch auch weitere Probleme (insbesondere die Herzkrankheit) hinzu.

d) Bloss der Vollständigkeit halber ist darauf zu verweisen, dass insofern die Verfügung vom 16. Dezember 1997 nicht auf medizinischer Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit begründet war, diese offensichtlich fehlerhaft wäre und auch unter dem Titel der Wiedererwägung auf die IV-Rente zurückgekommen werden könnte, insbesondere unter dem Aspekt, ob die Invaliditätsbemessung allenfalls auf keiner (nachvollziehbaren) fachärztlichen Einschätzung beruhte (vgl. dazu Urteil 9C\_562/2008 vom 3. November 2008). Indizien dafür sind, dass aus dem der Verfügung 1997 zugrunde liegenden BEFAS-Bericht gewisse Widersprüchlichkeiten zu entnehmen sind: beispielsweise wird unterstrichen,



dass sich der Versicherte sehr klaghaft verhält und eine Selbstlimitierung vorhanden sei; es bestehen auch klare Hinweise auf invaliditätsfremde Faktoren. Deren Berücksichtigung bei der Invaliditätsbemessung wäre aber offensichtlich unrichtig und zu korrigieren. Ebenso offensichtlich falsch wäre die Verfügung, wenn sie ausser Acht gelassen hätte, dass sich aus dem BEFAS-Bericht eigentlich eine höhere Leistungsfähigkeit ergeben hätte und die Leistung von 50% eben nur den momentanen – auch durch Dekonditionierung mitgeprägten Zustand – widerspiegeln wollte. Denn auch die MEDAS beurteilt 2002 die anfängliche Leistungsfähigkeit auf 50%, erhöht diese aber auf 70 - 80%. Wie dem auch sei, entweder der Zustand 1997 entspricht der tatsächlichen medizinischen Zumutbarkeit angesichts eines damals stärker im Vordergrund stehenden Diskushernienproblems, oder aber der Entscheid wäre offensichtlich falsch, weil er invaliditätsfremde Faktoren berücksichtigt (vgl. zur Frage der Dekonditionierungsproblematik weiter unten Erwägung 10).

7. Es ist nun zu untersuchen, ob die IV-Stelle den Invaliditätsgrad anhand einer beweistauglichen medizinischen Zumutbarkeitsschätzung gemacht hat. Dafür rechtfertigt sich die Darlegung der medizinischen Akten. Der Beschwerdeführer bestreitet, dass er arbeiten kann.

Am 24. Mai 2002 kommt die MEDAS zum Schluss, dass eine leichte bis mittelschwere Tätigkeit bei anfänglich 50% auf 70 bis 80% steigerbar wäre, dies bei einer Leistungsreduktion von 20%. Betreffend Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit wird angeführt:

Entwicklung körperlicher Symptome aus psychischen Gründen mit deutlicher Symptomausweitung und Chronifizierung und zeitweiser Regression, mehrere deutliche Hinweise auf Aggravation

- Periarthropathia humeroscapularis rechts, bestehend seit einigen Jahren, Datum nicht genau eruierbar;
- Chronische Handgelenksschmerzen rechts bei Radiusfraktur loco classico 1992 und Zustand nach gut verheilter Sudeck'scher Algodystrophie;
- Chronische Lumbago, leichte degenerative Veränderungen der LWS mit kleinen Diskushernien ohne sensomotorische Ausfälle.

Als Diagnosen ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit wurden Diabetes mellitus Typ II sowie latente arterielle Hypertonie angegeben.

Die MEDAS kommt am 14. Juni 2006 gestützt auf die eigenen Untersuchungen und die richtig zusammengefassten Akten - Aktenzusammenfassung, auf die verwiesen werden kann - im Rahmen der (rheumatologisch, orthopädisch, psychiatrisch) pluridisziplinären Beurteilung zu folgenden Schlüssen: Es bestehe in einer angepassten Tätigkeit eine Arbeitsfähigkeit von 8 Stunden, dies nach einer Eingewöhnungszeit. Dabei sei die Leistung auf 80% vermindert. Es bestehe kein psychiatrisches Leiden. Eine somatoforme Schmerzstörung wird explizite (Dr. D., FMH Psychiatrie) verneint. Aus kardiologischer Sicht sei eine Arbeitstätigkeit zumutbar. Die Einschränkung erfolgt infolge der Wirbelsäulenprobleme. Es wird ein chronisches lumbovertebrales Schmerzsyndrom bei MRI gesicherten lumbalen Mehretagendiskushernien ohne Nervenwurzelreizsymptomatik festgestellt. Die angegebenen Schmerzen und Behinderungen an der Hand und Schulter sind nicht objektivierbar.

Als Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit werden Diabetes mellitus Typ II, insulinpflichtig und das chronische lumbovertbrale Schmerzsyndrom bei MRI gesicherten lumbalen Mehretagendiskushernien ohne Nervenwurzel-Reizsymptomatik festgehalten. Ohne Auswirkung seien folgende Diagnosen:

- Koronare Gefässerkrankung, aktuell ohne Anhaltspunkte für eine vorliegende Koronarischemie;
- Autoimmunhyperthyreoidismus, aktuell grenzwertig substituiert;
- Latenter arterieller Hypertonus;
- Zustand nach Radiusfraktur 1992 rechts und Zustand nach verheilter Sudeck'scher Algodystrophie;
- Verdacht auf beginnende diabetische Retinopathie;
- Übergewicht (BMI 29).

Das Zumutbarkeitsprofil wird wie folgt umschrieben:

*"An einem angepassten Arbeitsplatz resultiert aus orthopädischer Sicht keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit. Die Leistungsfähigkeit ist um 20% reduziert. Es sind leichte und gelegentlich mittelschwere ohne Zwangshaltungen für die Wirbelsäule, nicht vornübergebeugt stehende, nicht langfristig nur stehende oder nur sitzende (mehr als 30 Minuten) Tätigkeiten zumutbar. Kein Heben, Tragen und Bewegen von Lasten über 10 kg, keine Dispositionen im Freien und in nasskalter Witterung."*

Weiter wird vermerkt, dass infolge der Dekonditionierung anfänglich eine Arbeit zu 4 Stunden mit einer Leistungsreduktion von 20% zumutbar sei.

Am 26. Juli 2006 würdigt die RAD-Ärztin Dr. E. wie folgt:

*"Der Vergleich der in den beiden Gutachten beschriebenen orthopädischen Befunde schliesst eine relevante Veränderung des Gesundheitszustandes von Seiten des Bewegungsapparates aus. Tendenziell muss sogar eine Verbesserung angenommen werden. So wird im GA von 2002 beschrieben, dass die Ehefrau dem Versicherten beim Ausziehen helfen musste. 2006 wird das Ausziehen inkl. der Positionswechsel vom Sitzen zum Stehen oder umgekehrt als unauffällig beschrieben. In beiden GA wird eine leichte Einschränkung der HWS-Beweglichkeit angegeben, ebenso im linken Schultergelenk. Beide GA bestätigen einen unauffälligen Befund im Bereich der alten Radiusfraktur. Der Fingerbodenabstand (FBA) wurde um 8 cm besser gemessen (38 cm im Jahr 2002, 30 cm im Jahr 2006). 2002 lag eine leichte Einschränkung der Hüftrotation rechts vor, welche 2006 nicht bestätigt werden konnte. Im Bereich der Füße werden in beiden GA Senkfüsse resp. Spreizfüsse diagnostiziert. Radiologisch finden sich im CT aus dem Jahr 2000 und im MRI von 2004 identische Befunde."*

*Seit der ersten Begutachtung ist neu ein kleiner Myokardinfarkt aufgetreten, welcher erfolgreich primär gestentet werden konnte. Echokardiographisch kann keine Einschränkung der linksventrikulären Funktion nachgewiesen werden. Im Belastungstest erreichte der Versicherte eine Leistung von 200 Watt, was über dem Leistungs-Sollwert liegt. Die kardiologische Beurteilung im Rahmen des*

*MEDAS-Gutachtens attestiert denn auch eine volle Arbeitsfähigkeit "für eine körperlich durchschnittlich beanspruchende Tätigkeit". Seit dem GA von 2002 hat sich die diabetische Stoffwechsellage verschlechtert. Es besteht nun eine Insulinpflichtigkeit, auch besteht der Verdacht auf eine beginnende Polyneuropathie und eine beginnende Retinopathie. Eine AUF resultiert daraus jedoch nicht. Im GA 2006 wird aber klar daraufhingewiesen, dass vom Versicherten eine Mitwirkung verlangt werden muss (regelmässige Kontrollen, regelmässige körperliche Aktivität, Gewichtsabnahme), um die diabetische Stoffwechsellage zu verbessern und das Auftreten von Komplikationen bestmöglichst zu verhindern."*

Im Nachgang an das Gutachten versuchte die IV-Stelle nach Rücksprache mit dem Hausarzt und dem Vertreter des Beschwerdeführers ein Aufbautraining durchzuführen (vgl. Besprechungsnotiz vom 4. September 2006 mit Dr. F., Gesprächsnotiz vom 24. August 2006 mit Rechtsanwalt Clerc, zu der der Beschwerdeführer nicht erschien. Zu einer weiteren Besprechung am 5. September 2006 erschien der Versicherte ebenfalls nicht. Am 22. September 2006 erklärte sich der Beschwerdeführer mit einem Ergonomie-training in Z. einverstanden). Diese Massnahme wurde, weil die Krankenkasse die Leistungen nicht übernahm, am 20. Februar 2007 als Massnahme beruflicher Art von der IV übernommen.

Am 28. Februar 2007 wurde der Rechtsvertreter des Versicherten per Einschreiben darauf aufmerksam gemacht, dass der Versicherte zur Mitwirkung verpflichtet sei und die Leistungen gekürzt werden könnten.

Am 23. März 2007 berichtet die Z. über den Aufenthalt: *"Infolge Selbstlimitierung und ungenügender Kooperation im Behandlungsprogramm konnten die zu erwartenden Verbesserungen bezüglich Funktion und Belastbarkeit nicht erreicht werden. Das Ausmass der demonstrierten physischen Einschränkungen lässt sich mit den objektivierbaren pathologischen Befunden der klinischen Untersuchung sowie den Diagnosen aus somatischer Sicht kaum erklären. Die Beurteilung der Zumutbarkeit stützt sich deshalb primär auf medizinisch-theoretische Überlegungen, ergänzt durch die Beobachtungen bei den Leistungstests und im Behandlungsprogramm. Eine weitergehende Einschränkung der Belastbarkeit lässt sich medizinisch-theoretisch nicht begründen."* Es wird eine Vollzeittätigkeit für leichte bis mittelschwere Tätigkeiten als zumutbar erachtet.

Dr. F., FMH allgemeine Medizin, gibt am 12. März 2008 an, dass die medizinischen Gegebenheiten klar seien und im MEDAS-Gutachten lückenlos aufgelistet würden. Unterschiedlich sei jedoch die Bewertung der Auswirkung des Gesundheitszustandes auf die Arbeitsfähigkeit. Hinzugetreten sei neu eine PAVK (Peripher-arterielle Verschlusskrankheit), welche am 4. Dezember 2007 operativ versorgt werden musste. Trotz gutem Operationsergebnis resultierten zusätzliche Schmerzen und verminderte Belastbarkeit (vgl. auch Bericht vom 14. Dezember 2007). Derselbe Arzt erstellt am 23. April 2009 eine Diagnoseliste.

8. a) Der Sozialversicherungsrichter prüft objektiv alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen und entscheidet danach, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten. Insbesondere darf er bei einander widersprechenden medizinischen Berichten den Prozess nicht erledigen, ohne das gesamte Beweismaterial zu würdigen und die Gründe anzugeben, warum er auf die eine und nicht auf die andere medizinische These abstellt. Hinsichtlich

des Beweiswertes eines Arztberichtes ist also entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtend ist und ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten (BGE 125 V 351 Erw. 3a, 112 V 160 Erw. 1c). In Bezug auf Berichte von Hausärzten darf und soll der Richter der Erfahrungstatsache Rechnung tragen, dass Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen (BGE 125 V 351 Erw. 3cc; unveröffentlichtes Urteil B. vom 11. Juni 1997). Auch den Berichten und Gutachten versicherungsinterner Ärzte kommt schliesslich Beweiswert zu, sofern sie als schlüssig erscheinen, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sind und keine Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit bestehen. Die Tatsache allein, dass der befragte Arzt in einem Anstellungsverhältnis zum Versicherungsträger steht, lässt nicht schon auf mangelnde Objektivität und auf Befangenheit schliessen. Es bedarf vielmehr besonderer Umstände, welche das Misstrauen in die Unparteilichkeit der Beurteilung objektiv als begründet erscheinen lassen. Im Hinblick auf die erhebliche Bedeutung, welche den Arztberichten im Sozialversicherungsrecht zukommt, ist an die Unparteilichkeit des Gutachters allerdings ein strenger Massstab anzulegen (BGE 125 V 351 Erw. 3ee, 122 V 161 Erw. 1c, bestätigt in Urteil des Bundesgerichts I 142/07 vom 20. November 2007).

b) Berichte des RAD im Sinne von Art. 49 Abs. 3 IVV basieren nicht auf eigenen Untersuchungen des RAD, sondern fassen die Ergebnisse der medizinischen Untersuchungen zusammen und enthalten eine Empfehlung zur weiteren Bearbeitung des Leistungsbegehrens aus medizinischer Sicht. Sie haben damit eine andere Funktion als die medizinischen Gutachten (Art. 44 ATSG) oder die Untersuchungsberichte des RAD im Sinne von Art. 49 Abs. 2 IVV: Sie erheben nicht selber medizinische Befunde, sondern würdigen die vorhandenen Befunde aus medizinischer Sicht. Aufgrund dieser unterschiedlichen Funktion können und müssen sie nicht die an ein medizinisches Gutachten gestellten inhaltlichen Anforderungen erfüllen. Dennoch kann ihnen aber nicht jegliche Aussen- oder Beweiswirkung abgesprochen werden. Sie sind vielmehr entscheidrelevante Aktenstücke (vgl. Urteile I 211/06 vom 22. Februar 2007, Erw. 5.4, und I 878/05 vom 7. August 2006, Erw. 4.2). Ihre Funktion besteht darin, aus medizinischer Sicht - gewissermassen als Hilfestellung für die medizinischen Laien in Verwaltung und Gerichten, welche in der Folge über den Leistungsanspruch zu entscheiden haben - den medizinischen Sachverhalt zusammenzufassen und zu würdigen, wozu namentlich auch gehört, bei widersprüchlichen medizinischen Akten eine Wertung vorzunehmen und zu beurteilen, ob auf die eine oder die andere Ansicht abzustellen oder aber eine zusätzliche Untersuchung vorzunehmen sei (Urteil des Bundesgerichts I 143/07 vom 14. September 2007, bestätigt in Urteil 9C-341/2007 vom 16. November 2007).

9. a) Für die Periode, während der eine volle Rente zugesprochen worden ist (1. Dezember 2002 bis 31. Januar 2003), ist zu bestätigen, dass X. am 5. September 2002 wegen eines akuten Herzinfarktes hospitalisiert wurde (Stenting vom 10. September 2002) und daran anschliessend eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes (vgl. Bericht Dr. F. vom 18. September 2002) ausgewiesen ist. Per Januar 2003 sei die Problematik betreffend das Herz soweit verbessert, dass nicht mehr eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bestanden habe (vgl. Dr. B. vom 8. Januar 2003).

Damit ist eine Verbesserung ausgewiesen. Aus dem Zumutbarkeitsprofil mit leichten Tätigkeiten ist zu schliessen, dass diese dem Leiden ebenfalls Rücksicht tragen. Es ist nicht einzusehen, weshalb die MEDAS-Begutachtung hinsichtlich der Herzproblematik nicht aussagekräftig sein soll, dort wird denn auch die Ausheilung dieses Leidens überzeugend bestätigt. Weiter bestreitet auch der Beschwerdeführer dies nicht, insofern er sich nicht ohnehin für voll arbeitsunfähig hält.

b) Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die MEDAS-Begutachtung vom 14. Juni 2006 in allen Punkten überzeugt Sie wurde unter Beizug einer Übersetzerin, Berücksichtigung der Fachgebiete Allgemeine Medizin, Orthopädie, Psychiatrie und Kardiologie, mit jeweils persönlichen Untersuchungen, bildgebenden Analysen, Berücksichtigung der subjektiven und objektiven Beschwerden interdisziplinär erstellt. Sie legt überzeugend die Grundlagen dar und wird in Bezug auf ihre Diagnosen auch vom Hausarzt Dr. F. (Schreiben vom 12. März 2008) als vollständig erachtet. Wie auch von Dr. F. explizite anerkannt, liegt die zentrale Differenz letztlich darin, dass er als Hausarzt die Auswirkungen der Gesundheitsprobleme – wie übrigens seit Jahren - anders wertet (vgl. Bericht vom 20. Dezember 2000). Es kann allerdings nicht Sache des Hausarztes sein, die Auswirkungen von Gesundheitsschädigungen auf die Arbeitsfähigkeit zu bestimmen. Dies ist vielmehr Aufgabe der Fachexperten und deren Aussage ist hier klar und nachvollziehbar (vgl. betreffend die Zumutbarkeit auch die Beurteilung von Dr. G., FMH Innere Medizin, vom 20.12.2004, wonach die bisherige Tätigkeit noch zumutbar sei. Es bestehe eine verminderte Leistungsfähigkeit von 20%; vgl. auch Bericht Dr. B. vom 23. Januar 2006, *"Aktuell keine Hinweise für persistierende Koronarischemie, erhaltene systolische, linksventrikuläre Funktion"*).

Die Einschätzung wird auch anlässlich der ebenfalls überzeugenden und ausführlichen MEDAS-Begutachtung aus dem Jahr 2002 ähnlich gemacht und weiter auch durch die Z. eindrücklich bestätigt. Die RAD-Ärztin ihrerseits nimmt Bezug auf sämtliche Gesundheitsprobleme und es ist nicht einzusehen, warum ihr nicht zu folgen wäre, wenn sie vermerkt, dass der Diabetes und die beginnende Retinopathie keine Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit haben.

Wenn der Hausarzt auf eine erneute Verschlechterung des Gesundheitszustandes mit erfolgtem operativen Eingriff am 4. Dezember 2007 verweist, ändert dies nichts an der Richtigkeit der Verfügung. Der Arzt bestätigt, dass diese Problematik bereits vor dem Eingriff zu zusätzlichen Einschränkungen geführt haben müsse und anschliessend ebenfalls weitere Schmerzen hinzugetreten seien. In der Tat ist dieses Element bei der MEDAS-Begutachtung nicht berücksichtigt. Es ist aber auch darauf zu verweisen, dass eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes erst relevant wird, wenn sie drei Monate lang angedauert hat. Da die Verfügung am 22. Januar 2008 erfolgte ist dieser Sachverhalt allenfalls im Rahmen einer Revision neu zu prüfen. Was die Schmerzprobleme vor dem operativen Eingriff angeht und die Bestätigung des Arztes, dass dadurch auch die Arbeitsfähigkeit beeinflusst worden wäre, erscheinen diese wenig überzeugend und selbst wenn diese zusätzlichen Schmerzen eine gewisse Reduktion der Arbeitsleistung bewirkt hätten, so bräuchte diese zusätzliche Einschränkung noch kein Anrecht auf Rente.

Das Gericht kann ohne Weiteres auf die Einschätzung der MEDAS vom 14. Juni 2006 abstellen.

10. Es stellt sich die Frage, ob die IV-Stelle diese medizinische Feststellung richtig gewertet hat, insbesondere ist fraglich, ob im Rahmen einer Reformatio in peius nicht auch berücksichtigt werden müsste, dass das MEDAS-Gutachten vom 14. Juni 2006 eigentlich eine volle zeitliche Einsetzbarkeit mit einer Leistungsminderung von 20% bestätigt und bereits 2002 eine solche von 70 - 80% mit einer um 20% verminderten Leistung überzeugend ausgewiesen ist. Die IV-Stelle hat in ihrer Verfügung allerdings nicht darauf abgestellt, sondern auf die Aussage im Gutachten, dass anfänglich eine Arbeit von 4 Stunden mit Leistungsreduktion von 20% zumutbar sei. Berücksichtigt wird also lediglich die Dekonditionierung, welche auch als invaliditätsfremd ausser Acht gelassen werden könnte, dies um so mehr, als auch die Invalidenversicherungsstelle die im Zusammenhang mit der Dekonditionierung notwendige Therapie anfänglich als krankenkassenpflichtig ansah. Betreffend die Dekonditionierung gelten die folgenden Grundsätze:

a) Wenn die tatsächliche Umsetzbarkeit des nach medizinisch-theoretischer Einschätzung an sich bestehenden funktionellen Leistungsvermögens nach ärztlicher Feststellung bestimmte Eingliederungsvorkehren bedingt, ist danach zu fragen, ob die notwendigen Schritte der versicherten Person allein überantwortet werden können. Bejahendenfalls ist das beschriebene Vorgehen ohne weiteres statthaft. Wenn die versicherte Person das prinzipiell vorhandene erwerbliche Potenzial jedoch aus Gründen, die mit dem Gesundheitsschaden zusammenhängen, auch bei zumutbarer Willensanstrengung nicht in eigener Verantwortung realisieren kann, muss geprüft werden, ob es zur Aktivierung der grundsätzlich gegebenen Arbeitsfähigkeit noch der Durchführung von – der Invalidenversicherung obliegenden – Eingliederungsmassnahmen bedarf. Dabei sollen, etwa im Rahmen eines Arbeitstrainings, den Folgen des Gesundheitsschadens zugehörige, nicht aus eigenem Antrieb überwindbare Defizite in erwerbsrelevanten Fertigkeiten ausgeglichen oder etwa das krankheitsbedingt verlorene Vertrauen in die physische Belastbarkeit (im Umfang der objektiven Leistungsfähigkeit) wieder aufgebaut werden (vgl. Urteil P. vom 23. Mai 2006, I 2/06, Erw. 2.2), (vgl. zum Ganzen I 601/05 Urteil vom 11. August 2006 Erw. 2.3.2).

b) Wenn wie vorliegend keine psychischen Krankheitsbilder feststellbar sind, mehrfach Anzeichen von Aggravation sich aus den Akten ergeben und bereits 1996 sich aus dem BEFAS-Bericht ergab, dass kein Eingliederungswille bestand, so sprechen gewichtige Gründe dafür, dass direkt auf die objektiv erreichbare funktionelle Leistungsfähigkeit abzustellen wäre. Das Gericht verzichtet allerdings vorliegend darauf, dies im Rahmen einer Reformatio in peius anzudrohen.

In die vorgenommene medizinische Zumutbarkeitsschätzung der Periode 1. Februar 2003 bis 30. April 2007, welche vom Beschwerdeführer wohl aus guten Gründen denn auch explizite nicht in Frage gestellt wird, greift das Gericht in casu demnach nicht ein.

c) Es ist nun aber offensichtlich, dass ab dem Zeitpunkt, wo die IV-Stelle eine konkrete Verweigerungshaltung im Rahmen der von ihr als notwendig erachteten Eingliederungsmassnahmen feststellt, direkt auf das objektive funktionelle Zumutbarkeitsprofil abzustellen ist. Dabei kann keine Rolle spielen, ob – wie vom Beschwerdeführer beanstandet – ein korrektes Mahnverfahren eingehalten wurde (hingewiesen sei jedoch auf die sich aus den Akten ergebenden bereits früher vorgefallenen und abgemahnten Mitwirkungspflichtverletzungen: Erscheinen zur Besprechung). Die IV-Stelle hat aber auch vorliegend das Verhalten in der Z. abgemahnt und – entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers – klar auf die Folgen hingewiesen (vgl. Schreiben vom 28. Februar 2008). Dieses Vorgehen ist nicht zu kritisieren und es ist auch ohne Weiteres

ersichtlich, dass der Entscheid nicht übereilt – wie vom Beschwerdeführer kritisiert – getroffen wurde. Der Vollständigkeit halber ist auf Nachfolgendes zu verweisen.

d) Art. 21 Abs. 4 ATSG besagt, dass einer versicherten Person, welche sich einer zumutbaren Behandlung oder Eingliederung ins Erwerbsleben, die eine wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit verspricht, entzieht oder widersetzt oder nicht aus eigenem Antrieb das ihr Zumutbare dazu beiträgt, die Leistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder verweigert werden können. Sie muss vorher schriftlich gemahnt und auf die Rechtsfolgen hingewiesen werden; ihr ist eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen.

Wie jede Rechtsnorm steht auch die Berufung auf Art. 21 Abs. 4 ATSG unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB findet analog auch im Rahmen des öffentlichen Rechts Anwendung, da damit ein allgemeines Rechtsprinzip zum Ausdruck kommt (HEINRICH HONSELL, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Band I, 3. Aufl. 2006, N. 4 zu Art. 2 ZGB; vgl. auch HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2006, Rz. 715 ff. und THOMAS GÄCHTER, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, 2005, S. 4 ff.), und gilt sowohl für Behörden wie für Private (PIERRE TSCHANNEN / ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, § 22 Rz. 21). Das Verbot des Rechtsmissbrauchs "... soll für die Fälle als eine Art von Notausgang dienen, wo durch die Betätigung eines behaupteten Rechtes offenkundiges Unrecht geschaffen und dem wirklichen Recht jeder Weg zur Anerkennung verschlossen würde" (Botschaft des Bundesrates zum Entwurf des ZGB, zitiert bei GÄCHTER, a.a.O., S. 3). Es will dabei die Bestimmung nicht allgemein für bestimmte Arten von Fällen ausser Kraft setzen, sondern den Richter lediglich anweisen, besonderen Tatsachen Rechnung zu tragen, die nur dem einzelnen Fall eigen sind, und dient der Abwehr individuellen Rechtsmissbrauchs, nicht aber der generellen Normenkorrektur (HONSELL, a.a.O., N. 3 und 28 zu Art. 2 ZGB). Rechtsmissbrauch liegt namentlich dann vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will (BGE 131 II 265 Erw. 4.2 S. 267 mit Hinweisen), oder anders gesagt, wenn die Inanspruchnahme eines Rechts zu einem stossenden, vom Gesetzgeber nicht gewollten Resultat führt (TSCHANNEN / ZIMMERLI, a.a.O., § 22 Rz. 21; vgl. zum Ganzen 8C\_585/2008 Urteil vom 27. März 2009, Erw. 5.3.1).

Vorliegend ist es klar, dass der Beschwerdeführer bereits durch die Zusprache von Eingliederungsmassnahmen und die im Zusammenhang damit erfolgten Gespräche und Schreiben wusste, dass diese Massnahme den Zweck hatte, das funktionelle Zumutbarkeitsprofil zu erreichen. Es kann also – soweit nicht der Entscheid der Invalidenversicherung ohnehin nicht bereits früher hätte anders ausfallen können – der Invalidenversicherung nicht der Vorwurf gemacht werden, sie hätte eine längere Bedenkzeit zur Mitwirkung setzen müssen. Mit der Verweigerung der Mitwirkung an den Eingliederungsmassnahmen fehlt es an einem Eingliederungserfolg und damit an einer Voraussetzung für diese Massnahmen. Damit aber ist ebenfalls der Rückgriff auf das objektive funktionelle Leistungsvermögen unumgänglich. Dazu muss die Invalidenversicherung dem Beschwerdeführer nicht noch eine Bedenkfrist ansetzen. Somit ist es hier – wo das Verhalten abgemahnt worden ist – rechtsmissbräuchlich, wenn der Beschwerdeführer sich darauf beruft, er hätte gar nicht gewusst, was für ein Verhalten von ihm erwartet worden wäre bzw. kann er aus einem behaupteten Nichtwissen keine Rechte ableiten.

11. Vorliegend stehen dem Beschwerdeführer entgegen seiner Auffassung trotz seiner funktionellen Einschränkungen auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt - an diese Vorgabe

sind die Verwaltung und die Gerichte gebunden (vgl. Urteil I 255/05 vom 21. September 2005 Erw. 2.3) - genügend leichte Hilfstätigkeiten offen, sodass nicht von realitätsfremden und in diesem Sinne unmöglichen und unzumutbaren Einsatzmöglichkeiten ausgegangen wird (vgl. Urteil 8C\_232/2008 vom 26. August 2008). Die Kritik des Beschwerdeführers, dass die IV-Stelle keinen Nachweis der Existenz einer konkreten angepassten Stelle erbringen könne, stösst somit ins Leere.

12. Der Einkommensvergleich, welcher zu einem rentenausschliessenden Invaliditätsgrad führt, ist nicht zu beanstanden. Der im Übrigen nicht kritisierte Validenlohn von 61'459.20 Franken ergibt sich aus der Bestätigung des ehemaligen Arbeitgebers betreffend den Lohn des Jahres 2007 (massgebendes Berechnungsjahr). Für das Invalideneinkommen ist zulässigerweise auf die Statistiken abzustellen. Dabei kann festgestellt werden, dass auch eine Korrektur auf die Position Total" für Männer oder Frauen für leichte und intellektuell nicht anspruchsvolle Arbeiten (vgl. RAMA 2001 Nr. U 439 S. 347, bestätigt im Urteil I 238/02 vom 17. November 2006) keinen Rentenanspruch auslöst.

13. Damit ist die Beschwerde abzuweisen.

14. a) Da der Beschwerdeführer mit seinen Anträgen unterlegen ist, hat er keinen Anspruch auf Parteientschädigung.

b) Die Gerichtskosten werden auf 800 Franken festgesetzt. Von deren Erhebung wird beim Beschwerdeführer aufgrund der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege abgesehen.

15. Da dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 15. Oktober 2008 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden ist, wird Rechtsanwalt Clerc in seiner Eigenschaft als amtlicher Beistand eine Pauschalentschädigung (Honorar und Auslagen) in der Höhe von 2'200 Franken zugesprochen. Zu diesem Betrag kommt die Mehrwertsteuer von 167.20 Franken (7,6% von 2'200 Franken). Der Gesamtbetrag von 2'367.20 Franken ist von der Staatskasse zu tragen.

### **D e r H o f e r k e n n t :**

- I. Die Beschwerde wird abgewiesen.
- II. Die Gerichtskosten werden auf 800 Franken festgesetzt aber aufgrund der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege nicht erhoben.
- III. Rechtsanwalt André Clerc wird im Rahmen der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege (Urteil vom 15. Oktober 2008) eine Pauschalentschädigung für Honorar und Auslagen von 2'200 Franken, zuzüglich der Mehrwertsteuer von 167.20 Franken (7.6% von 2'200 Franken) zugesprochen. Der Totalbetrag von 2'367.20 Franken geht zu Lasten des Staates Freiburg.

Gegen diesen Entscheid kann innerhalb einer Frist von 30 Tagen ab Erhalt beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden. Diese Frist kann weder verlängert noch unterbrochen werden. Die Beschwerdeschrift muss in drei Exemplaren abgefasst und unterschrieben



werden. Sie müssen die Gründe angeben, weshalb Sie die Änderung dieses Urteils verlangen. Damit das Bundesgericht Ihre Beschwerde behandeln kann, sind die verfügbaren Beweismittel und der angefochtene Entscheid mit dem dazugehörigen Briefumschlag beizulegen. Das Verfahren vor dem Bundesgericht ist grundsätzlich kostenpflichtig.

*6.502.4.2.1.1*