



**Fall-Nr.:** IV 2007/10, IV 2007/110  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** IV - Invalidenversicherung  
**Publikationsdatum:** 25.06.2020  
**Entscheiddatum:** 22.04.2008

### **Entscheid Versicherungsgericht, 22.04.2008**

**Art. 16 ATSG, Art. 28 IVG. Invaliditätsbemessung bei einem Hilfsarbeiter gestützt auf Tabellenlöhne. Staplerfahren ist eine Hilfsarbeit (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 22. April 2008, IV 2007/10 und IV 2007/110). Teilweise aufgehoben durch Urteil des Bundesgerichts 9C\_496/2008.**

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

Entscheid vom 22. April 2008

in Sachen

D.\_\_\_\_,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Daniel Ehrenzeller, Engelgasse 214, 9053 Teufen,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Rente



## St.Galler Gerichte

Sachverhalt:

A.

D. \_\_\_ meldete sich am 3. September 2002 zum Bezug einer Invalidenrente an. Die A. \_\_\_ AG teilte der IV-Stelle am 12. September 2002 mit, sie beschäftige den Versicherten als Staplerfahrer. Für das Jahr 2002 betrage der Monatslohn Fr. 3800.- zuzüglich eine Schichtzulage von Fr. 590.-. Im Jahr 2000 habe der Versicherte Fr. 57'681.10 verdient, worin ein Jubiläumsbonus enthalten gewesen sei. Im Jahr 2001 habe er Fr. 56'964.15 verdient. In diesen beiden Jahren habe der Versicherte eine Gratifikation erhalten, die einem Monatslohn samt Schichtzulage entsprochen habe. Dr. med. B. \_\_\_ berichtete der IV-Stelle am 21. November 2002, der Versicherte leide an einem St. n. lumbaler Diskushernienoperation L 4/5 rechts am 27. Juni 2001, an einem St. n. Nukleotomie L 4/5 links am 10. April 2002 und an einem insulinpflichtigen Diabetes mellitus. Der Gesundheitszustand sei stationär. Aktuell bestünden noch geringgradige Schmerzen im linken Bein ohne sensomotorische Ausfälle. Der Versicherte leide unter beträchtlichen Restbeschwerden. Arbeitsversuche seien gescheitert. Der Versicherte habe begründete Angst vor Rezidiven. Dr. med. B. \_\_\_ empfahl eine Rente bei einem Invaliditätsgrad von 100%. Das Kantonsspital St. Gallen schlug am 25. März 2003 die Durchführung einer Funktionsmyelographie mit Post-Myelo-CT zur Abklärung einer eventuell bestehenden Wurzelkompression oder Instabilität vor. Gemäss dem beigelegten Bericht an Dr. med. B. \_\_\_ vom gleichen Tag war der Versicherte nach Ansicht des Kantonsspitals St. Gallen für körperlich schwerere Arbeiten als diejenige des Staplerfahrens nicht mehr arbeitsfähig. Am 3. November 2003 berichtete das Kantonsspital St. Gallen Dr. med. B. \_\_\_, die Myelographie habe einen relativ engen Spinalkanal auf Höhe L 3/4 ohne Wurzeltaschenbeeinträchtigung, ein konstantes Retroglissement von L 4 zu L 5 von ca. 5 mm mit umschriebener Impression des Duralsacks und eine Verkürzung und Verbreiterung der Wurzeltaschen L 5 beidseits linksbetont aufgezeigt. Da keine Instabilität bestehe, ergebe sich kein neurochirurgischer Handlungsbedarf. Das Kantonsspital St. Gallen teilte der IV-Stelle am 6. Januar 2004 mit, körperlich leichte Arbeiten seien dem Versicherten durchaus zumutbar. Darunter falle auch die Arbeit als Staplerfahrer, sofern keine schwereren Gegenstände gehoben werden müssten. Die



Arbeitsfähigkeit könne langsam auf 100% gesteigert werden. Mit einer Verfügung vom 22. März 2004 wies die IV-Stelle das Rentengesuch des Versicherten ab.

B.

Das Kantonsspital St. Gallen wies die IV-Stelle am 14. April 2004 darauf hin, dass der Hausarzt das Staplerfahren als körperlich anstrengend und damit als unzumutbar für den Versicherten bezeichnet habe. Man schlug vor, eine mehrwöchige Rehabilitation durchzuführen, um abzuklären, welche Tätigkeiten der Versicherte überhaupt noch ausführen könne. Der Versicherte erhob am 29. Juni 2004 Einsprache gegen die Abweisung seines Rentenbegehrens. Er machte geltend, der Bericht des Kantonsspitals St. Gallen, auf den sich die angefochtene Verfügung stütze, sei widersprüchlich, wie das Kantonsspital St. Gallen inzwischen eingeräumt habe. Am 9. Juli 2004 widerrief die IV-Stelle die Abweisungsverfügung und am 1. September 2004 ordnete sie eine medizinische Abklärung an.

C.

C.a Dr. med. C.\_\_\_\_ führte in seinem Gutachten vom 10. Februar 2006 aus, der Versicherte sei rheumatologisch-orthopädisch und psychiatrisch (Dr. med. E.\_\_\_\_) abgeklärt worden. Aus rheumatologisch-orthopädischer Sicht lägen ein St. n. interlaminärer Fenestration und Mikrodisektomie L 4/5 rechts (27. Juni 2001), ein St. n. erweiterter Flavektomie und Mikrodisektomie L 4/5 (20. April 2002), eine beidseitige unspezifische Lumboischialgie mit rechts fraglichen posthernialen radikulären Residuen, eine radiologisch fortgeschrittene Segmentdegeneration L 4/5 und L 5/S 1 sowie ein Diabetes mellitus Typ II vor. Trotz objektiv zufriedenstellendem Operationsresultat bestünden körperlich und sozial überaus beeinträchtigend geschilderte Beschwerden am unteren Rücken und an beiden Beinen. Dem stehe die Verhaltensbeobachtung anlässlich der mehrstündigen Untersuchung gegenüber, die bei entsprechender Aufmerksamkeitslenkung (z.B. abseits von die Schmerzen thematisierenden Gesprächsinhalten) kaum Zeichen averbaler Schmerzäusserungen oder entsprechender Fähigkeitseinschränkungen (z.B. die als gravierend geschilderten Sitzprobleme) habe diagnostizieren lassen. Das vom Versicherten angegebene überaus intensive Schmerzerleben habe wenig zum objektiv fassbaren Leidensdruck gepasst,



indem sich der Versicherte innerlich (stimmungsmässig) kaum beteiligt und vegetativ ohne Stigmata dargestellt habe. Zu berücksichtigen sei, dass sich der Versicherte ausserordentlich rückenbelastende, von tatsächlich rückenbehinderten Personen kaum tolerierte Reiseaktivitäten zumute. Die bildgeberisch deutlich über das Altersphysiologische hinausgehenden Veränderungen seien geeignet, chronisch rezidivierende, aber nicht wie dargestellt therapieunfähige Rückenschmerzen zu veranlassen. Klinisch gebe es keine verlässlichen Hinweise, die für das Vorliegen gravierender sekundär-degenerativer Komplikationen neurologischen oder mechanischen Ursprungs sprächen. Die Dekonditionierung dürfte sich schmerzsensibilisierend auswirken. Aus somatischer Sicht bestehe für eine leichte bis mittelschwere (gelegentliches Heben bis 15 kg), wechselbelastende Tätigkeit eine Arbeitsfähigkeit von 60%. Das gelte auch für die zuletzt ausgeübte Tätigkeit.

C.b Dr. med. E. \_\_\_ führte in seinem psychiatrischen Teilgutachten am 17. Januar 2006 aus, Schmerzerleben und -verarbeitung würden mitbestimmt durch die erfolgten Behandlungen und zum Teil durch die unterschiedlichen Stellungnahmen der behandelnden Personen. Die psychische Belastung durch die chronischen Schmerzen und durch das Schmerzerleben verstärkten sich gegenseitig. Zusätzlich werde das Schmerzverhalten durch die Trauer um den verstorbenen Sohn mitbestimmt. Der Versicherte wolle seine Trauer nicht zeigen, um sein Umfeld nicht zu belasten. Unter diesen Umständen komme dem Schmerz die Funktion zu, seelisches, unausgesprochenes Leid zum Ausdruck bringen zu können. Ein über die deskriptive Erfassung der dargestellten Faktoren hinausgehende psychiatrische Diagnose könne aufgrund der erhobenen Befunde nicht gestellt werden. Aus psychiatrischer Sicht bestehe für eine leichte bis mittelschwere Tätigkeit eine Arbeitsfähigkeit von 70%. In der interdisziplinären Stellungnahme bezifferten die beiden Sachverständigen die Arbeitsfähigkeit des Versicherten für eine körperlich leichte bis mittelschwere Tätigkeit mit 60%. Der zuständige Arzt des RAD Ostschweiz betrachtete das Begutachtungsergebnis als umfassend und schlüssig.

D.

Die IV-Stelle nahm auf der Grundlage dieser Arbeitsfähigkeitsschätzung einen Einkommensvergleich vor. Sie ging davon aus, dass die Arbeit als Staplerfahrer als



leicht mit Heben von Lasten bis 15 kg zu betrachten sei. Deshalb sei nicht nur zur Bemessung des Valideneinkommens, sondern auch zur Ermittlung des zumutbaren Invalideneinkommens von dem als Staplerfahrer im Jahr 2000 erzielten Erwerbseinkommen auszugehen. Der Nominallohnentwicklung bis 2002 angepasst betrage dieses Erwerbseinkommen Fr. 59'000.-. Das zumutbare Invalideneinkommen betrage 60% davon, also Fr. 35'400.-. Mit einer Verfügung vom 23. November 2006 sprach die IV-Stelle dem Versicherten für die Zeit ab 1. Dezember 2006 eine Viertelsrente bei einem Invaliditätsgrad von 40% zu. Sie kündigte an, dass sie über den Rentenanspruch ab 1. Februar 2002 später verfügen werde.

E.

Der Versicherte erhob am 4. Januar 2007 Beschwerde gegen diese Verfügung. Er beantragte deren Aufhebung, eventualiter deren Aufhebung und die Zusprache einer halben Invalidenrente ab 1. Dezember 2006. Zur Begründung machte er sinngemäss geltend, die angefochtene Verfügung gebe zwar als Rechtsmittel die Beschwerde an, sei aber ohne vorgängiges Vorbescheidsverfahren erlassen worden. Es handle sich um einen rechtlich unzulässigen Mix aus dem alten und dem neuen Verfahrensrecht. Schon aus diesem Grund sei die angefochtene Verfügung aufzuheben. Sie sei aber auch in sachlicher Hinsicht zu beanstanden. Die Arbeitsfähigkeitsschätzung sei nämlich nicht haltbar. Die Tätigkeit als Staplerfahrer sei unzumutbar, weil Lasten zurecht zu schieben seien etc. Das zumutbare Invalideneinkommen sei deshalb ausgehend vom Durchschnittslohn der Hilfsarbeiter im Dienstleistungssektor von Fr. 53'820.- zu ermitteln. Bei einem Arbeitsfähigkeitsgrad von 60% resultierten Fr. 32'292.-. Davon seien weitere 20% abzuziehen, denn es lägen folgende Nachteile vor: Wechsel von einer eher strengen in eine leichte Arbeit, Nationalität, fehlende Sprachkenntnisse, lange Abwesenheit vom Arbeitsmarkt, Teilzeitnachteil. Das ergebe ein zumutbares Invalideneinkommen von Fr. 25'833.60, was einem Invaliditätsgrad von 56% entspreche. Auch bei einem Ausgangseinkommen von Fr. 59'000.- ergäbe sich unter Berücksichtigung eines zusätzlichen Abzuges von 20% ein zumutbares Invalideneinkommen, das einen über 50% liegenden Invaliditätsgrad liefern würde. Es sei zu berücksichtigen, dass sich der Invaliditätsgrad auch auf die Rente der Pensionskasse auswirken werde.

F.



Mit einer Verfügung vom 25. Januar 2007 sprach die IV-Stelle dem Versicherten rückwirkend ab 1. Februar 2002 eine halbe Rente im Härtefall und ab 1. Januar 2004 eine Viertelsrente, jeweils bei einem Invaliditätsgrad von 40%, zu. Der Versicherte erhob am 28. Februar 2007 bei der IV-Stelle Einsprache gegen diese Verfügung. Er machte geltend, die Einsprache erfolge gestützt auf die in der Verfügung enthaltene Rechtsmittelbelehrung. Sollte diese falsch gewesen sein, ersuche er um die Weiterleitung seiner Eingabe als Beschwerde an das Gericht zwecks Vereinigung mit dem bereits hängigen Beschwerdeverfahren. Die IV-Stelle übermittelte die Eingabe des Versicherten am 1. März 2007 dem Gericht. Die Gerichtsleitung ordnete am 6. März 2007 die Verfahrensvereinigung an.

G.

Die IV-Stelle beantragte am 7. März 2007 die Abweisung der Beschwerde. Sie räumte ein, dass sie zu Unrecht kein Vorbescheidsverfahren durchgeführt habe und dass darin eine Verletzung des Anspruchs des Versicherten auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs zu erblicken sei. Sie vertrat aber die Auffassung, dass eine Rückweisung der Sache an sie zur Gewährung des rechtlichen Gehörs einen formalistischen Leerlauf zur Folge hätte, der mit dem Interesse des Versicherten an einer beförderlichen Erledigung nicht vereinbar wäre. Die Gehörsverletzung sei deshalb als geheilt zu betrachten und die Beschwerde sei materiell zu beurteilen. Die Verfügung vom 25. Januar 2007 sei als mitangefochten zu betrachten. In materieller Hinsicht führte die IV-Stelle aus, das bidisziplinäre Gutachten leuchte in seiner Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge ein und sei überzeugend begründet. Es beruhe auf eingehenden Untersuchungen und würdige die geklagten Beschwerden und die Vorakten. Es erfülle also sämtliche Kriterien einer beweiskräftigen medizinischen Entscheidungsgrundlage. Deshalb sei von einer Arbeitsfähigkeit des Versicherten in einer der Behinderung angepassten Erwerbstätigkeit von 60% auszugehen. Der Versicherte habe im Jahr 2000 Fr. 57'681.- verdient. Angepasst an die Nominallohnentwicklung bis 2002 resultiere ein Valideneinkommen von Fr. 60'074.-. Es sei davon auszugehen, dass der Versicherte weiterhin als Staplerfahrer tätig sein könnte. Auf dem allgemeinen und ausgeglichenen Arbeitsmarkt könnte er eine Stelle finden. Aufgrund seiner langjährigen



Erfahrung würde er dabei einen leicht überdurchschnittlichen Lohn erzielen. Da das zumutbare Invalideneinkommen nicht anhand von Tabellenlöhnen bemessen werde, sei ein zusätzlicher Abzug ausgeschlossen. Der Invaliditätsgrad betrage somit 40%. Bei einer Bemessung des zumutbaren Invalideneinkommens anhand von Tabellenlöhnen wäre von einem Jahreseinkommen von Fr. 57'008.- auszugehen. Angemessen wäre ein zusätzlicher Abzug von 10%. Das ergäbe ein zumutbares Invalideneinkommen von Fr. 30'784.- und damit einen Invaliditätsgrad von 49%. Am 12. März 2007 beauftragte die IV-Stelle im zweiten Beschwerdeverfahren ebenfalls die Abweisung der Beschwerde. Sie verwies auf ihre Beschwerdeantwort im anderen Verfahren.

H.

In seiner Replik vom 8. Mai 2007 wandte der Versicherte ein, es sei ihm aus somatischen und aus psychischen Gründen unzumutbar, wieder in den angestammten Beruf einzusteigen. Nach wie vor schlafe das rechte Bein ein und gelegentlich komme es zu einer Art Lähmung der ganzen rechten Körperseite. Die ursprünglichen Beschwerden seien nach wie vor vorhanden. Mit dem Stapler müsse oft rückwärts gefahren werden. Dabei sei es erforderlich, den Kopf und den Körper nach der Seite zu drehen. Diese Bewegung sei ihm nicht zumutbar. Zudem müsse ein Staplerfahrer auch Paletten und andere Waren zurecht schieben, um sie mit der Gabel fassen zu können. Deshalb sei das zumutbare Invalideneinkommen anhand eines Jahreseinkommens von Fr. 57'008.- zu ermitteln. Zusätzlich zum Arbeitsunfähigkeitsgrad von 40% sei ein weiterer Abzug von mindestens 15% vorzunehmen, so dass ein zumutbares Invalideneinkommen von Fr. 29'074.80 resultiere, was einem Invaliditätsgrad von 51,6% entspreche. In bezug auf die Möglichkeit einer Heilung der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör sei zu beachten, dass nur noch die kantonalen Versicherungsgerichte über eine volle Kognition verfügten. Beim Bundesgericht könnten nur noch Rechtsfragen diskutiert werden. Umso mehr falle eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ins Gewicht. Die im Beschwerdeverfahren geführte Diskussion hätte im Verwaltungsverfahren abgehandelt werden müssen.

I.

Die IV-Stelle verzichtete am 24. Mai 2007 sinngemäss auf eine Duplik.



Erwägungen:

1.

Die rückwirkende Zusprache einer Invalidenrente ist von der Beschwerdegegnerin auf zwei Verfügungen aufgeteilt worden, die zudem mit grossem zeitlichem Abstand erlassen worden sind. Die Verfügung betreffend den Rentenanspruch ab Dezember 2006 datiert vom 23. November 2006, die Verfügung betreffend die Rente für Februar 2002 bis November 2006 vom 25. Januar 2007. Der Grund für diese Aufteilung war die Verrechnung der Rentennachzahlung mit Vorschussleistungen Dritter. Dieses Problem hätte ohne weiteres durch die sofortige Zusprache der Rente rückwirkend ab Februar 2002 verbunden mit einem vorsorglichen Auszahlungsstopp betreffend den Nachzahlungsbetrag gelöst werden können. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin kann die Notwendigkeit der Verrechnung mit Vorschussleistungen also die Aufteilung auf zwei Verfügungen, die eine betreffend die laufende Rente ab Dezember 2006, die andere betreffend die nachzuzahlende Rente, nicht rechtfertigen. Genauso wie bei der rückwirkenden abgestuften Rentenzusprache (vgl. BGE 131 V 164 ff. Erw. 2.3) ist es nicht zulässig, den Rentenanspruch für bestimmte Perioden je getrennt zu verfügen. Die Verfügungen vom 23. November 2006 und vom 25. Januar 2007 bilden deshalb nur Teile ein und derselben Rentenverfügung. Keiner der beiden Verfügungsteile ist für sich allein rechtskräftig, nur zusammen bilden sie die Rentenverfügung. Grundsätzlich hätte erst nach der Eröffnung des zweiten Verfügungsteils am 25. Januar 2007 Beschwerde erhoben werden können, denn der erste Verfügungsteil vom 23. November 2006 war ja für sich allein nicht rechtskräftig und damit auch nicht für sich allein anfechtbar. Nun hat die Beschwerdegegnerin aber durch die unzulässige Aufteilung der Rentenverfügung in einen Teil 'laufende Rente' und in einen Teil 'Nachzahlung' beim Beschwerdeführer den Eindruck erweckt, der Rentenanspruch ab 1. Dezember 2006 solle mit der Verfügung vom 23. November 2006 abschliessend geregelt werden. Unter diesen Umständen darf das Vertrauen des Beschwerdeführers darin, die Verfügungsteile vom 23. November 2006 und vom 25. Januar 2007 je für sich anfechten zu können, nicht enttäuscht werden. Trotzdem ist der Einheit dieser beiden Verfügungsteile Rechnung zu tragen. Dieser Widerspruch ist dadurch aufzulösen, dass anzunehmen ist, der Beschwerdeführer habe mit seiner Beschwerde vom 4. Januar 2007 die



Rentenverfügung insgesamt angefochten. Damit kann die Frage offen gelassen werden, ob der Beschwerdeführer mit seiner an die Beschwerdegegnerin gerichteten Einsprache vom 28. Februar 2007 gegen die Verfügung vom 25. Januar 2007 überhaupt rechtswirksam hätte Beschwerde erheben können. Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet somit die Rentenverfügung vom 23. November 2006/25. Januar 2007. Streitgegenstand ist der Rentenanspruch ab Februar 2002.

2.

2.1 Gemäss Art. 57a Abs. 1 IVG hat die IV-Stelle der versicherten Person den vorgesehenen Endentscheid über ein Leistungsbegehren mittels eines Vorbescheides mitzuteilen; die versicherte Person hat einen Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer mit den beiden Verfügungsteilen vom 23. November 2006 und vom 25. Januar 2007 eine Invalidenrente zugesprochen, ohne ihm vorgängig einen Vorbescheid zugestellt zu haben. Da kein Ausnahmetatbestand gemäss Art. 58 IVG i.V.m. 74<sup>ter</sup> IVV gegeben war, ist die Verfügung vom 23. November 2006/25. Januar 2007 in Verletzung der Verfahrensvorschrift des Art. 57a Abs. 1 IVG erlassen worden. Sie ist demnach als rechtswidrig zu qualifizieren und zwar ungeachtet einer allfälligen materiellen Rechtmässigkeit. Eine Missachtung verfahrensrechtlicher Bestimmungen führt in gewissen Fällen direkt zu einer Aufhebung der beschwerdeweise angefochtenen Verfügung, so dass gar keine materielle Beurteilung mehr erfolgen kann. In anderen Fällen hat die verfahrensrechtliche Rechtswidrigkeit einer Verfügung keine Auswirkung, so dass eine materiellrechtliche Beurteilung der Verfügung erfolgen muss. Das Kriterium für die Unterscheidung zwischen einer verfahrensrechtlichen Rechtswidrigkeit, die das Gericht ohne weiteres zur Aufhebung der Verfügung zwingt, und einer verfahrensrechtlichen Rechtswidrigkeit, die einer materiellen Beurteilung nicht im Wege steht, ist der hinter der - missachteten - Verfahrensnorm stehende Zweck. Dieser Zweck kann grundsätzlich privaten oder öffentlichen Interessen dienen. Ist eine IV-Stelle beispielsweise auf ein Rentenerhöhungsgesuch eingetreten, obwohl der Rentner keine erhebliche Veränderung seines Invaliditätsgrades glaubhaft gemacht hat, so muss die Verfügung bereits aus rein verfahrensrechtlichen Gründen aufgehoben werden, denn es wäre eine unzulässige Ungleichbehandlung, wenn in einem willkürlich ausgewählten Fall die



Anwendung der in Art. 87 Abs. 3 IVV geregelten Eintretenshürde unterbleiben könnte und es im Beschwerdeverfahren zu einer materiellen Beurteilung der Rentenrevisionsverfügung kommen würde, obwohl die Verfahrensnorm, also Art. 87 Abs. 3 IVV, eben gerade diese materielle Neubeurteilung der laufenden Rente verhindern sollte. Umgekehrt schliesst beispielsweise ein Verfahrensfehler bei der Bestimmung des Sachverständigen, der ein Gutachten zur Abklärung des leistungserheblichen Sachverhalts erstellen soll, die materielle Beurteilung der schliesslich erlassenen und nun angefochtenen Verfügung nicht aus, auch wenn diese Verfügung aufgrund der Missachtung einer Verfahrensnorm an sich rechtswidrig ist. Dem durch die entsprechende Verfahrensnorm zum Ausdruck gebrachten Interesse wird bei der materiellen Beurteilung, d.h. bei der Würdigung des Gutachtens als Beweismittel dadurch ausreichend Rechnung getragen, dass nötigenfalls nicht auf dieses Gutachten abgestellt wird. Das sogenannte "Heilen" der verfahrensrechtlichen Rechtswidrigkeit von Verfügungen ist also nicht auf jene Fälle beschränkt, in denen dem Anspruch auf rechtliches Gehör nicht nachgekommen worden ist.

2.2 Das durch Art. 57a Abs. 1 IVG zum Ausdruck gebrachte Interesse besteht darin, die versicherte Person als "Subjekt" der Rechtsanwendung in die Entscheidungsfindung einzubeziehen, sie also mitsprechen zu lassen, und zwar nicht zum Zweck der zusätzlichen Sachverhaltsabklärung, denn jene Mitsprachemöglichkeit beruht als Mitwirkungsrecht bei der Sachverhaltsermittlung ausschliesslich auf dem Untersuchungsgrundsatz. Es geht vielmehr um die Mitsprachemöglichkeit bei der rechtlichen Würdigung des ermittelten Sachverhalts. Der so verstandene Anspruch auf rechtliches Gehör ist nicht von einem Interesse von so überragender Stärke getragen, dass er eine materielle Beurteilung ausschliessen und ausschliesslich gestützt auf die verfahrensrechtliche Rechtswidrigkeit der Verfügung eine Gutheissung der Beschwerde erfordern würde. Die Praxis der "Heilung" der Gehörsverletzung, die zumindest im Leistungsrecht der Sozialversicherung die materielle Beurteilung trotz der Verfahrensrechtswidrigkeit der Verfügung zum Normalfall hat werden lassen, zeigt, dass das hinter dem Anspruch auf rechtliches Gehör stehende Interesse immer gegen andere, gegenläufige Interessen der versicherten Person, aber allenfalls auch der Verwaltung abgewogen werden muss, bevor über die Frage entschieden wird, ob die Verfügung als Folge der Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben oder ob die Verletzung des rechtlichen Gehörs zu heilen und die Verfügung materiell zu beurteilen



ist. Dieses Interesse ist nicht so stark, dass es alle anderen, gegenläufigen Interessen ohne weiteres immer überwiegen würde. Das gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör abzuwägende Interesse ist regelmässig jenes an einem beförderlichen Verfahrensabschluss. Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen geht in ständiger Praxis davon aus, dass letzteres jedenfalls dann überwiegt, wenn die Beschwerde führende versicherte Person nicht ausdrücklich erklärt, sie verlange nur die rein verfahrensrechtliche Beurteilung und damit die Aufhebung der verfahrensrechtlich rechtswidrigen Verfügung und die Rückweisung zum Erlass einer neuen Verfügung unter Beachtung jener Verfahrensnorm, welche die Gewährung des rechtlichen Gehörs vorschreibt (vgl. die Urteile vom 15. März 2005 i.S. M., IV 2004/80, und vom 12. Dezember 2007 i.S. K.-A., IV 2007/94 u. 217). Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer neben der Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör in der Form eines Vorbescheides auch und vor allem die materielle Unrichtigkeit der Verfügung vom 23. November 2006/25. Januar 2007 gerügt. Unter diesen Umständen ist praxisgemäss davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer die beförderliche materielle Behandlung seines Rentenbegehrens einer Rückweisung zur Durchführung des Vorbescheidsverfahrens und zum anschliessenden Erlass einer Rentenverfügung vorzieht, da diese Rückweisung höchstwahrscheinlich einen Verfahrensleerlauf zur Folge hätte, weil beide Seiten nicht von ihrer im Beschwerdeverfahren bereits einlässlich dargelegten Auffassung abrücken würden. Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass die Kognition der nächsten Instanz eingeschränkt ist, denn das rechtliche Gehör dient ja der Wahrung der Mitsprachemöglichkeit bei der rechtlichen Würdigung. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, d.h. eine Entscheidung gestützt auf einen unvollständig abgeklärten Sachverhalt, führt zu einer materiellen Rechtswidrigkeit und damit ungeachtet einer allfälligen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör als Folge des versehentlichen Verzichts auf die vorgängige Zustellung eines Vorbescheids ist deshalb bei der Beurteilung der angefochtenen Verfügung nicht relevant. Es ist nur zu prüfen, ob diese Verfügung in materieller Hinsicht rechtmässig ist.

3.



Gemäss Art. 16 ATSG kann der Einkommensvergleich zur Ermittlung des Invaliditätsgrades erst erfolgen, wenn allfällige Eingliederungsmassnahmen durchgeführt worden sind bzw. wenn aufgrund der Sachverhaltsabklärungen feststeht, dass keine Eingliederung möglich ist. Diese Bestimmung setzt also die Geltung des Grundsatzes 'Eingliederung vor Rente' voraus (vgl. U. Kieser, ATSG-Kommentar, N. 15 zu Art. 16 ATSG und N. 11 zu Art. 7 ATSG). Bei diesem Grundsatz handelt es sich um eine Ausprägung der allgemeinen Schadenminderungspflicht (vgl. U. Kieser, a.a.O., Vorbemerkungen N. 33). Spricht eine IV-Stelle also einer versicherten Person eine "definitive" Invalidenrente (im Gegensatz zu einer sogenannt "vorläufigen" Rente gestützt auf Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG, d.h. nur auf den Ablauf des sogenannten Wartejahres) zu, ohne die Eingliederungspflicht geprüft und gegebenenfalls durchgesetzt zu haben, erweist sich diese Rentenverfügung als rechtswidrig. Sie ist wegen eines Verstosses gegen den Grundsatz der 'Eingliederung vor Rente' als rechtswidrig aufzuheben und die Sache ist zur Prüfung und Erfüllung der Eingliederungspflicht an die IV-Stelle zurückzuweisen. Die angefochtene Verfügung erwähnt die Eingliederungspflicht mit keinem Wort. Trotzdem ist davon auszugehen, dass die Eingliederungsfrage Teil der angefochtenen Verfügung bildet, denn die Beschwerdegegnerin ist sich der Notwendigkeit bewusst gewesen, vorab die Eingliederungsmöglichkeit zu prüfen. Auch wenn sich der Beschwerdeführer darauf beschränkt, dem Gericht die Zusprache einer halben Rente zu beantragen, muss die Eingliederungsfrage notwendigerweise Teil des Streitgegenstandes des Beschwerdeverfahrens bilden. Die Tatsache, dass es sich bei der Verneinung jeder Eingliederungsmöglichkeit um eine *zwingende* Voraussetzung einer definitiven Rentenzusprache handelt, lässt es nämlich nicht zu, das Rechtsverhältnis bestehend aus der Eingliederungspflicht und dem Rentenanspruch durch eine geschickte Formulierung des Beschwerdebegehrens aufzuteilen und nur in bezug auf den Rentenanspruch zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens zu machen. Es muss ausgeschlossen sein, dem Richter durch einen derartigen "Verfahrenskniff" die Überprüfung der Rentenzusprache in bezug auf ihre Konformität mit dem Grundsatz 'Eingliederung vor Rente' zu verunmöglichen. Das Gericht hat deshalb in einem ersten Schritt von Amtes wegen zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht jede Möglichkeit verneint hat, den Beschwerdeführer rentensenkend oder gar rentenausschliessend einzugliedern. Diese Frage kann ohne weiteres bejaht werden,



denn der Beschwerdeführer verfügt nicht über eine Berufsausbildung, so dass nur eine sogenannt höherwertige Umschulung in der Form einer (erstmaligen) Berufsausbildung geeignet wäre, den Eintritt einer rentenbegründenden Invalidität zu verhindern. Dazu fehlt dem Beschwerdeführer aber das intellektuelle und schulische Rüstzeug.

Ausserdem wäre eine solche Umschulung nicht verhältnismässig, da die nach der Umschulung verbleibende erwerbliche Aktivitätsphase viel zu kurz wäre. Die Beschwerdegegnerin hat deshalb zu Recht jede berufliche Eingliederungsmöglichkeit verneint.

4.

4.1 Der Grad der für den Rentenanspruch massgebenden Invalidität ist gemäss Art. 16 ATSG durch einen Einkommensvergleich zu ermitteln, bei dem das Einkommen, das der Beschwerdeführer nach dem Eintritt der Invalidität und nach der Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihm zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt wird zum Erwerbseinkommen, das er erzielen könnte, wenn er nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen). Grundlage der Bemessung des Invalideneinkommens bilden die Arbeitsfähigkeitsschätzung und die Umschreibung der trotz der Gesundheitsbeeinträchtigung noch möglichen und zumutbaren Tätigkeiten. Die Beschwerdegegnerin hat sowohl in bezug auf den Arbeitsfähigkeitsgrad als auch in bezug auf die Umschreibung einer der Behinderung optimal Rechnung tragenden Erwerbstätigkeit auf das Gutachten vom 10. Februar 2006 abgestellt. Diese Einschätzung ist - bei seither stationärem somatischen Gesundheitszustand - pessimistischer als diejenige des Kantonsspitals St. Gallen vom 4. Januar 2004. Das Kantonsspital St. Gallen hat noch, wenn auch nur als Prognose, angenommen, dass der Beschwerdeführer wieder die volle Arbeitsfähigkeit erlangen könne. Es ist davon auszugehen, dass diese Prognose durch die für einen Operateur typische Erwartung beeinflusst gewesen ist, dass eine technisch gelungene Operation auch in bezug auf die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit erfolgreich sein müsse. Unter diesen Umständen ist der Arbeitsfähigkeitsschätzung im Gutachten vom 10. Februar 2006 ein erheblich höherer Beweiswert zuzumessen. Der Beschwerdeführer hat auch diese Arbeitsfähigkeitsschätzung noch als viel zu optimistisch bezeichnet, ohne dies aber zu begründen. Seine Einwendungen haben sich inhaltlich nur gegen die



Qualifikation des Staplerfahrens als behinderungsadaptierte leichte Erwerbstätigkeit gerichtet. Die Beschwerdegegnerin hat zu Recht darauf hingewiesen, dass das Gutachten vom 10. Februar 2006 alle Anforderungen an ein beweiskräftiges medizinisches Gutachten erfülle. Es steht deshalb mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fest, dass der Beschwerdeführer in einer seiner Behinderung gerecht werdenden Erwerbstätigkeit zu 60% arbeitsfähig ist.

4.2 Die Beschwerdegegnerin geht davon aus, dass der Arbeitsfähigkeitsgrad von 60% auch für die Tätigkeit als Staplerfahrer gelte, da es sich dabei um eine körperlich leichte Tätigkeit handle. Der Beschwerdeführer wendet ein, auch Staplerfahrer müssten immer wieder einmal körperlich schwere Arbeit verrichten und ausserdem sei die Körperhaltung beim häufig nötigen Rückwärtsfahren sehr ungünstig. Der Gabelstapler dient dazu, sehr schwere und sperrige Gegenstände zu bewegen. Es ist durchaus plausibel, dass ein Staplerfahrer nicht alle Arbeiten rund um das Bewegen schwerer Gegenstände mit seinem Arbeitsgerät erledigen kann. Zwischenhinein dürfte immer wieder einmal ein kurzer Einsatz der Körperkraft notwendig sein. Das Staplerfahren beinhaltet also im Normalfall auch einen nicht zu vernachlässigenden Teil an ungeeigneter, weil körperlich schwerer Arbeit. Der allgemeine und ausgeglichene Arbeitsmarkt weist aber auch Stellen für Staplerfahrer auf, an denen die Arbeit tatsächlich ausschliesslich aus der Bedienung des Staplers besteht. Der Einwand des Beschwerdeführers, es müssten auch körperlich schwere Arbeiten erledigt werden, vermag somit das Staplerfahren als Verweistätigkeit nicht auszuschalten. Dasselbe gilt für den weiteren Einwand des Beschwerdeführers, insbesondere beim Rückwärtsfahren müsse man eine Körperhaltung einnehmen, die ihm nicht zumutbar sei. Dies trifft zwar für einfache Stapler zu. Moderne Stapler sind aber so konstruiert, dass der Fahrersitz gedreht werden kann. Der allgemeine und ausgeglichene Arbeitsmarkt weist Stellen auf, an denen ausschliesslich derartige Stapler eingesetzt werden. Grundsätzlich kann das Staplerfahren also durchaus als Verweistätigkeit betrachtet werden. Das bedeutet aber nicht, dass das zumutbare Invalideneinkommen anhand des an der früheren Stelle bei der A.\_\_\_\_ AG erzielbaren Lohnes bemessen werden kann. Zum einen ist nämlich nicht bekannt, ob dort überhaupt eine der Behinderung vollumfänglich Rechnung tragende Stelle vorhanden wäre, und zum anderen ist von einer Rückkehr des Beschwerdeführers zu seinem früheren Arbeitgeber, nun aber mit einem Beschäftigungsgrad von 60%, nie die Rede gewesen.



4.3 Da das Staplerfahren nur eine Hilfsarbeit ist, die praktisch keine Ausbildung voraussetzt, muss das zumutbare Invalideneinkommen nicht anhand des durchschnittlichen Einkommens jener Staplerfahrer bemessen werden, die nie körperlich schwere Arbeit verrichten müssen und deren Arbeitsgerät ein Stapler mit drehbarem Fahrersitz ist. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin ist nämlich nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner Erfahrung als Staplerfahrer einen Lohnvorteil hätte, denn das Staplerfahren setzt weder besondere Fähigkeiten und Kenntnisse noch grosse Erfahrung voraus. Der Beschwerdeführer kann als Hilfsarbeiter auf dem gesamten Markt für körperlich leichte Hilfsarbeiten eingesetzt werden. Einer Bemessung seines zumutbaren Invalideneinkommens anhand des statistischen Durchschnittseinkommens männlicher Hilfsarbeiter steht deshalb nichts im entgegen. Da entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers in allen Branchen körperlich leichte Hilfsarbeiten auszuführen sind, ist auf den Zentralwert aller Branchen für einfache und repetitive Tätigkeiten gemäss der Tabelle TA1 der Lohnstrukturerhebung 2002 des Bundesamtes für Statistik abzustellen. Dieser Zentralwert beläuft sich auf Fr. 4557.-. Da dieser Wert auf einer standardisierten Arbeitswoche von 40 Std. beruht, ist er auf die im Jahr 2002 massgebende durchschnittliche Wochenarbeitszeit von 41,7 Std. umzurechnen. Er beträgt Fr. 4750.- bzw. Fr. 57'000.-. Bei einem Arbeitsfähigkeits- bzw. Beschäftigungsgrad von 60% hätte der Beschwerdeführer im Jahr 2002 einen überproportionalen Lohnnachteil von ca. 10% in Kauf nehmen müssen (vgl. die Tabelle T8\* der Lohnstrukturerhebung 2002), d.h. sein Einkommen hätte nicht 60%, sondern nur 54% des aufgerechneten Zentralwerts betragen. Die vom Beschwerdeführer behaupteten zusätzlichen Nachteile bestehen nicht und vermögen deshalb keinen zusätzlichen Abzug zu rechtfertigen. Der Wechsel von einer körperlich schweren in eine leichte Tätigkeit hat keinen Lohnnachteil zur Folge, denn es gibt keinen Hinweis darauf, dass körperlich leichte Tätigkeiten durchschnittlich schlechter entlohnt würden als körperlich schwere Tätigkeiten. Jene leichten Hilfsarbeiten, die hohe Anforderungen an die Aufmerksamkeit, die Zuverlässigkeit und die Konstanz stellen, werden wohl sogar höher entlohnt als Hilfsarbeiten, die körperliche Schwerarbeiten beinhalten. Die Nationalität des Beschwerdeführers ist lohnmässig bedeutungslos, da sehr viele jener Hilfsarbeiter, deren Löhne zur Ermittlung des Zentralwertes erhoben worden sind, Ausländer sind. Ein allfälliger "Ausländernachteil" wäre also im Zentralwert bereits



enthalten. Im übrigen verfügt der Beschwerdeführer über die Niederlassungsbewilligung, so dass ein allfälliger Nachteil vernachlässigbar wäre. Das Fehlen ausreichender Deutschkenntnisse ist bei Hilfsarbeitern sehr häufig. Die geringen Anforderungen an die verbale Kommunikation, die Hilfsarbeiten stellen, können in aller Regel durch sprachkundige Vorgesetzte oder durch die Übersetzerdienste von Arbeitskollegen erfüllt werden. Eine lange Abwesenheit vom Arbeitsmarkt (die beim Beschwerdeführer bis 2002 gar nicht vorlag) stellt keinen Nachteil dar, da Hilfsarbeiten definitionsgemäss keine Berufskennnisse voraussetzen, die über eine kurze Einarbeitung am konkreten Arbeitsplatz hinausgehen. Während einer längeren Arbeitsunfähigkeitsphase gehen also keine Berufskennnisse verloren. Der Beschwerdeführer wäre im Jahr 2002, ja sogar noch im Jahr 2006 in einer geeigneten Hilfsarbeit praktisch sofort wieder im Umfang von 60% mit voller Leistung einsetzbar gewesen. Das zumutbare Invalideneinkommen beläuft sich demnach auf Fr. 30'780.-. Die A.\_\_\_\_ AG hat am 12. September 2002 einen Monatslohn des Beschwerdeführers im Jahr 2002 (inklusive Schichtzulage) von Fr. 4390.- angegeben. Aufgrund der 2000 und 2001 ausgerichteten Löhne ist davon auszugehen, dass die Gratifikation jeweils einen Monatslohn inklusive eine Schichtzulage ausmachte. Somit beläuft sich das Valideneinkommen auf Fr. 57'070.-. Die behinderungsbedingte Erwerbseinbusse beträgt Fr. 26'290.-, was einem Invaliditätsgrad von 46% entspricht. Die angefochtene Rentenverfügung erweist sich als rechtmässig.

5.

Im Sinne der vorstehenden Ausführungen ist die Beschwerde abzuweisen. Die unterliegende Partei trägt die Verfahrenskosten, die nach dem Verfahrensaufwand zu bemessen sind (Art. 69 Abs. 1<sup>bis</sup> IVG). Der konkrete Verfahrensaufwand rechtfertigt trotz der anfänglich doppelten Verfahrensführung eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.-. Da der Beschwerdeführer mit seinem Begehren nicht durchgedrungen ist, hat er diese Gebühr zu bezahlen. Die Forderung ist durch den geleisteten Vorschuss in gleicher Höhe gedeckt. Das Begehren um eine Parteientschädigung ist abzuweisen (Art. 61 lit. g ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG



entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Der Beschwerdeführer bezahlt eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.-; diese wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 600.- verrechnet.