



Fall-Nr.: IV 2007/143
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 23.06.2020
Entscheiddatum: 20.08.2008

Entscheid Versicherungsgericht, 20.08.2008

Art. 6 ATSG, Art. 8 ATSG, Art. 16 ATSG, Art. 28 IVG. Invaliditätsbemessung Natur und Bemessung der Arbeitsunfähigkeit, die der Bestimmung des zumutbaren Invalideneinkommens zugrunde liegt. Ausführungen zum fälschlicherweise so genannten "Leidensabzug" (zum Arbeitsunfähigkeitsgrad hinzutretender Abzug vom Tabellenlohn) (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 20. August 2008, IV 2007/143). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 9C_807/2008.

Vizepräsidentin Karin Huber-Studerus, Versicherungsrichterinnen Monika Gehrler-Hug und Marie-Theres Rüegg Haltinner; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

Entscheid vom 20. August 2008

in Sachen

M.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Kurt Gemperli, advokatur am brühl,

Scheffelstrasse 2, 9000 St. Gallen,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,



betreffend

Rente

Sachverhalt:

A.

M.____ meldete sich am 23. Oktober 2003 zum Bezug von IV-Leistungen an. Im Gesuchsformular gab er u.a. an, er habe in seinem Herkunftsland acht Jahre die Grundschule besucht und dann den Maurerberuf (mit Fähigkeitsausweis) erlernt. Dr. med. A.____ berichtete der IV-Stelle am 6. November 2003, der Versicherte leide an einem chronischen, therapieresistenten lumbovertebralen Syndrom, an einer chronischen produktiven Bronchitis, an einem Schlafapnoesyndrom, an einer Gonarthrose links, an einem St. n. Meniskusoperation und - ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit - an einer arteriellen Hypertonie. Als Maurer sei der Versicherte seit dem 13. Januar 2003 bis auf weiteres zu 100% arbeitsunfähig. Eine leichtere Arbeit in geschützten Räumen wäre theoretisch möglich. Der Zustand sei stationär bis sich verschlechternd. Die Bauunternehmung B.____ teilte der IV-Stelle am 10. November 2003 mit, sie beschäftige den Versicherten seit dem 17. März 1983 als Bauarbeiter. Die wöchentliche Arbeitszeit betrage im Jahresdurchschnitt 40,5 Std. Der Bruttolohn des Versicherten belaufe sich auf Fr. 60'840.-. Die IV-Stelle gab eine polydisziplinäre Abklärung in Auftrag. Das ZMB Basel berichtete in seinem Gutachten vom 22. Februar 2005, der Versicherte habe angegeben, er habe in Bosnien eine zweijährige Maurerlehre absolviert und ein Diplom erworben. Anschliessend sei er sein ganzes Leben lang als Bauarbeiter tätig gewesen. Die Hauptbeschwerden seien die Rückenschmerzen, die trotz Medikation täglich vorhanden seien und in der Nacht exazerbierten. Ausserdem bestünden tägliche Kniebeschwerden sowie ein chronischer Husten. Die Gutachter stellten gestützt auf eine internistische, eine rheumatologische, eine neurologische und eine psychiatrische Abklärung folgende Diagnosen: chronisches Lumbovertebralsyndrom bei Discopathie L4/5 und degenerativen Veränderungen der LWS sowie möglicher radikulärer Irritation L5 links, Gonarthrose links mehr als rechts bei St. n. medialer Teilmeniskektomie links mit Shaving (2000), chronische Bronchitis bei leichter bis mittelschwerer bronchialer Hyperreaktivität,



arterielle Hypertonie bei beginnender hypertensiver Herzkrankheit, anamnestisch V. a. Bronchialdeformationen/Bronchiektasen, Adipositas (BMI 31), Hypakusis bds., Neuropathie des N. cutaneus femoris lateralis rechts, unklare Dermatose beider Fussrücken. Nach der Einschätzung der Gutachter beeinträchtigte nur das chronische Lumbovertebralsyndrom die Arbeitsfähigkeit des Versicherten. Die Gutachter gingen davon aus, dass der Versicherte aufgrund der Erkrankungen im Bewegungsapparat und im internistischen Bereich nicht mehr in der Lage war, einer körperlich anstrengenden Arbeit nachzugehen. Seine Arbeitsfähigkeit als Maurer wurde deshalb mit 20% beziffert. Für eine körperlich leichte Tätigkeit mit der Möglichkeit, die Körperpositionen häufig zu wechseln, ohne Heben und Tragen von Lasten, ohne Arbeiten in vornübergeneigter Haltung und ohne Luftnoxe betrachteteten sie den Versicherten als fähig, zweimal drei Stunden täglich zu arbeiten. Sie gaben an, die Reduktion der Arbeitsfähigkeit beruhe hier auf den Schmerzen im Bewegungsapparat. Ausgehend von dem für 2003 angegebenen Bruttolohn bei der B.____ ermittelte die IV-Stelle ein Valideneinkommen von Fr. 62'740.-. Dem stellte sie ein statistisches Durchschnittseinkommen von Fr. 58'800.-, unter Berücksichtigung einer Arbeitsunfähigkeit von 25% reduziert auf Fr. 44'100.- und bei einem zusätzlichen Abzug von 20% von Fr. 35'280.- gegenüber. Mit einer Verfügung vom 28. Juli 2005 sprach die IV-Stelle dem Versicherten mit Wirkung ab Januar 2004 eine Viertelsrente bei einem Invaliditätsgrad von 43% zu.

B.

Der Versicherte erhob am 26. August 2005 Einsprache gegen diese Verfügung. Er machte am 7. Oktober 2005 geltend, es seien zusätzliche Beeinträchtigungen an der linken Schulter aufgetreten. Ein MRI zeige eine Partialruptur der Supra- und der Subscapularissehne und eine leichte AC-Gelenksarthrose. Gemäss dem beigelegten Zeugnis von Dr. med. A.____ vom 28. September 2005 litt der Versicherte an einem Impingementsyndrom der linken Schulter. Am 25. November 2005 reichte der Versicherte der IV-Stelle verschiedene medizinische Unterlagen ein, u.a. einen Bericht der Klinik für orthopädische Chirurgie des Kantonsspitals St. Gallen vom 27. Oktober 2005, laut dem der Versicherte über Schmerzen in der linken Schulter insbesondere mit Nachtschmerzen und Schmerzen bei Abduktion bzw. Elevation des Armes geklagt hatte. Die Untersuchung hatte gezeigt, dass keine Muskelatrophie bestanden hatte.



Der Bewegungsumfang hatte in Abduktion 50° aktiv und 100° passiv, in Flexion 120° betragen. Der Schürzengriff war bis L5 möglich gewesen. Der Nackengriff hatte uneingeschränkt ausgeführt werden können. Schmerzbedingt war bei Aussen-/Innenrotation und Abduktion eine Kraftminderung im Vergleich zur Gegenseite aufgetreten. Dr. med. C.____ berichtete der IV-Stelle am 20. Dezember 2005, es liege ein Impingement Schulter links mit Partialruptur Supra- und Subscapularissehne vor. Dieser Zustand sei stationär, die Behandlung noch nicht abgeschlossen. Es sei bereits zweimal eine subacromiale Infiltration erfolgt. Eventuell müsse operiert werden. Der Versicherte könne einige Stunden pro Tag arbeiten. Überkopfarbeiten seien ungünstig. Am 21. Februar 2006 widerrief die IV-Stelle die einspracheweise angefochtene Rentenverfügung, um weitere Abklärungen vorzunehmen. Sie schrieb das Einsprachverfahren als gegenstandslos ab. Am 24. Februar 2006 beauftragte sie Dr. med. D.____ mit einer Begutachtung des Schulterleidens. In seinem Gutachten vom 14. Juli 2006 führte Dr. med. D.____ aus, der Versicherte leide an konstanten brennenden Schmerzen in der linken Schulter, die sich bis in sämtliche Finger fortsetzten und den Nachtschlaf störten. Das Heben von Lasten sowie das Arbeiten über der Horizontalen seien dolent. Der Versicherte sei Rechtshänder. Schmerzmittel nehme er nur bei Bedarf ein. Lähmungen oder Gefühlsstörungen in den oberen Extremitäten habe der Versicherte verneint. Dr. med. D.____ gab folgende Diagnose betreffend die linke Schulter an: V. a. Impingement bei leichter hypertropher Acromioclaviculargelenksarthrose der Supraspinatussehne und höhergradiger interstitieller Partialruptur sowie mässige Ansatzentendinose der Subscapularissehne und mässiger Tendinose der langen Bicepssehne links. Diese Diagnose beruhte u.a. auf einer klinischen Untersuchung, die folgendes ergeben hatte: Elevation der Schulter rechts bis 180°, links bis 90°, Aussenrotation bds. bis 45°, Innenrotation rechts bis ca. Th9, links bis c. S1, kein painful arc links und rechts, dolenter horizontaler Bogen links, rechts indolent, indolenter Hawkinstest rechts und links, dolenter Supraspinatus- und Subscapularissehnentest links, indolent rechts, indolenter Yergasonstest links und rechts, keine vordere oder hintere Schublade rechts, Stabilität der linken Schulter schmerzbedingt nicht beurteilbar. Dr. med. D.____ ging wie die Gutachter des ZMB von einer Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers in der bisherigen Erwerbstätigkeit als Bauarbeiter von 20% aus. Für eine körperlich leichte Arbeit, die in temperierten Räumen, abwechselnd sitzend oder stehend ausgeübt werden könne, bei der nur



selten unphysiologische, insbesondere gebückte Körperhaltungen eingenommen werden müssten, bei der keine Gegenstände über 10 kg gehoben oder getragen werden müssten und die nicht regelmässige Tätigkeiten über der Horizontalen beinhalte, ging Dr. med. D.____ von einer zumutbaren Arbeitsleistung von zweimal drei Stunden täglich aus. Die zumutbare Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit entsprach also seiner Auffassung nach derjenigen, die bereits von den Gutachtern des ZMB ermittelt worden war.

C.

Mit einem Vorbescheid vom 13. November 2006 teilte die IV-Stelle dem Versicherten mit, dass er bei einem Invaliditätsgrad von 44% mit Wirkung ab Januar 2004 einen Anspruch auf eine Viertelsrente habe. Der Versicherte wandte am 13. Dezember 2006 sinngemäss ein, Dr. med. D.____ habe nur regelmässige Tätigkeiten über der Horizontalen ausgeschlossen, obwohl er gleichzeitig angegeben habe, bei der linken Schulter sei eine Elevation nur bis 90° möglich. Effektiv könne der linke Arm überhaupt nicht über der Horizontalen eingesetzt werden. Die IV-Stelle sei stillschweigend davon ausgegangen, dass es auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt genügend adaptierte Arbeitsplätze gebe. Tatsächlich hätte sie aber eine ausreichende Zahl konkreter adaptierter Arbeitsplätze nachweisen müssen. Die krankheitsbedingten Einschränkungen könnten durch einen maximalen Abzug von 25% vom Durchschnittseinkommen Gesunder nicht erfasst werden, denn es seien ja noch weitere Faktoren (Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Nationalität) zu berücksichtigen. Er müsste also quantitativ und qualitativ wie eine gesunde Person arbeiten können. Irgendwelche Abzüge diesbezüglich könnten mit dem Tabellenlohnabzug gar nicht erfasst werden. Deshalb gebe es nicht in genügender Anzahl adaptierte Arbeitsstellen. In einer internen Notiz vom 18. Januar 2007 hielt der zuständige Fachmitarbeiter der IV-Stelle fest, angesichts der Schulterbeschwerden rechtfertige sich ein "Leidensabzug" von 15%, der zusammen mit dem Teilzeitnachteil von 10% einen maximalen Abzug von 25% ergebe. Für den Versicherten kämen etwa die Feingerätemontage oder die Kunststoffmontage in Frage. Diese Tätigkeiten würden i.d.R. sitzend oder stehend ausgeübt. Es sei keine Fließbandarbeit. Einem Valideneinkommen von Fr. 63'367.- stehe somit ein zumutbares Invalideneinkommen von Fr. 32'805.- gegenüber. Die IV-Stelle sprach dem Versicherten rückwirkend ab 1.



Januar 2004 eine Viertelsrente bei einem Invaliditätsgrad von 48% zu. Die beiden Verfügungsformulare trugen das Datum 15. Februar 2007.

D.

Der Versicherte erhob am 30. März 2007 Beschwerde gegen diese Verfügung. Er beantragte die Zusprache einer ganzen Rente und die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (was am 25. Mai 2007 bewilligt wurde). Er führte aus, die beiden mit dem Datum 15. Februar 2007 versehenen Verfügungsformulare seien seinem Rechtsvertreter erst am 28. Februar 2007 zugegangen. Die Beschwerdefrist ende deshalb am 30. März 2007. Dass Verfügungen erst knapp zwei Wochen nach ihrem Datum zugestellt würden, sei aussergewöhnlich, aber zutreffend. Zur Begründung seines Beschwerdebegehrens führte der Versicherte sinngemäss aus, er könne seinen linken Arm tatsächlich nur bis knapp unter die Horizontale heben. Dr. med. D.____ habe trotz dieser zusätzlichen Einschränkung eine Arbeitsfähigkeit als Bauarbeiter von 20% bestätigt. Dabei habe Dr. med. D.____ seine eigene Feststellung, dass Arbeiten oberhalb der Horizontalen nicht möglich seien, nicht berücksichtigt. "Hinter die Arbeitsweise der Arbeitsfähigkeit-Taxierung durch diesen Gutachter" sei deshalb ein Fragezeichen zu setzen (Beschwerde S. 4). Dr. med. D.____ habe die vom ZMB aufgestellte Liste der Limitationen erweitert. Trotzdem habe er weiterhin eine Arbeitsfähigkeit von zweimal drei Stunden täglich angegeben. Er habe damit eine Methode befolgt, bei der sich die Arbeitsfähigkeit auch dann nicht ändern würde, wenn der linke Arm amputiert werden müsste. Auch dann würde Dr. med. D.____ noch von einer Arbeitsfähigkeit von zweimal drei Stunden täglich ausgehen. Dabei wäre gar nicht mehr interessant, was für eine Arbeit das wäre. Der Versicherte machte weiter geltend, es dürfe nicht von der von den medizinischen Sachverständigen angegebenen maximalen Präsenzzeit direkt auf die Arbeitsunfähigkeitsquote geschlossen werden. Über die von der IV-Stelle angegebenen möglichen Arbeitsplätze sei zuwenig bekannt, so dass nicht belegt sei, was er dort leisten könnte. Zudem dürfe bei einem derart eng umgrenzten Tätigkeitsspektrum nicht mehr auf "LSE-Werte" abgestellt werden. Deshalb müsse anhand konkreter Einsatzmöglichkeiten ein konkret erzielbarer Verdienst ermittelt werden. Sollte die Bemessung des Invalideneinkommens doch anhand von Durchschnittswerten erfolgen, müsse berücksichtigt werden, dass die Leistung einer behinderten Person geringer sei als diejenige einer gesunden Person. Dies hätte bei der Taxation seiner Arbeitsfähigkeit



berücksichtigt werden müssen. Hole man dies nach, so resultiere eine Erwerbsunfähigkeit von über 70%. Der Beschwerde lagen u.a. die beiden Verfügungsformulare vom 15. Februar 2007 bei. Das eine trug den Eingangsstempel des Rechtsvertreters des Versicherten vom 28. Februar 2007. Ebenfalls zu den Beilagen der Beschwerdeschrift gehörte ein Schreiben des Rechtsvertreters des Versicherten vom 7. März 2007, mit dem er die IV-Stelle darüber informierte, dass er die Verfügungen vom 15. Februar 2007 erst am 28. Februar 2007 erhalten habe.

E.

Die IV-Stelle beantragte in ihrer Beschwerdeantwort vom 24. Mai 2007 die Abweisung der Beschwerde, soweit auf sie eingetreten werden könne. Sie führte aus, sie versende Verfügungen praxisgemäss nicht mit eingeschriebener Post. Deshalb könne sie keinen Beweis für das Datum der Postaufgabe erbringen, d.h. nicht nachweisen, dass die Verfügungen tatsächlich am 15. Februar 2007 das Haus verlassen hätten. Der Versicherte habe nicht bewiesen, dass er die Verfügungen erst am 28. Februar 2007 in Empfang genommen habe. Der interne Datumsstempel des Advokaturbüros reiche nicht zum Beweis. In bezug auf die materielle Streitfrage führte die IV-Stelle aus, an der Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. med. D.____ sei nicht zu zweifeln, denn dieser Arzt sei ein ausgewiesener Fachmann und seine Einschätzung beruhe auf einer umfassenden Kenntnis des Sachverhalts. Das Gutachten erfülle im übrigen alle Anforderungen, so dass ohne weiteres auf es abgestellt werden könne. Der Versicherte habe keine neuen medizinischen Akten und Unterlagen eingereicht, welche die Ergebnisse der beiden Begutachtungen als unkorrekt erscheinen liessen. Dr. med. D.____ habe schlüssig dargelegt, wie und weshalb es zu seiner Einschätzung gekommen sei. Überwachungsaufgaben seien dem Versicherten weitgehend zumutbar. Dazu sei keine Ausbildung notwendig. Rechtsprechungsgemäss sei auf Tabellenlöhne abzustellen. Da der Versicherte zeitlich im Umfang von 75% arbeiten könne, seien 75% des Tabellenlohnes als Grundlage für die Bemessung des Invalideneinkommens zu verwenden. Zusätzlich sei ein Maximalabzug von 25% zu gewähren. Es resultiere ein zumutbares Invalideneinkommen von Fr. 32'805.- und damit ein Invaliditätsgrad von 48%.

F.



St.Galler Gerichte

In seiner Replik machte der Versicherte am 5. September 2007 geltend, beide Parteien stellten übereinstimmend auf die vorliegenden ärztlichen Gutachten und Stellungnahmen ab. Strittig sei, was aus diesen ärztlichen Feststellungen bezüglich Arbeitsfähigkeit abgeleitet werden könne. Die unzutreffende Angabe einer Arbeitsfähigkeit von 75% stamme nicht von den Ärzten, sondern von der IV-Stelle. Arbeitsgelegenheiten, die für ihn geeignet seien, gebe es keine. Mit dem Verweis auf Überwachungsaufgaben sei das Gegenteil nicht belegt. Angesichts der langen Liste von Limitationen dürfe nicht von realitätsfremden, unmöglichen oder unzumutbaren Einsatzmöglichkeiten ausgegangen werden. Sein Alter sei durchaus als beeinträchtigender Faktor zu werten. Wenn es Einsatzmöglichkeiten gäbe, wäre noch die Frage zu beantworten, welche Leistung in den zweimal drei Stunden täglich erbracht werden könne. Zu Unrecht habe die IV-Stelle angenommen, während der Präsenzzeit wäre eine volle Leistung möglich. Die Feststellungen über die Arbeitsfähigkeit seien deshalb lückenhaft. Diese Lücke dürfe nicht durch den "Leidensabzug" kompensiert werden. Tatsächlich sei die Arbeitsunfähigkeit so hoch, dass ein Invaliditätsgrad von mindestens 70% resultiere. Falls doch davon ausgegangen werden sollte, dass er zweimal drei Stunden mit voller Leistung arbeiten könne, müsse berücksichtigt werden, dass dies nur dann einer Arbeitsfähigkeit von 75% entspreche, wenn die Wochenarbeitszeit 40 Std. betrage. Der Tabellenwert dürfe deshalb nicht auf 41,7 Wochenstunden hochgerechnet werden. Andernfalls würde auf jeden Fall ein Invaliditätsgrad von 50% resultieren.

G.

Die IV-Stelle verzichtete am 11. September 2007 auf eine Stellungnahme zur Replik.

Erwägungen:

1.

Eine Beschwerde ist innerhalb von 30 Tagen nach der Eröffnung der Verfügung einzureichen (Art. 60 Abs. 1 ATSG). Die Beschwerde gegen die Verfügungen vom 15. Februar 2007 ist am 30. März 2007 eingereicht worden. Damit ist die dreissigtägige Beschwerdefrist nur gewahrt, wenn die Verfügungen erst am 28. Februar 2007 dem



Rechtsvertreter des Beschwerdeführers zugestellt worden sind. Da die Beschwerdegegnerin diese beiden Verfügungen nicht mit eingeschriebener Post versandt hat, lässt sich der Zustelltag nicht bei der Post erfragen. Wäre der Umschlag, in dem die beiden Verfügungen spedierte worden sind, noch vorhanden, könnte daraus zwar der Aufgabetag, nicht aber der einzig relevante Zustelltag ersehen werden. Das Datum, das die beiden Verfügungen tragen, hat keinerlei Beweiswert, denn selbst wenn die Verfügungen an diesem Tag der Post übergeben worden sein sollten, könnten sie doch lange bei der Post liegen geblieben sein. Die einzigen beiden Indizien für den Zustell- bzw. Eröffnungszeitpunkt sind der Eingangsstempel des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers vom 28. Februar 2007 und das Schreiben an die Beschwerdegegnerin vom 7. März 2007. Nach der Bundesgerichtspraxis gilt auch für den Nachweis der Zustellung von Verfügungen der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit und nicht derjenige des vollen Beweises. Das Bundesgericht geht aber davon aus, dass i.d.R. nur die Zustellung mittels eingeschriebenem Brief den Eröffnungstag mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu belegen vermöge (vgl. AH-Praxis 2006 S. 132 ff. Erw. 3b). Im entsprechenden Urteil hatte das Bundesgericht die Frage zu beantworten, ob eine Ausgleichskasse ihre mit normaler Post spedierte Beitragsverfügung dem Beitragspflichtigen noch rechtzeitig innerhalb der Verwirkungsfrist eröffnet habe. Der Beitragspflichtige hatte angegeben, er habe nie eine solche Beitragsverfügung erhalten. Unter diesen Umständen war es sinnvoll, trotz des reduzierten Beweisgrades der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für den Zustellungsnachweis einen Versand mit eingeschriebener Post zu verlangen, denn die Ausgleichskasse konnte aufgrund des Versands mit normaler Post nur vorbringen, nach dem üblichen administrativen Ablauf sei von einer erfolgreichen, d.h. rechtzeitigen Zustellung auszugehen. Beweisthema war die Zustellung selbst, während es im vorliegenden Fall nur um den Nachweis des Zustellungstages geht. Zudem liegen - anders als in dem vom Bundesgericht beurteilten Sachverhalt - gewisse Indizien betreffend die Zustellung vor. Dies rechtfertigt es, entsprechend der vom Bundesgericht im genannten Urteil eingeräumten Möglichkeit, ausnahmsweise auch bei einem Versand mit normaler Post den Zustellnachweis mit überwiegender Wahrscheinlichkeit führen zu können, anhand der vorliegenden Indizien zu prüfen, ob die beiden Verfügungen vom 15. Februar 2007 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erst am 28. Februar 2007 dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers zugestellt



worden sind. Eine der beiden Verfügungen trägt den Eingangsstempel des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers vom 28. Februar 2007. Am 7. März 2007 hat der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers der Beschwerdegegnerin mitgeteilt, dass er die Verfügungen erst am 28. Februar 2007 erhalten habe. Wäre weder das Datum des Eingangsstempels noch der Inhalt der brieflichen Mitteilung vom 7. März 2007 richtig, läge möglicherweise eine strafbare Haltung des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers vor. Es ist äusserst unwahrscheinlich, dass der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers so vorgegangen wäre, nur um zur Einreichung der Beschwerde knapp zwei Wochen mehr zur Verfügung zu haben, zumal ihm sicherlich bekannt war, dass die Möglichkeit einer Nachfristansetzung zur Nachreichung einer ausführlich begründeten Beschwerde bestand. Unter diesen Umständen ist anhand des Eingangsstempels und des Briefes vom 7. März 2007 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass die Verfügungen vom 15. Februar 2007 erst am 28. Februar 2007 eröffnet worden sind. Die Beschwerde ist somit rechtzeitig erhoben worden. Auf sie ist einzutreten.

2.

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 Eingliederungsmassnahme in Frage kommt. Diese Gesetzesbestimmung setzt also die Geltung des Grundsatzes der 'Eingliederung vor Rente' voraus (vgl. U. Kieser, ATSG-Kommentar, N. 15 zu Art. 16 und N. 11 zu Art. 7). Dieser Grundsatz folgt aus der allgemeinen Schadenminderungspflicht (vgl. U. Kieser, a.a.O., Vorbemerkungen N. 33) in ihrer Ausprägung als Pflicht, die Invalidität zu vermeiden oder wenigstens so tief wie möglich zu halten. Spricht eine IV-Stelle einer versicherten Person eine Invalidenrente zu, ohne die Eingliederungspflicht geprüft und gegebenenfalls durchgesetzt zu haben, ist die entsprechende Verfügung als rechtswidrig zu qualifizieren und aufzuheben und die Sache ist zur Prüfung und allenfalls zur Durchsetzung der Eingliederungspflicht an die IV-Stelle zurückzuweisen. Die Verfügungen vom 15. Februar 2007 erwähnen die Eingliederungspflicht nicht. Trotzdem ist davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin gleichzeitig mit der Zusprache einer Invalidenrente stillschweigend jede Eingliederungsmöglichkeit verneint



hat. Andernfalls wären die Verfügungen vom 15. Februar 2007 nämlich in jedem Fall als rechtswidrig zu qualifizieren und ohne weiteres aufzuheben. Dies ist der Beschwerdegegnerin zweifellos bewusst gewesen. Gehört die Verneinung einer beruflichen Eingliederungsmöglichkeit zum Gegenstand der angefochtenen Verfügungen, so muss sie wegen des Grundsatzes der 'Eingliederung vor Rente' notwendigerweise auch Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bilden, denn die Verneinung jeder (weiteren) Eingliederungsmöglichkeit ist eine zwingend zu erfüllende Bedingung der Zusprache einer Invalidenrente. Die Prüfung der Eingliederungsmöglichkeit im Beschwerdeverfahren setzt also keine Anfechtung des entsprechenden Teils einer Rentenverfügung voraus. Eine berufliche Eingliederungsmassnahme, die es dem Beschwerdeführer erlauben würde, trotz der krankheitsbedingten Leistungseinbusse ein Invalideneinkommen zu erzielen, das einen Invaliditätsgrad von jedenfalls weniger als 40% zur Folge hätte, könnte nur eine qualifizierte Berufsausbildung sein. Angesichts des Alters des Beschwerdeführers wäre eine solche Eingliederungsmassnahme selbst dann unverhältnismässig, wenn der Beschwerdeführer über die sprachlichen und schulischen Voraussetzungen verfügen würde, um sofort mit der eigentlichen Berufsausbildung beginnen zu können. Die nach dem Abschluss einer derartigen Ausbildung verbleibende erwerbliche Aktivitätsphase wäre nämlich in jedem Fall zu kurz, um eine aufwendige Eingliederungsmassnahme zu rechtfertigen. Die Beschwerdegegnerin hat deshalb zu Recht jede Eingliederungsmöglichkeit verneint. Da der Beschwerdeführer nicht mehr als Maurer/Bauarbeiter tätig sein und da er keinen neuen Beruf erlernen kann, ist seine Invalidenkarriere diejenige eines Hilfsarbeiters.

3.

3.1 Der Grad der für den Rentenanspruch massgebenden Invalidität ist gemäss Art. 16 ATSG durch einen Einkommensvergleich zu ermitteln, bei dem das Einkommen, das die versicherte Person nach dem Eintritt der Invalidität und nach der Durchführung der notwendigen und zumutbaren Eingliederungsmassnahmen bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (zumutbares Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt wird zum Einkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen). Ausschlaggebendes Element des Einkommensvergleiches ist in aller Regel der Grad der verbliebenen Arbeitsfähigkeit. Die in Art. 6 ATSG



enthaltene Definition der Arbeitsunfähigkeit bezieht sich nur auf den bisherigen Beruf einer versicherten Person. Im vorliegenden Fall sind die Gutachter zwar auch nach dieser Arbeitsunfähigkeit gefragt worden. Sie haben geantwortet, als Maurer/ Bauarbeiter sei der Beschwerdeführer noch zu 20% arbeitsfähig. Aber die für die Invaliditätsbemessung nach Art. 16 ATSG relevanten Fragen waren nicht diejenige nach der Arbeitsfähigkeit im bisherigen Beruf, sondern diejenigen nach der Art der einer Behinderung bestmöglich Rechnung tragenden Art von Erwerbstätigkeit und nach der Arbeitsfähigkeit in einer solchen, sogenannt adaptierten Erwerbstätigkeit. Diese Arbeitsunfähigkeit, die nicht unter Art. 6 ATSG subsumiert werden kann, besteht also aus zwei Komponenten, einer qualitativen und einer quantitativen. Die qualitative Komponente besteht in der Umschreibung der Art von Tätigkeiten, in denen sich die Gesundheitsbeeinträchtigung nicht oder möglichst wenig auswirkt, die quantitative Komponente in der Bezifferung der trotz der Gesundheitsbeeinträchtigung noch vorhandenen Leistungsfähigkeit in einer solchen adaptierten Erwerbstätigkeit. Zwischen der qualitativen und der quantitativen Komponente der Arbeitsunfähigkeit besteht keine direkte Abhängigkeit. Es kann also entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht davon ausgegangen werden, dass eine Mehrzahl von Gesundheitsbeeinträchtigungen immer eine tiefere Leistungsfähigkeit in einer adaptierten Erwerbstätigkeit zur Folge haben müsse als eine einzige Gesundheitsbeeinträchtigung. Auch wenn dem Beschwerdeführer der linke Arm hätte amputiert werden müssen, wäre er in einer Erwerbstätigkeit für sechs Stunden täglich arbeitsfähig, wenn die Erwerbstätigkeit so ausgestaltet wäre, dass ein Einsatz des linken Arms gar nicht nötig wäre. Aus diesem Grund ist es ohne weiteres möglich, dass eine Gesundheitsbeeinträchtigung, die zu einer vorbestehenden, in einer adaptierten Erwerbstätigkeit bereits eine Reduktion der Arbeitsfähigkeit bewirkenden Gesundheitsbeeinträchtigung hinzutritt, zwar die Art der adaptierten Erwerbstätigkeit verändert, den Arbeitsfähigkeitsgrad aber nicht beeinflusst. Genau dies ist im vorliegenden Fall eingetreten. Die Schulterbeschwerden links haben sich gemäss den überzeugenden Ausführungen von Dr. med. D.____ nur auf die qualitative Komponente der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers ausgewirkt. Zusätzlich nicht mehr möglich sind dem Beschwerdeführer nun Arbeiten, bei denen regelmässig Gewichte über 10 kg (bisher 15 kg) gehoben oder getragen und bei denen regelmässig Verrichtungen über der Horizontalen ausgeführt werden müssen. Damit hat sich zwar der Ausschnitt aus



dem Arbeitsmarkt für Hilfsarbeiten, der die als adaptiert zu qualifizierenden Tätigkeiten umfasst, weiter verengt. In einer entsprechenden adaptierten Tätigkeit ist der Beschwerdeführer aber immer noch fähig, zweimal drei Stunden täglich zu arbeiten.

3.2 Die Angaben von Dr. med. D.____ zum Ausmass der Schulterbeschwerden links sind entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht widersprüchlich. Dr. med. D.____ hat zwar als Befund eine Elevation der linken Schulter nur noch bis 90° angegeben. Das bedeutet aber nicht, dass eine Elevation über 90° unmöglich wäre. Gemeint ist nur, dass ab 90° Schmerzen auftreten. Dr. med. D.____ ist davon ausgegangen, dass es dem Beschwerdeführer zumutbar sei, gelegentlich diese Schmerzen in Kauf zu nehmen, um den linken Arm über der Horizontalen einzusetzen. Im übrigen ist die Antwort auf die Frage, wie hoch der linke Arm eingesetzt werden kann, nicht ausschlaggebend, denn es ist gerichtsnotorisch, dass es auf dem allgemeinen und ausgeglichenen Arbeitsmarkt für Hilfskräfte durchaus Arbeitsstellen gibt, an denen der Arbeitnehmer den (nicht dominanten) linken Arm nie über der Horizontalen einsetzen muss. Es ist deshalb mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen, dass der Beschwerdeführer in einer adaptierten Erwerbstätigkeit drei Stunden am Vormittag und drei Stunden am Nachmittag arbeiten kann. Die Gutachter des ZMB haben für die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers als Maurer/Bauarbeiter eine Prozentzahl, für die Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Erwerbstätigkeit aber eine bestimmte Zahl von Arbeitsstunden pro Tag angegeben. Die Qualität dieser Angaben ist identisch, d.h. die Gutachter sind davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer sowohl bei einem 20%igen Einsatz als Maurer/Bauarbeiter als auch bei einem sechsständigen Einsatz in einer adaptierten Erwerbstätigkeit voll, d.h. wie ein gesunder Arbeitnehmer leistungsfähig sei. Würde das, wie der Beschwerdeführer behauptet, auf die Angabe einer sechsständigen Arbeit in einer adaptierten Erwerbstätigkeit nicht zutreffen, wäre die entscheidende Frage nach der Arbeitsfähigkeit gar nicht beantwortet worden. Wenn die erfahrenen Gutachter des ZMB festgestellt hätten, dass der Beschwerdeführer in einer adaptierten Erwerbstätigkeit während sechs Stunden pro Tag, aber nur mit einem reduzierten Rendement arbeiten könne, dann hätten sie das ausdrücklich angegeben. Es ist also davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer während den sechs Arbeitsstunden voll leistungsfähig ist, wenn er diese Arbeitszeit hälftig auf den Vormittag und den Nachmittag aufteilen kann. Nun hat der Beschwerdeführer aber zu Recht darauf



hingewiesen, dass sich weder dem ZMB-Gutachten noch dem Gutachten von Dr. med. D. ___ entnehmen lasse, was die Normalarbeitszeit sei. Das zu bestimmen war auch nicht die Aufgabe der Gutachter. Sie wussten zwar aufgrund des Berichts des letzten Arbeitgebers, dass die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit des Beschwerdeführers am letzten Arbeitsplatz 40,5 Std. betragen hatte, weshalb sie die Arbeitsfähigkeit in einer Prozentzahl angeben konnten. Für eine adaptierte Erwerbstätigkeit fehlte aber eine Durchschnittsarbeitszeit, weshalb die Gutachter die Restarbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers nur in der Form der behinderungsbedingt noch möglichen Tagesarbeitszeit angeben konnten. Die durchschnittliche Arbeitszeit für adaptierte Erwerbstätigkeiten ist also ausschlaggebend für die Bemessung der Restarbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers und damit für die Höhe des zumutbaren Invalideneinkommens. Da adaptierte Hilfsarbeiten (vorwiegend sitzend oder stehend, ohne regelmässiges Heben oder Tragen von Lasten über 10 kg, ohne regelmässiges Arbeiten über der Horizontalen, ohne vornüber geneigtes Arbeiten, ohne Luftnoxen) im Sektor Produktion und im Sektor Dienstleistungen und dort praktisch in allen Branchen nachgefragt werden, aber die durchschnittliche Arbeitszeit in diesen beiden Sektoren zusammen nicht bekannt ist, muss auf den schweizerischen Durchschnitt aller drei Sektoren (inklusive Landwirtschaft) von 41,6 Wochenstunden (2004) abgestellt werden. Der Einbezug des Landwirtschaftssektors hat keine relevante Verzerrung zur Folge, denn dieser Sektor weist nur eine geringe Zahl von Arbeitnehmenden auf. Bei einer durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von 41,6 Std. entspricht die dem Beschwerdeführer mögliche und zumutbare Arbeitszeit von 30 Std. einem Arbeitsunfähigkeitsgrad von 28%.

3.3 Das Durchschnittseinkommen der männlichen Hilfsarbeiter aller Sektoren und Branchen betrug im Jahr 2004 Fr. 4588.-, umgerechnet von 40 auf 41,6 Wochenarbeitsstunden Fr. 4771.50 bzw. Fr. 57'258.- (vgl. die Lohnstrukturerhebung 2004 des Bundesamtes für Statistik, Resultate auf nationaler Ebene, Anhang Tabelle TA1). Bei einem Arbeitsfähigkeitsgrad von 72% resultiert ein Einkommen von Fr. 41'226.-. Die Beschwerdegegnerin hat zunächst einen zusätzlichen Abzug von 20% vorgenommen. Sie hat dies mit dem statistisch ausgewiesenen Teilzeitnachteil von ca. 10% (vgl. die Lohnstrukturerhebung 2004, S. 25 Tabelle T6*) und mit der unüblichen Aufteilung der Tagesarbeitszeit auf drei Stunden am Vormittag und drei Stunden am Nachmittag begründet. Später hat sie den zusätzlichen Abzug auf 25% erhöht, um



auch den funktionellen Beschwerden an der linken Schulter Rechnung zu tragen. Der Beschwerdeführer hätte tatsächlich einen Nachteil bei Teilzeitbeschäftigung von ca. 10% in Kauf zu nehmen. Hierin unterscheidet sich seine Situation nicht von derjenigen eines gesunden zu 72% beschäftigten Hilfsarbeiters. Anders als der gesunde Hilfsarbeiter benötigt der Beschwerdeführer aber krankheitsbedingt die Möglichkeit, seine Arbeitszeiten ausschliesslich nach seinen gesundheitlichen Bedürfnissen ausrichten und regelmässig drei Stunden am Vormittag und drei Stunden am Nachmittag arbeiten zu können. Dies führt entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht zu einem Konkurrenznachteil gegenüber einem gesunden Hilfsarbeiter, denn die Notwendigkeit der hälftigen Aufteilung der Tagesarbeitszeit von sechs Stunden auf den Vormittag und den Nachmittag bildet Teil der qualitativen Komponente der Arbeitsfähigkeit. Das bedeutet, dass eine adaptierte Erwerbstätigkeit nicht nur den Einschränkungen wie etwa der Begrenzung der Hebe- und Trageleistung auf 10 kg, sondern auch der Einschränkung in bezug auf die Gestaltung der Arbeitszeiten Rechnung trägt. Eine adaptierte Erwerbstätigkeit beinhaltet also die Möglichkeit, die täglichen Arbeitszeiten in der erforderlichen Form selbst zu bestimmen. In einer solcherart adaptierten Erwerbstätigkeit resultiert aus der Aufteilung der Tagesleistung auf den Vormittag und den Nachmittag kein Konkurrenznachteil gegenüber dem gesunden zu 72% beschäftigten Hilfsarbeiter, weil beide ihre täglichen Arbeitszeiten einigermassen frei gestalten können. Die funktionellen Beschwerden an der linken Schulter rechtfertigen keinen zusätzlichen Abzug, denn in bezug auf die aus ihnen resultierende Leistungseinbusse ist diesen Beschwerden mit der ärztlichen Arbeitsfähigkeitsschätzung und der ärztlichen Einschränkung der in Frage kommenden Erwerbstätigkeiten abschliessend Rechnung getragen. In einer adaptierten Erwerbstätigkeit, die keinen unzumutbaren Einsatz des linken Arms erfordert, entsteht auch kein Nachteil im Sinne eines Konkurrenznachteils gegenüber einem gesunden Arbeitnehmer. Das bedeutet nicht, dass der Beschwerdeführer nur einen statistisch ausgewiesenen Lohnnachteil von ca. 10% bei Teilzeitarbeit erleiden würde. Er weist nämlich gegenüber gesunden zu 72% beschäftigten Hilfsarbeitern eine Reihe von Konkurrenznachteilen auf: Er stellt für einen potentiellen Arbeitgeber ein deutlich höheres Risiko krankheitsbedingter Absenzen dar; er ist erheblich weniger flexibel, weil er nicht ohne weiteres vorübergehend an einem anderen, nicht adaptierten Arbeitsplatz eingesetzt werden und weil er nicht bei Bedarf den Beschäftigungsgrad vorübergehend



erhöhen oder sogar Überstunden leisten kann, und er benötigt erheblich mehr Rücksichtnahme seitens der Arbeitskollegen und Vorgesetzten als ein gesunder Hilfsarbeiter in derselben adaptierten Tätigkeit (beispielsweise wenn ausnahmsweise einmal ein Maschinendefekt selbst behoben werden muss, was eine länger dauernde vornüber geneigte Arbeitshaltung erfordert). Diesen Konkurrenznachteil gegenüber dem gesunden zu 72% beschäftigten Hilfsarbeiter muss der Beschwerdeführer durch einen unterdurchschnittlichen Lohn kompensieren, damit ein potentieller Arbeitgeber nicht zum vornherein einen der gesunden Konkurrenten für einen adaptierten Arbeitsplatz auswählt. Der konkrete Konkurrenznachteil rechtfertigt aber entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin keine Ausnützung der maximal zulässigen Abzugsmöglichkeit von 25%. Es handelt sich nämlich um einen Nachteil, der in dieser Form und in diesem Ausmass bei den meisten Hilfsarbeitern auftritt, die nur noch leichte, wechselbelastende, keine Zwangshaltungen erfordernde Tätigkeiten mit einem reduzierten Beschäftigungsgrad ausführen können. Praxisgemäss ist in diesen Fällen ein Abzug von insgesamt 15% vorzunehmen. Damit resultiert im vorliegenden Fall ein zumutbares Invalideneinkommen von Fr. 35'042.-. Die Bauunternehmung B.____ hat am 10. November 2003 ein Jahreseinkommen 2003 des Beschwerdeführers ohne die Gesundheitsbeeinträchtigung von Fr. 60'840.- angegeben. Die Nominallohnentwicklung (vgl. die vom Bundesamt für Statistik herausgegebene Lohnentwicklung 2005, Tabelle T1.93 Baugewerbe) lässt das Einkommen für 2004 auf Fr. 61'057.- ansteigen. Im Einkommensvergleich ist somit von einem Valideneinkommen in dieser Höhe auszugehen. Bei einem zumutbaren Invalideneinkommen von Fr. 35'042.- resultiert eine behinderungsbedingte Erwerbseinbusse von Fr. 26'015.-, was einem Invaliditätsgrad von knapp 43% entspricht. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer also im Ergebnis zu Recht eine Viertelsrente zugesprochen.

4.

Im Sinne der vorstehenden Ausführungen ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt grundsätzlich die unterliegende Partei die Verfahrenskosten. Diese betragen zwischen Fr. 200.- und Fr. 1000.-. Bemessen werden sie nach dem Verfahrensaufwand (Art. 69 Abs. 1^{bis} IVG). Dieser rechtfertigt im vorliegenden Fall eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.-. Da dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung bewilligt worden ist, ist ihm diese Gerichtsgebühr zwar



aufzuerlegen, aber er wird von der Bezahlung befreit. Der Beschwerdeführer ist jedoch zur Nachzahlung der Gerichtskosten verpflichtet, wenn seine wirtschaftlichen Verhältnisse dies später gestatten sollten. Dasselbe gilt für die als Folge der Gewährung der unentgeltlichen Rechtsbeistandung vom Staat zu übernehmenden Parteikosten. Diese bemessen sich nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 61 lit. g ATSG). Entsprechend der durchschnittlichen Schwierigkeit des Prozesses rechtfertigt es sich, die Parteikosten auf Fr. 3500.- festzusetzen. Die Entschädigung dieser Parteikosten beläuft sich gemäss Art. 31 Abs. 3 des st. gallischen Anwaltsgesetzes auf 80%. Der Staat hat den Rechtsbeistand des Beschwerdeführers also mit Fr. 2800.- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Der Beschwerdeführer wird im Sinne der Erwägungen von der Bezahlung der Gerichtskosten von Fr. 600.- befreit.
3. Der Staat entschädigt den Rechtsbeistand des Beschwerdeführers mit Fr. 2800.-.