



**Fall-Nr.:** IV 2008/494  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** IV - Invalidenversicherung  
**Publikationsdatum:** 14.07.2020  
**Entscheiddatum:** 10.08.2010

### **Entscheid Versicherungsgericht, 10.08.2010**

**Art. 16 ATSG. Einkommensvergleich. Die Arbeitsunfähigkeit in einer der Behinderung angepassten Erwerbstätigkeit muss mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit feststehen. Die Anforderungen an die Überzeugungskraft eines von der IV-Stelle in Auftrag gegebenen Gutachtens sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 10. August 2010, IV 2008/494).**

Vizepräsidentin Miriam Lendfers, Versicherungsrichterinnen Monika Gehrler-Hug und

Karin Huber-Studerus; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

Entscheid vom 10. August 2010

in Sachen

O.\_\_\_\_,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Rudolf Keiser, Zürichstrasse 28, Postfach 3145,  
6002 Luzern,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

und



## St.Galler Gerichte

Implenia Vorsorge, Burgfelderstrasse 211, Postfach 316, 4025 Basel,

Beigeladene,

vertreten durch Rechtsanwalt Eric Stern, LL.M., Beethovenstrasse 24, 8002 Zürich,

betreffend

Rente

Sachverhalt:

A.

O.\_\_\_\_ (Jg. 1961) meldete sich am 24. Mai 2005 zum Bezug von IV-Leistungen an. Im Gesuchsformular gab er u.a. an, er habe in Italien die Primarschule besucht. Er habe keinen Beruf erlernt. Seit 1981 sei er als Bauarbeiter tätig. Dr. med. A.\_\_\_\_ berichtete der IV-Stelle am 7. Juni 2005, der Versicherte sei seit dem 31. August 2004 bis auf weiteres als Bauarbeiter zu 100% arbeitsunfähig. Die Diagnosen lauteten: lumboradikuläres Restreizsyndrom L5 links, St. n. mikrochirurgischer Flavektomie und Diskektomie L4/5 links sowie extraforaminaler Zugang L4/5 links am 24. Januar 2005, Diskushernie L4/5 links, Osteochondrose, Kyphose, mediane Diskusprotrusion Th12/L1, L5/S1 (MRI 09/04) und St. n. einer periduralen Infiltration auf mehreren Höhen im lumbalen Bereich 10/2004. Der Gesundheitszustand sei stationär. Der Versicherte habe am 1. Juni 2004 einen Unfall auf der Baustelle erlitten. Dem Bericht von Dr. med. A.\_\_\_\_ lag ein vorläufiger Austrittsbericht der Klinik Valens vom 26. April 2005 bei. Laut diesem Bericht war der Versicherte in der bisherigen schweren Tätigkeit zu 100% arbeitsunfähig. Für eine leichte bis mittelschwere Arbeit bestand hingegen eine volle Arbeitsfähigkeit. Die B.\_\_\_\_ teilte der IV-Stelle am 27. Juni 2005 mit, sie beschäftige den Versicherten als Maurer. Der Monatslohn bei voller Leistung würde Fr. 5650.- betragen. Dr. med. C.\_\_\_\_ berichtete der IV-Stelle am 28. Juni 2005, bei der letzten Untersuchung am 14. August 2004 habe der Versicherte keine Beschwerden mehr angegeben. Am 29. Juni 2005 stellte die Klinik Valens der IV-Stelle eine Kopie des definitiven Austrittsberichts betreffend den Klinikaufenthalt vom 7. bis 27. April 2005 zu. Laut diesem Bericht war die Rehabilitation nach einer Diskushernienoperation L4/5 links am



24. Januar 2005 nötig gewesen. Postoperativ hatte der Versicherte angegeben, die Schmerzausstrahlung in das linke Bein sei deutlich regredient, aber die Sensibilitätsstörungen in der Form von Kribbelparaesthesien in der linken Grossezehe und die Schmerzen lumbal persistierten. Im Austrittsbericht war weiter ausgeführt worden, der Lasèguettest sei negativ gewesen, aber der Versicherte habe bei ca. 80° lumbale Schmerzen mit einer typischen Ausstrahlung entlang des L5-Dermatoms angegeben. Das sei als endgradige Reizung der Nervenwurzel L5 interpretiert worden. Trotz des intensiven Trainingsprogramms sei es nicht zu einer wesentlichen Verbesserung der Schmerzsymptomatik gekommen. In einer internen Notiz hielt die IV-Stelle am 29. Juli 2005 fest, bei einem Valideneinkommen von Fr. 73'650.- und einem zumutbaren Invalideneinkommen von Fr. 59'316.- resultiere ein Invaliditätsgrad von 19,25%. Da dem Versicherten auf dem allgemeinen und ausgeglichenen Arbeitsmarkt genügend Arbeitsplätze zur Verfügung stünden, bestehe kein Anspruch auf berufliche Eingliederungsmassnahmen. Mit einer Verfügung vom 16. November 2005 verneinte die IV-Stelle einen Anspruch auf Arbeitsvermittlungsbemühungen und mit einer Verfügung vom 17. November 2005 wies sie das Rentengesuch ab.

B.

Der Versicherte erhob am 16. Dezember 2005 Einsprache gegen diese beiden Verfügungen. Er machte geltend, die Operation habe nicht den gewünschten Erfolg gehabt. Deshalb werde am 6. Februar 2006 erneut eine Operation erfolgen. Es sei ein neuer Bandscheibenvorfall diagnostiziert worden. Die starken Schmerzen und die eingeschränkte Bewegungsfreiheit verunmöglichten zur Zeit die Arbeitsaufnahme. Prof. Dr. med. D.\_\_\_\_ teilte am 16. März 2006 mit, am 6. Februar 2006 sei nochmals operiert worden (Rezidiv LDH). Nach der postoperativen Kontrolle im Mai 2006 werde er wieder berichten. Die IV-Stelle widerrief am 30. März 2006 die Verfügungen vom 16. und 17. November 2005. Am 31. März 2006 schrieb sie das hängige Einspracheverfahren ab. Prof. Dr. med. D.\_\_\_\_ berichtete am 27. September 2006, es sei erneut eine Rezidivdiskushernie auf Höhe L4/5 links aufgetreten. Eine baldige Operation sei vorgesehen. Zur Zeit bestehe eine vollständige Arbeitsunfähigkeit. Dem Hausarzt berichtete Prof. Dr. med. D.\_\_\_\_ am 16. März 2007, die Rezidivdiskushernie könne nach drei Operationen endlich als geheilt betrachtet werden. Die jetzigen Rückenbeschwerden seien durch die grosse Diskushernie auf der Höhe Th12/L1 zu



## St.Galler Gerichte

erklären. Die chirurgische Behandlung sei mit einem Risiko verbunden. Deshalb gebe es keine andere Möglichkeit, als eine Rente zu beantragen. Gegenüber der IV-Stelle gab Prof. Dr. med. D. \_\_\_ am 16. April 2007 an, bis zur sicheren Abklärung der Rückenschmerzen sei von einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit auszugehen. Dr. med. A. \_\_\_ teilte der IV-Stelle am 23. Mai 2007 mit, dass an sich eine neue Operation indiziert sei, dass diese Operation aber unterbleiben werde, weil der Versicherte körperlich und seelisch traumatisiert sei. Aus dem gleichen Grund erfolge keine Physiotherapie. Der Versicherte mache aber regelmässig die gelernten Übungen und er nehme ausreichend Analgetika ein. Am 5. Juni 2007 werde der Versicherte zur Schmerztherapie gehen. Dr. med. E. \_\_\_ vom RAD empfahl am 4. Juni 2007 eine polydisziplinäre Begutachtung. Der Versicherte liess am 8. Oktober 2007 die vorläufige Ausrichtung einer ganzen Invalidenrente ab Juli 2005 beantragen, weil er seit Juni 2004 an einer Rückeninvalidität leide. Ein weiteres Gutachten werde nämlich nicht zu einer anderen Beurteilung kommen. Auf alle Fälle könnten die Gutachter die Erwerbsunfähigkeit seit Juni 2004 nicht rückwirkend aufheben. Zur Beschleunigung des Abklärungsverfahrens beauftragte die IV-Stelle das Medizinische Gutachtenzentrum St. Gallen mit der Abklärung.

C.

Der psychiatrische Sachverständige Dr. med. univ. F. \_\_\_ führte in seinem Teilgutachten vom 12. März 2008 aus, die chronischen Wirbelsäulenbeschwerden und die in den letzten Jahren bestehende Arbeitslosigkeit mit finanziellen Problemen hätten zu leichten Anpassungsstörungen mit geringen Stimmungsschwankungen und schmerzbedingten Schlafstörungen geführt. Diese Stimmungsschwankungen erreichten aber nicht das Ausmass einer leichtgradigen depressiven Störung. Die psychische Belastbarkeit des Versicherten sei nicht beeinträchtigt. Aus rein psychiatrischer Sicht sei der Versicherte zu 100% arbeitsfähig. Der Orthopäde Dr. med. G. \_\_\_ führte in seinem Gutachten vom 7. Februar/18. März 2008 aus, seit dem letzten Eingriff im Oktober 2006 hätten die lumbalen Schmerzen an Intensität zugenommen. Sie störten den Schlaf, weshalb Schlafmittel benötigt würden. Die Schmerzen verstärkten sich beim Bücken und beim Heben und Tragen von Lasten. Der Versicherte nehme täglich Schmerzmittel (regelmässig Dafalgan). In der Schmerzsprechstunde des Kantonsspitals St. Gallen hätten keine weiteren Behandlungsmassnahmen angeboten



## St.Galler Gerichte

werden können. Eine Akupunkturbehandlung an der Schulthessklinik sei nutzlos gewesen. Dr. med. G.\_\_\_\_ gab folgende Diagnose an: Schmerzpersistenz bei St. n. mikrochirurgischer Flavektomie und Diskektomie L4/5 links 01/05, Interlaminektomie L4/5 und Rezidivhernienausräumung 02/06 und Resequestrektomie 10/06 mit kleiner residueller Bandscheibenprotrusion L4/5 und geringer diskogener und spondylogener linksforaminaler Enge ohne neurale Kompression sowie mässige Diskushernie Th12/L1 mit leichter relativer Spinalkanalstenose und mässiger Spondylarthrose L4 bis S1. In seiner Beurteilung führte er aus, das Ausmass der lumbalen Schmerzen und der pathologischen Untersuchungsbefunde der LWS korrelierten nicht mit dem Befund im MRI, wo keine neurale Kompression sichtbar sei, so dass die Schmerzausstrahlung in die linke Grosszehe und die Sensibilitätsstörungen der linken unteren Extremität letztlich nicht vollumfänglich erklärt werden könnten. Ein Teil der Beschwerden sei wahrscheinlich durch die radiologisch dokumentierten degenerativen Veränderungen der unteren LWS bedingt. In einer körperlich leichten Tätigkeit in temperierten Räumen, die abwechselnd sitzend und stehend ausgeübt werden könne, die keine regelmässig inklinierte, reklinierte oder rotierte Körperhaltung erfordere und bei der keine Gegenstände über 10 kg gehoben oder getragen werden müssten, sei der Versicherte zu 90% arbeitsfähig.

D.

Die IV-Stelle verglich ein Valideneinkommen 2008 von Fr. 75'976.- mit einem anhand dieser Arbeitsfähigkeitsschätzung ermittelten zumutbaren Invalideneinkommen von Fr. 48'525.-. Es resultierte ein Invaliditätsgrad von 36%. Mit einem Vorbescheid vom 16. September 2008 teilte sie dem Versicherten mit, dass sie beabsichtige, sein Rentengesuch abzuweisen. Der Versicherte liess am 17. Oktober 2008 einwenden, er sei zu mehr als 70% invalid. Das Invalideneinkommen von Fr. 48'000.- sei in keiner Weise begründet und auch nicht plausibel. Die IV-Stelle habe weder DAP aufgelegt noch Verweistätigkeiten aufgezeigt. Er ersuche um die Zustellung eines Vorbescheids mit einer klaren Begründung vor allem des Invalideneinkommens. Mit einer Verfügung vom 23. Oktober 2008 wies die IV-Stelle das Rentenbegehren des Versicherten ab. Die Verfügungsbegründung enthielt eine detaillierte Erläuterung zur Ermittlung des angerechneten zumutbaren Invalideneinkommens. Eine Kopie dieser Verfügung ging an die Implenia Vorsorge. Diese liess am 29. Oktober 2008 darauf hinweisen, dass sie mit



der Abweisung des Rentengesuchs einverstanden sei. Sollte der Versicherte allerdings Einwendungen gegen die Abweisung erheben, sei ihr die Möglichkeit einzuräumen, dazu Stellung zu nehmen.

E.

Der Versicherte liess am 25. November 2008 Beschwerde erheben und beantragen, die Verfügung vom 23. Oktober 2008 sei aufzuheben und die Sache sei zur Neuverfügung an die IV-Stelle zurückzuweisen; eventualiter sei eine ganze Rente zuzusprechen. Zur Begründung liess er sinngemäss u.a. ausführen, die Sache sei zurückzuweisen, damit die IV-Stelle ein plausibles und vollständiges Zumutbarkeitsprofil erstelle und insbesondere auch Verweistätigkeiten aufzeige. Eventuell sei eine ganze Rente zuzusprechen, da er das angenommene Einkommen sicher nicht mehr erzielen könne. Bei der Verwertung der Restarbeitsfähigkeit dürfe nicht von realitätsfremden Einsatzmöglichkeiten ausgegangen werden.

F.

Die IV-Stelle beantragte am 18. Februar 2009 die Abweisung der Beschwerde. Sie machte geltend, die Beschwerde sei derart unsubstantiiert, dass dazu nicht Stellung genommen werden könne. Der Versicherte sei als Hilfsarbeiter einzustufen, dem es ohne weiteres möglich sei, auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt eine leidensangepasste Tätigkeit zu finden. Die behinderungsbedingten Einschränkungen grenzten weder das Spektrum der möglichen Tätigkeiten übermässig ein noch liessen sie eine überproportionale Lohneinbusse erwarten. Streng genommen sei der "Leidensabzug" von 10% gar nicht gerechtfertigt. Damit sei keine Lohneinbusse von mindestens 40% ausgewiesen.

G.

Der Versicherte liess am 11. März 2009 einwenden, das Invalideneinkommen sei nach wie vor weder mit Verweistätigkeiten noch mit DAP-Löhnen spezifiziert worden. Damit seien die Anforderungen an die substantielle Begründungspflicht nicht erfüllt. Mit dem stark eingeschränkten Zumutbarkeitsprofil könne kein Einkommen von Fr. 48'000.- erzielt werden.



## St.Galler Gerichte

H.

Die IV-Stelle verzichtete am 24. März 2009 auf eine materielle Stellungnahme zur Replik.

I.

Der Versicherte liess am 13. April 2010 einen Bericht des Kantonsspitals St. Gallen vom 7. April 2010 einreichen. Laut diesem Bericht war er vom 30. März bis 7. April 2010 hospitalisiert gewesen. Er hatte an Rückenschmerzen gelitten, die in den linken dorsalen Oberschenkel, in den linken ventrolateralen Unterschenkel und in die linke Grosszehe ausgestrahlt hatten. Etwas weniger ausgeprägt hatten die Rückenschmerzen über dieselbe Schmerzstrasse in das rechte Bein ausgestrahlt. Am 30. März 2010 waren die Schmerzen so stark geworden, dass er nicht mehr hatte laufen können, worauf er mit Hilfe einer anderen Person das Spital aufgesucht hatte. Bei der Untersuchung im Kantonsspital St. Gallen hatte er einen deutlichen Reklinationsschmerz angegeben. Der Finger-Boden-Abstand hatte 20 cm betragen. Der Zehen- und der Fersengang waren noch möglich gewesen. Die Ärzte des Kantonsspitals St. Gallen hatten diffuse Veränderungen an der LWS und ein Failed-back-surgery-Syndrom angegeben. Sie hatten die Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit als fraglich bezeichnet, sofern keine adäquate Therapie durchgeführt werde.

J.

Am 17. Mai 2010 gab die Gerichtsleitung der Implenia Vorsorge die Gelegenheit, sich im Beschwerdeverfahren zu äussern. Die Implenia Vorsorge liess in einer Eingabe vom 1. Juni 2010 ausführen, es handle sich nicht um ein unverständliches Zumutbarkeitsprofil, sondern um das Ergebnis einer polydisziplinären Begutachtung, so dass sich weitere Abklärungen erübrigten. Die Tatsache, dass sich der Versicherte subjektiv nicht arbeitsfähig fühle, sei irrelevant.

K.

Der Versicherte liess am 28. Juni 2010 einwenden, er sei jetzt beinahe 50 Jahre alt und er habe Zeit seines Lebens Schwerstarbeit verrichtet. Es sei medizinisch ausgewiesen,



dass er unter einem invalidisierenden Rückenschaden leide. Er sei als Bauarbeiter berufsunfähig. Damit seien die Leistungsansprüche gegenüber der Invalidenversicherung und gegenüber der Pensionskasse entstanden.

Erwägungen:

1.

Gemäss Art. 16 ATSG ist das Einkommen, das die versicherte Person nach dem Eintritt der Invalidität und nach der Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen), in Beziehung zu setzen zum Erwerbseinkommen, das die versicherte Person erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen). Die Ermittlung des Validen- und des zumutbaren Invalideneinkommens setzt die vorgängige Definition der Validen- und der Invalidenkarriere voraus. Im vorliegenden Fall lässt sich die Validenkarriere leicht bestimmen: Ohne die Gesundheitsbeeinträchtigung hätte der Beschwerdeführer die Stelle als Bauarbeiter bei der B.\_\_\_\_ behalten. Es gibt keine Indizien dafür, dass der Beschwerdeführer bei der B.\_\_\_\_ eine Aussicht auf eine qualifiziertere Stelle oder eine Beförderung gehabt hätte. Dasselbe gilt für einen allfälligen Wechsel in eine qualifiziertere Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber. Das Valideneinkommen bemisst sich also anhand des Lohnes, den der – fiktiv gesunde – Beschwerdeführer in dem für den Einkommensvergleich massgebenden Zeitpunkt an seinem bisherigen Arbeitsplatz bei der B.\_\_\_\_ erzielt hätte. Bei der Bestimmung der wahrscheinlichsten Variante der zumutbaren Invalidenkarriere ist von der ärztlichen Umschreibung einer behinderungsadaptierten Erwerbstätigkeit auszugehen. Auf den bisherigen Arbeitsplatz kann nicht abgestellt werden, da es sich um eine der Behinderung überhaupt nicht angepasste Erwerbstätigkeit handelt und da das Arbeitsverhältnis mit der B.\_\_\_\_ gekündigt worden ist. Da der Beschwerdeführer keine andere Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, muss auch die Invalidenkarriere anhand einer hypothetischen behinderungsadaptierten Erwerbstätigkeit bestimmt werden. Der Beschwerdeführer ist als Hilfsarbeiter zu betrachten, d.h. er benötigt keine berufliche Eingliederung, um wieder eine behinderungsadaptierte Erwerbstätigkeit ausüben zu können. Auch eine für ihn völlig neue Hilfsarbeit setzt nämlich nicht mehr als höchstens eine kurze



Einarbeitung voraus. Keiner der Ärzte hat geltend gemacht, dass es dem Beschwerdeführer unmöglich sei, andere als grobmotorische und nur aus dem Einsatz der Körperkraft bestehende Hilfsarbeiten auszuführen. Es ist also davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer auch feinmotorische Hilfsarbeiten ausführen kann. Deshalb kommt jede Art von Hilfsarbeit in Frage, wenn sie die Anforderungen an eine behinderungsadaptierte Erwerbstätigkeit erfüllt. Derartige Hilfsarbeiten werden in praktisch allen Branchen nachgefragt. Deshalb ist es nicht möglich, dem Beschwerdeführer eine Hilfsarbeit in einer bestimmten Branche als ideale Invalidenkarriere zuzuordnen. Das bedeutet, dass die Invalidenkarriere nicht weiter bestimmt werden kann. Die medizinischen Einschränkungen, die beachtet werden müssen, damit von einer der Behinderung des Beschwerdeführers angepassten Hilfsarbeit gesprochen werden kann (keine feuchte und/oder kalte Arbeitsumgebung, kein häufiges Einnehmen einer inklinierten, reklinierten oder rotierten Körperhaltung, kein regelmässiges Heben und Tragen von Lasten über 10 kg, kein vorwiegendes Sitzen, Stehen oder Gehen), sind nicht so einschneidend, dass sie überhaupt nicht erfüllt werden könnten. Der allgemeine und ausgeglichene Arbeitsmarkt, der nicht nur die offenen Arbeitsstellen, sondern alle effektiv vorhandenen Arbeitsstellen umfasst, weist erfahrungsgemäss eine beträchtliche Zahl von Hilfsarbeiterstellen auf, die diesen Anforderungen entsprechen. Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers ist die verbliebene Arbeitsfähigkeit also auf dem allgemeinen und ausgeglichenen Arbeitsmarkt durchaus verwertbar.

2.

2.1 Ausgehend von der einmal bestimmten Invalidenkarriere ist das zumutbare Invalideneinkommen zu bemessen. Grundlage der Bemessung bildet das in dieser Karriere bei einer uneingeschränkten Arbeitsfähigkeit erzielbare Erwerbseinkommen. Der Beschwerdeführer scheint davon auszugehen, dass dieses Erwerbseinkommen nur anhand von Verweistätigkeiten ermittelt werden könne. Damit bezieht er sich möglicherweise auf die Praxis der SUVA, die auf sogenannte DAP-Löhne abstellt. Der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. die bei Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2.A., N. 18 zu Art. 16 ATSG angeführten Urteile) gemäss ist im Rahmen der Invalidenversicherung weder auf DAP-Löhne noch auf regionale Verweistätigkeiten, sondern auf die vom Bundesamt für Statistik bei den regelmässigen



Lohnstrukturerhebungen ermittelten Durchschnittslöhne abzustellen. Massgebend sind die Resultate der Lohnstrukturerhebungen auf nationaler Ebene in der Tabelle TA1 (Anhang). Da der Beschwerdeführer mit einer behinderungsadaptierten Hilfsarbeit in praktisch jeder Branche eingesetzt werden kann, ist praxisgemäss auf den Durchschnittslohn (Zentralwert) aller Branchen abzustellen. Dieser Durchschnittslohn beruht auf den Einkommen gesunder, zu 100% tätiger Hilfsarbeiter. Er muss deshalb der behinderungsbedingt reduzierten Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers angepasst werden. Das geschieht einerseits durch eine Reduktion entsprechend dem Arbeitsunfähigkeitsgrad (d.h. der Grad der Restarbeitsfähigkeit wird dem Beschäftigungsgrad gleichgesetzt) und andererseits durch die Berücksichtigung nur indirekt behinderungsbedingter zusätzlicher Lohnnachteile (in der Verwaltungspraxis missverständlich als "Leidensabzug" bezeichnet).

2.2 Aufgrund der Angaben von Dr. med. C.\_\_\_\_ vom 28. Juni 2005 und von Dr. med. A.\_\_\_\_ vom 7. Juni 2005 ist das Ereignis, das die Beschwerden ausgelöst hat, am 1. Juni 2004 eingetreten. Ab diesem Tag ist der Beschwerdeführer in seiner Tätigkeit als Bauarbeiter zu 100% arbeitsunfähig gewesen. Nach der ersten Operation am 24. Januar 2005 und nach der anschliessenden stationären Rehabilitation hat die Klinik Valens am 29. Mai 2005 eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit für eine adaptierte Erwerbstätigkeit angegeben. Tatsächlich hat der Beschwerdeführer aber keine Arbeitsfähigkeit für eine adaptierte Tätigkeit erlangt, denn bereits am 21. Juni / 25. September 2005 hat der Operateur Prof. Dr. med. D.\_\_\_\_ einen Bedarf nach einer Reoperation festgestellt, weil nach wie vor ausgeprägte Befunde mit Druckschmerzen im Bereich lumbosakral festzustellen seien. Der Beschwerdeführer ist am 6. Februar 2006 erneut operiert worden. Bis dahin muss von einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit auch in einer an sich adaptierten Tätigkeit ausgegangen werden. Dr. med. D.\_\_\_\_ hat am 27. September 2006 noch immer eine vollständige Arbeitsunfähigkeit angegeben, ohne allerdings die Erwerbstätigkeit zu spezifizieren, auf die er sich bezogen hat. Da er zu diesem Zeitpunkt bereits eine zweite Reoperation geplant hat, muss davon ausgegangen werden, dass er die vollständige Arbeitsunfähigkeit auch auf eine an sich adaptierte Tätigkeit bezogen hat. Am 16. März 2007 hat er schliesslich dem Hausarzt des Beschwerdeführers angegeben, dass die dritte Operation vom Oktober 2006 schliesslich zu einer Heilung der Diskushernie L4/5 geführt habe. Mit dem Abschluss der Rekonvaleszenzphase nach dieser dritten Operation hat die Phase der



vollständigen Arbeitsunfähigkeit in einer an sich adaptierten Erwerbstätigkeit ein Ende gefunden, sofern die verbleibenden Beschwerden keine oder nur eine unvollständige Arbeitsunfähigkeit in einer solchen Tätigkeit bewirkt haben. Wann die Rekonvaleszenzphase abgeschlossen gewesen ist, lässt sich anhand der dem Gericht vorgelegten Akten nicht ermitteln. Bis zur vollständigen oder teilweisen Erlangung der Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Erwerbstätigkeit muss von einem zumutbaren Invalideneinkommen von Fr. 0.- ausgegangen werden, d.h. es hat bei einem Invaliditätsgrad von 100% ein Anspruch auf eine ganze Invalidenrente bestanden. Da der Zeitpunkt einer allfälligen Reduktion des Arbeitsunfähigkeits- und damit auch des Invaliditätsgrades nicht bekannt ist, muss eine Zusprache der an sich ab dem Ablauf des Wartejahres, d.h. ab Juni 2005 geschuldeten ganzen Invalidenrente unterbleiben. Die Beschwerdegegnerin wird diese Zusprache einer ganzen Rente nach dem Abschluss der zusätzlichen Sachverhaltsabklärungen nachzuholen haben.

2.3 Die Beschwerdegegnerin ist gestützt auf das Gutachten G.\_\_\_/F.\_\_\_ von einem nach der Erholung von der dritten Operation bestehenden Arbeitsfähigkeitsgrad in einer adaptierten Hilfsarbeit von 90% ausgegangen. Dr. med. G.\_\_\_ hat aber nicht erklärt, weshalb die von ihm gestellten Diagnosen eine Arbeitsfähigkeit von 90% und nicht von 100% oder von weniger als 90% begründeten. Er hat lediglich angegeben, der Beschwerdeführer sei durch die beschriebenen Beschwerden in seiner körperlichen Leistungsfähigkeit eingeschränkt. Damit dürfte er sich auf die lumbalen Schmerzen mit Ausstrahlung bis in die linke Grosszehe, geringer auch in das rechte Bein und auf die Sensibilitätsstörungen bezogen haben. Allerdings fehlt eine Aussage zur objektiv nachvollziehbaren Stärke dieser Beschwerden und zu deren Konsequenzen für den (fiktiven) Arbeitsalltag des Beschwerdeführers. Weiter fehlt eine Erörterung des zumutbaren Schmerzmitteleinsatzes und des damit in der Bekämpfung der genannten Beschwerden erzielbaren Erfolges. Der Beschwerdeführer nimmt zwar ein Schmerzmittel (Dafalgan) ein, aber dessen Erfolg bei der Schmerzbekämpfung und damit bei der Erlangung der Arbeitsfähigkeit ist nicht bekannt. Ebenfalls unerörtert geblieben ist die Frage, wie weit es dem Beschwerdeführer zumutbar ist, trotz der Beschwerden zu arbeiten, d.h. mittels einer zumutbaren Willensanstrengung die subjektiv vorhandene Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung zu überwinden. Hinzu kommt, dass die Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. med. G.\_\_\_ nicht durch die Angaben anderer Ärzte gestützt wird. Arbeitsfähigkeitsschätzungen, die sich auf den



Gesundheitszustand des Beschwerdeführers vor der dritten Operation beziehen, sind zum vornherein ohne Beweiswert für die Zeit nach dieser Operation, da sie sich nicht auf einen stationären Gesundheitszustand abgestützt haben. Ausserdem dürfte es sich dabei eher um Prognosen gehandelt haben, die durch die zwei Nachoperationen gegenstandslos geworden sind. Die einzige ärztliche Arbeitsfähigkeitsschätzung neben derjenigen von Dr. med. G.\_\_\_\_, die aus der Zeit nach der dritten Operation stammt, ist diejenige von Prof. Dr. med. D.\_\_\_\_ vom 16. April 2007. Prof. Dr. med. D.\_\_\_\_ hat eine vollständige Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers bis zur vollständigen Abklärung der Ursache der nach wie vor vorhandenen Beschwerden angegeben. Dabei kann es sich zum vornherein nicht um eine verlässliche Arbeitsfähigkeitsschätzung gehandelt haben, denn gemeint war damit nur, dass eine überzeugende Arbeitsfähigkeitsschätzung erst nach dem Abschluss der Untersuchungen abgegeben werden könne. Entscheidend ist aber, dass auf jeden Fall eine die Angaben von Dr. med. G.\_\_\_\_ stützende Arbeitsfähigkeitsschätzung fehlt. All diese gegen die Überzeugungskraft der Einschätzung von Dr. med. G.\_\_\_\_ sprechenden Umstände haben zur Folge, dass die Arbeitsfähigkeit von 90% in einer adaptierten Hilfsarbeit nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt ist. Das bedeutet, dass für die Zeit nach der dritten Operation kein Einkommensvergleich möglich ist. Der Sachverhalt erweist sich somit auch in Bezug auf die Invalidität des Beschwerdeführers nach der schliesslich doch noch erfolgreichen Behandlung der Diskushernie L4/5 als unzureichend abgeklärt. Die Sache ist deshalb zur Abklärung der Arbeitsfähigkeit nach der dritten Operation und gegebenenfalls zur Ermittlung des Zeitpunkts des Wechsels von einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit zu einer Teilarbeitsunfähigkeit in einer adaptierten Hilfsarbeit an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

3.

Die Beschwerde ist demnach teilweise gutzuheissen und die Verfügung vom 23. Oktober 2003 ist aufzuheben. Die Sache ist zur weiteren Abklärung und zur anschliessenden neuen Verfügung über das Rentenbegehren des Beschwerdeführers an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. In Bezug auf die Verfahrenskosten ist dieser Ausgang des Verfahrens als vollumfängliches Obsiegen des Beschwerdeführers zu werten. Deshalb hat die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer eine



Parteientschädigung zu bezahlen. Diese bemisst sich nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 61 lit. g ATSG) sowie nach der Notwendigkeit und nach der Angemessenheit der Vertretungskosten unter Berücksichtigung der Sach- oder Rechtslage (Art. 98 Abs. 2 VRP/SG). Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat sich auf das Minimum dessen beschränkt, was für die Vertretung des Beschwerdeführers im Beschwerdeverfahren notwendig war. Der Vertretungsaufwand ist als weit unterdurchschnittlich zu betrachten. Dies rechtfertigt es, die Parteientschädigung tief anzusetzen. Ein Betrag von Fr. 1800.- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) erscheint als angemessen. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer deshalb mit Fr. 1800.- zu entschädigen. Der Verfahrensaufwand des Gerichts ist durch den geringen Vertretungsaufwand nicht beeinflusst worden. Er ist als durchschnittlich zu qualifizieren. Dies rechtfertigt es praxismässig, die Gerichtsgebühr auf Fr. 600.- festzusetzen (Art. 69 Abs. 1<sup>bis</sup> IVG). Diese Gerichtsgebühr ist ebenfalls von der Beschwerdegegnerin zu bezahlen, so dass der in gleicher Höhe geleistete Kostenvorschuss dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten ist. Die Beigeladene ist als Partei in das Verfahren eingetreten, indem sie am 1. Juni 2010 eine Stellungnahme abgegeben und implizit die Abweisung der Beschwerde beantragt hat. Grundsätzlich ist deshalb auch sie als unterliegende Partei zu qualifizieren, die für die Verfahrenskosten aufzukommen hat. Das betrifft nicht nur die Parteientschädigung, sondern auch die Gerichtsgebühr. Allerdings richtet sich der Anteil der Beigeladenen nach dem Aufwand, den sie durch ihre Beteiligung am Verfahren als Partei ausgelöst hat. Dieser Aufwand ist sowohl in Bezug auf den Vertretungsaufwand des Beschwerdeführers als auch in Bezug auf den Beurteilungsaufwand des Gerichts so unbedeutend, dass es sich rechtfertigt, auf eine Beteiligung der Beigeladenen an der Kostentragung zu verzichten.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:



## St.Galler Gerichte

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung vom 23. Oktober 2008 aufgehoben und die Sache wird zur weiteren Abklärung und zur neuen Verfügung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1800.- zu bezahlen.
3. Die Beschwerdegegnerin hat eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.- zu bezahlen; der in gleicher Höhe geleistete Kostenvorschuss ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten.