



**Fall-Nr.:** IV 2008/512  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** IV - Invalidenversicherung  
**Publikationsdatum:** 29.07.2020  
**Entscheiddatum:** 23.09.2010

### **Entscheid Versicherungsgericht, 23.09.2010**

**Art. 87 Abs. 4 IVV. Glaubhaftmachen einer erheblichen Veränderung des Invaliditätsgrades. Die sich neu anmeldende versicherte Person trägt die Glaubhaftmachungslast, d.h. sie hat die Arztberichte einzuholen und der IV-Stelle einzureichen, mit denen sie die behauptete erhebliche Verschlechterung glaubhaft machen will. Bei der Glaubhaftmachung ist der Untersuchungsgrundsatz also nicht anwendbar. Allerdings kann die IV-Stelle die versicherte Person bei der Glaubhaftmachung unterstützen, indem sie selbst Arztberichte anfordert. Darin ist kein konkludentes Eintreten auf die Neuanmeldung zu erblicken. Art. 42 ATSG, Art. 57a Abs. 1 IVG. Anspruch auf rechtliches Gehör, Vorbescheidspflicht zum Wesen des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 23. September 2010, IV 2008/512).**

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

Entscheid vom 23. September 2010

in Sachen

M.\_\_\_\_,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Christa Rempfler, Falkensteinstrasse 1,  
Postfach 112, 9006 St. Gallen,

gegen



## St.Galler Gerichte

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Rente; berufliche Massnahmen

Sachverhalt:

A.

A.a M.\_\_\_\_ (Jg. 1953) meldete sich am 2. Juli 2004 zum Bezug von IV-Leistungen an. Dr. med. A.\_\_\_\_ berichtete der IV-Stelle am 6. September 2004, der Versicherte leide an einem chronischen lumbospondylogenen Syndrom bei ausgeprägten degenerativen Veränderungen der LWS und medianer Diskushernie L4/5, an einem Zervikalsyndrom bei degenerativen Veränderungen der LWS und an einem Schulterimpingement links. Der Versicherte habe bis zu seiner Entlassung (wegen Personalabbau) körperlich schwerste Arbeit auf der Baustelle verrichtet. Aufgrund der Röntgenbefunde, der klinischen Untersuchung und der fachärztlichen Konsiliarberichte könne man davon ausgehen, dass der Versicherte nicht mehr als Hilfsarbeiter auf einer Baustelle eingesetzt werden könne. Dr. med. A.\_\_\_\_ konnte die Frage, ob dem Versicherten eine andere Tätigkeit zumutbar sei, nicht beantworten. Die B.\_\_\_\_ teilte der IV-Stelle am 13. September 2004 mit, sie habe den Versicherten bis 30. September 2003 als Bauarbeiter beschäftigt. 2003 habe der Lohn Fr. 4'440.- (x13) betragen. Die Kündigung sei vor dem Eintritt des Gesundheitsschadens erfolgt. Dr. med. C.\_\_\_\_ berichtete der IV-Stelle am 14. Oktober 2004, er habe folgende Diagnosen erhoben: Lumbalgie bei Spondylarthrose L4 bis S1 und kleiner, nicht neurokompressiver Protrusion L4/5, Zervikalgie C6/7 sowie initiale Coxarthrose links. Der Versicherte sei als Bauarbeiter seit dem 18. August 2003 zu 100% arbeitsunfähig. Welche Tätigkeiten seiner Behinderung angepasst seien und welche Arbeitsfähigkeit in einer solchen Tätigkeit bestehe, müsse durch ein Gutachten geklärt werden.

A.b Die IV-Stelle beauftragte das Ärztliche Begutachtungsinstitut GmbH (ABI) mit einer interdisziplinären Abklärung. Im Gutachten des ABI vom 27. Mai 2005 wurde



ausgeführt, der Versicherte leide seit fünf bis sechs Jahren an Rückenschmerzen. Nach der Kündigung sei es rasch zu einer Schmerzexazerbation und zu einer vollen Arbeitsunfähigkeit gekommen. Konservative Therapiemassnahmen hätten keine Besserung bewirkt und die eingenommenen Analgetika hätten höchstens vorübergehend zu einer leichten Reduktion der Beschwerden geführt. Diese Beschwerden seien konstant vorhanden und reagierten kaum auf Veränderungen der äusseren Bedingungen. Bei der orthopädischen Untersuchung habe der Versicherte angegeben, er habe Schmerzen im Bereich der gesamten linken Körperhälfte vom Kopf bis zum Fuss. Nach der Sistierung der körperlich schweren Arbeit sei es nicht zu einer Beschwerdeverbesserung gekommen. Es handle sich um einen Dauerschmerz. Gestützt auf die klinische Untersuchung und die bildgebenden Verfahren stellte der orthopädische Gutachter folgende Diagnosen: panvertebrales Schmerzsyndrom ohne radikuläre Symptomatik (mit/bei mässiggradigen degenerativen Veränderungen der unteren HWS und der unteren LWS, ohne MR-tomographisch nachweisbare Kompression neuraler Strukturen) und – ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit – Verdacht auf ein linksbetontes multilokuläres Schmerzsyndrom. Der orthopädische Gutachter führte dazu aus, das Gangbild auf ebenem Terrain und auf der Treppe sei mitsamt den geprüften Gangvarianten flüssig und hinkfrei gewesen. Der leichte vermehrte Finger-Boden-Abstand sei im wesentlichen auf die Verkürzung der ischiokruralen Muskulatur zurückzuführen gewesen. Bei der Untersuchung sei die Wirbelsäule weitestgehend schmerzlos gewesen. Insbesondere habe der Kopf in alle Richtungen unauffällig und schmerzfrei bewegt werden können. Es hätten sich keine Verspannungen der paravertebralen oder der Nackenmuskulatur palpieren lassen. Die unteren Extremitäten seien in sämtlichen Gelenken frei und schmerzlos beweglich gewesen. Die Kraftentfaltung sei gut gewesen. Dasselbe gelte für die oberen Extremitäten, allerdings bei vermindertem Krafteinsatz vor allem im Bereich der Hände. Auf neurologischer Ebene hätten sich keine Hinweise für das Vorliegen einer Pathologie im Bereich des peripheren Nervensystems ergeben. Die MR-tomographischen Dokumente hätten keine sichtbare Neurokompression gezeigt. Die konventionellen radiologischen Dokumente hätten höchstens mässiggradige Veränderungen der unteren HWS und LWS belegt, die gesamthaft als altersentsprechend anzusehen gewesen seien. Für die angegebenen Beschwerden im Bereich der HWS und der LWS hätten sich also zumindest auf radiologischer Ebene Korrelate finden lassen, aber der



Dauerschmerz lasse sich nicht begründen. Die übrigen Beschwerden im Bereich der linken Körperhälfte liessen sich nicht erklären. Das früher postulierte Impingement-Problem der linken Schulter habe nicht mehr bestanden, da der Versicherte keine diesbezüglichen Beschwerden angegeben habe und die Untersuchung unauffällig gewesen sei. Für körperlich leichte bis mittelschwere Arbeiten bestehe aus orthopädischer Sicht eine zeitlich und leistungsmässig uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit. Auf somatischer Ebene lasse sich die Tatsache, dass die anhaltende Arbeitsunfähigkeit erst nach der Kündigung eingetreten sei, nicht begründen. Es bestehe eine deutliche Diskrepanz zwischen dem subjektiven Schmerzerleben und den objektivierbaren Befunden.

A.c Der psychiatrische Gutachter des ABI berichtete, der etwas älter wirkende Versicherte sei bewusstseinsklar und allseits orientiert gewesen. Auf seinen Wunsch hin sei kein Dolmetscher beigezogen worden. Er habe sich aber nur knapp in Deutsch verständigen können. Hinweise auf kognitive Störungen seien nicht vorhanden gewesen, der Gedankengang sei formal unauffällig, doch etwas einfach strukturiert und konkretistisch gewesen. Auch Hinweise auf Zwänge, Wahn oder psychotische Phänomene hätten gefehlt. Der Affekt sei leicht gedrückt, aber aufhellbar gewesen. Der Versicherte habe angegeben, er fühle sich nicht übermässig nervös oder angespannt, Sorge sich aber um die Situation. Der psychiatrische Gutachter berichtete weiter, die affektive Modulation des Versicherten sei erhalten gewesen, er habe seine Ausführungen mit einer adäquaten Gestik und Mimik begleitet. Psychomotorisch habe der Versicherte etwas verlangsamt gewirkt. Der psychiatrische Gutachter diagnostizierte eine mögliche leichte Anpassungsstörung und eine beginnende anhaltende somatoforme Schmerzstörung, die aber beide die Arbeitsfähigkeit nicht beeinträchtigten. Die massive Fehlverarbeitung der Körperbeschwerden müsse wohl auch im Rahmen der schwierigen psychosozialen Situation interpretiert werden. Das Ausmass der sich anbahnenden Anpassungsstörung und der sich entwickelnden anhaltenden somatoformen Schmerzstörung sei zu gering, um eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit zu begründen. Es liege eine starke Fehlverarbeitung vor. Der Versicherte scheine sich zurückzuziehen. Er sollte sich vermehrt aktivieren. Allenfalls wäre an eine Therapie in einer Schmerzgruppe zu denken, wo der Versicherte bessere Bewältigungsstrategien erlernen könnte. Aus psychiatrischer Sicht bestehe für jede Art von Erwerbstätigkeit eine volle Arbeitsfähigkeit. Da nur relativ geringe Ressourcen



vorhanden seien, da eine Regressionstendenz bestehe und da die Bewältigungsstrategien ineffizient seien, sei die Prognose ungünstig. Gestützt auf die multidisziplinäre Konsensdiskussion hielten die Gutachter des ABI u.a. fest, der Versicherte halte sich mittlerweile für arbeitsunfähig in jeder Art von Erwerbstätigkeit. Dies stehe in einem deutlichen Gegensatz zum objektiven Zustand. Diese Diskrepanz sei wohl dadurch zu erklären, dass der Versicherte davon ausgehe, körperlich vollständig gesund sein zu müssen und zu keiner Zeit mehr Schmerzen verspüren zu dürfen, bevor er wieder einer Arbeit nachgehen könne. Zudem bestünden bei Schmerzverarbeitungsstörungen immer höhere Selbstlimitierungen, als medizinisch-theoretisch und im Hinblick auf die aus psychiatrischer Sicht zumutbare Willensanstrengung gerechtfertigt sei.

A.d Die Gesamtdiagnose lautete: panvertebrales Schmerzsyndrom ohne radikuläre Symptomatik (mässiggradige degenerative Veränderungen der unteren HWS und der unteren LWS, MR-tomographisch keine nachweisbare Kompression neuraler Strukturen) sowie – ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit – leichte Anpassungsstörung möglich, beginnende anhaltende somatoforme Schmerzstörung und V. a. linksbetontes multilokuläres Schmerzsyndrom. Für die angestammte, körperlich schwere Tätigkeit gingen die Gutachter von einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit aus. In einer körperlich leichten bis mittelschweren Tätigkeit erwarteten die Gutachter keine wesentlichen Schmerzprovokationen, so dass sie von einer Arbeitsfähigkeit von 100% ausgingen. Aus orthopädischer Sicht bestanden nach Ansicht der Gutachter keine Therapieoptionen, aus psychiatrischer Sicht wurde eine Integration des Versicherten in eine Schmerzgruppe vorgeschlagen.

A.e Mit einer Verfügung vom 31. August 2005 wies die IV-Stelle das Leistungsbegehren des Versicherten ab, da dieser nicht im Sinne des Gesetzes invalid sei. Sie empfahl dem Versicherten, sich für die Stellensuche an das zuständige RAV zu wenden. Der Versicherte liess am 2. September 2005 Einsprache erheben. In der Einsprachebegründung vom 9. November 2005 liess er geltend machen, Dr. med. A.\_\_\_\_ und Dr. med. C.\_\_\_\_ hätten eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert. Im Gutachten sei für leichte bis mittelschwere Tätigkeiten eine volle Arbeitsfähigkeit angegeben worden. Diese Beurteilungen deckten sich nicht unbedingt. Zudem sei im Gutachten nur in sehr pauschaler Form von schwerer, mittelschwerer und leichter



## St.Galler Gerichte

Tätigkeit die Rede. Welche Arbeiten nun tatsächlich zumutbar seien, werde nicht ausgeführt. Deshalb sei das Gutachten unvollständig. Das Ausgangseinkommen zur Bemessung des Invalideneinkommens hätte tiefer angesetzt werden müssen und ausserdem hätte ein "Leidensabzug" erfolgen müssen. Die IV-Stelle wies die Einsprache am 27. Dezember 2005 ab. Geprüft wurde ausschliesslich die Rentenberechtigung des Versicherten. Die IV-Stelle begründete ihren Entscheid insbesondere damit, dass die Arbeitsfähigkeitsschätzung im Gutachten des ABI überzeugend sei. Dieser Einspracheentscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

B.

Der Versicherte füllte am 5. April 2007 erneut das Formular "Anmeldung zum Bezug von IV-Leistungen für Erwachsene" aus. Darin gab er auf die Frage nach seiner Behinderung nur an, dass er sehr krank sei und dass die Behinderung seit August 2000 bestehe. Anders als bei der ersten Anmeldung kreuzte der Versicherte diesmal nicht nur die Rente als Leistung an, die er beanspruchte. Er stellte vielmehr auch ein Gesuch um Berufsberatung, Umschulung, Wiedereinschulung und Arbeitsvermittlung. In einem Begleitschreiben gab der damalige Rechtsvertreter des Versicherten sinngemäss an, die gesundheitliche Situation habe sich seit dem Einspracheentscheid vom 27. Dezember 2005 erheblich verschlechtert. Der Versicherte führe regelmässige Therapien durch, die aber nicht den gewünschten Erfolg gezeigt hätten. Er stehe bei Dr. med. C.\_\_\_, Dr. med. D.\_\_\_ und bei Dr med. E.\_\_\_ in Behandlung. Diese Ärzte könnten über den aktuellen Gesundheitszustand Auskunft geben. Aufgrund der Verschlechterung könne davon ausgegangen werden, dass die Voraussetzungen einer Neuanmeldung erfüllt seien. Somit seien die Voraussetzungen zum Leistungsbezug zu prüfen. Am 16. April 2007 reichte der Rechtsvertreter des Versicherten ein Schreiben von Dr. med. E.\_\_\_ vom 5. April 2007 ein. Dr. med. E.\_\_\_ hatte darin ausgeführt, beim Versicherten bestehe ein chronisches panvertebrales Syndrom bei muskulärer Dysbalance, ausgeprägten degenerativen Wirbelsäulenveränderungen und anamnestisch einer medianen Diskushernie L4/5. Der Versicherte sei aktuell als Bauarbeiter nicht voll arbeitsfähig. Zur Arbeitsfähigkeit des Versicherten in einer adaptierten Tätigkeit könne er nicht Stellung nehmen. Dr. med. E.\_\_\_ gab abschliessend an, er wisse nicht, wie sich der Gesundheitszustand verändert habe, denn er habe den Versicherten nur vom 9. bis 23. März 2007 behandelt. Die IV-Stelle forderte den Rechtsvertreter des



## St.Galler Gerichte

Versicherten am 20. April 2007 auf, Nachweise wie ausführliche Arztberichte, Lohnausweise usw. einzureichen, damit sie den Verlauf und allfällige rechtserhebliche Veränderungen seit dem 31. August 2005 beurteilen könne. Sie setzte dazu eine Frist bis 21. Mai 2007 und wies darauf hin, dass der Versicherte mit einem Nichteintreten rechnen müsse, wenn sie bis dahin keine Unterlagen oder "Unterlagen mit nicht nachgewiesenen Revisionsgründen" erhalten habe. Die IV-Stelle verlängerte dies Frist in der Folge bis 12. Juni 2007. Der Rechtsvertreter des Versicherten teilte der IV-Stelle am letzten Tag dieser Frist mit, gemäss dem Bericht von Dr. med. E.\_\_\_\_ vom 5. April 2007 sei eine akute Dysfunktion im BWS-Bereich aufgetreten. Diese habe verbessert werden können, aber trotzdem sei eine Verschlechterung gegenüber 2005 zurückgeblieben. Er werde baldmöglichst einen Bericht von Dr. med. C.\_\_\_\_ einreichen. Die IV-Stelle solle bei Dr. med. D.\_\_\_\_ einen Bericht einholen. Er gehe aber davon aus, dass ihm im Verlauf der nächsten Woche ein solcher Bericht zugehen werde. Am 25. Juni 2007 forderte der Rechtsvertreter des Versicherten die IV-Stelle auf, beim X.\_\_\_\_ einen Bericht einzuholen. Bereits am 18. Juni 2007 hatte die IV-Stelle bei Dr. med. C.\_\_\_\_, bei Dr. med. A.\_\_\_\_ und bei Dr. med. D.\_\_\_\_ Berichte angefordert. Am 29. Juni 2007 ersuchte sie auch das X.\_\_\_\_, einen Bericht einzureichen. Dr. med. A.\_\_\_\_ führte am 9. August 2007 aus, der Versicherte leide an einem chronischen lumbospondylogenen Syndrom mit Ischialgie links bei ausgeprägten degenerativen Veränderungen der LWS und Diskushernie L4/5 und an einem Zervikalsyndrom bei degenerativen Veränderungen der LWS, an einem Schulterimpingement links und an Coxarthrose links. Als Bauarbeiter sei der Versicherte seit dem 10. Februar 2005 zu 100% arbeitsunfähig. Dr. med. A.\_\_\_\_ verwies auf seinen Bericht vom 6. Mai 2004 und auf das Gutachten des ABI. Er gab an, in der Zwischenzeit habe sich nicht viel geändert. Der Versicherte profitiere nur sehr bedingt von Physiotherapie und manipulativen Massnahmen. Er klage immer über Schmerzen im linken Bein, die x-fach abgeklärt worden seien. Dr. med. C.\_\_\_\_ teilte der IV-Stelle am 19. September 2007 mit, es bestehe eine Lumbalgie bei Spondylarthrosen L4 bis S1 und kleiner Diskusprotrusion L4/5, ausserdem eine Zervikalgie bei Osteochondrose C4-7 und Unkarthrose C6/7 mit grenzwertig engem Spinalkanal C6/7 und eine initiale Coxarthrose links. Seit Jahren klage der Versicherte über Halbseitenschmerzen links, die vom Kopf bis in den linken Fuss ausstrahlten. Röntgenaufnahmen vom 17. September 2007 hätten altersentsprechende Befunde ergeben. Es sollte nochmals eine MRI-Untersuchung



## St.Galler Gerichte

durchgeführt werden. Dr. med. D.\_\_\_\_ berichtete am 10. Dezember 2007, der Versicherte leide an einer chronischen Rhino-Pharyngitis, an fluktuierenden Kopfschmerzen und an einer hochgradigen Hochtonsenke bds. seit 1995. In einem Schreiben an den Rechtsvertreter des Versicherten vom 10. Dezember 2007 hielt Dr. med. D.\_\_\_\_ fest, er habe den Versicherten nie arbeitsunfähig schreiben müssen. Dr. med. F.\_\_\_\_ vom RAD stellte am 9. Januar 2008 fest, dass sich im Vergleich zur medizinischen Referenzsituation 2004 und 2005 keine erhebliche, objektivierbare und arbeitsfähigkeitsrelevante Veränderung eingestellt habe.

C.

Mit Vorbescheiden vom 3. März und vom 4. März 2008 kündigte die IV-Stelle dem Versicherten an, dass sie beabsichtige, sein Gesuch um berufliche Eingliederungsmassnahmen abzuweisen und auf seine Neuanmeldung betreffend Rente nicht einzutreten. Der erste Vorbescheid wurde damit begründet, dass jegliche Tätigkeiten uneingeschränkt zumutbar seien. Im zweiten Vorbescheid wies die IV-Stelle darauf hin, dass der Versicherte keine wesentliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse seit dem Einspracheentscheid glaubhaft gemacht habe. Der Versicherte liess am 21. April 2008 einwenden, die gesundheitliche Situation habe sich verschlechtert, weshalb die Eintretensvoraussetzung klar erfüllt sei. Dies ergebe sich insbesondere aus dem Bericht von Dr. med. E.\_\_\_\_ vom 12. April 2008. Am 15. Mai 2008 liess der Versicherte ergänzend ausführen, der Sachverhalt sei noch nicht rechtsgenügend abgeklärt, denn die IV-Stelle habe bei Dr. med. E.\_\_\_\_ noch keinen Bericht eingeholt. Auch die von Dr. med. A.\_\_\_\_ vorgeschlagene Einholung eines Berichts von Dr. med. G.\_\_\_\_ sei noch nicht erfolgt und im Übrigen sei gemäss der Auffassung von Dr. med. C.\_\_\_\_ eine MRI-Untersuchung oder sogar eine Begutachtung notwendig. Die IV-Stelle forderte am 10. Juni 2008 bei Dr. med. G.\_\_\_\_ einen Bericht an. Dr. med. G.\_\_\_\_ gab am 12. September 2008 folgende Diagnosen an: chronisches generalisiertes Schmerzsyndrom (mit/bei Diskopathie L4/5, ohne Neurokompression, positiven Waddell-Zeichen, degenerativen Veränderungen zervikal, rezidivierendem Impingement-Syndrom linke Schulter) und anhaltende Anpassungsstörung. Er berichtete weiter, der deprimiert wirkende Versicherte habe ein unsicheres und schwankendes Gangbild gezeigt. Die Druckdolenzen seien diffus und oberflächlich gewesen. Vier von fünf nichtorganischen Zeichen nach Waddell seien positiv gewesen.



An der ganzen Wirbelsäule sei die aktive Beweglichkeit hochgradig eingeschränkt, die passive Beweglichkeit aber erhalten gewesen. In der linken Schulter sei eine endgradige Abduktionshemmung festzustellen gewesen, die übrigen peripheren Gelenke seien altersentsprechend beweglich gewesen. Links habe ein Pseudolasègue bestanden. Nervendehnschmerzen seien nicht sicher nachweisbar gewesen. Die Sensomotorik sei an den oberen und den unteren Extremitäten symmetrisch gewesen. Im Juli, August und September 2007 seien interventionelle Schmerztherapien erfolgt. Da der Versicherte nicht darauf angesprochen habe, seien sie sistiert worden. Der Verlauf und das fehlende Ansprechen auf die diagnostischen Infiltrationen wiesen darauf hin, dass keine Korrelation zwischen den angegebenen Schmerzen und den kernspintomographisch erhobenen Befunden bestehe. Dr. med. F. \_\_\_ vom RAD hielt dazu am 21. Oktober 2008 fest, generalisierte Schmerzen seien bereits anlässlich der Begutachtung beklagt worden. Die kleine Diskushernie L4/5 und die degenerativen Veränderungen der HWS und der LWS seien damals bekannt gewesen. Es bestehe weiterhin kein Hinweis auf eine Nervenkompression. Das Schulterimpingement sei bereits 2004 verneint worden. Es könne nach wie vor keine arbeitsfähigkeitsrelevante Verschlechterung des Gesundheitszustandes festgestellt werden. Mit zwei Verfügungen vom 10. November 2008 wies die IV-Stelle das Gesuch um berufliche Eingliederungsmassnahmen ab und trat sie nicht auf die Neuanmeldung zum Bezug einer Invalidenrente ein.

D.

Der Versicherte liess am 12. Dezember 2008 gegen beide Verfügungen Beschwerde erheben und die Rückweisung zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und zur Neuurteilung beantragen. Eventualiter beantragte er die Zusprache beruflicher Massnahmen und einer Rente. Er ersuchte ausserdem um die Vereinigung der beiden Beschwerdeverfahren. Zur Begründung liess er sinngemäss geltend machen, die nach der Stellungnahme zum Vorbescheid eingeholten Arztberichte seien ihm nie eröffnet worden, so dass er dazu nicht habe Stellung nehmen können. Damit sei sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Eine Heilung dieses Mangels sei nicht möglich. In der Beschwerdeergänzung vom 17. April 2009 liess der Versicherte ausführen, der Sachverhalt sei nicht vollständig und rechtsgenügend abgeklärt worden. Immer noch fehlten ein Bericht von Dr. med. E. \_\_\_ und ein psychiatrisch-orthopädisches Gutachten



mit einer MRI-Untersuchung. Die IV-Stelle hätte zudem nicht auf den 15 Monate alten Bericht von Dr. med. A.\_\_\_\_ vom 9. August 2007 abstellen dürfen. Er habe bei Dr. med. A.\_\_\_\_ einen aktuellen Bericht angefordert. Auch der Bericht von Dr. med. G.\_\_\_\_ sei nicht aktuell, da die letzte Untersuchung am 22. November 2007 erfolgt sei. Der Sachverhalt sei somit nicht vollumfänglich abgeklärt worden. Es sei aber glaubhaft gemacht, dass sich der Gesundheitszustand verschlechtert habe.

E.

Die IV-Stelle beantragte am 2. Juni 2009 die Abweisung der Beschwerde. Sie führte zur Begründung u.a. aus, der Bericht von Dr. med. G.\_\_\_\_ habe an der Sachlage nichts geändert. Insofern wiege es nicht schwer, wenn dieser Bericht und die RAD-Stellungnahme dem Versicherten nicht zugestellt worden seien. Sie habe den Versicherten bei der Glaubhaftmachung unterstützen wollen, indem sie selbst Arztberichte eingeholt habe. Das Verfahren habe sich immer im Stadium der Eintretensprüfung befunden. Da keine erhebliche Veränderung des Invaliditätsgrades glaubhaft gemacht sei, sei sie zu Recht nicht auf das Leistungsbegehren eingetreten. In der Vergangenheit habe die IV-Stelle den Anspruch auf berufliche Massnahmen implizit mit der Rentenverfügung abgewiesen. Jetzt habe sie den Anspruch auf berufliche Massnahmen materiell abgewiesen. Da das zum ersten Mal geschehen sei, sei zu Recht ein materieller Entscheid ergangen.

F.

In seiner Replik vom 22. Juni 2009 liess der Versicherte ausführen, die IV-Stelle habe zwar eine Verletzung des rechtlichen Gehörs eingestanden, aber behauptet, diese Verletzung wiege nicht schwer. Tatsächlich komme es aber aufgrund der formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht darauf an, ob die Anhörung für den materiellen Ausgang des Verfahrens von Bedeutung gewesen sei oder nicht. Deshalb sei es irrelevant, ob die eingeholten Berichte und die Stellungnahme des RAD die Auffassung der IV-Stelle verändert hätten oder nicht. Der Versicherte hielt daran fest, dass der Sachverhalt nicht rechtskonform erhoben worden sei sowie dass die erhebliche Veränderung des Invaliditätsgrades glaubhaft gemacht sei. Im Übrigen sei er dringend auf berufliche Eingliederungsmassnahmen angewiesen.



## St.Galler Gerichte

G.

Die IV-Stelle verzichtete am 3. August 2009 auf eine materielle Stellungnahme zur Replik.

H.

Die Rechtsvertreterin des Versicherten reichte am 16. April 2010 einen Operationsbericht vom 26. März 2010 ein. Dr. med. A.\_\_\_\_ hatte dazu am 9. April 2010 festgehalten, die Annahme des (operierenden) Kantonsspitals St. Gallen, der obstruktive Hydrocephalus sei für die Kopfschmerzen verantwortlich, treffe wohl nicht zu, denn der Versicherte gebe nur eine geringfügige Verbesserung an. Die cervico-occipitalen Kopfschmerzen seien wohl eher auf die bekannten degenerativen Veränderungen der HWS zurückzuführen.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerdegegnerin hat das von ihr durchgeführte Verwaltungsverfahren mit zwei Verfügungen abgeschlossen, mit der Abweisung eines Gesuchs um berufliche Eingliederungsmassnahmen und mit dem Nichteintreten auf ein Rentengesuch. Die Beschwerdegegnerin hat den Verfahrensabschluss durchaus zu Recht auf zwei Verfügungen aufgeteilt, denn sowohl die Abweisung eines Gesuchs um berufliche Eingliederungsmassnahmen als auch das Nichteintreten auf ein Gesuch um eine Invalidenrente muss je für sich rechtskräftig sein. Demnach ist auch gesondert über die Rechtmässigkeit dieser beiden Verfügungen zu urteilen. Wie aber bereits der Umstand zeigt, dass die Beschwerdegegnerin nicht zwei formal getrennte Verwaltungsverfahren durchgeführt hat, besteht eine weitgehende Deckung des jeweils relevanten Sachverhalts. Da der Gesuchsteller und Verfügungsadressat zudem ein und dieselbe Person, nämlich der Beschwerdeführer gewesen ist, rechtfertigt sich aus verfahrensökonomischen Gründen eine Behandlung in einem einzigen Urteil. Dabei muss aber durch getrennte Urteilsdispositive dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Beschwerdeführer auch bei einer allfälligen Anfechtung des Urteils wieder die Wahl haben muss, ob er einen oder aber beide möglichen



Leistungsansprüche zum Gegenstand eines bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens machen will, d.h. die Entscheidung über die beiden möglichen Leistungsansprüche muss wieder getrennt rechtskräftig sein.

2.

2.1 Gemäss Art. 42 Satz 1 ATSG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. In der Invalidenversicherung wird die Aufgabe der Gehörgewährung vor dem Erlass einer Verfügung durch die Zustellung eines Vorbescheids erfüllt. Mit dem Vorbescheid teilt die IV-Stelle der versicherten Person den vorgesehenen Endentscheid über ein Leistungsbegehren mit (Art. 57a Abs. 1 Satz 1 IVG). Das gilt praxisgemäss auch für - notwendigerweise verfahrensabschliessende - Nichteintretensentscheide. Mit dem Vorbescheid erhält die versicherte Person nicht nur die Möglichkeit, Einsicht in die Akten zu nehmen und sich dazu vernehmen zu lassen, sondern es wird ihr die Möglichkeit eingeräumt, auch zum vorgesehenen materiellen Entscheid Stellung zu nehmen. Nimmt die IV-Stelle – aufgrund der Stellungnahme der versicherten Person zum Vorbescheid oder von Amtes wegen – zusätzliche Abklärungen vor, so muss sie der versicherten Person gestützt auf Art. 42 Satz 1 ATSG zumindest die neu produzierten Akten zur Kenntnis bringen und ihr ermöglichen, dazu Stellung zu nehmen. Nun ist es aber immer möglich, dass die neu produzierten Akten die IV-Stelle veranlassen, von der bisher vorgesehenen Rechtsfolgeanordnung abzuweichen und eine andere Rechtsfolgeanordnung ins Auge zu fassen. Nach dem Sinn und Zweck des Art. 57a Abs. 1 Satz 1 IVG muss die versicherte Person in einem solchen Fall die Möglichkeit erhalten, auch zur neu vorgesehenen Rechtsfolgeanordnung Stellung zu nehmen. Daraus folgt, dass bei korrekter Auslegung des Art. 57a Abs. 1 Satz 1 IVG ein neuer Vorbescheid ergehen muss, wenn nach der Zustellung des (ersten) Vorbescheides weitere Sachverhaltsabklärungen vorgenommen worden sind, denn mit jeder Sachverhaltsergänzung ist die Möglichkeit verbunden, dass sich die vorgesehene Rechtsfolgeanordnung ändert. Die Beschwerdegegnerin hätte also nach der Einholung des Berichts von Dr. med. G.\_\_\_\_ einen neuen Vorbescheid erlassen und damit dem Beschwerdeführer Gelegenheit geben müssen, sich unter Berücksichtigung aller Akten zur vorgesehenen Erledigung - Nichteintreten auf das neue Rentengesuch und Abweisung des Gesuchs um berufliche Eingliederungsmassnahmen - zu äussern. Die



beiden angefochtenen Verfügungen sind demnach in Verletzung des Art. 57a Abs. 1 Satz 1 IVG ergangen.

2.2 Die beiden angefochtenen Verfügungen mögen zwar materiell rechtmässig sein, aber sie sind in Verletzung einer Verfahrensnorm zustande gekommen und damit rechtswidrig. Bei der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist praxisgemäss immer die Frage der sogenannten "Heilung" zu stellen. Gemeint ist damit das Ignorieren der Rechtswidrigkeit, die auf die Verletzung einer Verfahrensnorm zurückzuführen ist. Begründet wird die Heilung immer mit dem Grundsatz der Verfahrensökonomie bzw. aus der Sicht der versicherten Person gesprochen mit dem Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung. Anwendungsgebiet dieser Praxis ist aber nicht nur die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, sondern beispielsweise auch die Verletzung der Pflicht, bei der Abmahnung der Schadenminderungspflicht nach Art. 21 Abs. 4 ATSG eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen. Ist die Bedenkzeit objektiv zu kurz gewesen, um als angemessen qualifiziert werden zu können, wird dies aber von der versicherten Person gegenüber dem mit der Beurteilung der Sanktionsverfügung nach Art. 21 Abs. 4 ATSG befassten Gericht nicht moniert, so müsste diese Verletzung des Verfahrensrechts an sich von Amtes wegen in die Beurteilung der Sanktionsverfügung einfließen und dazu führen, dass die Verfügung als rechtswidrig qualifiziert und aufgehoben und die Sache anschliessend zur korrekten Durchführung des sogenannten Mahn- und Bedenkzeitverfahrens an die Verwaltung zurückgewiesen würde. Die Rechtswidrigkeit als Folge der Verletzung einer verfahrensrechtlichen Bestimmung hat eine besondere Natur, da das Verfahrensrecht nur dazu dient, die korrekte Einzelfallanwendung des materiellen Rechts sicherzustellen. Deshalb besteht bei einer formellen Rechtswidrigkeit nicht dasselbe Interesse an einer Korrektur wie bei einer materiellen Rechtswidrigkeit. Daraus folgt, dass bei einer Abwägung zwischen der durch eine "Heilung" erreichbaren Verfahrensbeschleunigung einerseits und dem Legalitätsprinzip, d.h. dem Interesse an einer auch formell rechtmässigen Entscheidung andererseits das verfahrensökonomische Interesse bzw. das Beschleunigungsinteresse in der Regel überwiegt, der verfahrensrechtliche Fehler also ignoriert und die zugrunde liegende materiell-rechtliche Frage beurteilt wird (vgl. Hansjörg Seiler, Abschied von der formellen Natur des rechtlichen Gehörs, SJZ 2004 S. 377 ff.).



2.3 Bei der Berufung auf die besondere formelle Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör, die bei einer Gehörsverletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten in der Sache selbst zu einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung zwingen soll (vgl. etwa den von der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers angegebenen BGE 127 V 437 Erw. 3d/aa m.H.), handelt es sich nur um eine historische Referenz an die Zeit, als die Verfahrensordnungen noch sehr rudimentär waren und den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht regelten, so dass – eigentlich in Ausfüllung einer echten Verfahrensrechtslücke – auf die Verfassung zurückgegriffen werden musste. Dabei wurde der Anspruch auf rechtliches Gehör im konkreten Verfahrenseinzelfall direkt mit Verfassungsrang (hergeleitet aus dem Persönlichkeitsschutz und der Menschenwürde) versehen und damit überhöht. Seitdem der Anspruch auf rechtliches Gehör im Verfahrensrecht geregelt und in eine bestimmte Form (Vorbescheid) gebracht (bzw. bei einsprachefähigen Verfügungen vom Verfahrensgesetzgeber bewusst ganz über Bord geworfen) worden ist, besteht kein Bedarf mehr nach einer solchen Überhöhung. Damit entfällt auch die Möglichkeit der Berufung auf die besondere formelle Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Bezogen auf den vorliegenden Fall bedeutet das, dass das Unterbleiben je eines zweiten Vorbescheids als "geheilt" betrachtet werden muss, weil die durch die materielle Beurteilung der beiden angefochtenen Verfügungen erreichte Verfahrensökonomie höher zu werten ist als die Nachholung zweier korrekter Vorbescheidsverfahren. Die anschliessend zu erlassenden neuen Verfügungen hätten nämlich wieder denselben Inhalt wie die angefochtenen beiden Verfügungen, wie sich den Äusserungen der Beschwerdegegnerin im Rahmen des Beschwerdeverfahrens klar entnehmen lässt.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer hat bei der ersten Anmeldung am 2. Juli 2004 nur die Rente als beanspruchte Leistung angekreuzt. Das daraufhin durchgeführte Verwaltungsverfahren hat nur die Prüfung einer allfälligen Rentenberechtigung beinhaltet. In der Verfügung vom 31. August 2005 ist dem Beschwerdeführer zwar empfohlen worden, er solle sich für die Arbeitsvermittlung an das zuständige RAV wenden, aber im – formell rechtskräftigen – Einspracheentscheid vom 27. Dezember 2005 hat die Beschwerdegegnerin dann ausschliesslich das Rentengesuch abgewiesen. Ein allfälliger Anspruch des Beschwerdeführers auf berufliche



Eingliederungsmassnahmen ist also am 27. Dezember 2005 weder explizit noch konkludent beurteilt worden. In Bezug auf die beruflichen Eingliederungsmassnahmen hat es sich bei der Anmeldung vom 5. April 2007 also nicht um eine sogenannte Neuanmeldung gemäss Art. 87 Abs. 4 IVV (per analogiam), sondern um ein erstmaliges Leistungsgesuch gehandelt. Die Beschwerdegegnerin ist deshalb zu Recht voraussetzungslos, d.h. ohne die Glaubhaftmachung einer leistungsrelevanten Sachverhaltsveränderung zu verlangen, auf die Anmeldung vom 5. April 2007 zum Bezug beruflicher Eingliederungsmassnahmen eingetreten. Sie hat demnach am 10. November 2008 auch zu Recht in der Sache verfügt.

3.2 Trotz der widersprüchlichen Begründung der Verfügung vom 10. November 2008, mit der ein Anspruch des Beschwerdeführers auf berufliche Eingliederungsmassnahmen verneint worden ist, hat es sich nach dem oben Ausgeführten um die erstmalige Prüfung eines solchen Anspruchs gehandelt. Ob sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers vorgängig verändert hatte bzw. ob aus medizinischer Sicht neue Tatsachen geltend gemacht worden waren oder nicht, ist deshalb irrelevant. Massgebend als Begründung der Abweisungsverfügung ist nur der Satz: "Ihnen sind jegliche Tätigkeiten uneingeschränkt zumutbar". Die Beschwerdegegnerin ist also davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer nach wie vor in einer adaptierten Hilfsarbeit zu 100% arbeitsfähig sei. Die vom Beschwerdeführer zur Glaubhaftmachung einer Veränderung eingereichten oder von der Beschwerdegegnerin zum gleichen Zweck eingeholten Berichte behandelnder Ärzte haben den aktuellen Arbeitsfähigkeitsgrad des Beschwerdeführers in einer adaptierten Hilfsarbeit nicht belegt. Die Beschwerdegegnerin hat es unterlassen, diesbezüglich weitere Abklärungen vorzunehmen. Für die Annahme einer 100%igen Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Hilfsarbeit muss die Beschwerdegegnerin deshalb auf das Ergebnis des früheren Verfahrens, das sie mit dem Einspracheentscheid vom 27. Dezember 2005 abgeschlossen hatte, abgestellt haben. Das kann nur in der Meinung geschehen sein, die Arbeitsfähigkeit einer versicherten Person werde immer nur im Rahmen der Prüfung eines Rentenbegehrens ermittelt, so dass in jenen Fällen, in denen die Arbeitsfähigkeit auch für den Anspruch auf eine berufliche Eingliederungsmassnahme (i.d.R. also für eine Umschulung) massgebend sei, keine eigenständige Abklärung der Arbeitsfähigkeit nötig sei. Deshalb müsse auch im vorliegenden Fall auf die im Rahmen der Rentenprüfung per 27. Dezember 2005



ermittelte Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers abgestellt werden. Der Normalfall ist tatsächlich die gleichzeitige Prüfung eines Rentenbedarfs und eines Bedarfs nach beruflicher Eingliederung. Hier kann kein Problem entstehen, weil die zu ermittelnde Arbeitsfähigkeit ohne weiteres für beide Leistungsarten massgebend ist. Aus diesem Normalfall kann aber entgegen der Meinung der Beschwerdegegnerin nicht abgeleitet werden, dass in jenen Fällen, in denen nur die berufliche Eingliederung zu prüfen sei, keine eigenständige Prüfung der Arbeitsfähigkeit erfolgen dürfe, weil auf die in einem früheren Rentenprüfungsverfahren ermittelte Arbeitsfähigkeit abgestellt werden müsse. Kann ein Gesuch um berufliche Eingliederungsmassnahmen nur umfassend geprüft werden, wenn der aktuelle Arbeitsfähigkeitsgrad feststeht, so muss die dazu notwendige Abklärung erfolgen, selbst wenn dies eine polydisziplinäre Begutachtung erfordert. Die aktuelle Arbeitsfähigkeit einer versicherten Person als Element der eingliederungsspezifischen Invalidität muss wie bei einer Rentenprüfung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststehen. Deshalb kann jedenfalls nicht auf den 2005 ermittelten Arbeitsfähigkeitsgrad des Beschwerdeführers abgestellt werden. Zu prüfen bleibt somit, ob die Beschwerdegegnerin den Antrag des Beschwerdeführers auf berufliche Eingliederungsmassnahmen hat verweigern können, ohne die aktuelle Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers zu kennen.

3.3 Der Beschwerdeführer hat zwar angegeben, er habe in seinem Herkunftsland den Maurerberuf erlernt, und die B. \_\_\_ hat ihn als Maurer bezeichnet. Der ihm ausgerichtete Lohn war aber ein Hilfsarbeiterlohn, denn als qualifizierter Maurer hätte der Beschwerdeführer im lohnmässig stark reglementierten Baugewerbe sicher einen höheren Lohn erhalten. Als Hilfsarbeiter hat der Beschwerdeführer grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Umschulung in einen Beruf (Art. 17 Abs. 1 IVG), da er nach einer Berufsausbildung besser qualifiziert wäre als vor dem Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung. Diese zusätzliche Qualifikation wäre nicht invaliditätsbedingt notwendig. Besteht allerdings in einer adaptierten Hilfsarbeit eine Arbeitsunfähigkeit, die im Vergleich zum Lohn als Hilfsbauarbeiter eine Erwerbseinbusse von wenigstens 20% bewirkt (vgl. Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Invalidenversicherung, bearbeitet von Ulrich Meyer, 2.A., S. 191 f.), so entsteht doch ein Umschulungsanspruch (der bei einem Hilfsarbeiter eigentlich de facto ein Anspruch auf eine erstmalige Berufsausbildung sein muss), selbst wenn es sich bei der Umschulung um eine



sogenannt höherwertige handelt. Nur so kann nämlich die umschulungsspezifische Invalidität, d.h. die wenigstens 20% betragende behinderungsbedingte Erwerbseinbusse, beseitigt werden. Da das Bestehen bzw. gegebenenfalls das Ausmass einer behinderungsbedingten Erwerbseinbusse in einer adaptierten Hilfsarbeit weitgehend vom Arbeitsfähigkeitsgrad in einer solchen Hilfsarbeit abhängt, hätte die Beschwerdegegnerin eigentlich den aktuellen Arbeitsfähigkeitsgrad des Beschwerdeführers mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ermitteln müssen, um einen allfälligen Umschulungsanspruch beurteilen zu können. Nun setzt die Umschulung aber nicht nur eine leistungsspezifische Invalidität, eben eine behinderungsbedingte Erwerbseinbusse von wenigstens 20%, voraus. Anders als bei der Invalidenrente muss kumulativ zur leistungsspezifischen Invalidität eine zweite Leistungsvoraussetzung erfüllt sein: Die versicherte Person muss fähig sein, eine entsprechende Umschulung erfolgreich zu absolvieren und damit die leistungsspezifische Invalidität zu beseitigen oder zu reduzieren. Der Beschwerdeführer müsste also in der Lage sein, die trotz seines langjährigen Aufenthalts in der Schweiz sehr dürftigen Deutschkenntnisse so zu verbessern, dass er in der Lage wäre, insbesondere dem schulischen Teil der Berufsausbildung zu folgen, er müsste sein Schulwissen so weit ergänzen, dass er fähig wäre, die Gewerbeschule zu absolvieren, und er müsste über die intellektuellen Fähigkeiten verfügen, die sowohl zur Bewältigung des Gewerbschulstoffes als auch zum Erlernen eines qualifizierten Berufes notwendig sind. Schliesslich müsste er auch entsprechend motiviert sein, denn eine zeitlich so aufwendige Ausbildung (Deutschunterricht, Nachholung der Schulausbildung bis zum Niveau Sekundarschulabschluss, mindestens dreijährige Lehre) kann nur mit einer besonders starken Motivation absolviert werden, insbesondere wenn die versicherte Person bereits einiges über 50 Jahre alt und immer nur einer Hilfsarbeit nachgegangen ist. Zudem müsste die nach dem Abschluss der Umschulung verbleibende erwerbliche Aktivitätsphase lang genug sein, um eine entsprechend teure berufliche Eingliederung vor dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu rechtfertigen. Ob der Beschwerdeführer diese besondere Motivation aufbringen würde, ist zu bezweifeln. Diese Frage kann aber offen bleiben, denn die intellektuellen Fähigkeiten des Versicherten reichen nicht aus, um eine Umschulung zu absolvieren. Der Psychiater des ABI hat nämlich beim Beschwerdeführer einen einfach strukturierten und konkretistischen Gedankengang festgestellt. Daran hat sich



inzwischen nichts ändern können. Der Beschwerdeführer ist 1953 geboren, d.h. nach dem Abschluss der Umschulung verbliebe keine relevante erwerbliche Aktivitätsphase mehr. Daraus folgt, dass die Beschwerdegegnerin einen Umschulungsanspruch zu Recht verneint hat, obwohl sie über die aktuelle Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers nicht informiert gewesen ist. Kommt eine Umschulung nicht in Betracht, besteht auch kein Bedarf nach einer Berufsberatung (Art. 15 IVG), denn es ist keine Berufsberatung notwendig, um eine adaptierte Hilfsarbeit zu suchen. Eine Wiedereinschulung in den bisherigen Beruf (Art.17 Abs. 2 IVG) kommt nicht in Betracht, weil der Beschwerdeführer nie einen Beruf erlernt hat, in den er wieder eingeschult werden könnte. Der Beschwerdeführer erfüllt aber die objektiven Voraussetzungen einer Arbeitsvermittlung (Art. 18 Abs. 1 lit. a IVG), denn er hat keine Arbeitsstelle. Ob er in einer adaptierten Hilfsarbeit zu 100% oder zu weniger als 100% arbeitsfähig ist, spielt seit dem Inkrafttreten der mit der 5. IV-Revision geänderten Fassung des Art. 18 Abs. 1 lit. a IVG keine Rolle mehr (vgl. das Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. Juni 2009, IV 2007/493, Erw. 3), denn damit ist die frühere bundesgerichtliche Praxis, die erst bei einer Arbeitsunfähigkeit auch in einer adaptierten Tätigkeit von wenigstens 5% eine arbeitsvermittlungsspezifische Invaliderität anerkennen wollte, nicht mehr massgebend. Nun setzt die Arbeitsvermittlung aber wie die anderen beruflichen Eingliederungsmassnahmen eine spezifische Motivation voraus, d.h. die arbeitslose versicherte Person muss überzeugt sein, arbeiten zu können, und sie muss tatsächlich arbeiten wollen. Die (oft nur verfahrenstaktisch begründete) Erklärung, berufliche Eingliederungsmassnahmen inklusive Arbeitsvermittlung zu wollen, reicht dazu nicht aus. Eine adäquate Motivation lässt sich etwa damit nachweisen, dass die versicherte Person bereits aus eigenem Antrieb begonnen hat, eine Arbeitsstelle zu suchen, oder dass sie sich zumindest an das RAV gewendet hat. Der Beschwerdeführer hat nichts dergleichen unternommen, d.h. es ist davon auszugehen, dass keine ausreichende Motivation vorhanden ist, eine Arbeitsstelle zu suchen und bei Erfolg auch anzutreten. Die subjektiven Voraussetzungen eines Anspruchs auf Arbeitsvermittlung sind also nicht erfüllt gewesen. Das ist für die Zukunft des Beschwerdeführers nicht belastend, weil die gemäss dem (analog anwendbaren) Art. 87 Abs. 4 IVV glaubhaft zu machende Sachverhaltsveränderung auch im Aufbringen der notwendigen Motivation wird bestehen können. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin



zu Recht jeden Anspruch des Beschwerdeführers auf berufliche Eingliederungsmassnahmen verneint hat.

4.

4.1 Ist eine Rente wegen eines zu geringen Invaliditätsgrades verweigert worden, so wird eine neue Anmeldung nur geprüft, wenn glaubhaft gemacht wird, dass sich der Invaliditätsgrad in einer für den Anspruch erheblichen Weise geändert habe (Art. 87 Abs. 4 i.V.m. Art. 87 Abs. 3 IVV). Da der Invaliditätsgrad das Resultat eines komplexen Vorgangs, nämlich in der Regel eines Einkommensvergleichs gemäss Art. 16 ATSG ist, muss praxisgemäss nicht eine erhebliche Veränderung des Invaliditätsgrades, sondern nur eine erhebliche Veränderung des dem Invaliditätsgrad zugrunde liegenden Sachverhalts glaubhaft gemacht werden. Erheblich ist die glaubhaft gemachte Sachverhaltsveränderung, wenn anzunehmen ist, dass sie zu einer massgeblichen Veränderung des Invaliditätsgrades führt. Diese Sachverhaltsveränderung kann insbesondere die Arbeitsfähigkeit, das Ausgangseinkommen zur Ermittlung des Invalideneinkommens, den in der Verwaltungspraxis missverständlich als "Leidensabzug" bezeichneten zusätzlichen Abzug von einem statistischen Durchschnittseinkommen, das Valideneinkommen und nach der Ansicht des Bundesgerichts sogar die Umstände betreffen, von denen die Wahl der Methode zur Bemessung der Invalidität abhängt. Die Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 4 IVV sind also beispielsweise dann erfüllt, wenn die versicherte Person eine Erhöhung ihres Arbeitsunfähigkeitsgrades auf ein Mass glaubhaft gemacht hat, das einen Rentenanspruch begründen würde. Art. 87 Abs. 4 IVV stellt aber nicht nur eine Eintretenshürde auf, er ordnet auch an, dass die sich neu anmeldende versicherte Person die Glaubhaftmachungslast zu tragen habe, d.h. dass die versicherte Person jene Indizien zu sammeln und der IV-Stelle vorzulegen habe, die eine erhebliche Veränderung glaubhaft machen. Die sich neu anmeldende versicherte Person kann sich also nicht darauf beschränken, eine bestimmte Sachverhaltsveränderung zu behaupten, um sich dann zurückzulehnen und zuzusehen, wie die IV-Stelle in Erfüllung des Untersuchungsgrundsatzes die Indizien zur Glaubhaftmachung dieser Behauptung sammelt. Vielmehr ist der Untersuchungsgrundsatz bei der Glaubhaftmachung nach Art. 87 Abs. 4 IVV ausgeschaltet. Die sich neu anmeldende versicherte Person muss also die Arztzeugnisse anfordern und der IV-Stelle einreichen, mit denen sie die von ihr



behauptete Verschlechterung des Gesundheitszustandes bzw. die daraus resultierende Erhöhung der Arbeitsunfähigkeit glaubhaft machen will.

4.2 Das Anmeldeformular enthält keinen Hinweis auf die Eintretenshürde und die Glaubhaftmachungslast nach Art. 87 Abs. 4 IVV. Die Beschwerdegegnerin hat die entsprechende Information mit einem Schreiben an den damaligen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers nachgeholt. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat von sich aus einen Bericht von Dr. med. E.\_\_\_\_ in Auftrag gegeben und der Beschwerdegegnerin eingereicht. In diesem Bericht vom 5. April 2007 hat Dr. med. E.\_\_\_\_ zwar eine Verschlechterung (akute Dysfunktion im Bereich der BWS) angegeben, aber er hat auch darauf hingewiesen, dass es sich um eine interkurrente Erkrankung gehandelt habe, weil seine Therapie erfolgreich gewesen sei. Dieser Bericht enthält also keinen Hinweis auf eine dauernde, erhebliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes bzw. auf eine Reduktion der Arbeitsfähigkeit. Trotz der Aufforderung vom 20. April 2007 an den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Arztberichte zur Glaubhaftmachung der behaupteten Verschlechterung einzureichen, hat die Beschwerdegegnerin von sich aus am 18. Juni 2007 bei Dr. med. E.\_\_\_\_, Dr. med. A.\_\_\_\_, Dr. med. C.\_\_\_\_ und bei Dr. med. D.\_\_\_\_ und am 29. Juni 2007 auch noch beim X.\_\_\_\_ Berichte angefordert. Warum sie der Auffassung gewesen ist, sie müsse den - anwaltlich vertretenen - Beschwerdeführer bei der Glaubhaftmachung der behaupteten Verschlechterung unterstützen, lässt sich nicht nachvollziehen. Entscheidend ist aber, dass die Beschwerdegegnerin damit bewusst bei der Eintretensprüfung geblieben ist. Es besteht keine Veranlassung anzunehmen, sie sei konkludent auf die Neuanschuldung eingetreten, unmittelbar bevor sie die Arztberichte angefordert habe, so dass diese Arztberichte nur noch der materiellen Prüfung der Anmeldung hätten dienen können. Im Übrigen wäre ein solches Eintreten rechtswidrig gewesen, da es gegen Art. 87 Abs. 4 IVV verstossen hätte. Die Arztberichte waren tatsächlich dazu da, die Glaubhaftigkeit der von der Beschwerdeführerin behaupteten Verschlechterung des Gesundheitszustandes zu prüfen. Dr. med. A.\_\_\_\_ hat am 9. August 2007 angegeben, dass sich seit dem Gutachten vom 27. Mai 2005 nicht viel geändert habe. Sein Bericht enthält keinen Hinweis auf eine erhebliche und dauernde Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers. Dasselbe gilt für den Bericht von Dr. med. C.\_\_\_\_ vom 19. September 2007. Dr. med. C.\_\_\_\_ hat zwar auch für eine adaptierte Tätigkeit eine Teilarbeitsunfähigkeit nicht ausgeschlossen, aber



er hat eine Begutachtung vorgeschlagen, um diese Frage zu beantworten. Das zwingt zum Schluss, dass er das Gutachten aus dem Jahr 2005 nicht gekannt hat. Die von ihm vorgeschlagene Begutachtung war demnach nicht als Verlaufsbeurteilung gedacht, die eine mögliche Verschlechterung aufdecken sollte. Dr. med. C. \_\_\_ hat vielmehr eine tendenziell abweichende Einschätzung eines unveränderten Sachverhalts vorgenommen. Dr. med. D. \_\_\_ hat aus der Sicht seines Fachgebietes überhaupt keine Arbeitsunfähigkeit festgestellt. Auch im Bericht vom Dr. med. G. \_\_\_ vom 12. September 2008 fehlt ein Hinweis auf eine mögliche dauernde Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers. Der nachgereichte Bericht des Kantonsspitals St. Gallen kann nicht gewürdigt werden, da eine nachträgliche Glaubhaftmachung ausgeschlossen sein muss. Sie würde nämlich zu dem paradoxen und damit unzulässigen Ergebnis führen, dass eine rechtmässige Nichteintretensverfügung aufgehoben werden müsste. Im Übrigen enthält auch dieser Bericht keinen Hinweis auf eine relevante Verschlechterung. Zusammenfassend ist festzustellen, dass in den vom Beschwerdeführer eingereichten und in den von der Beschwerdegegnerin für ihn eingeholten Arztberichten jeder Hinweis auf eine anhaltende Verschlechterung des somatischen Gesundheitszustandes fehlt. Eine Verschlechterung der psychischen Gesundheit ist weder behauptet noch gar glaubhaft gemacht worden. Da es dem Beschwerdeführer also trotz der Unterstützung durch die Beschwerdegegnerin nicht gelungen ist, eine dauernde, erhebliche Erhöhung der Arbeitsunfähigkeit glaubhaft zu machen, ist die Beschwerdegegnerin zu Recht nicht auf die Neuanmeldung zum Bezug einer Invalidenrente eingetreten.

5.

Da sich die beiden angefochtenen Verfügungen vom 10. November 2008 als rechtmässig erweisen, sind die dagegen erhobenen Beschwerden abzuweisen. Damit ist auch das Begehren um die Zusprache einer Parteientschädigung von Fr. 3'865.10 abzuweisen. Grundsätzlich trägt der unterliegende Beschwerdeführer die Gerichtskosten. Diese bemessen sich nach dem Verfahrensaufwand (Art. 69 Abs. 1<sup>bis</sup> IVG). Der Verfahrensaufwand hat trotz der Tatsache, dass zwei vereinigte Beschwerden zu beurteilen gewesen sind, das Mass eines durchschnittlichen IV-Verfahrens nur geringfügig überschritten. Deshalb erweist sich praxisgemäss eine Gerichtsgebühr von Fr. 700.- als angemessen. Dem Beschwerdeführer ist am 2. Juni 2009 die



unentgeltliche Prozessführung bewilligt worden. Das bedeutet, dass er von der Bezahlung dieser Gerichtsgebühr zu befreien ist. Ausserdem übernimmt der Staat die Vertretungskosten, wobei gemäss Art. 31 Abs. 3 des st. gallischen Anwaltsgesetzes nur 80% des Honorars vergütet werden. Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers hat ein Honorar von Fr. 3'350.- in Rechnung gestellt. Als Entschädigung für die unentgeltliche Rechtsbeiständung sind Fr. 2'680.- zu vergüten. Dazu kommen die Barauslagen von Fr. 242.10 und die Mehrwertsteuer von Fr. 222.10. Der Staat entschädigt die Rechtsbeiständin des Beschwerdeführers also mit Fr. 3'144.20. Aufgrund des jeweiligen Verfahrens- und Vertretungsaufwandes davon auszugehen ist, dass sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Entschädigung für die Rechtsbeiständung hälftig auf die beiden (vereinigten) Beschwerdeverfahren aufzuteilen ist. Wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers es später einmal gestatten sollten, wird der Staat den Beschwerdeführer jedoch zur Nachzahlung des vom ihm entschädigten Teils der Gerichts- und Parteikosten verpflichtet (Art. 99 Abs. 2 VRP/SG i.V.m. Art. 288 Abs. 1 ZPO/SG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. Die Beschwerde gegen die Abweisungsverfügung vom 10. November 2008 wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde gegen die Nichteintretensverfügung vom 10. November 2008 wird abgewiesen.
3. Der Beschwerdeführer wird im Sinne der Erwägungen von der Bezahlung der Gerichtskosten von insgesamt Fr. 700.- befreit.
4. Der Staat entschädigt die Rechtsbeiständin des Beschwerdeführers mit insgesamt Fr. 3'144.20.