



**Fall-Nr.:** IV 2009/1  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** IV - Invalidenversicherung  
**Publikationsdatum:** 13.07.2020  
**Entscheiddatum:** 16.09.2010

### **Entscheid Versicherungsgericht, 16.09.2010**

**Art. 16 ATSG, aArt. 28 IVG. Während eines instabilen Gesundheitszustands aufgrund mehrfacher Operationen ist für die Invaliditätsbemessung auf die Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit abzustellen. Erst wenn die Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit geprüft werden kann, ist ab diesem Zeitpunkt die Invaliditätsbemessung anzupassen. Sodann ist bei Männern, die auch bei ganztägiger Anwesenheit eine reduzierte Leistungsfähigkeit aufweisen, ein Teilzeitabzug im Rahmen des sogenannten "Leidensabzugs" gerechtfertigt (Entscheid des Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen vom 16. September 2010, IV 2009/1).**

Entscheid Versicherungsgericht, 16.09.2010

Abteilungspräsidentin Karin Huber-Studerus, Versicherungsrichterin Monika Gehrler-Hug, Versicherungsrichter Joachim Huber; Gerichtsschreiberin Philia Roth

Entscheid vom 16. September 2010

in Sachen

T.\_\_\_\_,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Simon Näscher, Alte Landstrasse 106,

Postfach 101, 9445 Rebstein,

gegen



## St.Galler Gerichte

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Rente

Sachverhalt:

A.

A.a T.\_\_\_\_ (Jahrgang 1960) meldete sich am 8. März 2006 zum Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung an (IV-act. 4). Die Arbeitgeberin berichtete der IV-Stelle des Kantons St. Gallen am 21. März 2006, der Versicherte habe vom 1. Juli 1998 bis 31. Oktober 2005 als Allrounder im A.\_\_\_\_ gearbeitet. Er habe Fr. 4'500.-- pro Monat verdient (IV-act. 12-4/10 f.). Dr. med. B.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Medizin FMH, gab der IV-Stelle am 21. Juni 2006 an, der Versicherte leide an einem St. n. dorsaler Spondylodese 06/05 mit Schraubenfehlage 04/06 und sei seit Juni 2005 100% arbeitsunfähig. Eine wechselbelastende Tätigkeit im Sitzen und Stehen sei dem Versicherten zu 50 bis 75% zumutbar (IV-act. 17). Im Verlaufsbericht vom 30. Januar 2007 führte der Hausarzt Dr. B.\_\_\_\_ aus, der Zustand des Versicherten habe sich nicht gebessert. Eine angepasste Tätigkeit sei vielleicht später zwei bis vier Stunden pro Tag zumutbar (IV-act. 23).

A.b Dr. med. C.\_\_\_\_, Fachärztin für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, Klinik für Orthopädische Chirurgie des Kantonsspitals St. Gallen, berichtete der IV-Stelle am 19. April 2007, die Diagnose sei unverändert. Die bisherige Tätigkeit sei dem Versicherten nicht mehr zumutbar. Er werde in der Lage sein, eine körperlich nicht anstrengende Arbeit auszuüben, wenn er nach Bedarf mal sitzen, mal stehen könne. Dabei bestünde keine Einschränkung der Leistungsfähigkeit (IV-act. 24). Der Hausarzt gab am 13. Juni 2007 an, eine weitere Operation sei geplant. Die bisherige Tätigkeit sei nicht mehr zumutbar. Eine adaptierte Tätigkeit in wechselnden Positionen sei vier bis sechs Stunden pro Tag mit einer Leistungseinschränkung von 25 bis 50% möglich (IV-act. 25).



## St.Galler Gerichte

A.c Dr. med. D.\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates FMH, berichtete der IV-Stelle am 17. September 2007, der Gesundheitszustand habe sich verbessert. Der Versicherte sei am 29. Juni 2007 erneut operiert worden. Sechs Wochen nach Schraubenneupositionierung sowie Respondylodese liege ein akzeptabler Verlauf vor. Ob eine bleibende Einschränkung von mindestens 20% in der aktuellen Tätigkeit festzustellen sei, könne sechs Wochen nach der Operation noch nicht beurteilt werden (IV-act. 30). Der Regionale Ärztliche Dienst (RAD) Ostschweiz gab in seiner Stellungnahme vom 5. Oktober 2007 an, die Wiederaufnahme der bisherigen Tätigkeit sei kaum mehr zumutbar. Eine rückenadaptierte, wechselbelastende, leichte bis eventuell mittelschwere Tätigkeit in wechselnden Körperpositionen dürfte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu 50 bis 100% möglich sein. Aktuell befinde sich der Versicherte in der postoperativen Phase. Eine genauere Aussage über den Arbeitsfähigkeitsgrad dürfte ab Januar 2008 zu treffen sein. Berufliche Eingliederungsmassnahmen seien bereits zum aktuellen Zeitpunkt angezeigt (IV-act. 31).

A.d Am 30. Oktober 2007 besuchte der Eingliederungsberater den Versicherten zu Hause. Er informierte ihn über mögliche leidensadaptierte Tätigkeiten und Massnahmen der IV. Der Versicherte habe wiederholt erklärt, er fühle sich zurzeit nicht arbeitsfähig. Er erwarte eine finanzielle Unterstützung der IV. Daher schloss der Eingliederungsberater den Fall ab (IV-act. 36 und 38). Die entsprechende Mitteilung der IV-Stelle an den Versicherten erfolgte am 11. Juni 2008 (IV-act. 54).

A.e Bereits am 13. Dezember 2007 berichteten die Ärzte der Klinik für Neurologie des Kantonsspitals St. Gallen, gemäss ihrer Untersuchung vom 16. November 2007 leide der Versicherte an einem chronischen, lumboischialgieformen Schmerzsyndrom mit anamnestisch intermittierend sensomotorischen Ausfällen beidseits rechtsbetont. Aktuell habe man klinisch und elektrophysiologisch keine sicheren Hinweise auf eine Mononeuropathie, eine Plexopathie oder eine lumbale Radikulopathie feststellen können. Die Beschwerden seien am ehesten muskuloskelettal bedingt (IV-act. 40). Auf Empfehlung des RAD vom 12. Februar 2008 beauftragte die IV-Stelle am 18. Februar 2008 das Medizinische Gutachtenzentrum St. Gallen (MGSG) mit der bidisziplinären Begutachtung des Versicherten (IV-act. 44 und 47).



## St.Galler Gerichte

A.f Am 27. Mai 2008 erstellte das MGSG das Gutachten. Der Versicherte war am 11. April 2008 von Dr. med. E.\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates FMH und Sportmedizin (SGSM), und am 20. Mai 2008 von Dr. med. univ. F.\_\_\_\_, österreichischer Facharzt für Psychiatrie, psychotherapeutische Medizin und Neurologie sowie Arzt für psychosoziale Medizin und Psychosomatik, untersucht worden. Als Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit gaben die Gutachter einen inkompletten Durchbau bei St. nach dorsaler Spondylodese L5/S1 mit dorsaler Dekompression beidseits 06/05 und zweimaliger Revision mit Spongiosaanlagerung und Schraubenneupositionierung 04/06 und 07/07 sowie eine Präadipositas an. Ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit bestehe eine leichte Anpassungsstörung. Die lumbalen Schmerzen und die abnormen Untersuchungsbefunde der LWS könnten aufgrund des CT-Befundes vom 14. April 2008 auf die dabei nachgewiesene inkomplette ossäre Konsolidation nach Spondylodese L5/S1 zurückgeführt werden. Die Prognose sei bei St. n. dreimaligen Voreingriffen ungünstig. Zudem führe auch das Übergewicht zu einer vermehrten Belastung der LWS. Dadurch sei der Versicherte in seiner Leistungsfähigkeit eingeschränkt. Körperlich schwere Arbeiten seien ihm seit Juni 2005 nur noch zu 15% zumutbar. Eventuell könnte durch eine erfolgreiche chirurgische Revision eine leichte Steigerung der Arbeitsfähigkeit erzielt werden. Körperlich leichte Tätigkeiten in temperierten Räumen, die abwechslungsweise sitzend und stehend durchgeführt werden können, ohne dass dabei regelmässig inklinierte und reklinierte sowie rotierte Körperhaltungen eingenommen und Gegenstände über 10 kg gehoben oder getragen werden müssten, seien dem Versicherten zu 70% zumutbar. Eine Arbeitsunfähigkeit aus psychiatrischer Sicht bestehe nicht (IV-act. 50).

A.g Mit Vorbescheid vom 11. Juni 2008 stellte die IV-Stelle die Abweisung des Rentengesuchs in Aussicht. Die fachmedizinische Abklärung habe ergeben, dass der Versicherte in der angestammten Tätigkeit als Allrounder im A.\_\_\_\_ wesentlich eingeschränkt sei. In einer körperlich leichten, wechselbelastenden Tätigkeit bestehe bei einer ganztägigen Anwesenheit eine Restarbeitsfähigkeit von 70%. Das zumutbare Erwerbseinkommen betrage ohne Behinderung Fr. 61'056.-- und mit Behinderung Fr. 38'014.--. Aus der Gegenüberstellung resultiere eine Erwerbseinbusse von Fr. 23'041.-- beziehungsweise ein Invaliditätsgrad von 38%. Da dieser unter 40% liege, bestehe kein Rentenanspruch (IV-act. 56). Dagegen liess der Versicherte am 14. Juli



2008 und 15. August 2008 einwenden, er sei mit dem Vorbescheid nicht einverstanden (IV-act. 62 und 64). Mit Verfügung vom 14. November 2008 wies die IV-Stelle das Rentengesuch ab. Zu den Einwänden des Rechtsvertreters führte sie aus, aus medizinischer Sicht sei das Gutachten objektiv und nachvollziehbar. Die subjektiven Ansichten und Interpretationen des Rechtsvertreters würden an der Nachvollziehbarkeit nichts ändern (IV-act. 68).

B.

B.a Gegen diese Verfügung liess der Versicherte am 5. Januar 2009 Beschwerde erheben. Er beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 14. November 2008 und die Zusprache einer vollen (richtig: ganzen) Invalidenrente auf der Grundlage eines Invaliditätsgrads von 100%. Eventualiter sei ein neutrales Gesuch bezüglich der Arbeitsfähigkeit einzuholen. Das Gutachten von Dr. E.\_\_\_\_ sei nicht schlüssig, da als einzige Behandlungsmassnahme mit Aussicht auf Erfolg eine weitere chirurgische Revision genannt werde. Ausserdem habe der Gutachter klar festgehalten, dass der Beschwerdeführer in seiner Leistungsfähigkeit eingeschränkt sei. Der RAD sei bereits in seiner Stellungnahme vom 5. Oktober 2007 von einer Arbeitsfähigkeit von 50 bis 100% ausgegangen. Daher liege der Verdacht nahe, dass der Gutachter seine Arbeitsfähigkeitsschätzung entsprechend dieser "Vorgabe" vorgenommen habe. Dieser Verdacht werde dadurch erhärtet, dass Dr. G.\_\_\_\_ vom Kantonsspital St. Gallen davon ausgehe, dass eine IV-Berentung nötig sei. Auch Dr. B.\_\_\_\_ sei dieser Ansicht. Deshalb sei offensichtlich, dass das Gutachten unter einer deutlichen Befangenheit verfasst worden sei (G act. 1).

B.b Die zuständige Verfahrensleitung bewilligte mit Zwischenentscheid vom 12. Februar 2009 das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung (G act. 7).

B.c Die Beschwerdegegnerin beantragte in der Beschwerdeantwort vom 11. Februar 2009 die Abweisung der Beschwerde. Es gebe keine Hinweise, die eine Beeinflussung der Gutachter belegen würden. Auf die beiden Gutachten könne abgestellt werden. Der Beschwerdeführer habe im Jahr 2005 ein Einkommen von Fr. 58'500.-- erzielt. Das Invalideneinkommen sei anhand der schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) zu



## St.Galler Gerichte

berechnen. Hilfsarbeiter hätten im Jahr 2005 durchschnittlich Fr. 59'197.-- verdient. Das Invalideneinkommen sei aufgrund der geringen Differenz zum Valideneinkommen von 1% nicht anzupassen. Der Beschwerdeführer könne nur noch leichte Hilfstätigkeiten ausführen; somit sei ein Leidensabzug von 10% vorzunehmen. Das Invalideneinkommen betrage somit Fr. 32'294.-- (Fr. 59'197.-- x 0.7 x 0.9), woraus ein Invalideneinkommen von 36% resultiere. Damit sei kein Anspruch auf eine IV-Rente gegeben (G act. 5).

B.d In der Replik vom 27. März 2009 hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen fest. Er sei am 13. Januar 2009 zur Nachkontrolle im Kantonsspital St. Gallen aufgeboden gewesen. Dabei habe man eine Pseudoarthrose festgestellt. Diese könne durchaus lumbosakrale Rückenschmerzen verursachen. Eine weitere operative Revision sei vorgeschlagen worden. Eine Beschwerdefreiheit sei auch mit dieser Massnahme nicht zu erwarten (G act. 10.1.1). Dagegen sei Gutachter E.\_\_\_\_ der Meinung, eine chirurgische Revision könne eine Steigerung der Arbeitsfähigkeit bewirken. Dies stelle einen erheblichen Widerspruch in den ärztlichen Beurteilungen dar, was ein Obergutachten erforderlich mache. Zudem habe der Hausarzt in seinem Bericht vom 30. Dezember 2008 (G act. 10.1.2) eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit bestätigt (G act. 10).

B.e Die Beschwerdegegnerin verzichtete am 6. April 2009 auf eine Duplik (G act. 12).

Erwägungen:

1.

Am 1. Januar 2008 sind die Änderungen des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) und anderer Erlasse wie des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) in Kraft getreten. Bei der Prüfung eines allenfalls schon vorher entstandenen Anspruchs auf eine Rente der Invalidenversicherung sind die allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln heranzuziehen, wonach in zeitlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei Verwirklichung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts galten. Demzufolge ist der vorliegend zu beurteilende Rentenanspruch für die Zeit bis



zum 31. Dezember 2007 auf Grund der bisherigen und ab diesem Zeitpunkt - bis zum Erlass der strittigen Verfügung vom 14. November 2008, welcher rechtsprechungsgemäss die zeitliche Grenze der richterlichen Überprüfungsbefugnis bildet (BGE 132 V 215 neues Fenster E. 3.1.1 S. 220 mit Hinweisen) - nach den neuen Normen zu prüfen (BGE 130 V 445 neues Fenster E. 1 S. 446 f. [mit Hinweis u.a. auf BGE 130 V 329 neues Fenster]). Dies fällt materiellrechtlich indessen nicht ins Gewicht, weil die 5. IV-Revision hinsichtlich der Invaliditätsbemessung keine substantziellen Änderungen gegenüber der bis 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Rechtslage (nachstehend: aArt.) gebracht hat, sodass die zur altrechtlichen Regelung ergangene Rechtsprechung weiterhin massgebend ist. Neu normiert wurde demgegenüber der Zeitpunkt des Rentenbeginns, der, sofern die entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind (Art. 28 Abs. 1 IVG), gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG frühestens sechs Monate nach Geltendmachung des Leistungsanspruchs nach Art. 29 Abs. 1 ATSG entsteht. Da sich der Beschwerdeführer bereits am 8. März 2006 bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug angemeldet hatte, wäre ein allfälliger Rentenanspruch bereits vor dem 1. Januar 2008 entstanden, weshalb sich diese Neuerung auf den hier zu prüfenden Fall nicht auswirkt (vgl. Urteile des Bundesgerichts vom 23. Dezember 2008 [8C\_829/2008] E. 2.1 und vom 28. August 2008 [8C\_373/2008] E. 2.1, je mit Hinweis).

2.

2.1 Der Rechtsvertreter des Versicherten macht geltend, die Gutachter seien befangen. Er begründet dies damit, dass der RAD bereits am 5. Oktober 2007 von einer Arbeitsfähigkeit von 50 bis 100% ausgegangen sei. Der Gutachter habe sich an diese "Vorgabe" gehalten. Der Verdacht werde dadurch erhärtet, dass Hausarzt und Spitalarzt von der Notwendigkeit einer Berentung ausgegangen seien (G act. 1). Die Rüge der Befangenheit ist vorab zu beurteilen. Nach der Rechtsprechung gelten für Sachverständige grundsätzlich die gleichen Ausstands- und Ablehnungsgründe, wie sie für das Gericht vorgesehen sind. Danach ist Befangenheit anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit zu erwecken (BGE 132 V 93 E. 7.1). Bei der Befangenheit handelt es sich allerdings um einen inneren Zustand, der nur schwer bewiesen werden kann. Es braucht daher für die Ablehnung nicht nachgewiesen zu werden, dass die sachverständige Person



tatsächlich befangen ist. Es genügt vielmehr, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Bei der Beurteilung des Anscheins der Befangenheit und der Gewichtung solcher Umstände kann jedoch nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden. Das Misstrauen muss vielmehr in objektiver Weise als begründet erscheinen. Im Hinblick auf die grosse Bedeutung, welche den Arztgutachten im Sozialversicherungsrecht zukommt, ist an die Unparteilichkeit des Gutachters ein strenger Massstab anzusetzen (BGE 120 V 364 E. 3).

2.2 Der Bericht des RAD vom 5. Oktober 2007 wird im Gutachten von Dr. E.\_\_\_\_ nicht namentlich erwähnt, sondern es wird pauschal auf von der Beschwerdegegnerin gelieferte Unterlagen und dabei insbesondere auf die Arztberichte, den Arbeitgeberbericht und den Schlussbericht der Eingliederungsberatung verwiesen. Zudem hat der RAD mit seiner Einschätzung zur zumutbaren Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit von 50 bis 100% lediglich die objektive Aktenlage zusammengefasst, da bereits der Hausarzt des Beschwerdeführers in seinem Bericht vom 21. Juni 2006 eine Teilarbeitsfähigkeit von 50 bis 75% als zumutbar erachtet hatte (vgl. IV-act. 17). Auch die späteren Arztberichte haben eine Teilarbeitsfähigkeit von 25 bis 50 beziehungsweise 100% bestätigt (vgl. IV-act. 23, 24, 25). Schliesslich ist aus dem Gutachten nicht das geringste Indiz ersichtlich, dass der erwähnte RAD-Bericht als "Vorgabe" gedient haben könnte. Die Arbeitsfähigkeitsschätzungen der behandelnden Ärzte oder Stellungnahmen des RAD werden nicht zitiert. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers bringt eine nicht zu belegende Behauptung vor. Die Rüge der Befangenheit ist unbegründet.

3.

3.1 Streitig und im vorliegenden Verfahren zu beurteilen ist, ob der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Invalidenrente hat. Die Beschwerdegegnerin hat in der angefochtenen Verfügung entsprechende Leistungen abgelehnt, der Beschwerdeführer lässt im Gerichtsverfahren einzig eine Rente beantragen. Ergäbe sich allerdings, dass ohne Eingliederungsmassnahmen ein Rentenanspruch in Frage steht, so gehörte zum Streitgegenstand notwendigerweise auch die Frage, ob die Verwaltung den Grundsatz



"Eingliederung vor Rente" beachtet und eine allfällige Pflicht des Beschwerdeführers zu Massnahmen korrekt in Anspruch genommen hat.

3.2 Nach aArt. 28 Abs. 1 IVG besteht der Anspruch auf eine ganze Invalidenrente, wenn die versicherte Person mindestens zu 70%, derjenige auf eine Dreiviertelsrente, wenn sie mindestens zu 60% invalid ist. Bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50% besteht Anspruch auf eine halbe Rente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40% auf eine Viertelsrente. Gemäss aArt. 28 Abs. 2 IVG i.V.m. Art. 16 ATSG ist die Invalidität grundsätzlich durch einen Einkommensvergleich zu ermitteln. Dabei wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach dem Eintritt der Invalidität und nach der Durchführung der notwendigen und zumutbaren Eingliederungsmassnahmen bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre.

3.3 Für das gesamte Verwaltungs- und gerichtliche Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgericht die Beweise frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft des Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten (BGE 125 V 352 E. 3a mit Hinweisen).

4.

4.1 Die Höhe der behinderungsbedingten Erwerbseinbusse hängt vor allem von der ärztlichen Arbeitsfähigkeitsschätzung ab, d.h. davon, in welchem Umfang für die versicherte Person noch eine Tätigkeit in Betracht fällt (BGE 125 V 261 E. 4). Die



Beschwerdegegnerin stellt auf das Ergebnis der MGSG-Begutachtung vom 27. Mai 2008 ab, wonach dem Beschwerdeführer die bisherige Tätigkeit seit Juni 2005 noch zu 15% zumutbar sei und eine adaptierte Tätigkeit zu 70% ausgeübt werden könne. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht geltend, das Gutachten von Dr. E.\_\_\_\_ sei nicht schlüssig, weil als einzige Behandlungsmassnahme eine weitere Operation vorgeschlagen werde und ausserdem eine Einschränkung der Leistungsfähigkeit bestätigt werde. Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Die Frage betreffend weiteren medizinischen Behandlungsmassnahmen bezieht sich auf die Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers in Zukunft. Sollte nämlich eine weitere Operation durchgeführt werden und damit eine Verbesserung der Arbeitsfähigkeit erreicht werden können, so würde sich bei stabilen gesundheitlichen Verhältnissen die Frage einer Rentenrevision stellen. Dr. E.\_\_\_\_ hat also mit dem Hinweis auf eine erneute chirurgische Revision als einzig verbliebene Behandlungsmassnahme die Frage beantwortet, ob medizinische Massnahmen allenfalls eine Verbesserung des IST-Zustandes ermöglichen würden. Dagegen hat der Gutachter mit der Arbeitsfähigkeitsschätzung den aktuellen Zustand erhoben. Gestützt darauf war eine Rentenprüfung möglich. Vorliegend ergeben sich aus dem Gutachten keine Hinweise, wonach die mögliche Option einer späteren Revisionsoperation zur eventuellen Verbesserung der Arbeitsfähigkeit die aktuelle Arbeitsfähigkeitsschätzung als nicht nachvollziehbar erscheinen liesse.

4.2 Das Wartejahr nach aArt. 29 Abs. 1 IVG begann im Juni 2005 zu laufen. Relevant ist nach dem Wortlaut des Gesetzes in aArt. 29 IVG Abs. 1 lit. b die während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40%ige Arbeitsunfähigkeit nach Art. 6 ATSG. Gemäss Art. 6 ATSG ist dabei die Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich gemeint. Wie aus den Akten hervorgeht, ist nach übereinstimmender Auffassung der behandelnden und begutachtenden Ärzte dem Beschwerdeführer die bisherige Tätigkeit als Allrounder im A.\_\_\_\_ seit Juni 2005 nicht mehr oder nur noch in einem maximalen Ausmass von 15% zumutbar. Der Wechsel auf eine leidensadaptierte Tätigkeit war dem Beschwerdeführer lange Zeit nicht zumutbar, weil er wiederholt operiert werden musste und anschliessend rekonvaleszent war. Der Hausarzt hat in seinem Bericht vom 21. Juni 2006 darauf hingewiesen, dass es aktuell noch zu früh sei, um betreffend einer adaptierten Tätigkeit Entscheidungen zu fällen (vgl. IV-act. 17). Ebenso hat er in seinem



Bericht vom 30. Januar 2007 erwähnt, dass eine Teilarbeitsfähigkeit zu einem späteren Zeitpunkt möglicherweise zumutbar sei. Aktuell sei die medizinische Behandlung noch nicht abgeschlossen (IV-act. 23). Auch Dr. C.\_\_\_\_ hat in ihrem Bericht vom 19. April 2007 auf die Notwendigkeit weiterer Abklärungen betreffend Operationsindikation hingewiesen, als sie ihre Arbeitsfähigkeitsschätzung bezüglich einer leidensadaptierten Tätigkeit abgegeben hat (IV-act. 24). Damit in Übereinstimmung hat der RAD den Gesundheitszustand in seiner Stellungnahme vom 28. November 2006 sowie vom 26. Juni 2007 als instabil bezeichnet. Eine weitere Revisionsoperation sei vorgesehen (IV-act. 21 und 26). Ebenso hat der RAD in seiner Stellungnahme vom 5. Oktober 2007 darauf hingewiesen, dass sich der Beschwerdeführer aktuell in der postoperativen Phase befinde, die in der Regel bis gut sechs Monate nach der Operation andauere. Eine genauere Aussage betreffend Arbeitsfähigkeitsgrad in einer adaptierten Tätigkeit dürfte erst ab Januar 2008 möglich sein (IV-act. 31). Am 11. April 2008 fand die orthopädische Begutachtung zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit statt (IV-act. 50). Das Gutachten wurde mit der psychiatrischen Teilbegutachtung am 20. Mai 2008 vervollständigt (IV-act. 51). Einen Beginn der zumutbaren Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit haben die Gutachter nicht genannt. Unter den gegebenen Umständen ist davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer ab der Begutachtung im April 2008 eine 70%ige Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit zumutbar war. Davor hat kein stabiler Gesundheitszustand bestanden. Der Invaliditätsgrad kann somit erst ab 1. April 2008 auf der Grundlage der Restarbeitsfähigkeit in einer leidensadaptierten Tätigkeit bemessen werden. Davor ist auf die Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit abzustellen. Das Wartejahr ist Ende Mai 2006 abgelaufen. Bei einer Arbeitsunfähigkeit von mindestens 85% in der bisherigen Tätigkeit hat der Beschwerdeführer ab Juni 2006 Anspruch auf eine ganze Rente.

4.3 Nach Art. 6 Satz 2 ATSG wird bei langer Dauer der Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt. Seit 1. April 2008 ist dem Beschwerdeführer eine leidensadaptierte Tätigkeit im Ausmass von 70% zumutbar. Die hausärztlich attestierte 100%ige Arbeitsunfähigkeit betrifft dagegen die Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit und ist daher für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit nicht relevant. Die Arbeitsfähigkeitsschätzung von 70% des begutachtenden Orthopäden lässt sich ohne weiteres mit den vorangehenden



fachärztlichen Beurteilungen vereinbaren. Eine körperlich leichte, wechselbelastende Teilarbeitsfähigkeit von 25 bis 50 beziehungsweise 50 bis 75 oder gar 100% wurde immer wieder als möglich erachtet (vgl. IV-act. 17, 23, 24 und 25). Die Rückenbeschwerden schränken den Beschwerdeführer unzweifelhaft auch in einer körperlich leichten, wechselbelastenden Tätigkeit ein, weshalb keine volle Arbeitsfähigkeit attestiert worden ist. Auch wenn diese Beschwerden ernst zu nehmen sind, ist doch vorauszusetzen, dass der Beschwerdeführer mit Unterstützung einer angemessenen Schmerzmedikation in angepasster Tätigkeit zu 70% leistungsfähig ist. Darauf weist auch der Bericht von Dr. med. G.\_\_\_\_, Klinik für Orthopädische Chirurgie des Kantonsspitals St. Gallen, vom 16. Juli 2008 hin. Dr. G.\_\_\_\_ ist ebenso der Ansicht, dass keine volle Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit wahrscheinlich sei. Über das Ausmass der zumutbaren Arbeitsfähigkeit hat er sich dagegen nicht geäußert (IV-act. 64). Damit ergibt sich auch aufgrund dieses Arztberichts kein Anlass, die gutachterliche Arbeitsfähigkeitsschätzung betreffend adaptierte Tätigkeit anzuzweifeln. Auch der mit der Replik neu ins Recht gelegte Arztbericht des Kantonsspitals St. Gallen vom 13. Januar 2009 (G act. 10.1.1) bringt diesbezüglich keine neuen Erkenntnisse. Einerseits wurde die Indikation für eine erneute Revisionsoperation, wie bereits von Dr. E.\_\_\_\_ erwähnt, bestätigt. Andererseits haben auch die Ärzte des Kantonsspitals St. Gallen keine Garantie abgeben können, dass mit einer erneuten operativen Revision Beschwerdefreiheit erlangt werden könnte. Schliesslich hat Dr. E.\_\_\_\_ die nun diagnostizierte Pseudoarthrose, die einen Teil der Rückenschmerzen erkläre, bereits berücksichtigt. Er hat nämlich in seiner Beurteilung angegeben, die lumbalen Schmerzen und die abnormalen Untersuchungsbefunde der LWS könnten aufgrund des CT-Befundes auf die dabei nachgewiesene inkomplette ossäre Konsolidation nach Spondylodese L5/S1 zurückgeführt werden (vgl. IV-act. 50-5/7). Die gutachterliche Arbeitsfähigkeitsschätzung erweist sich damit als schlüssig.

4.4 Weil der Beschwerdeführer im Juni 2006 das Wartejahr erfüllt hat, ist demnach für die Ermittlung des Validen- und Invalideneinkommens auf die Löhne im Jahr 2006 abzustellen. Jedoch kann vorliegend für den Rentenanspruch ab Juni 2006 eine Bemessung des präzisen Invaliditätsgrades unterbleiben, da mit einer Arbeitsunfähigkeit von mindestens 85% seit Juni 2005 in der bisherigen Tätigkeit der Anspruch auf eine ganze Rente begründender Invaliditätsgrad von 70% ohne Weiteres erreicht wird. Der Beschwerdeführer hat deshalb Anspruch auf eine ganze Rente ab



## St.Galler Gerichte

1. Juni 2006. Ab April 2008 ist ihm jedoch die Aufnahme einer leidensangepassten Tätigkeit zumutbar.

4.5 Der Beschwerdeführer hat gemäss Auszug aus dem individuellen Konto (IK) im Jahr 2004 Fr. 58'500.-- verdient. Gemäss Arbeitgeberbericht ist im Jahr 2005 das Einkommen gleich hoch ausgefallen (vgl. IV-act. 12-5/10). Für das Jahr 2008 beträgt das Valideneinkommen, angepasst an die Nominallohnentwicklung von 1.2% (2006), 1.6% (2007) und 2.0% (2008) Fr. 61'352.--. Der Beschwerdeführer arbeitet nicht mehr, weshalb sein Invalideneinkommen anhand der LSE 2008 zu ermitteln ist. Gemäss Tabelle T A1 belief sich das Durchschnittseinkommen der Hilfsarbeiter aller Branchen im Jahr 2008 auf Fr. 61'589.-- ([Fr. 4'935.-- x 12] angepasst an die 2008 durchschnittliche Wochenarbeitszeit von 41.6 Stunden). Dem Beschwerdeführer ist ab 1. April 2008 eine leidensangepasste Tätigkeit zu 70% zumutbar. Das Invalideneinkommen beträgt somit noch Fr. 43'112.-- (Fr. 61'589.-- x 0.7).

4.6 Die Beschwerdegegnerin hat vom Invalideneinkommen einen sogenannten "Leidensabzug" von 10% gewährt, weil dem Beschwerdeführer nur noch leichte Tätigkeiten zumutbar seien. Der als "Leidensabzug" bezeichnete Abzug hat nichts mit dem Leiden an sich zu tun. Vielmehr sollen damit jene Nachteile ausgeglichen werden, welche die versicherte Person bei der Anwendung statistischer Daten für das Invalideneinkommen erleidet. Die Invalidität bewirkt - neben der Arbeitsunfähigkeit - auf den realen Arbeitsmarkt bezogen eine zusätzliche Lohneinbusse. Denn die statistischen Tabellenlöhne werden auf der Grundlage von Daten gesunder Arbeitnehmer erhoben. Solche Werte erreicht der invalide Arbeitnehmer im Allgemeinen nicht. Vielmehr muss er in der Entwicklung des Invaliditätseinkommens beziehungsweise der Invalidenkarriere mannigfaltige Nachteile gewärtigen (vgl. [BGE 126 V 75 neues Fenster](#) zum "Leidensabzug"). Dem Beschwerdeführer sind nur noch körperlich leichte Tätigkeiten in temperierten Räumen, die abwechslungsweise sitzend und stehend durchgeführt werden können, ohne dass dabei regelmässig inklinierte und reklinierte sowie rotierte Körperhaltungen eingenommen und Gegenstände über 10 kg gehoben oder getragen werden müssten, zu 70% zumutbar. Der Beschwerdeführer ist damit gegenüber einem gesunden Konkurrenten aus ökonomischer Sicht benachteiligt, weil ein grösseres Risiko besteht, dass er aufgrund seiner Rückenschmerzen mehr Krankheitsabwesenheiten haben könnte und er weniger



flexibel ist (z.B. in Bezug auf Überstunden; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 25. November 2008 [9C\_650/2008] E. 5.4). Er wird deshalb seine Arbeitskraft zu einem unterdurchschnittlichen Lohn anbieten müssen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 9. Dezember 2009 [9C\_68/2009]). Dies ist in der ärztlichen Schätzung der Arbeitsfähigkeit nicht berücksichtigt. Ferner ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass teilzeitbeschäftigte Männer im Vergleich zu Vollzeitangestellten erfahrungsgemäss überproportional tiefer entlohnt werden. Die Rechtsprechung stuft das Kriterium der Teilzeitarbeit bei der ermessensweisen Festsetzung des Abzugs vom Tabellenlohn deshalb als grundsätzlich beachtlich ein (vgl. [BGE 126 V 472 neues Fenster](#) E. 4.2.3). Männer mit einem Beschäftigungsgrad von 50 bis 74% verdienen im hier massgebenden Anforderungsniveau 4 gemäss LSE 2006, Tabelle T2\* auf S. 16 der LSE 2006 (eine entsprechende Tabelle fehlt in der LSE 2008) 10.4 % weniger als vollzeitbeschäftigte Mitarbeiter ( $\geq 90\%$ ). Dies ist beim Invalideneinkommen im Jahr 2008 zu berücksichtigen, auch wenn der Beschwerdeführer seine reduzierte Leistung von 70% bei einer ganztägigen Anwesenheit erbringen kann. Denn wenn der Beschwerdeführer seine 70%ige Leistungsfähigkeit in einer ganztägigen Anstellung erbringen würde, wäre sein Arbeitsplatz nicht voll ausgelastet. Dies würde zu Mehrkosten beim Arbeitgeber führen. Diese Mehrkosten kann der Beschwerdeführer nur durch das Angebot einer unterdurchschnittlichen Teilzeitentlohnung wettmachen. Sodann würde ein Arbeitgeber aus ökonomischer Sicht einem Invaliden, der seine reduzierte Leistung ganztägig erbringt, den gleichen oder schlechteren Lohn bezahlen wie einem gesunden Mann, der effektiv 70% arbeitet. Deshalb rechtfertigt sich ein Teilzeitabzug aus Gleichbehandlungsgründen auch bei Invaliden bei ganztägiger Anwesenheit, die aber effektiv nur eine verminderte Leistung bringen können (vgl. auch Urteile des Bundesgerichts vom 8. Januar 2008 [9C\_603/07], vom 6. März 2009 [9C\_492/2008] und vom 17. Juli 2009 [9C\_368/2009]). Demgegenüber anerkennt das Bundesgericht keinen Teilzeitabzug, wenn die reduzierte Leistungsfähigkeit bei ganztägiger Präsenz auf psychische Beschwerden zurückzuführen ist. Weshalb eine Ungleichbehandlung mit Invaliden, die aus somatischer Sicht nur teilleistungsfähig sind, gerechtfertigt sein soll, kann vorliegend offen gelassen werden, weil der Beschwerdeführer aus somatischer Sicht eingeschränkt ist (vgl. Urteile des Bundesgerichts vom 19. November 2009 [9C\_708/2009] und vom 4. August 2010 [8C\_144/2010]). Mit Blick auf eine willkürfreie und rechtsgleiche Ermessensbetätigung



(vgl. SVR 2008 IV Nr. 49 S. 163. E. 1.3 [9C\_404/2007] mit weiteren Hinweisen) kann es vorliegend nicht bei einem minimalen Abzug von 10 % bleiben (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 15. Juli 2009 [9C\_542/2008] E. 4.2). Insgesamt drängt sich vorliegend ein höherer Abzug von 15% auf. Das Invalideneinkommen beträgt somit Fr. 36'645.-- (Fr. 43'112.-- x 0.85).

4.7 Wird das Valideneinkommen von Fr. 61'352.-- dem Invalideneinkommen von Fr. 36'645.-- gegenübergestellt, resultiert ein Invaliditätsgrad von 40.3%. Der Beschwerdeführer hat somit in Anwendung von aArt. 88a Abs. 2 IVV ab 1. Juli 2008 Anspruch auf eine Viertelsrente.

5.

Nach Art. 16 ATSG ist der Einkommensvergleich zur Bemessung des Invaliditätsgrades erst nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen vorzunehmen. Da sich ohne Eingliederungsmassnahmen ein Rentenanspruch ergibt, muss beurteilt werden, ob vor der Rentenzusprache zumutbare Eingliederungsmassnahmen in Frage kommen. Die Beschwerdegegnerin hat dies in ihrer Verfügung vom 14. November 2008 stillschweigend verneint. - Der Beschwerdeführer hat keine Berufsausbildung und hat lediglich im Kosovo die Grundschule besucht (IV-act. 4). Seit er in der Schweiz weilt, hat er Hilfsarbeiten ausgeführt (IV-act. 13 und 51). Vor dem Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung war der Beschwerdeführer somit immer nur als Hilfsarbeiter erwerbstätig gewesen. Eine eigentliche Umschulung im Sinne der Erlernung eines Berufs, der dem früher ausgeübten gleichwertig ist, kommt zum vornherein nicht in Frage, denn es gibt keine Umschulung in eine andere Hilfsarbeit, weil eine Hilfsarbeit definitionsgemäss keine berufliche Ausbildung voraussetzt und weil mit der Ausübung einer anderen Hilfsarbeit das Ziel jeder Umschulung, die durch die Arbeitsunfähigkeit bedingte Erwerbseinbusse zu kompensieren, nicht zu erreichen ist, da auch in der neuen Hilfsarbeit eine Erwerbseinbusse im bisherigen Ausmass auftreten würde. In Frage käme also nur eine Umschulung in eine besser qualifizierte Berufstätigkeit, d.h. eine eigentliche Berufsausbildung, denn damit könnte ein Lohnniveau erreicht werden, das es erlauben würde, trotz der weiterhin bestehenden Arbeitsunfähigkeit von 30% einen Lohn zu realisieren, der dem früheren, d.h. bei voller Arbeitsfähigkeit erzielten Hilfsarbeiterlohn



entsprechen würde. Damit wäre die umschulungsspezifische Invalidität überwunden. Eine qualifizierte Berufsausbildung wäre jedoch unverhältnismässig, da der Beschwerdeführer zuerst die in der Schweiz obligatorische Schulbildung nachholen, dabei auch die deutsche Sprache erlernen müsste und erst dann mit der eigentlichen Berufsausbildung beginnen könnte. Die nach Abschluss dieser Umschulung verbleibende Aktivitätsdauer des 1960 geborenen Beschwerdeführers wäre zu kurz, um den ausserordentlich hohen Eingliederungsaufwand zu rechtfertigen. Auf berufliche Massnahmen ist daher zu verzichten. Es steht dem Beschwerdeführer allerdings frei, sich betreffend seiner Verwertung Resterwerbsfähigkeit um Arbeitsvermittlungsmassnahmen erneut bei der Beschwerdegegnerin zu melden.

6.

6.1 Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die angefochtene Verfügung in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Der Beschwerdeführer hat ab 1. Juni 2006 Anspruch auf eine ganze Rente und ab 1. Juli 2008 Anspruch auf eine Viertelsrente. Die Sache ist zur Festsetzung und Ausrichtung der geschuldeten Leistung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

6.2 Das Beschwerdeverfahren ist kostenpflichtig. Die Kosten werden nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von Fr. 200.-- bis Fr. 1000.-- festgelegt (Art. 69 Abs. 1<sup>bis</sup> IVG). Eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- erscheint als angemessen. Die Beschwerdegegnerin unterliegt. Da sie gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b des st. gallischen Einführungsgesetzes zur Bundesgesetzgebung über die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (sGS 350.1) Teil der Sozialversicherungsanstalt und damit Teil einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt ist, kommt Art. 95 Abs. 3 VRP (Befreiung von der Pflicht zur Übernahme amtlicher Kosten) nicht zur Anwendung (vgl. Urs Peter Cavelti/Thomas Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen - dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. Aufl., 2003, Rz 792). Die Beschwerdegegnerin hat deshalb die Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- zu bezahlen.

6.3 Die obsiegende beschwerdeführende Partei hat bei diesem Verfahrensausgang einen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Parteientschädigung bemisst sich



gemäss Art. 61 lit. g ATSG nach der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses. Unter Berücksichtigung dieser Kriterien und bei unterdurchschnittlichem Vertretungsaufwand erweist sich eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Bei diesem Verfahrensausgang wird die bereits bewilligte unentgeltliche Prozessführung gegenstandslos.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung vom 14. November 2008 aufgehoben. Der Beschwerdeführer hat ab 1. Juni 2006 Anspruch auf eine ganze Rente und ab 1. Juli 2008 auf eine Viertelsrente. Die Sache wird im Sinn der Erwägungen zur Festsetzung und Ausrichtung der geschuldeten Leistung an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Die Beschwerdegegnerin hat eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- zu bezahlen.
3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- zu bezahlen.