



**Fall-Nr.:** IV 2006/109  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** IV - Invalidenversicherung  
**Publikationsdatum:** 12.05.2020  
**Entscheiddatum:** 24.05.2007

### **Entscheid Versicherungsgericht, 24.05.2007**

**Art. 28 und 29 IVG. Zusprache einer halben Rente. Einkommensvergleich mit Leidensabzug von 25% (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 24. Mai 2007, IV 2006/109). Aufgehoben durch Urteil des Bundesgerichts 9C\_404/2007.**

Vizepräsidentin Karin Huber-Studerus, Versicherungsrichterin Monika Gehrler-Hug,  
Versicherungsrichter Franz Schlauri; a.o. Gerichtsschreiber Adrian Schnetzler

Entscheid vom 24. Mai 2007

In Sachen

A.\_\_\_\_,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Roger Lippuner, St. Gallerstrasse 5, Postfach 645,  
9471 Buchs SG 1,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Rente



hat das Versicherungsgericht in Erwägung gezogen:

I.

A.- A.\_\_\_\_ arbeitete seit 1981 als Bauarbeiter bei der Bauunternehmung B.\_\_\_\_. Wegen seiner Kniebeschwerden löste die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit dem Versicherten per 31. Dezember 2001 auf (IV-act. 30). Am 21. Januar 2002 meldete sich der Versicherte zum Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung (IV-act. 26). Sein Hausarzt, Dr. med. C.\_\_\_\_, stellte im Arztbericht vom 15./16. Juli 2002 folgende Diagnosen mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit: eine medialbetonte Arthropathie des linken Kniegelenks (Präarthrose) mit Zentralpfeilerteilläsionsbefund und partieller alter HKB-Ruptur sowie ein bisher nicht abgeklärtes chronisches lumbovertebrales Schmerzsyndrom. Er bescheinigte dem Versicherten eine vollständige Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf, und führte aus, dass ihm leichte Montagearbeiten, Kontrolltätigkeiten oder dergleichen in abwechselnder Arbeitsstellung ganztags zumutbar sei, wobei eine verminderte Leistungsfähigkeit gegeben sei, die jedoch nur theoretisch quantifiziert werden könne (IV-act. 33). Von einer Arbeitsvermittlung durch die Invalidenversicherung wurde in der Folge abgesehen, weil nach Einschätzung des Eingliederungsberaters die Krankheitsüberzeugung des Versicherten, die fehlende Motivation und invaliditätsfremde Faktoren wie Alter, Nationalität und Vorbildung eine erfolgreiche Vermittlung in den Arbeitsmarkt verhinderten (IV-act. 36). Mit Verfügung vom 21. Oktober 2002 verneinte die IV-Stelle der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen den Anspruch auf eine Rente bei einem Invaliditätsgrad von 8.91 % (IV-act. 43). Die dagegen gerichtete Beschwerde vom 13. November 2002 hiess das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen mit Entscheid vom 29. April 2003 teilweise gut, hob die angefochtene Verfügung auf und wies die Sache zur Abklärung der Arbeitsfähigkeit in einer leidensadaptierten Tätigkeit und zur Neuverfügung an die IV-Stelle zurück (IV-act. 53).

B.- Am 18. August 2003 beauftragte die IV-Stelle Dr. med. D.\_\_\_\_ mit der medizinischen Abklärung der Arbeitsfähigkeit in adaptierter Tätigkeit (IV-act. 59). In seinem Gutachten diagnostizierte dieser am 5. November 2003 eine mediane Diskushernie L 1/2 mit ventraler Duralschlaucheindellung und engem Spinalkanal ab L 1, eine leichte



## St.Galler Gerichte

Spondylarthrose und Osteochondrose L 2 bis 4 mit Diskushernie und ventraler Duralschlaucheindellung sowie Eineingung des Spinalkanals, eine mässige Spondylarthrose L 4/5 mit Riss im Anulus fibrosus der Bandscheibe, einen Status nach arthroskopischem Shaving bei abgesprengtem Knorpelstück am medialen Patellarand und Chondropathie Grad II des medialen und lateralen Tibiaplateaus sowie partieller hinterer Kreuzbandruptur links im Jahr 2000, eine Präadipositas, eine leichte Osteochondrose Th 4 bis 10, eine initiale Coxarthrose beidseits, eine femoropatelläre Inkongruenz und Verdacht auf beginnende degenerative intraartikuläre Veränderungen des rechten Kniegelenks sowie einen seit 1999 bestehenden Diabetes mellitus Typ II. Er kam zum Schluss, dass der Versicherte in seiner angestammten Tätigkeit als Maurer noch zu 35 % arbeitsfähig sei. Körperlich leichte Tätigkeiten, die in temperierten Räumen abwechslungsweise sitzend und stehend oder gehend durchgeführt werden können, ohne dass regelmässig Gegenstände über 5 kg gehoben oder getragen werden und ohne dass regelmässig gebeugte unphysiologische Körperhaltungen eingenommen werden müssen, seien dem Versicherten bei voller Stundenpräsenz zu 65 % zumutbar (IV-act. 60). Mit Verfügung vom 4. Juni 2004 wurde dem Versicherten bei einem Invaliditätsgrad von 41 % ab dem 1. Dezember 2001 eine halbe IV-Rente zugesprochen (IV-act 75, IV-act. 69).

C.- Gegen diese Verfügung erhob der Versicherte am 10. Juni 2004 Einsprache und beantragte die Zusprache einer ganzen Invalidenrente, eventuell einer Dreiviertelsrente. Zur Begründung führte er mit Eingabe vom 29. Juli 2004 aus, das Valideneinkommen liege höher und das Invalideneinkommen tiefer als in der angefochtenen Verfügung angenommen worden sei. Die Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit sei tiefer als 65 % und es müsse ein Leidensabzug von 25 % angenommen werden. Zur Prüfung der Arbeitsfähigkeit sei ein funktioneller Test am Arbeitsplatz vorzunehmen. Zudem sei die Rentenberechnung zu prüfen (IV-act. 1, IV-act. 8).

D.- Am 22. November 2004 widerrief die IV-Stelle die Verfügung vom 4. Juni 2004 (IV-act. 25). Das pendente Einspracheverfahren wurde am 26. November 2004 als gegenstandslos abgeschrieben (IV-act. 77).

E.- Am 21. Dezember 2004 veranlasste die IV-Stelle eine medizinische und eine psychiatrische Abklärung des Versicherten (IV-act. 79, IV-act. 80). In seinem



psychiatrischen Gutachten vom 12. Oktober 2005 diagnostizierte Dr. med. E.\_\_\_\_ eine Überbetonung von orthopädischen und internistischen Beschwerden (ICD F 68.0) und eine beginnende undifferenzierte Somatisierungsstörung (ICD F 45.1), die keine Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit hätten. Er hielt fest, dass keine Komorbidität nachzuweisen sei. Aus psychiatrischer und psychosomatischer Sicht sei keine Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit für orthopädisch adaptierte Tätigkeiten gegeben (IV-act. 84). Im orthopädischen Gutachten vom 31. Oktober 2005 diagnostizierte Dr. med. F.\_\_\_\_ eine beginnende mediale Gonarthrose links, eine Osteochondrose L 2-4 sowie eine mediane Diskushernie L1/2, eine Bewegungseinschränkung der rechten Hand durch Verbrennungsnarben, einen Status nach beidseitiger Varizenoperation sowie einen Diabetes mellitus. Eine Tätigkeit im Tiefbau sei dem Versicherten nicht mehr zumutbar. Eine mit stündlichen Positionswechseln verbundene, z.B. sitzende Tätigkeit sei jedoch ganztägig zumutbar, wobei nicht mehrmals stündlich ein Heben von Lasten über 5 kg gefordert werde. Dabei könne die qualitative Anpassung die vom Gutachter Dr. D.\_\_\_\_ bescheinigte Einschränkung von 35 % begründen, womit seine orthopädische Beurteilung mit dem Folgerungen des Gutachters übereinstimmten (IV-act. 85).

F.- Am 6. Dezember 2005 eröffnete die IV-Stelle dem Versicherten per Verfügung, dass sein Gesuch um Erhöhung der Invalidenrente abgewiesen werde (IV-act. 89). Gegen diese Verfügung erhob der Versicherte am 21. Dezember 2005 Einsprache und beantragte die Ausrichtung einer halben, eventualiter einer Dreiviertelsrente, subeventualiter einer ganzen Rente. Zur Begründung führte er lediglich aus, der Arbeitsunfähigkeitsgrad liege deutlich höher und das Invalideneinkommen sei wesentlich tiefer (IV-act. 91). Mit Einspracheentscheid vom 11. Mai 2006 wies die Sozialversicherungsanstalt die Einsprache ab. Die drei vorhandenen Gutachten ergäben ein stimmiges Bild, nachdem der Versicherte von der zeitlichen Präsenz her voll arbeitsfähig sei, seine Arbeitsleistung jedoch um 35 % eingeschränkt sei. Da der Einsprecher leicht unterdurchschnittlich verdient habe, sei sowohl beim Validen- wie auch beim Invalideneinkommen auf die Tabellenlöhne abzustellen, womit faktisch ein reiner Arbeitsfähigkeitsvergleich unter Berücksichtigung allfälliger Nachteile ("Leidensabzug") vorzunehmen sei. Die Arbeitsfähigkeit von 65 % sei um einen Leidensabzug von 10 % zu korrigieren, woraus ein Invaliditätsgrad von knapp 42 % resultiere, der zu einem Anspruch auf eine Viertelsrente führe (IV-act. 86).



G.- Gegen diesen Entscheid richtet sich die Beschwerde vom 12. Juni 2006, worin der Beschwerdeführer die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides und die Zusprechung einer ganzen, eventualiter einer Dreiviertels- und subeventualiter einer halben IV-Rente ab dem 1. Dezember 2001 sowie die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung beantragt (act. G 1). In der Beschwerdeergänzung vom 11. Juli 2006 beantragt der Beschwerdeführer zudem die Rückweisung der Sache zur Prüfung des Anspruchs auf eine Härtefallrente, wenn bestätigt werde, dass er nur Anspruch auf eine Viertelsrente habe. Zur Prüfung des Grads der Arbeitsunfähigkeit beantragt er die Rückweisung zur Einholung eines polydisziplinären Gutachtens, sofern keine höhere Rente zugesprochen werde. Zur Begründung des Anspruchs auf eine höhere IV-Rente führt er aus, bei einer Arbeitsfähigkeit von 35 % als Maurer müsse er aufgrund der eingeschränkten Leistungsfähigkeit mit einem um 15 bis 25 % reduzierten Lohn rechnen. Der Invaliditätsgrad im angestammten Beruf betrage damit mehr als 70%, woraus ein Anspruch auf eine ganze IV-Rente resultiere. Das Gutachten von Dr. D.\_\_\_\_ sei zudem über zweieinhalb Jahre alt und bilde daher keine taugliche Grundlage mehr für die Arbeitsfähigkeitsschätzung in adaptierter Tätigkeit. Sowohl Dr. D.\_\_\_\_ als auch Dr. F.\_\_\_\_ hätten nicht näher begründet, wieso die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit 35% betrage. Damit seien die Gutachten nicht nachvollziehbar begründet, weshalb ihnen kein genügender Beweiswert zukomme. Auch das psychiatrische Gutachten sei nicht schlüssig und nachvollziehbar begründet. Die vom Psychiater diagnostizierte Somatisierungsstörung könne ebenfalls invalidisierend wirken. Der Psychiater habe darum nachvollziehbar begründen müssen, weshalb keine anhaltende somatoforme Schmerzstörung und keine Komorbidität vorliege. Die Beschwerdegegnerin habe sodann zu Unrecht auf einen Einkommensvergleich verzichtet. Das Invalideneinkommen hätte aufgrund der Behinderung um einen Drittel reduziert werden müssen. Auch das Valideneinkommen hätte die Beschwerdegegnerin ermitteln müssen, es betrage im Jahr 2004 nämlich Fr. 59'894.--. Ein Leidensabzug von nur 10 % sei nicht nachvollziehbar, da dies dem tiefsten praxisüblichen Leidensabzug entspreche. Sein Alter, seine geringe Dauer der Betriebszugehörigkeit, wenn er einen neuen Arbeitsplatz antreten könnte, seine Nationalität, seine sprachlichen Schwierigkeiten und die Einschränkung der Auffassungsgabe seien zu berücksichtigen, womit ein Leidensabzug von 25 % angemessen sei (act. G 6). Mit Beschwerdeantwort vom 16. August 2006 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der



Beschwerde. Der Beschwerdeführer erhalte bereits eine Härtefallrente. Da der Beschwerdeführer ebenfalls Ergänzungsleistungen beziehe, könne er sich nicht auf die Besitzstandgarantie berufen. Die Arbeitsfähigkeit im bisherigen Beruf sei für die Rentenberechnung ohne Bedeutung, massgebend sei nur die Erwerbsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit. Die Gutachten von Dr. D.\_\_\_\_ und Dr. F.\_\_\_\_ kämen im Wesentlichen zu den gleichen Ergebnissen. Aus dem Gutachten von Dr. F.\_\_\_\_ könne zwischen den Zeilen gelesen werden, dass er selber die Arbeitsfähigkeit tiefer eingeschätzt hätte, als dies Dr. D.\_\_\_\_ getan habe. Ein Arbeitsfähigkeitsvergleich sei im vorliegenden Fall geboten, da sowohl das Validen- wie auch das Invalideneinkommen ausgehend vom selben Tabellenlohn zu berechnen seien. Damit sei nicht über die mutmassliche Entwicklung des Valideneinkommens zu spekulieren. Der Leidensabzug von 10% sei gerechtfertigt. Zur Begründung eines Leidensabzugs von 25 % führe der Beschwerdeführer auch Gründe an, die nicht den durch die konkrete Behinderung indirekt ausgelösten Wettbewerbsnachteil auf dem Arbeitsmarkt betreffen. Die Kritik am psychiatrischen Gutachten gehe sodann gänzlich fehl, weil die Argumentation des Beschwerdeführers auf eine Beweislastumkehr in dem Sinne hinauslaufen würde, dass der Arzt das Fehlen einer Krankheit nachweisen müsse. Durch das psychiatrische Gutachten habe schlüssig und widerspruchsfrei eine invalidisierende psychische Erkrankung ausgeschlossen werden können (act. G 7). Der Beschwerdeführer verzichtet auf eine Replik (act. G 9).

II.

1.- In zeitlicher Hinsicht für die Prüfung der Streitfrage massgebend sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze, die bei der Erfüllung des zu den Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben oder hatten (BGE 127 V 467 E. 1). Es geht vorliegend um den Rentenanspruch nach Eintritt des Gesundheitsschadens im Jahr 2000.

Massgebend sind daher die vor der 4. IV-Revision geltenden Bestimmungen, wobei sich aber in Bezug auf die Berechnung des Invaliditätsgrads im Vergleich zum neuen Recht keine wesentlichen Änderungen ergeben. Die verfahrensrechtlichen Neuerungen der Änderung des IVG vom 16. Dezember 2005 (in Kraft seit 1. Juli 2006) sind im vorliegenden Fall noch nicht anzuwenden (vgl. lit. c der betreffenden Übergangsbestimmungen).



2.- Mit Verfügung vom 6. Dezember 2005 wurde dem Beschwerdeführer beschieden, sein Gesuch um Erhöhung der Invalidenrente werde abgewiesen. Nachdem die ursprüngliche Verfügung vom 4. Juni 2004, mit der dem Beschwerdeführer eine halbe (Härtefall-) Rente zugesprochen worden war, mit rechtskräftiger Verfügung vom 22. November 2004 widerrufen und das Einspracheverfahren dagegen am 26. November 2004 zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben worden ist, kann die zu beurteilende Verfügung nur in dem Sinne verstanden werden, dass dem Beschwerdeführer - in Wiederherstellung der Rechtslage unter der widerrufenen Verfügung - rückwirkend ab dem 1. Dezember 2001 eine IV-Viertelsrente und im Härtefall eine halbe IV-Rente zugesprochen wurde, wie dies die Beschwerdegegnerin im Einspracheentscheid vom 11. Mai 2006 zutreffend festhielt, wobei sie sich jedoch des Umstands, dass dem Beschwerdeführer beim Vorliegen eines grundsätzlichen Anspruchs auf eine Viertelsrente infolge Vorliegens eines Härtefalls eine halbe Rente zugesprochen worden war, nicht gewahr wurde (vgl. IV-act. 86 S. 2 f.). Korrekterweise hätte die Beschwerdegegnerin prüfen müssen, ob für die Zeit ab 1. Januar 2004 die Voraussetzungen für die Weiterausrichtung der Härtefallrente im Sinn von lit. d Abs. 2 der Schlussbestimmungen zur Änderung des IVG vom 21. März 2003 (4. IVG-Revision, gültig seit dem 1. Januar 2004) beim Beschwerdeführer erfüllt waren. Andernfalls hätte die Härtefallrente auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung eingestellt werden müssen. Stattdessen wäre Anspruch und Höhe der Ergänzungsleistungen zur IV-Viertelsrente zu prüfen gewesen. All dies hat die Beschwerdegegnerin indessen unterlassen und auch nach dem 1. Januar 2004 weiterhin eine Härtefallrente ausgerichtet. Da - wie die nachfolgenden Ausführungen ergeben - beim Beschwerdeführer die Voraussetzungen für einen Anspruch auf eine halbe IV-Rente erfüllt sind, kann die Korrektur dieses Fehlers und mithin die Wiedererwägung der Verfügung vom 6. Dezember 2005 unterbleiben.

3.- a) Unter Invalidität wird die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit verstanden (Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Erwerbsunfähigkeit ist dabei der durch eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 7 ATSG). Diese Umschreibung



lehnt sich direkt an die bisherige Gesetzgebung an (UELI KIESER, ATSG-Kommentar, Zürich 2003, Rz. 5a zur Art. 8).

b) Nach Art. 28 Abs. 1 IVG in der vorliegend anwendbaren, bis 31. Dezember 2003 gültig gewesenen Fassung, besteht der Anspruch auf eine ganze Invalidenrente, wenn der Versicherte mindestens zu zwei Dritteln, derjenige auf eine halbe Rente, wenn er wenigstens zur Hälfte invalid ist. Liegt ein Invaliditätsgrad von mindestens 40 % vor, so besteht Anspruch auf eine Viertelsrente oder, sofern ein Härtefall gegeben ist, auf eine halbe Rente (aArt. 28 Abs. 1 bis IVG).

c) Für die Bemessung der Invalidität bei einem erwerbstätigen Versicherten wird gemäss Art. 16 ATSG das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihm zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen).

d) Um das Ausmass der Arbeitsunfähigkeit beurteilen und somit den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung und im Beschwerdefall das Gericht auf Unterlagen angewiesen, die ärztliche und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes oder der Ärztin ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die versicherte Person arbeitsunfähig ist (BGE 125 V 261 E. 4). Das Gericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen und demnach zu prüfen, ob die vorliegenden Beweismittel eine zuverlässige Beurteilung des strittigen Leistungsanspruches gestatten. Die Rechtsprechung hat es mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung als vereinbar erachtet, in Bezug auf bestimmte Formen medizinischer Berichte und Gutachten Richtlinien für die Beweiswürdigung aufzustellen (BGE 125 V 351 E. 3b). Das im Rahmen des Verwaltungsverfahrens eingeholte Gutachten von externen Spezialärzten, welche aufgrund eingehender Beobachtungen und Untersuchungen sowie nach Einsicht in die Akten Bericht erstatten und bei der Erörterung der Befunde zu schlüssigen Ergebnissen gelangen, besitzt bei der Beweiswürdigung volle Beweiskraft, solange nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen (BGE 125 V 351 E. 3b/bb). Dies



bedeutet nicht, dass Parteigutachten durch den Umstand allein, dass sie von einer Partei eingeholt und in das Verfahren eingebracht wurden, ohne weiteres minder beweiskräftig sind. Denn auch sie können nützliche Äusserungen zum medizinischen Sachverhalt enthalten. Daraus folgt wiederum nicht, dass sie den gleichen Rang wie ein vom Gericht oder Sozialversicherer nach dem vorgegebenen Verfahrensrecht eingeholtes Gutachten besitzen. Relevant werden sie nur, wenn ihre Aussagen die Auffassungen und Schlussfolgerungen des förmlichen bestellten Gutachtens in rechtserheblichen Fragen derart zu erschüttern vermögen, dass davon abzuweichen wäre (BGE 125 V 351 E. 3c). Was Berichte von Hausärzten angeht, muss die Erfahrungstatsache mitberücksichtigt werden, dass Hausärzte aufgrund des Auftrags- und teilweise persönlichen Verhältnisses zu ihren Patienten eher dazu neigen, zu Gunsten ihrer Patienten auszusagen (EVGE vom 13. Juni 2006 [I.506/2000] E. 2b; EVGE vom 17. Juni 2004 [U.164/03 E. 3.3]; BGE 125 V 351 E. 3b/cc). Spricht der Richter hingegen den Berichten und Zeugnissen eines Hausarztes von vornherein jede Glaubwürdigkeit ab, so ist dieses richterliche Urteil offensichtlich willkürlich (vgl. EVGE vom 21. Dezember 2005 [4P.254/2005] E. 4.2).

4.- a) In Bezug auf die Arbeitsfähigkeitsschätzung hält die Beschwerdegegnerin zu Recht fest, dass für die Prüfung des Invaliditätsgrads die Erwerbsfähigkeit und damit die Arbeitsfähigkeit in einer leidensadaptierten Tätigkeit massgebend ist (vgl. act. G 7 S. 2). Inwiefern der Beschwerdeführer im bisherigen Beruf noch arbeitsfähig ist, muss daher nicht geprüft werden, da von vornherein davon auszugehen ist, dass die Arbeitsfähigkeit im bisherigen Beruf äusserst gering ist oder gar nicht mehr besteht.

b) In seinem Gutachten kam Dr. D.\_\_\_\_ zum Schluss, dass dem Beschwerdeführer eine leidensadaptierte Tätigkeit mindestens zu 65 % zumutbar sei. Er wies jedoch darauf hin, dass eine ungenügende Schmerzverarbeitung die Arbeitsfähigkeit negativ beeinflusse. In der Folge veranlasste die Beschwerdegegnerin zu Recht eine psychiatrische Begutachtung. Weil seit der Begutachtung durch Dr. D.\_\_\_\_ bereits einige Zeit verstrichen war, gab sie auch ein erneutes orthopädisches Gutachten in Auftrag. Der orthopädische Zweitgutachter Dr. F.\_\_\_\_ bestätigte in der Folge die Beurteilung des Erstgutachters und stellte damit fest, dass sich durch den Zeitablauf nichts an der Arbeitsfähigkeitsschätzung geändert hat. Beide orthopädischen Gutachten sind schlüssig, widerspruchsfrei und nachvollziehbar. Was der



Beschwerdeführer dagegen vorbringt, ist nicht stichhaltig. So trifft nach dem Gesagten nicht zu, dass Dr. F.\_\_\_\_ zu einer anderen Einschätzung der Arbeitsfähigkeit gelangt wäre. Seine Beschreibung der zumutbaren, leidensadaptierten Tätigkeit stimmt nahezu vollständig mit derjenigen von Dr. D.\_\_\_\_ überein. Auch hält Dr. F.\_\_\_\_ ebenfalls eine volle Präsenz des Beschwerdeführers am Arbeitsplatz für zumutbar und erklärt, sich bezüglich Bezifferung der Einschränkung der Arbeitsfähigkeit dem Erstgutachter im Ergebnis anzuschliessen. Es trifft auch nicht zu, dass die Arbeitsfähigkeitsschätzungen beider Gutachter nicht nachvollziehbar seien, wie dies der Beschwerdeführer geltend macht. So wird in beiden Gutachten konkret beschrieben, welche Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit bestehen und gestützt darauf wird die Einschränkung quantifiziert. Dieses Vorgehen ist nachvollziehbar.

c) In psychiatrischer Hinsicht stellte Dr. E.\_\_\_\_ keine die Arbeitsfähigkeit beschränkende Beeinträchtigung fest. Mit dieser Angabe ist die im Gutachten von Dr. F.\_\_\_\_ aufgeworfene Frage, ob eine psychiatrisch bedingte Einschränkung der Arbeitsfähigkeit vorliege, klar verneint. Das Gutachten von Dr. E.\_\_\_\_ ist schlüssig, nachvollziehbar und widerspruchsfrei, weshalb darauf abgestellt werden kann. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. So trifft es nicht zu, dass ein Gutachter begründen müsste, wieso er eine Diagnose nicht stellt. Seine Aufgabe ist es, eine Diagnose zu stellen und gestützt auf seine Erkenntnisse die (Rest-)Arbeitsfähigkeit einzuschätzen. Damit ist auf die Einschätzung des psychiatrischen Gutachters, dass zwar eine beginnende Somatisierungsstörung vorliege, diese jedoch die Arbeitsfähigkeit nicht beschränke, abzustellen.

d) Insgesamt kann daher von einer Arbeitsfähigkeit von 65 % in einer leidensadaptierten Tätigkeit ausgegangen werden.

5.- a) Für die Invaliditätsbemessung ist im vorliegenden Fall grundsätzlich ein Einkommensvergleich vorzunehmen.

b) Massgebender Zeitpunkt für die Invaliditätsbemessung sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des Rentenbeginns, wobei jedoch rentenwirksame Änderungen bis zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses bzw. Einspracheentscheides zu berücksichtigen sind (BGE 129 V 222, BGE 128 V 174). Vorliegend geht es um die Rentenzusprache ab dem



1. Dezember 2001. Damit kann grundsätzlich auf den im Jahr 2000 erzielten Jahreslohn von Fr. 53'365.-- abgestellt werden, den der Beschwerdeführer bei der Bauunternehmung B. \_\_\_ erzielte. Rentenwirksame Änderungen bis zum Verfügungszeitpunkt am 6. Dezember 2005 bzw. bis zum Einspracheentscheid am 11. Mai 2006 sind nicht ersichtlich. Was der Beschwerdeführer vorbringt, stellt keine rentenwirksame Änderung dar. Die geltend gemachten generellen Lohnerhöhungen wirken sich auch beim gemäss Lohnstrukturhebung erhobenen Invalideneinkommen aus und sind damit keine erhebliche, individuelle Veränderungen im Erwerbsverlauf. Der Beitrag der Arbeitgeber zur Finanzierung der Frühpensionierung im Bauhauptgewerbe stellt sodann als Arbeitgeberbeitrag von vornherein kein Erwerbseinkommen dar (vgl. Art. 25 Abs. 1 IVV i.V.m. Art. 5 Abs. 1 AHVG). Damit ist vom vor Rentenbeginn zuletzt erzielten Lohn auszugehen. Weil dieser Lohn tiefer ist als der Tabellenlohn und damit unterdurchschnittlich ist, hat die Beschwerdegegnerin für das Valideneinkommen ebenfalls auf die Tabellenlöhne der Lohnstrukturhebung abgestellt. Dieses Vorgehen ist richtig, da damit die nicht invaliditätsbedingte Differenz zwischen Tabellenlohn und tatsächlich verdientem Lohn ausgeglichen wird. Da auch das Invalideneinkommen mangels Verwertung der Restarbeitsfähigkeit anhand der LSE-Tabelle zu erheben ist (vgl. BGE 129 V 475 Erw. 4.2.1), hat die Beschwerdegegnerin zu Recht einen Vergleich auf Grund der Veränderung der medizinisch geschätzten Arbeitsfähigkeit vorgenommen.

6.- a) Nach der Rechtsprechung ist ein Abzug vom Invalideneinkommen gerechtfertigt, wenn im Einzelfall Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein Versicherter, der gesundheitsbedingt lediglich noch leichtere Hilfsarbeiten ausführen kann, seine Restarbeitsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem erwerblichem Erfolg zu verwerten in der Lage ist. Zudem können weitere persönliche und berufliche Merkmale (Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Nationalität oder Aufenthaltskategorie sowie Beschäftigungsgrad) Auswirkungen auf die Lohnhöhe haben. Hingegen ist zu beachten, dass nicht immer sämtliche Ausländer weniger Einkommen als der Totalwert aller Schweizer und Ausländer erzielen; vielmehr können sich je nach Aufenthaltskategorie und Anforderungsniveau weitgehende Unterschiede ergeben, insbesondere bei Inhabern einer Niederlassungsbewilligung C, bei welchen der Durchschnittslohn für einfache und repetitive Tätigkeiten darüber liegen kann (vgl. BGE 126 V 75 Erw. 5a mit Hinweisen). Bei der Überprüfung des Abzuges, der eine



## St.Galler Gerichte

Schätzung darstellt und von der Verwaltung kurz zu begründen ist, darf das Sozialversicherungsgericht sein Ermessen nicht ohne triftigen Grund an die Stelle desjenigen der Verwaltung setzen (BGE 126 V 75 Erw. 6).

b) Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Einspracheentscheid vom 11. Mai 2006 aus, aufgrund der ausgewiesenen Einschränkungen erscheine ein Leidensabzug von höchstens 10 % ausgewiesen (IV-act. 86, vgl. auch IV-act. 62 und IV-act. 36). In der Beschwerdeantwort vom 16. August 2006 führt sie aus, der Beschwerdeführer bringe zur Rechtfertigung eines höheren Leidensabzuges ausschliesslich invaliditätsfremde Faktoren wie Alter, Berufsausbildung und Sprachkenntnisse vor, die sich auch beim Valideneinkommen ausgewirkt hätten (act. G 7).

aa) Die Bemessung des Leidensabzuges durch die Beschwerdegegnerin hält einer Ermessensüberprüfung nicht stand. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind mit dem Leidensabzug persönliche und berufliche Merkmale zu berücksichtigen, die sich zusätzlich zur eingeschränkten Arbeitsfähigkeit auf den Invalidenlohn auswirken können, wenn dieser anhand von Durchschnittslöhnen ermittelt wird. Diese Merkmale sind invaliditätsfremd und führen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu einem Abweichen von den Tabellenlöhnen. Insbesondere sind die Kriterien Alter, Dienstjahre, Berufsausbildung und Sprachkenntnisse Merkmale, die den Leidensabzug mitbestimmen.

c) aa) Im vorliegenden Fall rechtfertigt einerseits die schwierige Umstellung von einer schweren, grobmotorisch ausgerichteten körperlichen Tätigkeit zu einer leichten Arbeitstätigkeit, wo der Beschwerdeführer nur unter einschränkenden Bedingungen ein Gewicht von 5 kg heben kann, einen Leidensabzug, da die Schwierigkeiten der Umstellung den zu erwartenden Lohn des Beschwerdeführers in der adaptierten Tätigkeit mindern (vgl. hierzu auch IV-act. 62 und IV-act. 36).

bb) Der Beschwerdeführer ist 60 Jahre alt. Damit fällt es ihm insbesondere auf dem Arbeitsmarkt für Hilfsarbeiter schwer, eine Arbeitsstelle zu finden. Nur mit einer erheblichen Lohneinbusse dürfte er Chancen auf eine Anstellung haben.



## St.Galler Gerichte

cc) Der Beschwerdeführer hat seit 1981 immer beim gleichen Arbeitgeber in der Schweiz gearbeitet. Zuvor war er während 7 Jahren Landwirt in Mazedonien (vgl. IV-act. 26). Seine äusserst langdauernde Betriebszugehörigkeit und seine Erfahrung mit nur gerade einem Arbeitgeber in der Schweiz schmälern seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt und damit auch den zu erwartenden Lohn ebenfalls beträchtlich.

dd) Auf dem für seine leidensadaptierte Tätigkeit relevanten Arbeitsmarkt hat der Beschwerdeführer aufgrund seiner Nationalität grundsätzlich nicht mit einer Benachteiligung zu rechnen. Seine Aufenthaltskategorie (Niederlassungsbewilligung) ist ebenfalls nicht nachteilhaft. Jedoch ist zu beachten, dass er eher schlecht integriert ist und über dürftige Deutschkenntnisse verfügt (vgl. IV-act. 33-4/30, IV-act. 33-9/30, vgl. auch IV-act. 33-6/30, wonach die Diätberatung nur mit Hilfe eines Dolmetschers gemacht werden könne, vgl. auch IV-act. 84). Insgesamt hat der Beschwerdeführer damit auch auf dem Arbeitsmarkt für Hilfsarbeiter mit erhöhten Schwierigkeiten zu rechnen.

ee) Entscheidend zu berücksichtigen ist jedoch ein weiteres Merkmal persönlicher Natur. Dr. C.\_\_\_\_ führt im Beiblatt zum Arztbericht vom 16. Juli 2002 aus, für den Beschwerdeführer bestehe neben den sprachlichen Schwierigkeiten aufgrund seiner Auffassungsgabe nur eine geringe Umschulungsmöglichkeit (IV-act. 33). Dr. E.\_\_\_\_ beschreibt in seinem Gutachten bildungs- und intelligenzbedingte Faktoren als Ursache für die Schmerzverarbeitungsstörung und den sehr wahrscheinlich inadäquaten Umgang mit dem Diabetes mellitus. So sei der Beschwerdeführer nicht in der Lage, anatomische oder physiologische Zusammenhänge auch nur einigermaßen den Tatsachen entsprechend zu begreifen. Er sei auch mit versicherungstechnischen Fragen, der Konfliktbewältigung in der Familie, der Zukunftsplanung sowie der Integration überfordert (IV-act. 84). Diese in der Person des Beschwerdeführers liegenden Merkmale schmälern den vom Beschwerdeführer hypothetisch zu erwartenden Lohn erheblich, weshalb sie bei der Bemessung des Leidensabzug massgeblich zu berücksichtigen sind.

ff) Da der Beschwerdeführer nur noch zu 65 % arbeitsfähig ist, ist ihm auch ein Teilzeitabzug zuzugestehen, auch wenn er seine Restarbeitsfähigkeit in einem vollen Arbeitspensum erfüllt, da die reduzierte Arbeitsleistung ihn für einen möglichen



Arbeitgeber bezüglich Arbeitsplatzinfrastruktur und administrativem Aufwand in gleicher Weise wie Teilzeitangestellte teurer macht.

gg) Insgesamt wirken sich mehrere persönliche und berufliche Merkmale zum Teil einschneidend auf die Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers und dadurch auf den auf dem Arbeitsmarkt zu erwartenden Lohn aus, weshalb ein Abzug von 25% von den Tabellenlöhnen gerechtfertigt ist.

7.- a) Ausgehend von einer reduzierten Arbeitsfähigkeit von 65 % führt der vorzunehmende Leidensabzug von 25% zu einem Invaliditätsgrad von gerundet 51 % ( $35 \% + 65 \% \times 25 \% = 51,25 \%$ ). Damit hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine halbe IV-Rente. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist somit der Einspracheentscheid vom 11. Mai 2006 aufzuheben, und dem Beschwerdeführer ab dem 1. Dezember 2001 eine halbe Rente der Invalidenversicherung zuzusprechen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

b) Nach Art. 61 lit. g ATSG hat der teilweise obsiegende Beschwerdeführer Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Im vorliegenden Fall kann von einem Obsiegen zu einem Drittel ausgegangen werden, da der Beschwerdeführer nur mit seinem Subeventualantrag auf Ausrichtung einer halben IV-Rente durchdringt. Die Parteikosten werden vom Versicherungsgericht ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses bemessen. In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar für das Verfahren vor Versicherungsgericht pauschal Fr. 750.-- bis Fr. 7'500.-- (vgl. Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO; sGS 963.75). Der Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht, so dass die Parteientschädigung ermessensweise festzusetzen ist. Wie in vergleichbaren Verfahren üblich, ist eine Entschädigung von pauschal Fr. 3'000.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen. Dem Obsiegen entsprechend ist der Beschwerdeführerin daher eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- angemessen. In diesem Umfang muss die unentgeltliche Rechtsvertretung nicht beansprucht werden.

c) Der Beschwerdeführers hat in seiner Beschwerde ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung gestellt (act. G 1, act. G 6). Nachdem die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtsverteiständung erfüllt sind, ist die unentgeltliche



Rechtsvertretung für das vorliegende Beschwerdeverfahren - soweit sie infolge Unterliegens in Anspruch zu nehmen ist - zu bewilligen. Entsprechend ist der Vertreter des Beschwerdeführers durch den Staat zu entschädigen (vgl. Art. 61 lit. f ATSG). Nach Art. 31 Abs. 3 des Anwaltsgesetzes (sGS 963.70) steht dem unentgeltlichen Vertreter ein um 20 % reduziertes Honorar zu. Im Umfang des Unterliegens ist der Entschädigungsanspruch von Fr. 2'000.-- daher um einen Fünftel zu kürzen. Der Staat hat den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers somit mit Fr. 1'600.-- zu entschädigen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 11. Mai 2006 aufgehoben und dem Beschwerdeführer ab dem 1. Dezember 2001 eine halbe Invalidenrente zugesprochen. Im Weiteren wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) auszurichten.
4. Die unentgeltliche Rechtsvertretung wird bewilligt. Im Umfang des Unterliegens hat der Staat den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mit Fr. 1'600.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.