



Fall-Nr.: IV 2007/331
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 10.07.2020
Entscheiddatum: 06.01.2009

Entscheid Versicherungsgericht, 06.01.2009

Art. 16 ATSG. Einkommensvergleich zur Ermittlung der rentenspezifischen Invalidität Entgegen der vom Bundesgericht im Urteil vom 2. November 2007 (I 69/07) vertretenen Auffassung ist aus Gleichbehandlungsgründen auch bei jenen Erwerbstätigen ein "Teilzeitnachteil" zu berücksichtigen, die vollzeitlich, aber mit reduzierter Leistung arbeiten (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 6. Januar 2009, IV 2007/331).

Präsident Franz Schlauri, Versicherungsrichterin Karin Huber-Studerus,
Versicherungsrichter Martin Rutishauser; Gerichtsschreiber Ralph Jöhl

Entscheid vom 6. Januar 2009

in Sachen

K.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Daniel Ehrenzeller, Engulgasse 214, 9053 Teufen,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend



Rente

Sachverhalt:

A.

K.____ meldete sich am 15. Dezember 2005 zum Bezug von IV-Leistungen an. Er gab an, er habe in seinem Herkunftsland den Beruf des Coiffeurs erlernt. Die A.____ AG teilte der IV-Stelle am 7. Februar 2006 mit, sie habe den Versicherten vom 22. Mai 2000 bis zum 31. Dezember 2005 als Betriebsmitarbeiter beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis sei wegen eines Stellenabbaus aufgelöst worden. Die Kündigung datiere vom 29. September 2005. Im Jahr 2005 habe der Versicherte einen Lohn von Fr. 54'457.- erzielt. Aktuell würde er Fr. 50'700.- verdienen. Dr. med. B.____ berichtete der IV-Stelle am 30. März 2006, der Versicherte leide an einer hypertensiven und koronaren Herzkrankheit bei St. n. fünffacher HCBP am 7. Juli 2005 (bei Diabetes mellitus Typ 2, Hyperlipidämie, Zigarettenabusus, arterieller Hypertonie und Übergewicht), an COPD mit Anstrengungsdyspnoe bei St. n. langjährigem Zigarettenabusus und - ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit - an einem St. n. Sequestrektomie und Enukektion L5/S1 rechts am 26. August 1999 bei mediolateraler Diskushernie mit Wurzelreizsymptomen S1 rechts. In der zuletzt ausgeübten Erwerbstätigkeit bestehe seit dem 31. Mai 2005 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit. Wegen chronischer Müdigkeit und Anstrengungsdyspnoe habe sich der Versicherte bisher nicht fähig gefühlt, eine neue Arbeit zu suchen. Gemäss einem von Dr. med. B.____ eingereichten Austrittsbericht der Klinik Gais vom 25. August 2005 hatte sich der Versicherte vom 16. Juli bis 12. August 2005 zur stationären Rehabilitation dort aufgehalten. Zur Arbeitsfähigkeit hatten die Ärzte der Klinik Gais ausgeführt, wegen einer körperlichen Tätigkeit als Hilfsarbeiter sollte eine Arbeitsunfähigkeit bis drei Monate postoperativ bescheinigt werden. Dann könne die Tätigkeit wieder zu 50% aufgenommen werden. Am 13. Oktober 2006 berichtete Dr. med. B.____ der IV-Stelle, die koronare Herzkrankheit scheinbar symptomfrei zu sein, die Hypertonie und der Diabetes mellitus seien gut eingestellt. Der Versicherte fühle sich ständig müde, sei motivationslos, sitze den ganzen Tag zuhause, weil er nicht gehen könne, habe häufig Schwindel und Atembeschwerden bei Belastung. Der Wechsel der Medikamente und deren zeitweise Absetzung hätten keinen Einfluss auf die Müdigkeit und die Leistungstoleranz gehabt. Schon seit



längerer Zeit würden ergebnislos Antidepressiva eingesetzt. Eine kardiologische Begutachtung stehe bevor. Die Kardiologie des Kantonsspitals St. Gallen berichtete Dr. med. B.____ am 12. Dezember 2006, aus kardiologischer Sicht bestünden keine Gründe für eine anhaltende Arbeitsunfähigkeit. Insgesamt sei von einem Trainingsmangel auszugehen. Die Leistungsfähigkeit könnte durch ein körperliches Training verbessert werden.

B.

Der RAD Ostschweiz nahm am 27. Februar 2007 eine interdisziplinäre Untersuchung vor.

B.a Dr. med. C.____ berichtete am 29. März 2007 gestützt auf seine internistische Untersuchung, der Versicherte leide an einer koronaren Dreifässerkrankung mit fünffachem aorto-koronarem Bypass 07/05, an einer leichten obstruktiven Ventilationsstörung, an einer Diskushernie auf der Höhe L5/S1 mit Wurzelreizsymptomatik S1 rechts, Sequestrektomie und E nukleation 1999, an einem Diabetes mellitus Typ IIb, an arterieller Hypertonie und - ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit - Adipositas bei einem BMI von 31,7 kg/m². Es sei zu einem sehr guten Ergebnis der kardialen Revaskularisierung gekommen. Unter einer ergometrischen Belastung mit bis zu 107 Watt hätten keine Zeichen einer koronaren Insuffizienz provoziert werden können. Die Leistung habe einer mittelschweren Dauerbelastung entsprochen. Bei der Lungenfunktionsprüfung sei eine leichtgradige obstruktive Ventilationsstörung festgestellt worden. Der Diabetes mellitus sei ausreichend eingestellt gewesen. Die zuletzt ausgeübte Tätigkeit mit Heben und Tragen von Lasten bis zu 18 kg und Stressexposition sei ungünstig. Eine leidensadaptierte Tätigkeit wäre körperlich leicht bis intermittierend mittelschwer, in Wechselhaltung auszuüben, ohne Heben und Tragen von Lasten über 15 kg, ohne Zwangshaltung der Wirbelsäule, ohne Exposition gegenüber Kälte, Nässe, Zugluft, atemwegsreizenden Stäuben, Dämpfen oder Rauch. Zudem sollte die Möglichkeit zu vermehrten, auch betriebsunüblichen Pausen gegeben sein. Diese Tätigkeit sollte in geschlossenen und ausreichend temperierten Räumlichkeiten ausgeübt werden. Nacht-, Schicht- oder Fließbandarbeiten mit hohem Takt kämen nicht mehr in Frage. In einer solcherart adaptierten Tätigkeit betrage die Arbeitsfähigkeit des Versicherten 75%.



B.b Dr. med. D.____ führte am 27. Februar 2007 aus, der Versicherte leide an einer Neurasthenie (DD: Dysthymie). Diese ziehe keine Arbeitsunfähigkeit nach sich, da sie mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar sei. Zusatzkriterien, welche die Willensanstrengung verhindern könnten, seien nur teilweise vorhanden. Insbesondere fehle eine psychische Komorbidität von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer. Hingegen bestünden chronische körperliche Begleiterkrankungen, ein mehrjähriger chronischer Krankheitsverlauf sowie ein primärer und ein sekundärer Krankheitsgewinn. Der Versicherte weise aber genügend Reserven auf (Spaziergänge, intakte familiäre Strukturen, Teilnahme am Alltagsgeschehen). Differentialdiagnostisch sei eine Dysthymie mit wiederkehrenden leichten subdepressiven Verstimmungszuständen, mit verminderter Aktivität, mit Schlaflosigkeit, mit Konzentrationsschwierigkeiten und mit Pessimismus im Hinblick auf die Zukunft anzunehmen. Auch diese Diagnose habe keine Arbeitsunfähigkeit zur Folge. Für die Arbeitsfähigkeit relevante Einschränkungen der Konzentrations-, Aufmerksamkeits- und Gedächtnisleistung seien nicht festzustellen gewesen. Aus psychiatrischer Sicht sei die Arbeitsfähigkeit nicht eingeschränkt.

C.

Die IV-Stelle verglich ein Valideneinkommen von Fr. 55'002.- mit einem zumutbaren Invalideneinkommen von Fr. 37'762.- und ermittelte so einen Invaliditätsgrad von 33%. Mit einem Vorbescheid vom 11. Mai 2007 teilte sie dem Versicherten mit, dass sie beabsichtige, sein Rentenbegehren abzuweisen. Der Versicherte liess am 11. Juni 2007 einwenden, die Rückenbeschwerden seien bei der RAD-Abklärung, deren Ergebnis als eigentliches Parteigutachten aufzufassen sei, nicht in die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit einbezogen worden. Die letzte Röntgenuntersuchung sei im Jahr 2000 erfolgt. Weil es sich um ein progredientes Geschehen handle, seien die Untersuchungen des RAD unvollständig. Zwar stünden die Rückenbeschwerden aktuell nicht im Vordergrund, aber bei einer Wiederaufnahme der Arbeit wäre damit zu rechnen. Die vom RAD beschriebene adaptierte Erwerbstätigkeit existiere in der Realität gar nicht, denn sonst könnte jede noch so invalide Person voll arbeitsfähig geschrieben werden. Der ausgeglichene Arbeitsmarkt weise keine Stellen auf, an denen betriebsunübliche Pausen möglich seien. Auch den übrigen Einschränkungen trage kein Arbeitsplatz Rechnung. Der Arbeitsplatzbeschrieb entspreche einer



klassischen Büroarbeit mit einem Nebenraum, in dem man sich nach Belieben hinlegen könne. Eine Büroarbeit komme für ihn aber nicht in Frage. Die IV-Stelle sei zu verpflichten, mindestens drei konkrete Arbeitsstellen vorzuweisen, welche die notwendigen Voraussetzungen erfüllten. Damit müsse auf die Arbeitsfähigkeitsschätzung der Klinik Gais abgestellt werden. Da die vermehrten Pausen zusätzlich zu berücksichtigen seien, betrage der Arbeitsfähigkeitsgrad nur 65%. Es sei ein Teilzeitabzug notwendig. Zusammen mit den übrigen Nachteilen erscheine der Maximalabzug von 25% als angemessen. Dr. med. C.____ hielt dazu am 4. Juli 2007 fest, bei der Untersuchung sei der Versicherte ausführlich anamnestisch bezüglich der Beschwerden seitens des Bewegungsapparates befragt worden. Auch bei der körperlichen Untersuchung sei ausführlich auf die geschilderten linksseitigen Beschwerden eingegangen worden. Die Wirbelsäule und die Extremitäten seien ausführlich untersucht worden. Die anamnestisch angegebenen Beschwerden und die Untersuchungsbefunde seien bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit und der leidensadaptierten Tätigkeiten berücksichtigt worden. Mit einer Verfügung vom 12. Juli 2007 wies die IV-Stelle das Rentenbegehren des Versicherten ab.

D.

Der Versicherte erhob am 10. September 2007 Beschwerde gegen diese Verfügung. Er beantragte die Zusprache einer halben Rente ab Mai 2006, eventualiter die Rückweisung der Streitsache an die IV-Stelle zur weiteren Abklärung. Ausserdem ersuchte er um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Zur Begründung seines Hauptantrages machte er sinngemäss geltend, die Sachverhaltsabklärung sei unvollständig, da die letzte Röntgenaufnahme der Wirbelsäule im Juni 2000 erfolgt sei und sich seither durchaus etwas geändert haben könne. Im Einsatzprogramm des RAV (Gerätedemontage) gehe es mehr schlecht als recht. Er müsse krankheitsbedingt oft fehlen. Der Arbeitsplatz entspreche absolut nicht der Beschreibung im Bericht des RAD. Dieser Bericht sei im übrigen als Parteigutachten zu betrachten, da die Ärzte des RAD in einem Abhängigkeitsverhältnis zur IV-Stelle stünden und da durch diese Art der Abklärung der Beizug externer Spezialisten verunmöglicht worden sei. Aufgrund des erhöhten Pausenbedarfs in einer adaptierten Erwerbstätigkeit (die es allerdings in der Realität gar nicht gebe) sei ein erheblicher zusätzlicher Abzug notwendig. Es hätten erfahrene Kardiologen beigezogen werden müssen. Die Wirbelsäulenproblematik hätte



aktuell abgeklärt werden müssen. Die Klinik Gais sei von einer Arbeitsfähigkeit von lediglich 50% bei einer Hilfsarbeit mit Heben und Tragen von Lasten bis 18 kg ausgegangen. Bezeichnenderweise sei kein einziges Arbeitsplatzbeispiel genannt worden. Kein Arbeitgeber sei bereit, ein quasi freies Pausenmachen zu tolerieren und erst noch entsprechende Räume zur Verfügung zu stellen. Realistisch sei ein Arbeitsfähigkeitsgrad von 50-65%, was zusammen mit dem maximalen zusätzlichen Abzug von 25% vom statistischen Durchschnittslohn einen Rentenanspruch begründe.

E.

Die IV-Stelle beantragte am 29. Oktober 2007 die Abweisung der Beschwerde. Sie machte geltend, die Beurteilung durch den RAD überzeuge auch in orthopädischer Hinsicht. Der Versicherte sei einlässlich untersucht worden. Der Hausarzt sei im Bericht vom 30. März 2006 davon ausgegangen, dass der Versicherte durch die Rückenproblematik nicht limitiert sei. Die Operation im Jahr 1999 sei erfolgreich verlaufen. Der Versicherte versuche, eine Einschränkung zu konstruieren, wo es keine gebe. Der ausgeglichene Arbeitsmarkt beinhalte Arbeitsplätze, an denen eine rüchenschonende Arbeit in immissionsfreien Räumen ohne Stress ausgeübt werden könne. Die Arbeitsunfähigkeit von 25% resultiere aus der kardiologisch bedingten Verlangsamung und aus dem erhöhten Pausenbedarf. Deshalb könne die Arbeitsfähigkeit nicht nochmals mit diesen Argumenten reduziert werden. Umstände, die einen höheren zusätzlichen Abzug erfordern würden, seien nicht erkennbar. Ein Teilzeitabzug sei rechtsprechungsgemäss nicht zulässig. Auf der Seite des Valideneinkommens sei nicht auf das unterdurchschnittliche, effektiv erzielte Einkommen, sondern auf den höheren Durchschnittslohn abgestellt worden. Dadurch seien allfällige zusätzliche Nachteile des Versicherten mehr als kompensiert gewesen.

F.

Der Versicherte wandte am 13. Dezember 2007 ein, der Bericht des Hausarztes sei entstanden, als der Arbeitsunterbruch bereits mehr als zehn Monate andauert habe. Deshalb habe der Hausarzt die Auswirkung der Wirbelsäulenproblematik auf die Arbeitsfähigkeit gar nicht einschätzen können. Seit Februar 2005 beständen ernsthafte Rückenbeschwerden links. Das Ergebnis einer neuen kernspintomographischen



Untersuchung vom 19. September 2007 stelle ein objektives Korrelat zu seinen Rückenschmerzen dar. Er müsse durch Spezialisten untersucht werden. Dabei komme der RAD wegen Voreingenommenheit nicht in Frage. Im Einsatzprogramm des RAV sei bei einem Pensum von 75% eine Leistung von 30-60% erzielt worden. Dies beruhe auf den objektiven Feststellungen geschulter und erfahrener Projektleiter. Entgegen der Auffassung der IV-Stelle würden seine verschiedenen Nachteile nicht dadurch kompensiert, dass zur Ermittlung des Valideneinkommens auf ein statistisches Durchschnittseinkommen abgestellt werde. Gemäss dem der Replik beiliegenden Bericht vom 19. September 2007 über die kernspintomographische Abklärung (Th12 bis S3) bestand auf der Höhe L5/S1 eine kleine, mediorechtslaterale Rezidivhernie mit Kontakt zur Nervenwurzel S1 mit rezessalem Anteil bds. und vermuteter Nervenwurzelirritation bds., möglicherweise mit leicht rechtsseitiger Bevorzugung, ausserdem eine leichte Diskusprotrusion auch auf der Höhe L4/5 ohne Nachweis einer Nervenwurzelkompression, eine Spondylarthrose der unteren LWS und eine minime linkskonvexe Skoliosefehlhaltung. Nach der Einschätzung des berichtenden Arztes war eine periradikuläre Infiltrationstherapie möglich. Gemäss einem weiteren der Replik beiliegenden Bericht vom 9. Juli 2007 über das Einsatzprogramm (Abklärung vom 23. Juli bis 28. September 2007) hatte der Versicherte mit einem Beschäftigungsgrad von 75% gearbeitet. Er hatte eine Leistung von 30-60% (je nach gesundheitlichem Befinden) erbracht. Neben der üblichen halbstündigen Pause hatte er alle 30 bis 45 Min. eine fünfminütige Entspannungspause benötigt. Wegen der Schmerzen im Rücken und in der Brust, den Atmungsschwierigkeiten bei Staubbelastung und der Lärmempfindlichkeit hatte er nicht die Möglichkeit gehabt, seine Fähigkeiten zum Tragen zu bringen. Er hatte öfters über Schwindel geklagt und er hatte vereinzelt Schweissausbrüche erlebt.

G.

Die IV-Stelle wandte am 25. Januar 2008 ein, das Ergebnis des Einsatzprogramms sei erheblich durch die im Bericht zum Ausdruck gebrachte Selbstlimitierung des Versicherten bestimmt. Das passive Leben habe zu einer Dekonditionierung geführt. Deshalb sei der Versicherte nicht in der Lage gewesen, handwerkliche Arbeiten auszuführen. Von der gezeigten Leistung könne somit nicht auf eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit geschlossen werden. Aus dem Bericht über die



kernspintomographische Untersuchung lasse sich nichts Neues ableiten, denn es sei ja unbestritten, dass der Versicherte an einer Rückenproblematik leide. Bildgebende Verfahren könnten keine Arbeitsunfähigkeit beweisen. Relevant seien nur die im Rahmen der klinischen Untersuchung festgestellten Funktionsausfälle. Insbesondere könne eine bloss vermutete Nervenwurzelirritation kein invalidisierendes Leiden nachweisen. Die erhobenen Befunde liessen nicht auf eine Veränderung seit 2000 schliessen. Es gebe keine Anhaltspunkte für eine höhere Arbeitsunfähigkeit. Die Ärzte des RAD seien nicht befangen, nur weil die Abklärung ein für den Versicherten nicht genehmes Ergebnis gezeitigt habe.

H.

Der Versicherte reichte am 4. September 2008 weitere Berichte ein. Gemäss den Angaben vom 31. Januar 2008 über das Einsatzprogramm (1. Oktober 2007 bis 31. Januar 2008), das in der Demontage von Elektroschrott bestanden hatte, war in Absprache mit dem Hausarzt ein Arbeitstraining verbunden mit einem persönlichen Fitnessprogramm vorgesehen gewesen. Der Versicherte war, aus welchen Gründen auch immer, nicht in der Lage gewesen, sich mehr zu bewegen und aktiver zu werden. Bei einem Arbeitspensum von 50-75% hatte der Versicherte eine durchschnittliche Leistung von 60% erreicht. Während der zweiten Hälfte des Einsatzprogramms war er zu 50% arbeitsunfähig geschrieben gewesen. Der Psychiater Dr. med. E. ___ hatte am 8. Mai 2008 berichtet, es bestünden seit ein bis zwei Jahren therapieresistente depressive Verstimmungen mit Schlafstörungen. Der Versicherte leide an einer mittelschweren depressiven Episode. Aktuell bestehe ein depressiver Symptomenkomplex im Rahmen einer psychosozialen Belastungssituation und wirtschaftlicher Schwierigkeiten. Mit 29 Punkten im Beck'schen Depressionsinventar zeige der Versicherte eine mittelgradige depressive Symptomatik. Am 18. August 2008 hatte Dr. med. E. ___ dem Rechtsvertreter des Versicherten angegeben, ein Therapieversuch mit Psychopharmaka sei bei fraglicher Compliance bisher fehlgeschlagen. Aufgrund von Affekt- und Antriebsstörungen sei aus rein psychiatrischer Sicht eine maximale Leistungsfähigkeit von 50% ausgewiesen. Der Versicherte führte dazu insbesondere aus, es gebe klare Hinweise darauf, dass die depressive Störung vom Hausarzt schon vor Jahren festgestellt worden sei. Er sei bei der RAD-Abklärung erstmals psychiatrisch abgeklärt worden. Deshalb habe der



Psychiaterin gegenüber keine richtige Öffnung stattfinden können. Im übrigen habe die abklärende Psychiaterin bereits mit einer ausgeprägten depressiven Symptomatik gerechnet.

I.

Die IV-Stelle machte am 26. September 2008 geltend, soweit die neu eingereichten medizinischen Berichte überhaupt Rückschlüsse auf die Zeit vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung zuliessen, enthielten sie nur eine andere Beurteilung des gleichen Sachverhalts. Sie seien deshalb kaum von wesentlichem Beweiswert. Im Bericht vom 31. Januar 2008 über das Einsatzprogramm sei darauf hingewiesen worden, dass der Versicherte sich nicht habe mehr bewegen wollen. Die Programmleitung habe deshalb Unklarheiten betreffend die Ursache des Leidens gesehen. Es müsse davon ausgegangen werden, dass in einem erheblichen Ausmass eine Selbstlimitierung als Ausdruck der Krankheitsüberzeugung mitgespielt habe.

Erwägungen:

1.

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

1.1 Der damalige behandelnde Arzt Dr. med. B.____ hat am 30. März 2006 und am 13. Oktober 2006 nur eine Arbeitsfähigkeitsschätzung bezogen auf die vom Beschwerdeführer zuletzt ausgeübte Hilfsarbeit abgegeben. Auch die Klinik Gais hat sich in ihrem Austrittsbericht vom 25. August 2005 nur auf eine körperlich



anspruchsvolle Erwerbstätigkeit bezogen. Zudem hat sie nur eine vorläufige Schätzung abgegeben. Diese Arbeitsfähigkeitsschätzungen sind nicht relevant, denn der Beschwerdeführer müsste seine verbleibende Arbeitskraft so gut wie möglich verwerten. Er müsste also eine Hilfsarbeit ausüben, bei der seine Behinderung die Arbeitsleistung so wenig wie möglich beeinträchtigen würde. Das zumutbare Invalideneinkommen des Beschwerdeführers bemisst sich demnach anhand jener Hilfsarbeit, die dieser "Schadenminderungspflicht" am ehesten gerecht wird. Das ist nicht die zuletzt ausgeübte Hilfsarbeit, wie sich bereits aus dem ersten Bericht von Dr. med. B.____ ergibt, laut dem eine Hilfsarbeit mit geringerer körperlicher Belastung notwendig wäre. Eine Arbeitsfähigkeitsschätzung, die zur Bemessung des zumutbaren Invalideneinkommens eines Hilfsarbeiters taugt, weist also eine qualitative und eine quantitative Komponente auf. Die qualitative Komponente besteht in der Umschreibung einer der Behinderung ideal gerecht werdenden Hilfsarbeit, die quantitative Komponente im Grad der in einer solchen, meist als adaptiert bezeichneten Hilfsarbeit erzielbaren Arbeitsleistung, dem sogenannten Arbeitsfähigkeitsgrad.

1.2 Die erste Arbeitsfähigkeitsschätzung, die beide Komponenten aufweist, ist diejenige im Bericht des RAD vom 29. März 2007. Sie umfasst eine detaillierte Umschreibung der behinderungsadaptierten Arten von Hilfsarbeiten und einen auf eine solche Hilfsarbeit bezogenen Arbeitsfähigkeitsgrad (75%). Der Beschwerdeführer betrachtet die Angaben in diesem Bericht als zum vornherein nicht beweiskräftig, weil es sich wesensmässig um eine "Parteigutachten" handle. Es stamme nämlich von medizinischen Fachleuten, die Teil der Organisation der Invalidenversicherung bildeten. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann aber aus einem Anstellungsverhältnis zur Invalidenversicherung nicht auf eine Parteilichkeit oder auch nur auf den objektiven Anschein einer Parteilichkeit geschlossen werden. Ein solches Anstellungsverhältnis zur Invalidenversicherung hat nämlich für sich allein keine ungenügende Objektivität und keine Befangenheit zur Folge, denn die Invalidenversicherung - und damit auch die von ihr angestellten medizinischen Fachpersonen - sind dem Untersuchungsgrundsatz und dem Gesetzmässigkeitsprinzip verpflichtet. Sowohl die Sachverhaltsabklärung als auch deren rechtliche Würdigung müssen unparteilich erfolgen. An der Unparteilichkeit angestellter medizinischer Fachpersonen ist nur dann zu zweifeln, wenn besondere Umstände auf mangelnde Objektivität oder auf Befangenheit schliessen lassen. Fehlen solche besonderen



Umstände, kommt den Berichten verwaltungsinterner medizinische Fachpersonen wie den Gutachten unabhängiger medizinischer Sachverständiger dann Beweiswert zu, wenn die Ausführungen schlüssig, die Argumentation widerspruchsfrei und die Schlussfolgerung nachvollziehbar begründet sind und wenn keine Indizien gegen die Zuverlässigkeit sprechen (vgl. etwa BGE 125 V 351 ff. Erw. 3b/ee). Daraus folgt, dass dem Bericht vom 29. März 2007 nicht allein schon deswegen jeder Beweiswert abgesprochen werden kann, weil die beiden abklärenden Ärzte Angestellte der Invalidenversicherung gewesen sind. Es gibt nämlich keinen Hinweis auf besondere Umstände, die auf eine ungenügende Objektivität oder gar auf eine Befangenheit dieser beiden Ärzte hindeuten würden.

1.3 Zu prüfen bleibt, ob der Bericht vom 29. März 2007 auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt, d.h. ob er schlüssig, widerspruchsfrei und nachvollziehbar ist. Der Beschwerdeführer ist zwar auch in bezug auf seine Rückenproblematik von einem Internisten (Dr. med. C.____) untersucht worden. Aber dieser Internist hat auch über eine Ausbildung als Arbeits- und Sozialmediziner verfügt. Er ist deshalb in der Lage gewesen, den Bewegungsapparat und damit auch die Rückenproblematik des Beschwerdeführers so weit abzuklären, dass ihm die Notwendigkeit einer neuen bildgebenden Untersuchung der Wirbelsäule und allenfalls auch des Bezugs eines entsprechenden Facharztes aufgefallen wäre. Er hat aber keinen Hinweis auf eine Verschlechterung der Rückenproblematik seit der Operation gefunden. Deshalb ist es ihm möglich gewesen, die Art und das Ausmass der Rückenproblematik sowie deren Einfluss auf die (quantitative und qualitative) Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers einzuschätzen. Die vom Beschwerdeführer initiierte kernspintomographische Abklärung vom 19. September 2007 hat zwar weitgehend dieselben Diagnosen geliefert wie die kernspintomographische Abklärung, die vor der Rückenoperation vorgenommen worden war. Im Gegensatz zur damaligen schlechten gesundheitlichen Situation des Beschwerdeführers, wie sie im Bericht der Klinik für Neurochirurgie des Kantonsspitals St. Gallen vom 20. Juli 1999 beschrieben wurde, hat die klinische Untersuchung durch den Arzt des RAD am 27. Februar 2007 aber keine erheblichen Beschwerden aufgezeigt. Die kernspintomographische Untersuchung vom 27. Februar 2007 hat deshalb entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers keine neuen Erkenntnisse über die Rückenbeschwerden geliefert, die nicht auch im Bericht des RAD enthalten wären. Die klinische Abklärung vom 27. Februar 2007 ist umfassend gewesen und ihr



Ergebnis überzeugt. Dasselbe gilt für die Herz-, Lungen- und weiteren Probleme des Beschwerdeführers. Insbesondere ist das Ergebnis der Lungenfunktionsprüfung entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers nicht widersprüchlich. Es ist nämlich davon auszugehen, dass die verwendete Untersuchungsmethode geeignet ist, die effektive Leistungsfähigkeit der Lungen zu ermitteln, auch wenn die untersuchte Person sich selbst limitiert, d.h. nicht jene Leistung erbringt, die ihr objektiv möglich und zumutbar wäre. Der Beschwerdeführer hat - anders als im Zusammenhang mit seinem Rückenleiden - keine medizinischen Unterlagen eingereicht, die den entsprechenden Feststellungen im Bericht des RAD widersprechen würden. Er hat sich nur auf die Berichte über das Abklärungs- und über das Einsatzprogramm des RAV vom 9. Juli 2007 und vom 31. Januar 2008 berufen, um die Arbeitsfähigkeitsschätzung im Bericht des RAD zu widerlegen bzw. um zu belegen, dass eine allfällige Restarbeitsfähigkeit wirtschaftlich nicht mehr verwertbar sei. Diese beiden Berichte enthalten im Ergebnis ebenfalls eine Arbeitsfähigkeitsschätzung, auch wenn von der Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers gesprochen wird. Allerdings vermag diese Einschätzung (Leistungsfähigkeit 30-60%) nicht zu überzeugen. Der Beschwerdeführer ist zwar als teamfähig, handwerklich geschickt und methodisch und qualitativ gut arbeitend geschildert worden und es fehlt jeder Hinweis auf eine offenkundig ungenügende Arbeitsmotivation. Daraus darf aber nicht der Schluss gezogen werden, dass der Beschwerdeführer tatsächlich die volle mögliche und zumutbare Arbeitsleistung erbracht habe. Die Differenz zwischen der erbrachten und der objektiv möglichen und zumutbaren Leistung war nämlich für die Programmverantwortlichen gar nicht erkennbar, weil diese nicht in der Lage waren, die objektive Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers einzuschätzen. Die in den Berichten vom 9. Juli 2007 und vom 31. Januar 2008 angegebene Leistungsfähigkeit von 30-60% ist deshalb nicht geeignet, die Arbeitsfähigkeitsschätzung im Bericht des RAD zu widerlegen oder auch nur Zweifel an der Richtigkeit dieser Arbeitsfähigkeitsschätzung zu wecken. Selbst wenn es sich bei der angegebenen Leistungsfähigkeit von 30-60% um eine objektive Schätzung handeln würde, könnte nicht angenommen werden, die verbliebene Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers sei wirtschaftlich nicht mehr verwertbar. Der Beschwerdeführer könnte dann nämlich an einem idealen adaptierten Arbeitsplatz zu 60% arbeiten und aufgrund seiner positiven Eigenschaften könnte er dabei problemlos eingesetzt werden. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass die gestützt auf die



somatischen Beschwerden allein im Bericht des RAD angegebene Arbeitsfähigkeitsschätzung (75%) auf einer umfassenden und sorgfältigen Abklärung beruht und schlüssig und nachvollziehbar begründet worden ist. Was der Beschwerdeführer dagegen vorgebracht hat, vermag diese Arbeitsfähigkeitsschätzung nicht zu widerlegen oder auch nur in ihrer Überzeugungskraft zu erschüttern. Bei der Berücksichtigung der somatischen Gesundheitsbeeinträchtigungen allein ist der Beschwerdeführer also mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu 75% arbeitsfähig. Dabei ist der Beschwerdeführer weder auf eine Bürotätigkeit beschränkt noch benötigt er einen separaten Ruheraum, um den erhöhten Pausenbedarf decken zu können.

1.4 Dr. med. B.____ hat in seinem Bericht vom 30. März 2006 an die Beschwerdegegnerin noch keine psychiatrische Diagnose angegeben. Erst in seinem zweiten Bericht vom 13. Oktober 2006 hat er dann ausgeführt, es bestehe eine unklare Leistungsintoleranz, Belastungsapnoe und Müdigkeit bei vermutlich depressiver Verarbeitung des Krankheitsgeschehens; die schon seit längerer Zeit eingesetzten Antidepressiva seien ergebnislos geblieben. Die Abklärung durch den RAD hat aus diesem Grund auch eine psychiatrische Untersuchung beinhaltet. Der entsprechende Bericht von Dr. med. D.____ beinhaltet eine detaillierte und ausführliche Anamnese. Diese belegt, dass der Beschwerdeführer entgegen seiner späteren Behauptung durchaus erschöpfend über sich selbst Auskunft hat geben können. Das vom Beschwerdeführer gegen die Überzeugungskraft des Berichts von Dr. med. D.____ ins Feld geführte Argument, er habe sich bei der psychiatrischen Exploration der Abklärerin nicht öffnen können, ist deshalb nicht stichhaltig. Dr. med. D.____ hat über all jene Angaben des Beschwerdeführers verfügt, die sie benötigt hat, um den psychischen Gesundheitszustand zu erheben und eine überzeugende Arbeitsfähigkeitsschätzung abzugeben. Sie ist davon ausgegangen, dass zwar eine Beeinträchtigung der psychischen Gesundheit vorliege, dass diese (bzw. die aus ihr resultierende Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung) aber durch eine zumutbare Willensanstrengung vollständig überwunden werden könnte. Weiter hat sie angegeben, seit bald zwei Jahren komme es zu wiederkehrenden leichten depressiven Verstimmungszuständen. Die diesen zugrunde liegende Neurasthenie (DD: Dysthymie) sei nicht durch Psychopharmaka beeinflussbar. Nur bei einer besonders ausgeprägten depressiven Symptomatik im Rahmen dieser Krankheit sei ein Antidepressivum empfehlenswert. Dr. med. E.____ hat am 8. Mai und am 18. August 2008 in seinen



beiden Berichten eingeräumt, dass die Behandlung der von ihm diagnostizierten mittelschweren depressiven Episode mittels Antidepressiva fehlgeschlagen sei. Er hat dies allerdings nicht der Tatsache zugeschrieben, dass eine Neurasthenie vorliegt, die durch Antidepressiva gar nicht beeinflusst werden kann. Vielmehr hat er eine ungenügende Compliance des Beschwerdeführers vermutet, ohne dies allerdings durch eine Laboruntersuchung zu verifizieren. Hätte der Beschwerdeführer tatsächlich bereits seit zwei Jahren an einer mittelschweren depressiven Episode gelitten, so hätten die ihm verschriebenen Antidepressiva auch Wirkung entfaltet. Es ist nämlich davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer aufgrund eines sehr einfachen Verständnisses von Krankheit und Therapie angenommen hat, er müsse nur die Medikamente einnehmen und dann sei der Gesundheitsschaden "repariert". Eine ungenügende Compliance ist unter diesen Umständen sehr unwahrscheinlich. Die Wirkungslosigkeit der Antidepressiva dürfte deshalb auf die Tatsache zurückzuführen sein, dass der Beschwerdeführer im Rahmen der Neurasthenie höchstens an leichten depressiven Verstimmungen gelitten hat, bei denen die Antidepressiva zum vornherein keine erhebliche Verbesserung haben bewirken können. Die von Dr. med. D.____ gestellte Diagnose erweist sich demnach als überwiegend wahrscheinlich. Das gilt auch für die auf diese Diagnose abgestützte Arbeitsfähigkeitsschätzung. Selbst wenn Dr. med. E.____ mit seiner Einschätzung der Stärke der depressiven Verstimmung recht hätte, könnte dies keine Zweifel an der Arbeitsfähigkeitsschätzung von Dr. med. D.____ wecken. Dr. med. E.____ hat den Beschwerdeführer nämlich am 31. März 2008, d.h. beinahe ein Jahr nach dem Erlass der angefochtenen Verfügung erstmals gesehen. Seine Arbeitsfähigkeitsschätzung beruht also auf einem Gesundheitszustand des Beschwerdeführers, von dem nicht bekannt ist, ob er nach der Abklärung durch Dr. med. D.____ bzw. nach dem Erlass der angefochtenen Verfügung eine Veränderung erfahren hat.

2.

2.1 Im RAD-Bericht vom 29. März 2007 wird die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers in qualitativer Hinsicht folgendermassen umschrieben: leichte bis intermittierend mittelschwere körperliche Arbeit in Wechselhaltung, ohne Heben und Tragen von Lasten über 15 kg, ohne Zwangshaltung der Wirbelsäule, ohne Exposition gegenüber Kälte, Nässe, Zugluft, atemreizendem Staub, Dampf oder Rauch,



Möglichkeit vermehrter Pausen, Tätigkeit in geschlossenen und ausreichend temperierten Räumen, keine Nacht-, Schicht- oder Fließbandarbeit mit hohem Takt. Damit ist der Beschwerdeführer keineswegs auf Büroarbeiten reduziert, wie er selber annimmt. Arbeitsplätze, die all diese Vorgaben erfüllen, existieren in vielen Branchen (z.B. Überwachungs- oder Kontrollarbeiten, leichte Maschinenbedienungsarbeiten). Auf dem allgemeinen und ausgeglichenen Arbeitsmarkt ist die verbliebene Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers also durchaus noch verwertbar. Der Umschreibung der adaptierten Erwerbstätigkeit lässt sich entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers nicht entnehmen, dass für die Pausen ein getrennter Raum nötig wäre, in dem sich der Beschwerdeführer ungestört erholen könnte. Die zusätzlichen Pausen wären durchaus auch am Arbeitsplatz möglich, wie das Einsatzprogramm des RAV gezeigt hat. Bei einem Beschäftigungsgrad von 75% und einer vollen Tagesarbeitszeit wäre es dem Beschwerdeführer möglich, nach Bedarf Arbeitspausen einzuschalten. Deshalb kann die qualitative Arbeitsfähigkeitsschätzung im RAD-Bericht vom 29. März 2007 nicht so interpretiert werden, dass der zusätzliche Pausenbedarf neben der Arbeitsunfähigkeit von 25% berücksichtigt werden müsse, womit die eigentliche Arbeitsfähigkeit deutlich weniger als 75% betrage. Bei der Bemessung des zumutbaren Invalideneinkommens ist demnach von einer Arbeitsfähigkeit von 75% auszugehen.

2.2 Da der Beschwerdeführer keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgeht, muss zur Bemessung des zumutbaren Invalideneinkommens auf ein statistisch ermitteltes Durchschnittseinkommen abgestellt werden. Gemäss der vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Lohnstrukturerhebung 2006, Anhang Tabelle TA1, belief sich der Durchschnittslohn männlicher Hilfsarbeiter aller Branchen bei einer zu statistischen Zwecken auf 40 Std. festgesetzten Wochenarbeitszeit auf Fr. 4732.-. Im Jahr 2006 betrug die durchschnittliche Wochenarbeitszeit 41,7 Std. Das entspricht einem Einkommen von Fr. 4933.- bzw. Fr. 59'200.-. Bei einem Beschäftigungsgrad von 75% resultiert ein Jahreseinkommen von Fr. 44'400.-. Der Beschwerdeführer weist auch an einem adaptierten Arbeitsplatz verschiedene Konkurrenz Nachteile gegenüber gesunden Arbeitnehmern auf, die ebenfalls mit einem Beschäftigungsgrad von 75% tätig wären. Aus der Sicht eines rein ökonomisch denkenden Arbeitgebers bietet der Beschwerdeführer u.a. ein höheres Risiko von Krankheitsabsenzen, es ist bei ihm mit überdurchschnittlichen Leistungsschwankungen zu rechnen, er ist nicht in der Lage,



bei kurzfristigem Bedarf vorübergehend eine Tagesleistung von mehr als 75% zu erbringen und er kann innerhalb des Betriebes nicht flexibel eingesetzt werden. Diese Nachteile müsste der Beschwerdeführer mit einer erheblichen Lohnreduktion kompensieren, um mit gesunden Arbeitnehmern konkurrieren zu können. Dies rechtfertigt einen über den Arbeitsunfähigkeitsgrad hinausgehenden Abzug von Durchschnittseinkommen. Die Beschwerdegegnerin hat diesen Abzug beim Erlass der angefochtenen Verfügung auf 10-15% geschätzt. In ihrer Beschwerdeantwort hat sie dann die Auffassung vertreten, der zusätzliche Abzug betrage nur 10%, da kein sogenannter "Teilzeitabzug" zulässig sei. Dieser Nachteil ist auf die statistisch ausgewiesene Tatsache zurückzuführen, dass teilzeitbeschäftigte Hilfsarbeiter einen überproportionalen Lohnnachteil erleiden. Der Durchschnittslohn eines zu 75% tätigen Hilfsarbeiters beträgt nicht 75%, sondern deutlich weniger als 75% des Durchschnittslohnes eines zu 100% tätigen Hilfsarbeiters (vgl. die bereits zitierte Lohnstrukturerhebung 2006, S. 16 Tabelle T2*). Dieser Nachteil beträgt etwa 5%. Das Bundesgericht hat tatsächlich in einem Urteil vom 2. November 2007 (I 69/07) die Auffassung vertreten, der nur für die effektiv teilzeitlich tätigen Hilfsarbeiter ermittelte überproportionale Lohnnachteil könne nicht auf vollzeitlich, aber mit reduzierter Leistung teilerwerbstätige Hilfsarbeiter analog zur Anwendung gebracht werden, weil nicht feststehe, dass sich bei beiden Arten von Teilzeitarbeit dieselben ökonomischen Gesichtspunkte auswirkten (vgl. Erw. 5.2). Würde man diese Begründung konsequent umsetzen, wäre es generell unzulässig, vom statistisch ermittelten Durchschnittseinkommen einen über den Arbeitsunfähigkeitsgrad hinausgehenden Abzug zu machen, denn die ökonomischen Ursachen der damit abgegoltenen Nachteile sind überhaupt nicht bekannt. Sie beruhen ganz offenkundig nur auf Sachverhaltsannahmen, die von der Rechtsprechung noch nie haben belegt werden können, weil entsprechende statistische Erhebungen fehlen. Können diese anderen Nachteile behinderter Hilfsarbeiter zu einem Abzug vom statistischen Durchschnittseinkommen berechtigen, ohne auch nur ansatzweise nachgewiesen zu sein, so muss es aus Gleichbehandlungsgründen auch zulässig sein, bei vollzeitlich, aber mit reduzierter Leistung teilerwerbstätigen Hilfsarbeitern einen Teilzeitnachteil zu berücksichtigen, der demjenigen entspricht, der für die Gruppe der effektiv teilzeitlich tätigen Hilfsarbeiter ausgewiesen ist. Im übrigen gibt es auch bei den effektiv teilzeitlich tätigen Hilfsarbeitern Faktoren, die für einen Arbeitgeber positiv sind. Da die



Begründung im Bundesgerichtsurteil vom 2. November 2007 nicht zu überzeugen vermag, ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass der Teilzeitnachteil zusammen mit den übrigen Nachteilen einen Lohn zulässt, der 15% unter dem statistischen Durchschnittslohn bei einem Beschäftigungsgrad von 75% von Fr. 44'400.- liegt. Das zumutbare Invalideneinkommen des Beschwerdeführers beträgt somit Fr. 37'740.-. Das Valideneinkommen, das sich nicht nach dem - rein zufällig - unterdurchschnittlichen Einkommen am letzten Arbeitsplatz, sondern nach der erwerblichen Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers ohne die Gesundheitsbeeinträchtigung richtet, ist ebenfalls anhand des statistischen Durchschnittseinkommens der Hilfsarbeiter aller Branchen zu ermitteln. Es beträgt demnach Fr. 59'200.- Die Erwerbseinbusse von Fr. 21'460.- entspricht einem Invaliditätsgrad von 36%. Die Beschwerdegegnerin hat deshalb im Ergebnis zu Recht einen Rentenanspruch des Beschwerdeführers verneint.

3.

Im Sinne der vorstehenden Ausführungen ist die Beschwerde abzuweisen. Da dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung bewilligt worden ist, ist er von der Bezahlung der Gerichtsgebühr (Art. 69 Abs. 1^{bis} Satz 1 IVG) zu befreien. Diese Gerichtsgebühr ist entsprechend dem Verfahrensaufwand im Rahmen von Fr. 200.- bis Fr. 1000.- festzulegen (Art. 69 Abs. 1^{bis} Satz 2 IVG). Im vorliegenden Fall erscheint in Anwendung dieses Bemessungskriteriums eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.- als angemessen. Sollten die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers es später einmal gestatten, diese Gerichtsgebühr zu entrichten, so muss er zur Nachzahlung verpflichtet werden (Art. 288 Abs. 1 ZPG/SG i.V.m. Art. 99 Abs. 2 VRP/SG). Da die unentgeltliche Prozessführung auch die unentgeltliche Rechtsverteidigung umfasst, hat der Staat den Rechtsbeistand des Beschwerdeführers zu entschädigen (Art. 61 lit. f Satz 2 ATSG). Die Parteientschädigung bemisst sich nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 61 lit. g Satz 2 ATSG). Unter Berücksichtigung dieser Kriterien erweist sich eine Parteientschädigung von Fr. 3500.- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Diese Entschädigung ist bei der unentgeltlichen Rechtsverteidigung um einen Fünftel herabzusetzen (Art. 31 Abs. 3 des st. gallischen Anwaltsgesetzes). Die Entschädigung beträgt somit Fr. 2800.-. Auch



für diese Entschädigung gilt, dass sie vom Beschwerdeführer zurückzuerstatten ist, wenn seine wirtschaftlichen Verhältnisse dies später einmal gestatten sollten.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

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