



**Fall-Nr.:** IV 2008/385  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** IV - Invalidenversicherung  
**Publikationsdatum:** 14.07.2020  
**Entscheiddatum:** 12.04.2010

### **Entscheid Versicherungsgericht, 12.04.2010**

**Art. 28 IVG. Invaliditätsbemessung. Würdigung der medizinischen Berichte. Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit und Angemessenheit eines Abzugs von den Tabellenlöhnen. Art. 26 Abs. 2 ATSG. Verzugszinspflicht (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. April 2010, IV 2008/385).**

Abteilungspräsidentin Karin Huber-Studerus, Versicherungsrichterin

Monika Gehrler-Hug, Versicherungsrichter Joachim Huber; Gerichtsschreiberin Fides Hautle

Entscheid vom 12. April 2010

in Sachen

S.\_\_\_\_,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Gabriela Grob Hügli, procap, Frobургstrasse 4,  
Postfach, 4601 Olten,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend



Rente

Sachverhalt:

A.

A.a Der 1953 geborene S.\_\_\_\_ meldete sich am 25. Mai/4. Juni 2004 zum Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung an und beantragte namentlich eine Rente. Er habe den Beruf eines Maurers gelernt und sei seit März 1993 als Lagerchef angestellt. Seit dem 30. Oktober 2003 leide er an Rückenbeschwerden (zwei Operationen; Verschraubung).

A.b Der Arbeitgeberbescheinigung vom 9. Juni 2004 war zu entnehmen, dass der Versicherte als Lagerist angestellt sei. Bis 29. Oktober 2003 (Eintritt des Gesundheitsschadens) habe er vollzeitlich gearbeitet. Im Jahr 2001 habe er Fr. 83'707.-- und 2002 Fr. 86'543.-- verdient. Sein Monatslohn betrage seit Januar 2004 Fr. 5'725.--. Das entspreche dem Lohn ohne Gesundheitsschaden. Seit dem 30. Oktober 2003 könne er die Arbeit wegen der mehrfachen Rückenoperationen nicht mehr ausüben. Seit dem 1. Mai 2004 erledige er noch zu 50 % Gelegenheitsarbeiten.

A.c Dr. med. A.\_\_\_\_, Arzt für Allgemeine Medizin FMH, gab in seinem Arztbericht vom 10. Juni 2004 (act. 9) als Diagnose an, es lägen ein lumboradikuläres Reiz-Schmerz-Syndrom links, ein Zustand nach Spondylodese L5/S1 und B-Twin-Interponat (23.2.2004) bei Zustand nach Isthmotomie L5 links (18.12.2003), und eine depressive Entwicklung vor. Der Versicherte sei vom 30. Oktober 2003 bis 2. Mai 2004 zu 100 % arbeitsunfähig gewesen und sei seither zu 50 % arbeitsunfähig. Die bisherige Tätigkeit sei noch halbtags (voll) zumutbar, wobei die Belastung eingeschränkt sei. Heben und Tragen sei noch bis zu 10 kg möglich. Eine rückenadaptierte Tätigkeit mit Bewegungswechsel (ohne Heben und Tragen von mehr als 10 kg) wäre vorderhand ebenfalls halbtags möglich und liesse sich später eventuell steigern. Ob berufliche Massnahmen sinnvoll sein würden, werde nach den Erfahrungen mit dem Arbeitseinsatz von 50 % beurteilt werden können.

A.d Die Klinik für Neurochirurgie am Kantonsspital St. Gallen bezeichnete im Arztbericht vom 16. Juni 2004 (act. 10) als Diagnose einen St. n. Isthmotomie L5 links



## St.Galler Gerichte

und postoperativer Instabilität mit Spondylodese L5/S1 links via Pedikelschraubensystem und B-Win-Interponat am 23.02.04. Ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit lägen unter anderem depressive Stimmungsphasen und persistierende, rechtsseitige Knieschmerzen im Frühling 2003 vor. Der Versicherte sei vom 17. Dezember 2003 bis 26. März 2004 zu 100 % und danach bis zum Berichtszeitpunkt zu 50 % arbeitsunfähig gewesen. Weder die bisherige noch eine andere Tätigkeit sei ihm noch zumutbar. Der Versicherte sei bei St. n. Isthmotomie und Spondylodese auf sein Schmerzsyndrom fixiert und es sei eine Chronifizierung des Beschwerdebildes eingetreten. Möglicherweise könne eine schmerztherapeutische Vorstellung einen gewissen Beschwerderückgang erzielen, doch selbst dann scheine eine Berentung zu 100 % unumgänglich.

A.e Dr. A. \_\_\_ teilte der Sozialversicherungsanstalt/IV-Stelle des Kantons St. Gallen am 1. Juli 2004 (act. 13) mit, am 3. Mai 2004 habe der Versicherte seine Arbeit halbtags wieder aufgenommen. Am 24. Mai 2004 habe er noch von lumbalen Schmerzen berichtet, aber von einem seit drei Monaten kontinuierlich besseren Verlauf. Am 23. Juni 2004 habe eine vorzeitige Konsultation stattgefunden, bei welcher der Versicherte wieder von einer Verschlechterung berichtet habe. Er (der Versicherte) habe sich deshalb telefonisch an die Klinik für Neurochirurgie gewandt, die ihm im Gegensatz zur schriftlichen Beurteilung vom 14. Mai 2004 eine 100-prozentige Rente in Aussicht gestellt habe. In Anbetracht jenes Berichts vom 14. Mai 2004 und seiner eigenen Einschätzung aufgrund der Anamnese und des körperlichen Befundes sowie des Wunsches des Versicherten nach Wiederaufnahme der Arbeit habe er (der Arzt) eine Arbeitsfähigkeit von 50 % am 3. Mai 2004 als angemessen beurteilt. Der Versicherte sollte nicht zuletzt aus psychosozialen Gründen einer Arbeit nachgehen können. Es sei eine vertrauensärztliche Untersuchung durchführen zu lassen. - In dem Bericht vom 14. Mai 2004 (act. 14) hatte die Klinik für Neurochirurgie den Versicherten als zu 50 % arbeitsfähig (auch mittel- und langfristig) bezeichnet.

A.f Der Vertreter der Arbeitgeberin teilte am 11. August 2004 mit, die Leistung des Versicherten entspreche weniger als 30 % seiner früheren Leistung. Die Weiterbeschäftigung erfolge aus sozialen Gründen.



## St.Galler Gerichte

A.g Der Regionale Ärztliche Dienst (RAD) der Invalidenversicherung befürwortete am 17. September 2004 eine bidisziplinäre Begutachtung. Am 4. Oktober 2004 wurde der Auftrag an die Klinik Valens erteilt, am 2. Mai 2005 stattdessen an Dr. B.\_\_\_\_.

A.h Am 20. November 2006 (act. 37 ff.) liess der Versicherte durch einen Rechtsvertreter verschiedene Austrittsberichte des Kantonsspitals St. Gallen zustellen, aus denen sich ergebe, dass er langanhaltend zu 100 % arbeitsunfähig sei. Er habe in diesem Jahr fünf Operationen gehabt. Damit lägen die Entscheidungsgrundlagen für das Zusprechen einer Rente vor und das Gutachten brauche nicht abgewartet zu werden.

A.i Die Sozialversicherungsanstalt/IV-Stelle hielt an der Begutachtungsnotwendigkeit fest und erteilte den Auftrag schliesslich am 9. Januar 2007 an das Medizinische Gutachtenzentrum St. Gallen.

A.j Die Klinik für Neurochirurgie sandte der IV-Stelle am 6. August 2007 einen Bericht, den sie am 24. Juli 2007 an Dr. med. C.\_\_\_\_, Praktische Ärztin, gerichtet hatte (act. 56). Darin hatte die Klinik erklärt, eine Wiederaufnahme einer - selbst reduzierten - Tätigkeit bei dem Status nach fünf Rückeneingriffen sei praktisch unmöglich. Auch für leichte körperliche Tätigkeiten sei der Versicherte kaum mehr arbeitsfähig. In Anbetracht der langen Vorgeschichte seien auch nicht allzu weitreichende (d.h. teilweise psychiatrische) Abklärungen zu empfehlen.

A.k Dem bidisziplinären Gutachten vom 24. Oktober 2007 (act. 60) waren folgende Diagnosen mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit zu entnehmen:

1. Chronisches lumbospondylogenes Syndrom linksbetont bei/mit:

- LWS-Fehlstatik bei Fehlhaltung und Fehlform sowie muskulärer Dysbalance
- residuellem lumboradikulärem Reiz- und sensomotorischem Ausfallssyndrom L5 links
- hochgradigen degenerativen Veränderungen L4/5 und L5/S1, leichtergradigen degenerativen Veränderungen L3/4



## St.Galler Gerichte

- Status nach Isthmotomie L5 links mit Entfernung eines foraminaalen Diskusvorfalles und Ausräumung des Zwischenwirbelraumes am 12.12.03
- Spondylodese L5/S1 am 23.02.04
- Status nach Isthmotomie L4 links mit Nukleotomie von links am 12.06.06
- Status nach Revision L3/4 extraforaminal, Entfernung eines freien Bandscheibenvorfalles und Nachräumen des Zwischenwirbelraumes am 04.07.06
- Status nach Materialentfernung L5/S1 bei gutem ventralem Durchbau, Abszessdrainage und Biopsie der Bandscheibe L4/5 bei subfaszialem Abszess am 11.09.06
- Status nach diversen Facettengelenks-Infiltrationen L4/5 und L5/S1 sowie Status nach zweimaliger Infiltration des SIG rechts, einmaliger Infiltration des SIG links

### 2. Chronisches Zervikobrachial-Syndrom bei/mit:

- HWS-Fehlstatik bei Fehlhaltung und muskulärer Dysbalance
- lokoregionärem myofaszialem Schmerzsyndrom
- segmentaler Dysfunktion C3/4

### 3. Anpassungsstörung.

Die bisherige Tätigkeit als Lagerist sei dem Versicherten nicht mehr zumutbar, weil das geforderte physische Belastungsprofil die Leistungsfähigkeit bei weitem übersteige, insbesondere bezüglich des Hebens und Tragens von Lasten. Für eine sehr leichte, streng wechselbelastende Kontrolltätigkeit mit maximalen Hebe- und Tragbelastungen von 5 kg selten am Tag wäre er während je drei Stunden am Vor- und am Nachmittag medizinisch-theoretisch arbeitsfähig. Er müsste die Gewähr haben, die Arbeitsposition jederzeit aus eigenem Antrieb wechseln zu können. Strikt zu vermeiden wären das länger als zehn Minuten dauernde Einhalten von rückenenergonomisch ungünstigen Körperpositionen wie Sitzen, Vornüberneigen, Kauern, das Arbeiten über Kopf in



## St.Galler Gerichte

Hyperextensionsstellung der Lendenwirbelsäule und in Rumpfrotation. Im psychiatrischen Teilgutachten vom 16. Oktober 2007 waren (erstens) eine Anpassungsstörung und (zweitens) ein sensomotorisches L5-Syndrom links nach mehrfachen operativen Eingriffen mit sekundärem neuropathischem Schmerz diagnostiziert worden. Aus rein psychiatrischer Sicht (und unter bewusster medizinthoeretischer Ausblendung der ersten [recte wohl: zweiten], in erster Linie im rheumatologischen Teilgutachten beurteilten Gesundheitsstörung) sei die Arbeitsfähigkeit in der angestammten wie in einer adaptierten Tätigkeit zu 10 % eingeschränkt.

A.l Der RAD bezeichnete die Schlussfolgerungen des Gutachtens am 1. Dezember 2007 als nachvollziehbar. - Auf Anfrage teilte die Arbeitgeberin am 7. Dezember 2007 mit, der Versicherte habe vom 1. Januar 2001 bis 31. Januar 2005 (Austritt) insgesamt 302 Überstunden geleistet. Es müssten auch im Jahr 2007 Überstunden geleistet werden. Das Einkommen ohne Behinderung würde gegenwärtig voraussichtlich Fr. 6'000.-- ausmachen.

A.m Mit Vorbescheid vom 16. Januar 2007 (recte: 2008; act. 67 f.) stellte die Sozialversicherungsanstalt/IV-Stelle des Kantons St. Gallen dem Versicherten die Ausrichtung einer halben Rente ab 1. Oktober 2004 bei einem Invaliditätsgrad von 56 % (Valideneinkommen Fr. 78'000.--, Invalideneinkommen Fr. 34'250.--) in Aussicht.

A.n Der Versicherte liess durch einen neu eingesetzten Rechtsvertreter am 18. Februar 2008 (act. 72) einwenden, das festgesetzte Invalideneinkommen sei nicht erzielbar. Es sei ein Leidensabzug am Platz. Es sei zu bezweifeln, ob eine so eng umschriebene adaptierte Tätigkeit noch eine Arbeitsfähigkeit zulasse; ebenso gut hätte die Arbeitsfähigkeit tiefer angesetzt werden können. Ausserdem sei eine Diskrepanz zwischen den Angaben der Arbeitgeberin und dem festgesetzten Valideneinkommen festzustellen. Offensichtlich seien die ursprünglich übernommenen Angaben geändert worden. Auch die Überstunden, die der Versicherte habe leisten müssen, gehörten zum Lohn. Die Angaben der Arbeitgeberin unterschieden sich auch von den Einträgen im IK-Auszug. Es wäre aber unrichtig, wenn die tieferen Angaben aus dem IK dem Versicherten einen Nachteil brächten. Mit grosser Wahrscheinlichkeit werde eine Prüfung einen Invaliditätsgrad ergeben, der zu einer Dreiviertelsrente berechtige.



## St.Galler Gerichte

A.o Auf ergänzende Nachfrage hin teilte die Arbeitgeberin am 22. April 2008 mit, bei der Ermittlung des theoretischen Einkommens 2007 (mit Fr. 6'000.--) seien die durchschnittlichen Salärerhöhungen im Betrieb, aber nicht die Überstunden berücksichtigt worden. Schätzungsweise würden pro Jahr etwa hundert Überstunden mit einem Stundenansatz von Fr. 45.-- anfallen.

A.p Mit Verfügung vom 24. Juli 2008 (act. 82) sprach die Sozialversicherungsanstalt/IV-Stelle des Kantons St. Gallen dem Versicherten ab 1. Oktober 2004 eine halbe Rente (samt Kinderrenten) zu. Zu vergleichen seien ein Valideneinkommen von Fr. 82'500.-- (einschliesslich der möglichen Überstunden; Fr. 78'000.-- zuzüglich Fr. 4'500.--) und ein Invalideneinkommen von Fr. 34'250.--. Der Leidensabzug von 20 % sei hinreichend. Der Invaliditätsgrad betrage 58 %.

B.

Gegen diese Verfügung richtet sich die von Rechtsanwältin lic. iur. Gabriela Grob Hügli, procap, für den Betroffenen am 12. September 2008 erhobene Beschwerde. Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und dem Beschwerdeführer sei ab 1. Oktober 2004 mindestens eine Dreiviertelrente zuzusprechen, eventualiter sei die Sache zur Vornahme ergänzender Abklärungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Ausserdem sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, dem Beschwerdeführer auf den Invalidenleistungen einen Verzugszins von 5 % ab 1. Oktober 2004 zu bezahlen. Die Beschwerdegegnerin sei von einer Arbeitsfähigkeit von 71 % ausgegangen und habe bei der Bestimmung des Invalideneinkommens einen Leidensabzug von 20 % von den Tabellenlöhnen gewährt. In ihr Ermessen müsse hier eingegriffen werden. Der Beschwerdeführer sei, wie sich aus der Umschreibung der Arbeitsplatzanfordernisse ergebe, auch in einer leichten Arbeit nur beschränkt arbeitsfähig und es liege auf der Hand, dass er gegenüber einem gesunden Arbeitnehmer massiv benachteiligt sei. Sollte unter solchen Umständen überhaupt ein adaptierter Arbeitsplatz gefunden werden, so müsste ein Arbeitgeber erheblich auf den Beschwerdeführer Rücksicht nehmen. Er müsste in Kauf nehmen, dass dieser seine Arbeitsposition regelmässig und in kurzen Abständen anpasse und auch in für den Arbeitsablauf ungünstigen Momenten die Arbeit unterbreche. Es komme hinzu, dass der dominante Arm in seiner



Funktion schmerzhaft eingeschränkt sei, was zu einer zusätzlichen Beeinträchtigung der funktionellen Leistungsfähigkeit führe. Eine Kompensation durch die ungewohnte linke Seite sei nur sehr eingeschränkt oder gar nicht möglich. Das alles rechtfertige bereits den Höchstabzug von 25 %. Beim Beschwerdeführer sei aber des Weiteren zu berücksichtigen, dass ihm nur ein Arbeitspensum von je drei Stunden vormittags und nachmittags zumutbar sei. Eine so klar limitierte Teilzeittätigkeit führe unweigerlich zu einer Lohneinbusse. Der Beschwerdeführer wäre nur nach einem starr vorgegebenen Muster einsetzbar, was gerade bei Kontrolltätigkeiten nicht einfach sein dürfte. Schliesslich sei das Alter (von 55 Jahren) als zusätzliches lohnbeeinflussendes Kriterium anzuführen. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb nicht der Maximalabzug gewährt werden sollte. Es stelle sich aber grundsätzlich die Frage, ob die Festsetzung des maximalen Leidensabzugs dem verminderten Leistungsvermögen des Beschwerdeführers gerecht werde und inwiefern sich dieses überhaupt noch wirtschaftlich verwerten lasse. Von realitätsfremden Einsatzmöglichkeiten dürfe nicht ausgegangen werden. Es würde einem potentiellen Arbeitgeber ein hohes Mass an Entgegenkommen abverlangen, einem Arbeitnehmer mit dem Profil des Beschwerdeführers einen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Der Beschwerdeführer sei in einem Alter, in dem es auch einem gesunden Arbeitnehmer nicht einfach gemacht werde, noch eine Stelle zu finden. Ein potentieller Arbeitgeber würde - wenn überhaupt - eine entsprechende Stelle mit einer jüngeren Person besetzen. Weder die Gutachter noch die Beschwerdegegnerin machten ausserdem konkrete Angaben, welche Kontrolltätigkeiten in Frage kämen. Es sei davon auszugehen, dass eine solche Tätigkeit auch auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt nicht zu finden sei. Der Beschwerdeführer könne übrigens seit dem 1. Januar 2008 bei einem Zustelldienst sporadisch und auf Abruf leichtere Arbeiten übernehmen. Er verrichte diese Tätigkeit jeweils unter grossen Schmerzen und ein Arbeitspensum von zweimal drei Stunden wäre nicht möglich. Eine Tätigkeit, wie sie die Gutachter beschrieben hätten, sei bis anhin nicht zu finden gewesen. Der Beschwerdeführer könne seine Restarbeitsfähigkeit realistischerweise nicht mehr verwerten und es bestehe Anspruch auf eine ganze Rente. Die Entstehung des Anspruchs liege mehr als 24 Monate zurück und der Beschwerdeführer habe seine Mitwirkungspflicht erfüllt, so dass er ab Inkrafttreten des ATSG auf den 1. Januar 2003 Anspruch auf Verzugszinsen habe.

C.



## St.Galler Gerichte

In ihrer Beschwerdeantwort vom 12. November 2008 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Versichert sei nur ein normales Pensum von 100 %. Die Überstunden dürften daher bei der Bestimmung des Valideneinkommens nicht berücksichtigt werden, zumal der Beschwerdeführer mit 42.5 Stunden (gegenüber 41.6 Stunden) pro Woche ohnehin bereits ein überdurchschnittlich hohes Pensum erfüllt habe. Im massgeblichen Jahr 2004 betrage das Valideneinkommen daher Fr. 74'425.-- (13x Fr. 5'725.--). Die 30 Stunden pro Woche, welche der Beschwerdeführer seit 2003 noch leisten könne, entsprächen einem Pensum von 72.1 % (30/41.6). In Frage kämen viele Tätigkeiten wie leichte Montagetätigkeiten, bei denen jederzeit zwischen Stehen und Sitzen gewählt werden könne, Überwachung von einfachen Maschinenprozessen, optische Kontrollen in der Textil- oder Lebensmittelindustrie, Einpack- und Etikettierarbeiten oder Kommissionieren in diversen Branchen. Es sei nicht einzusehen, weshalb die Restarbeitsfähigkeit nicht mehr verwertbar sein sollte. Dass der Beschwerdeführer seine Leistungsfähigkeit tiefer einschätze, sei nicht massgebend. Bei einem Pensum von 72.1 % betrage das Einkommen gemäss den Tabellenlöhnen Fr. 41'283.-- (Tabellenlohn Fr. 57'258.--). Wenn der Beschwerdeführer einen Leidensabzug von 25 % verlange, so übersehe er, dass statistisch nicht erwiesen sei, dass leichte Tätigkeiten schlechter entlohnt seien als schwere oder mittelschwere. Die eingeschränkte Leistungsfähigkeit werde ausserdem bereits mit der Berücksichtigung des herabgesetzten Pensums (von 72.1 %) abgegolten. An der letzten Stelle habe der Beschwerdeführer nicht mehr in seinem angestammten Beruf als Maurer, sondern als Lagerist gearbeitet. Auch mit dieser Hilfstätigkeit hätte er im Jahr 2004 Fr. 74'425.-- verdient, also deutlich mehr als den Tabellenlohn der Kolonne 3 von Fr. 69'264.--. Es sei nicht zu erwarten, dass der deutschsprachige Schweizer, der bisher überdurchschnittlich verdient habe, in einer anderen, leichteren Hilfstätigkeit ein überproportional unter dem Tabellenlohn der Kolonne 4 liegendes Einkommen erzielen werde. Ein 10 % übersteigender Leidensabzug sei nicht gerechtfertigt. Das Invalideneinkommen mache daher Fr. 37'155.-- aus, die Einbusse somit 50 %.

D.

Mit Replik vom 26. Januar 2009 wendet die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers ein, dass nur ein normales Pensum versichert sei, bedeute nicht, dass beim



Valideneinkommen regelmässig geleistete Überstunden nicht zu berücksichtigen wären. Der Beschwerdeführer hätte in seiner weitergeführten angestammten Tätigkeit weiterhin solche Überstunden geleistet, so dass das in der Verfügung benannte Valideneinkommen korrekt sei. Sechs Stunden pro Tag entsprächen bei einer Normalarbeitszeit von 42.5 Stunden pro Woche im Betrieb der früheren Arbeitgeberin einem Pensum von 70.6 %. Mit diesem Pensum betrage das Durchschnittseinkommen für eine Hilfsarbeit im Jahr 2004 Fr. 40'443.20. Die frühere Arbeitgeberin habe stichwortartig die Tätigkeiten des Beschwerdeführers aufgezählt, aber nicht von einer Hilfstätigkeit gesprochen. Nach Angaben des Beschwerdeführers sei er Lagerchef gewesen, habe also keine Hilfstätigkeit ausgeübt. Das Valideneinkommen sei daher nicht mit den Tabellenlöhnen für eine Hilfstätigkeit zu vergleichen, wie die Beschwerdegegnerin es tue. Der Höchstabzug rechtfertige sich deswegen, weil der Beschwerdeführer aus mannigfaltigen Gründen gegenüber einem gesunden Arbeitnehmer erheblich benachteiligt wäre.

E.

Die Beschwerdegegnerin hat am 2. Februar 2009 auf die Erstattung einer Duplik verzichtet.

Erwägungen:

1.

1.1 Am 1. Januar 2008 ist die 5. IV-Revision in Kraft getreten. Die Beschwerdegegnerin hat die angefochtene Verfügung am 24. Juli 2008, also unter der Geltung des Rechts dieser Revision, erlassen. Zu beurteilen ist der Sachverhalt, wie er sich bis zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Verfügung entwickelt hat. Dieser Sachverhalt reicht in eine Zeit vor Inkrafttreten der 5. IV-Revision zurück. Soll auf bestimmte Sachverhalte nicht neues Recht Anwendung finden, sondern das aufgehobene Recht massgebend bleiben, muss eine geltende Norm die Weiteranwendbarkeit aufgehobenen Rechts für bestimmte Sachverhalte anordnen. Die 5. IV-Revision enthält keine die Rente betreffende übergangsrechtliche Bestimmung. Das Bundesamt für Sozialversicherungen unterstellt aber zu Recht eine ausfüllungsbedürftige Lücke (vgl.



das Rundschreiben Nr. 253 vom 12. Dezember 2007). Die Definition der Sachverhalte, auf die noch altes Recht anwendbar sein soll, sollte durch ein materiellrechtliches, unbeeinflussbares Merkmal erfolgen. In Frage kommen der Zeitpunkt der Entstehung des Auszahlungsanspruchs oder der Eintritt des Versicherungsfalls, beide definiert nach dem alten, ausser Kraft getretenen Recht (zum Ganzen im Detail der Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen i/S M. vom 28. Oktober 2009, IV 2009/5). Bezüglich des Rentenbeginns sind deshalb vorliegend angesichts der IV-Anmeldung von 2004 und des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit im Oktober 2003 die bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Bestimmungen (im Folgenden angeführt) anzuwenden. Für die Invaliditätsbemessung hat sich indessen keine Änderung der Rechtslage ergeben.

1.2 Mit der angefochtenen Verfügung hat die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer eine halbe Rente zugesprochen. Er lässt im Gerichtsverfahren (wie schon im Verwaltungsverfahren) einzig Rentenleistungen beantragen. Streitgegenstand bildet daher der Rentenanspruch. Zum Streitgegenstand gehört aber, weil der Einkommensvergleich zur Bemessung des Invaliditätsgrades nach Art. 16 ATSG erst nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen vorzunehmen ist, notwendigerweise auch die Frage, ob die Verwaltung eine allfällige Pflicht des Beschwerdeführers zu Massnahmen korrekt in Anspruch genommen habe. Dass die Beschwerdegegnerin vorliegend implizit von beruflichen Massnahmen abgesehen hat, lässt sich nicht beanstanden, war doch nicht zu erwarten, dass eine im Vergleich zu der verbleibenden Aktivitätsdauer verhältnismässige, bei den gegebenen Einschränkungen durchführbare Massnahme zur Verfügung gestanden hätte, mit der sich eine Senkung des Invaliditätsgrades hätte erreichen lassen.

2.

Nach Art. 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 % Anspruch auf eine Viertelsrente.



3.

3.1 Für die Invaliditätsbemessung sind zunächst die medizinischen Vorbedingungen von Bedeutung. Aufgabe des Arztes oder der Ärztin ist es, den Gesundheitszustand zu beschreiben und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die versicherte Person arbeitsunfähig ist. Die ärztlichen Auskünfte sind in der Folge eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen der versicherten Person noch zugemutet werden können (BGE 125 V 261 E. 4; ZAK 1982 S. 34). Ob die versicherte Person eine ihr zumutbare Tätigkeit auch tatsächlich ausübt, ist für die Invaliditätsbemessung hingegen unerheblich (Rz 3045 des vom Bundesamt für Sozialversicherungen erlassenen Kreisschreibens über die Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung = KSIH).

3.2 Der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers ist im August/September 2007 begutachtet worden. Dabei wurde eine medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit für sehr leichte, streng wechselbelastende Kontrolltätigkeiten mit maximalen Hebe- und Tragbelastungen von 5 kg selten am Tag während je drei Stunden am Vor- und am Nachmittag postuliert. Diese medizinische Einschätzung ist grundsätzlich unbestritten geblieben. Im Vergleich zu einer durchschnittlichen Arbeitszeit von 8.32 Stunden pro Tag (41.6 pro Woche; 2004) entspricht die umschriebene zumutbare Leistungsfähigkeit einer Arbeitsfähigkeit für eine Arbeitszeit von 72 %. Es kann von einer Arbeitsfähigkeit von rund 70 % ausgegangen werden.

3.3 Andere Beurteilungen der Arbeitsfähigkeit liegen von den behandelnden Ärzten vor. Dr. A.\_\_\_\_ hatte am 10. Juni 2004 dafürgehalten, sowohl die bisherige wie eine rückenadaptierte Tätigkeit mit Bewegungswechsel und ohne Heben und Tragen von mehr als 10 kg sei noch halbtags zumutbar, letztere liesse sich später eventuell steigern. Auch die Klinik für Neurochirurgie hatte am 14. Mai 2004 eine Arbeitsfähigkeit von 50 % angenommen. Einen Monat später, am 16. Juni 2004, stellte sie sich jedoch auf den Standpunkt, weder die bisherige noch eine andere Tätigkeit sei dem Versicherten noch zumutbar; er sei auf sein Schmerzsyndrom fixiert und es sei eine Chronifizierung des Beschwerdebildes eingetreten. Dr. A.\_\_\_\_ hielt an seiner Auffassung am 1. Juli 2004 fest. Nach drei weiteren Operationen im Jahr 2006 gab die Klinik für



Neurochirurgie am 24. Juli 2007 bekannt, eine Wiederaufnahme einer Tätigkeit halte sie für praktisch unmöglich; der Beschwerdeführer sei kaum mehr arbeitsfähig.

3.4 Das Gutachten vom Oktober 2007 wurde in Kenntnis der Akten und nach Erheben von Anamnese und objektiven Befunden erstattet. Es kann als vollständig betrachtet werden. Seine Schlussfolgerung einer die Schätzung des Hausarztes von 50 % mit rund 70 % etwas übersteigenden Arbeitsfähigkeit ist nachvollziehbar begründet. Es kann davon ausgegangen werden, dass die schweren, auf verschiedenen Ebenen lokalisierten strukturellen rheumatologischen Veränderungen berücksichtigt worden sind, auch wenn eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit der Aussage der Neurochirurgie, wonach kaum mehr eine Arbeitsfähigkeit bestehe, fehlt. Die eher pessimistischen Einschätzungen der Klinik für Neurochirurgie waren allerdings möglicherweise mit Blick auf die tatsächliche Vermittelbarkeit und offenbar auch mit dem langen Verlauf und den psychischen Belastungssituationen begründet worden. In psychiatrischer Hinsicht ergab sich bei der fachärztlichen Begutachtung diesbezüglich, dass es aus diesen Gründen zu einer nicht mehr korrigierbaren Verfestigung von Schmerzanteilen gekommen sei, womit eine psychiatrische Arbeitsunfähigkeit von 10 % attestiert wurde. Eine Berücksichtigung psychischer Faktoren über dieses Mass hinaus rechtfertigt sich bei Abstellen auf die überzeugende psychiatrische Expertise nicht. Die psychiatrisch bedingte Arbeitsunfähigkeit geht gemäss der Gesamtbetrachtung in der aus somatischen Gründen einzuhaltenden Einschränkung auf.

3.5 Auf das Ergebnis des Gutachtens kann unter diesen Umständen abgestellt werden. Die abweichenden Einschätzungen sind nicht überzeugender und vermögen keine ernsthaften Zweifel daran aufrechtzuerhalten, auch wenn eine Arbeitsfähigkeit von 70 % insgesamt als durchaus optimistische Einschätzung erscheint.

4.

4.1 Für die Ermittlung des Valideneinkommens ist rechtsprechungsgemäss entscheidend, was die versicherte Person im Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns - hier 2004 - nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdienen würde. Die



Einkommensermittlung hat so konkret wie möglich zu erfolgen. Da nach empirischer Feststellung in der Regel die bisherige Tätigkeit im Gesundheitsfall weitergeführt worden wäre, ist Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Valideneinkommens grundsätzlich der letzte vor Eintritt der Gesundheitsschädigung erzielte, nötigenfalls der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung angepasste Verdienst (vgl. Bundesgerichtsentscheid i/S. K. vom 23. März 2009, 8C\_515/2008).

4.2 Der Beschwerdeführer war bereits seit 1986 nicht mehr auf seinem Beruf, sondern als Lagerchef angestellt. Sein Einkommen in der zuletzt innegehabten Anstellung war seit Jahren stetig angestiegen und es kann nach der Aktenlage davon ausgegangen werden, dass er ohne Eintritt des Gesundheitsschadens an dieser Stelle geblieben wäre und auch weiterhin Überstunden geleistet hätte. Auch regelmässig geleistete Überstunden stellen einen Lohnbestandteil dar und sind bei der Invaliditätsbemessung mitzubersichtigen (vgl. Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts i/S Z. vom 17. August 2006, I 303/06; vgl. auch Rz 3023 KSIH). Im Jahr vor Eintritt der gesundheitlichen Beeinträchtigung (2002) erzielte der Beschwerdeführer ein Einkommen von Fr. 80'184.-- (IK-Auszug; Lohnausweis, act. 5-5/6, Bruttolohn abzüglich Kinderzulagen). Um die Nominallohnentwicklung (im Bereich Handel, Reparatur und Gastgewerbe von 1.5 % und 1 %) erhöht, ergibt sich für das Jahr 2004 ein Betrag von Fr. 82'200.--. Dieser kann als Valideneinkommen gelten.

5.

5.1 Für die Bestimmung des Invalideneinkommens ist primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht. Übt sie nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder jedenfalls keine ihr an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aus, so können nach der Rechtsprechung statistische Werte (Tabellenlöhne) beigezogen werden (BGE 129 V 472 E. 4.2.1, Bundesgerichtsentscheid i/S C. vom 19. Juni 2008, 9C\_81/2008). Nach der Aktenlage ist dem Beschwerdeführer die frühere Anstellung auf Ende Januar 2005 gekündigt worden. Ab Mai 2004 hatte er dort leichtere Arbeiten in einem Pensum von 50 % ausgeführt. Ab Januar 2008 hat der Beschwerdeführer nach Angaben seiner Rechtsvertreterin in einem Zustelldienst sporadisch und auf Abruf leichtere Arbeit



erledigt. Die Verdienstverhältnisse in diesen Tätigkeiten eignen sich nicht als Grundlagen für die Bemessung eines zumutbaren Invalideneinkommens.

5.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, seine Restarbeitsfähigkeit sei nicht mehr verwertbar. Eine den Voraussetzungen entsprechende Stelle sei nicht zu finden gewesen. Massgebend ist bei der Invaliditätsbemessung unbestrittenermassen nicht der konkrete, sondern der ausgeglichene Arbeitsmarkt (vgl. BGE 129 V 480 E. 4.2.2), welcher von seiner Struktur her sowohl bezüglich der beruflichen und intellektuellen Voraussetzungen als auch hinsichtlich des körperlichen Einsatzes einen Fächer verschiedenartiger Stellen beinhaltet (Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts i/S O. vom 22. November 2006, U 303/06). Er hat rein hypothetischen Charakter und dient dazu, die Risiken Arbeitslosigkeit und Invalidität voneinander abzugrenzen (vgl. Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts i/S C. vom 16. Juli 2003, I 758/02; BGE 110 V 276 E. 4b). Es wird fingiert, dass die verfügbaren Arbeitsplätze dem Angebot an Arbeitskräften entsprechen (AHI 1998 S. 291 E. 3b).

5.3 Wie dem Gutachten zu entnehmen ist, werden die Rahmenbedingungen für eine medizinisch zumutbare Arbeit insbesondere durch die Limitierung beim Heben und Tragen von Lasten gesetzt (act. 60-10/11). Solche Arbeiten sollen nur selten am Tag vorkommen und die Gewichte sollen 5 kg nicht übersteigen. Ausserdem soll die Tätigkeit wechselbelastend sein und rückergonomisch ungünstige Körperpositionen wie Vornüberneigen, Kauern, Hyperextensionsstellung der Lendenwirbelsäule (mit Arbeiten über Kopf) und Rumpfrotation sind strikt zu vermeiden. Es muss sich um eine sehr leichte Arbeit handeln. Diese Vorgaben sind nicht besonders eingrenzend. Nach der gutachterlichen Beurteilung ist aber auch das Sitzen für länger als zehn Minuten strikt zu vermeiden. Diesbezüglich ist allerdings anzumerken, dass der Beschwerdeführer bei der psychiatrischen Abklärung angegeben hatte, Sitzen könne er auf einer guten Sitzunterlage während 60 bis 90 Minuten (act. 59-3/10). Bei der rheumatologischen Untersuchung hatte er erklärt, da er schmerzbedingt nicht stehen könne, mache er vieles im Sitzen (act. 60-3/11). Die Schmerzen würden beim länger als fünf Minuten dauernden Stehen deutlich zunehmen (act. 60-5/11). Velofahren kann der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben offenbar maximal eine Stunde lang (act. 59-3/10; 60-5/11). Der Beschwerdeführer muss nach gutachterlicher Darstellung



jedenfalls jederzeit die Gewähr haben, die Arbeitsposition aus eigenem Antrieb wechseln zu können. Dazu kommt, dass die Arbeitszeit von täglich sechs Stunden in zwei Hälften (am Vormittag und am Nachmittag) geleistet werden soll. Diese Umschreibungen zeigen Erfordernisse auf, welche die zugänglichen Beschäftigungen deutlich eingrenzen. Dass sie aber so einschränkend wären, dass es als realitätsfremd erschiene, dennoch von Einsatzmöglichkeiten in ausreichender Zahl für ihn auf dem fiktiven Arbeitsmarkt auszugehen, lässt sich nicht sagen. In Frage kämen, wie die Beschwerdegegnerin ausführt, immerhin noch sehr leichte Montage-, Überwachungs-, Kontroll-, Verpackungs- und Etikettiertätigkeiten (wohl mit Ausnahme von Fließbandarbeiten).

5.4 Abzustellen ist unter diesen Umständen auf statistische Erhebungen, und zwar im Niveau 4 (einfache und repetitive Tätigkeiten). Denn dem ausgebildeten Beschwerdeführer sind nun (ohne berufliche Ausbildungsmassnahmen) lediglich noch solche Hilfstätigkeiten zugänglich. Im Jahr 2004 machte das Durchschnittseinkommen von Männern Fr. 57'258.-- aus (Textausgabe Invalidenversicherung und ATSG, Gesetze und Verordnungen, Anhang 2).

5.5 Nach der Rechtsprechung werden die Tabellenlöhne gekürzt, wenn Versicherte, die in ihrer letzten Tätigkeit körperliche Schwerarbeit verrichteten, nach Eintritt des Gesundheitsschadens auch für leichtere Arbeiten nur beschränkt einsatzfähig sind, wenn sie - unabhängig von der früher ausgeübten Tätigkeit - als gesundheitlich Beeinträchtigte im Rahmen leichter Hilfsarbeitertätigkeiten nicht mehr voll leistungsfähig sind oder wenn weitere persönliche und berufliche Merkmale wie Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Nationalität oder Aufenthaltskategorie sowie Beschäftigungsgrad Auswirkungen auf die Lohnhöhe haben. Tabellenlöhne werden schliesslich bei gesunden Arbeitskräften erhoben. Der Abzug ist nicht schematisch vorzunehmen. Vielmehr ist der Einfluss aller Merkmale auf das Invalideneinkommen unter Würdigung der Umstände im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen gesamthaft zu schätzen. Letztlich ist der Abzug vom statistischen Lohn unter Berücksichtigung aller jeweils in Betracht fallenden Merkmale auf insgesamt höchstens 25 % zu begrenzen (vgl. BGE 126 V 75). Vorliegend fällt in Betracht, dass der Beschwerdeführer sich nur noch für sehr leichte Arbeit einsetzen kann. Er bedarf der Rücksichtnahme eines Arbeitgebers in verschiedener Hinsicht. Nicht nur, dass er nur



noch eine teilzeitliche Leistung von insgesamt rund 70 % erbringen kann. Er muss sie auf den Vormittag und den Nachmittag aufteilen. Ausserdem muss ihm wie oben erwähnt die Möglichkeit zu jederzeitigem Positionswechsel geboten werden. Die betrieblichen Einsatzmöglichkeiten sind beschränkt. Von seinen erworbenen Kenntnissen und Fertigkeiten wird er kaum noch Vorteile erwarten können. Die berufliche Umstellung wird einige Anforderungen an die Flexibilität stellen, worauf möglicherweise das Alter einen gewissen Einfluss hat. Insgesamt ist damit zu rechnen, dass der Beschwerdeführer im Vergleich mit gesunden Mitbewerbern einen erheblichen Lohnnachteil in Kauf zu nehmen haben. Es rechtfertigt sich daher, einen Abzug von (mindestens) 20 % von den Tabellenlöhnen vorzunehmen, wie es die Beschwerdegegnerin im Verwaltungsverfahren getan hatte. Das Durchschnittseinkommen ist somit auf Fr. 45'806.-- herabzusetzen. Bei einer Arbeitsfähigkeit von rund 70 % ergibt sich ein zumutbares Invalideneinkommen von Fr. 32'064.--. Der Invaliditätsgrad beträgt somit 60.9 oder rund 61 %.

5.6 Selbst wenn bei der Festsetzung des Ausmasses der zumutbaren Arbeitsfähigkeit auf die oben (E. 3.2) vorgesehene Rundung verzichtet wird, ergibt sich mit 59.8 % bzw. rund 60 % ein Invaliditätsgrad, der zu einem Anspruch auf eine Dreiviertelsrente berechtigt.

5.7 Es kann davon ausgegangen werden, dass im Oktober 2004 eine Wartezeit mit einem maximalen Durchschnitt an Arbeitsunfähigkeit ablief, zumal der Beschwerdeführer in seiner bisherigen Tätigkeit nicht mehr arbeitsfähig war. In der Folge hat der Gesundheitszustand gewisse Schwankungen aufgewiesen (Auftreten von Schädigungen, Operationen, Besserungen, Rückfälle), doch rechtfertigt es sich insgesamt, von der festgestellten Erwerbsunfähigkeit für die gesamte hier zu beurteilende Zeit auszugehen. Dem Beschwerdeführer steht demnach ab 1. Oktober 2004 eine Dreiviertelsrente zu.

6.



6.1 Der Beschwerdeführer lässt beantragen, die Beschwerdegegnerin zur Bezahlung eines Verzugszinses von 5 % ab 1. Oktober 2004 auf die Invalidenleistungen zu verpflichten. Gemäss Art. 26 Abs. 2 ATSG werden die Sozialversicherungen für ihre Leistungen, sofern die versicherte Person ihrer Mitwirkungspflicht vollumfänglich nachgekommen ist, nach Ablauf von 24 Monaten nach der Entstehung des Anspruchs, frühestens aber 12 Monate nach dessen Geltendmachung verzugszinspflichtig. Die Verzugszinspflicht beginnt nach der Rechtsprechung zwei Jahre nach dem Beginn der Rentenberechtigung als solcher, nicht erst jeweils zwei Jahre nach Fälligkeit jeder einzelnen Monatsrente (BGE 133 V 9). Da sich der Beschwerdeführer im Mai/Juni 2004 zum Leistungsbezug angemeldet hat und sich keine Verletzung von Mitwirkungspflichten hat zu Schulden kommen lassen, ist die Beschwerdegegnerin ab dem 1. Oktober 2006 (24 Monate nach Rentenanspruchsbeginn) für die noch nicht ausgerichteten Leistungen (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. A., N. 25 und 30 zu Art. 26) verzugszinspflichtig. Der Satz für den Verzugszins beträgt gemäss Art. 7 Abs. 1 ATSV 5 Prozent im Jahr.

7.

7.1 Im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde unter Aufhebung der angefochtenen Verfügung vom 24. Juli 2008 zu schützen und dem Beschwerdeführer ist ab 1. Oktober 2004 eine Dreiviertelsrente zuzusprechen. Ausserdem ist dem Beschwerdeführer ab 1. Oktober 2006 ein Verzugszins von 5 % auf die noch nicht ausgerichteten Leistungen zuzusprechen.

7.2 Angesichts des Unterliegens der Beschwerdegegnerin rechtfertigt es sich, ihr die Gerichtskosten, die nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert festgelegt werden (Art. 69 Abs. 1<sup>bis</sup> IVG), gesamthaft aufzuerlegen (vgl. Art. 95 Abs. 1 VRP/SG). Eine Entscheidungsgebühr von Fr. 600.-- erscheint angemessen. Dem Beschwerdeführer ist der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.-- zurückzuerstatten.

7.3 Der Beschwerdeführer hat bei vollem Obsiegen Anspruch auf Ersatz der Parteikosten, die vom Gericht ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen werden (Art. 61



lit. g ATSG; vgl. auch Art. 98 ff. VRP). Eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) erscheint als angemessen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die angefochtene Verfügung vom 24. Juli 2008 aufgehoben und dem Beschwerdeführer wird im Sinne der Erwägungen ab 1. Oktober 2004 eine Dreiviertelsrente zugesprochen.
2. Dem Beschwerdeführer wird im Sinne der Erwägungen ab 1. Oktober 2006 ein Verzugszins von 5 % zugesprochen.
3. Die Beschwerdegegnerin bezahlt eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.--.
4. Dem Beschwerdeführer wird der Kostenvorschuss von Fr. 600.-- zurückerstattet.
5. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- zu bezahlen.