



Fall-Nr.: IV 2011/201
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 05.06.2013
Entscheiddatum: 05.06.2013

Entscheid Versicherungsgericht, 05.06.2013

Art. 28 IVG. Rentenanspruch. Anspruch auf eine Viertelsrente unter Berücksichtigung eines Abzugs vom Tabellenlohn von 10% bejaht (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 5. Juni 2013, IV 2011/201). Bestätigt durch Urteil des Bundesgericht 9C_455/2013.

Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichter Joachim Huber, Versicherungsrichterin Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiberin Jeannine Bodmer

Entscheid vom 5. Juni 2013

in Sachen

A.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Markus Bischoff, Postfach 126, 8024 Zürich,

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Rente



Sachverhalt:

A.

A.a A.____ meldete sich am 6. Juni 2008 bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an (berufliche Integration/Rente). Zur Begründung machte er Bandscheibenvorfälle im August 2005 und Frühjahr 2007 sowie eine Operation im November 2007 geltend (act. G 4.1.1). Gemäss Bericht des Kantonsspitals St. Gallen (KSSG) vom 30. November 2007 war der Versicherte wegen zervikalen Diskushernien HWK 4/5 und HWK 5/6 mit Nervenwurzelkompression C5 und C6 beidseits mit zervikobrachialem Schmerzsyndrom beidseits und leichtem motorischem Ausfallsyndrom C5, C6 und C7 beidseits vom 7. bis 14. November 2007 in der Neurochirurgie hospitalisiert und operiert worden. Bis zur Kontrolle in der Sprechstunde vom 11. Dezember 2007 hatten ihm die Ärzte eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert (act. G 4.1.14-2f.). Anlässlich dieser hatte Dr. med. L.____, Neurochirurgie des KSSG, eine Arbeitsunfähigkeit von ca. 6 Wochen festgehalten. Da der Versicherte jedoch die Winterpause bei seiner Firma ausnützen könne, werde er die Arbeit erst im Laufe des Februars wieder aufnehmen (act. G 4.1.14-1).

A.b Am 19. und 20. Mai 2008 hatte im Auftrag der Krankentaggeldversicherung im B.____ eine

Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit (EFL) stattgefunden. Als arbeitsbezogenes relevantes Problem war eine Funktionsstörung der Halswirbelsäule bei Status nach DH-Operationen, mehrsegmental C5, C6 und C7 festgehalten worden. Im Weiteren hätten starke Schmerzen, belastungsabhängig, der linken Schulter, teilweise auch Ausstrahlungen in den linken und weniger in den rechten Arm, auf Grund der Neurokompressionen in der HWS bestanden. Die Experten hatten die Leistungsbereitschaft als sehr zuverlässig beurteilt. Bezüglich der beruflichen Eingliederung hatten sie empfohlen, dass der Versicherte seinen Arbeitsplatz behalten und die bisherige Arbeit als Baupolier reduziert durchführen sollte. Die Arbeitsleistung (qualitative Leistung) sei auf 50% zu reduzieren bei einem ganztägigen Arbeitspensum.



St.Galler Gerichte

Dies bedinge, dass dem Versicherten eine zusätzliche Arbeitskraft (Facharbeiter mit vergleichbarer Qualifikation) zu mindestens 50% Leistung auf seinen Baustellen zur Verfügung stehe (act. G 4.2).

A.c Am 13. August 2008 musste sich der Versicherte wegen persistierender Beschwerden erneut in der Neurochirurgie des KSSG untersuchen lassen, wobei auf Grund eines sequestrierten Bandscheibenvorfalls C2/3 eine dringende OP-Indikation bestand (act. G 4.1.19). Nach Durchführung der Operation am 26. August 2008 (act. G 4.1.30) berichtete Dr. med. C.____, Neurochirurgie des KSSG, am 25. September 2008 über die postoperative Nachkontrolle des Versicherten. Es bestehe noch ein zervikales Syndrom mit endständig schmerzhaftem Bewegungsumfang. Sensomotorische Ausfälle fänden sich nicht. Er habe den Versicherten ab 5. Oktober 2008 noch für drei Wochen zu 50% arbeitsunfähig geschrieben. Für die weitere Zukunft sei es jedoch sinnvoll, wenn zusammen mit der IV eine Arbeitsplatzanalyse vorgenommen werde (act. G 4.1.27). RAD-Arzt Dr. D.____ schloss daraus mit Stellungnahme vom 22. Oktober 2008, dass für adaptierte, mittelschwere körperliche Arbeiten in Wechselhaltung und -belastung ab der letzten Oktoberwoche eine 100%ige Arbeitsfähigkeit zumutbar sei (act. G 4.1.28).

A.d Am 24. November 2008 wurde der Versicherte im B.____ einer Verlaufsbeurteilung unterzogen. Mit Bericht vom 26. November 2008 hielten Dr. med. E.____, Facharzt FMH für PMR, Facharzt FMH für Rheumatologie, Manuelle Medizin SAMM, und F.____, Betriebstherapeut, Leiter Ergonomie/ambulante Programme, fest, dass sich die körperliche Belastbarkeit des zu Dissimulation neigenden Versicherten innerhalb der letzten sechs Monate medizinisch durchaus nachvollziehbar deutlich verringert habe. Sowohl die bisherige Tätigkeit als Baupolier wie auch die innerbetrieblich zugewiesene Verweistätigkeit im Magazin seien gemäss der aktuellen detaillierten Arbeitsplatzanalyse nicht mehr zumutbar. Für die Beschreibung einer den gesundheitlichen Störungen adaptierten beruflichen Tätigkeit sowie des entsprechenden zumutbaren Arbeitspensums sei angesichts der Komplexität der zur Einschränkung führenden gesundheitlichen Störungen allenfalls eine erneute Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit angezeigt (act. G 4.2).



St.Galler Gerichte

A.e Am 23. Februar 2009 nahm die Eingliederungsverantwortliche dahingehend Stellung, dass der Versicherte seine Tätigkeit im Rahmen des gelernten Berufs als Polier nicht mehr ausüben könne. Ein adaptierter Arbeitsplatz innerhalb der Firma sei ebenfalls nicht möglich. Der Versicherte befinde sich daher in einer Neuorientierung und habe Anspruch auf Umschulung (act. G 4.1.37-5).

A.f Am 22. Juli 2009 teilte die IV-Stelle dem Versicherten die Übernahme einer beruflichen Abklärung vom 3. August bis 30. Oktober 2009 in der Eingliederungsstätte G.____ mit (act. G 4.1.48). Im Bericht vom 30. Oktober 2009 hielten die Eingliederungsexperten des G.____ fest, der Versicherte könne körperlich leichte, punktuell auch mittelschwere Tätigkeiten ausüben. Dabei benötige er abwechselnde Körperhaltung und die Möglichkeit, nach Bedarf Zwischenpausen einlegen zu können. Seine Leistungsfähigkeit sei, begründet durch die limitierte Belastungsfähigkeit und die vermehrten Zwischenpausen, allgemein vermindert. Bei ganztägiger Präsenz sei er in der Lage, in angepassten Tätigkeiten eine verwertbare Leistung von rund 70% zu erbringen. Geeignete Arbeiten seien zum Beispiel Hauswarttätigkeiten mit Garten- und Umgebungsarbeiten, leichte Reparaturarbeiten an Gebäuden oder Hilfstätigkeiten ohne schwere körperliche Anforderungen auf dem Bau (act. G 4.1.52). Mit undatiertem Schlussbericht befand die Eingliederungsverantwortliche, dass aus berufsberaterischer Sicht Qualifizierungs- bzw. Umschulungsmassnahmen auf Grund der eher limitierten theoretischen Lernfähigkeit, des fortgeschrittenen Alters sowie der durch die Frühpensionierung unklaren Situation im Moment nicht angezeigt seien. Auch wenn der Versicherte sehr motiviert sei, berufliche Massnahmen in Angriff zu nehmen, sei eine rentenausschliessende Qualifizierung äusserst fraglich (act. G 4.1.53).

A.g Im Schreiben vom 18. November 2009 teilte die IV-Stelle dem Versicherten mit, es werde keine Kostengutsprache für berufliche Massnahmen erteilt (act. G 4.1.56). Der Versicherte wehrte sich dagegen mit Schreiben vom 28. Dezember 2009. Er sei interessiert an weiteren beruflichen Massnahmen und Unterstützung bei der Stellensuche, da er nicht mehr auf dem Bau arbeiten könne, wie es das G.____ bestätigt habe (act. G 4.1.63).

A.h Dr. med. H.____, die neue Hausärztin des Versicherten, hatte im Arztbericht vom 9. Dezember 2009 festgehalten, der Versicherte sei in seiner angestammten Tätigkeit



St.Galler Gerichte

als Polier seit 27. Oktober 2008 zu 100% arbeitsunfähig. Optimal wäre ihres Erachtens eine überwachende Tätigkeit im Rahmen seines alten Berufes, was jedoch im Moment von der Arbeitgeberin her nicht möglich sei (act. G 4.1.72).

A.i Anlässlich einer Besprechung der IV-Stelle mit der Arbeitgeberin des Versicherten wurde protokolliert, dass eine Frühpensionierung mit voller AHV-Leistung im Alter von 61 Jahren auf Grund des FAR (flexibler Altersrücktritt) entfallen werde, wenn der Versicherte nicht im Bauhauptgewerbe arbeite. Aktuell sei er noch in ungekündigter Stellung, in absehbarer Zeit werde ihm aber gekündigt (act. G 4.1.77-3).

A.j Die Eingliederungsverantwortliche schloss - im Einverständnis mit dem Versicherten - mit Bericht vom 21. Juni 2010 den Eingliederungsauftrag erneut mit der Bitte um Rentenprüfung ab. Sie begründete dies damit, dass eine theoretisch zumutbare Umschulungsvariante zum Hauswart Gesamtkosten von Fr. 150'000.-- bedeuten würde. Die Verdienstmöglichkeiten lägen durchschnittlich bei ca. bei Fr. 73'000.--, was bei einer eingeschränkten Leistungsfähigkeit von 70% ein Invalideneinkommen von Fr. 50'000.-- ergeben würde. Da ohne Umschulung bei einer 70%igen Leistungsfähigkeit ein Invalideneinkommen von ca. Fr. 46'000.-- (LSE-Tabellenlohn) angenommen werden könne, sei der Abschluss auf dem LSE-Tabellenlohn zu empfehlen und die Stellungnahme des G.____ zur verwertbaren Restarbeitsfähigkeit in die Rentenberechnung einzubeziehen (act. G 4.1.78).

A.k Auf den 31. Juli 2010 wurde das Arbeitsverhältnis des Versicherten mit der I.____, für welche er seit 1981 arbeitete, aufgelöst, weil der Betrieb keine Einsatzmöglichkeiten in einer angepassten Tätigkeit hatte (act. G 1 S. 4).

A.l Mit Stellungnahme vom 16. August 2010 schätzte RAD-Arzt Dr. med. J.____ die Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit medizinisch-theoretisch auf 100%. Eine 30%ige Einschränkung der Leistungsfähigkeit, wie im Schlussbericht des G.____ festgehalten, lasse sich aus medizinischer Betrachtung bei fehlenden kognitiven Einschränkungen, bei einer optimal rückenadaptierten Tätigkeit ohne Überkopfarbeiten nicht plausibel nachvollziehen (act. G 4.1.84).



St.Galler Gerichte

A.m Im Vorbescheid vom 10. November 2010 stellte die IV-Stelle dem Versicherten gestützt auf einen Invaliditätsgrad von 34% eine Rentenabweisung in Aussicht (act. G 4.1.92). Dagegen erhob der Versicherte am 16. Dezember 2010 Einwand (act. G 4.1.93).

A.n Mit Schreiben vom 18. Januar 2011 erkundigte sich die IV-Stelle bei der ehemaligen Arbeitgeberin des Beschwerdeführers nach der Höhe des Jahreseinkommens, welches jener ohne den Gesundheitsschaden und unter Berücksichtigung der Einkommensentwicklung für Poliere in den Jahren 2009 und 2010 erzielen würde (act. G 4.1.94). Die Arbeitgeberin gab im Schreiben vom 25. Januar 2011 an, dass das Jahreseinkommen im Jahr 2009 Fr. 89'700.-- und im Jahr 2010 Fr. 90'610.-- betragen hätte (act. G 4.1.95).

A.o Am 27. Januar 2011 nahm RAD-Arzt Dr. J.____ zum Einwand Stellung. Auf die im Rahmen des Einsatzprogrammes im G.____ abgegebene Einschätzung der Leistungsfähigkeit könne auch bei fehlenden Hinweisen für eine ungenügende Arbeitsmotivation nicht allein abgestellt werden. Es könne daraus nämlich nicht der Schluss gezogen werden, dass der Versicherte tatsächlich die volle mögliche und zumutbare Arbeitsleistung erbracht habe. Letztlich sei es allein Aufgabe der Ärzte, den Gesundheitszustand der versicherten Person zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die versicherte Person arbeitsunfähig sei. Schliesslich sei beim Hausarzt zur Klärung einiger Fragen ein Verlaufsbericht einzuholen (act. G 4.1.96).

A.p Da sich die Hausärztin in Mutterschaftsurlaub befand, wurde Dr. C.____ vom KSSG um einen Verlaufsbericht gebeten (act. G 4.1.103, 4.1.105). Er berichtete am 5. April 2011 über den gesundheitlichen Verlauf des Versicherten. Aktuell bestünden keine sensomotorischen Ausfälle, jedoch anhaltende zervikale Schmerzen. Es bestünden zurzeit auch keine wesentlichen Kreuzschmerzen. Gelegentlich leide der Versicherte aber unter Ausstrahlungen in den linken Arm. Für eine Arbeit mit mittlerer körperlicher Belastung dürfte er zu 100% arbeitsfähig sein. Für körperlich sehr belastende Tätigkeiten wie die Bauarbeit dürfte eine geschätzte Minderung der Arbeitsfähigkeit von 30% bis 40% vorliegen. Die Wiederaufnahme der Arbeit sei jedoch etwas fraglich. Es handle sich um die klassische Problematik eines mittlerweile 57-jährigen



St.Galler Gerichte

Versicherten, der bisher ausschliesslich schwere körperliche Arbeit verrichtet habe (act. G 4.1.106). Die Hausärztin Dr. H.____ informierte schliesslich am 19. April 2011, seit dem letzten Bericht von 2009 sei subjektiv eine Beschwerdezunahme im Bereich der Halswirbelsäule mit Ausstrahlung in den linken Arm sowie in den Kopf erfolgt. Objektivierbar sei klinisch eine eingeschränkte Rotation nach rechts, neurologische Ausfälle bestünden keine. Sie schätzte die Arbeitsfähigkeit des Versicherten in einer angepassten Tätigkeit auf 50% bis 100% (act. G 4.1.107-6f.). Der RAD-Arzt Dr. J.____ folgerte aus diesen ärztlichen Beurteilungen, dass an der bisher attestierten Arbeitsfähigkeit von 100% für rückenadaptierte Tätigkeiten festgehalten werden könne (act. G 4.1.108).

A.q Mit Verfügung vom 16. Mai 2011 wies die IV-Stelle das Rentenbegehren im Sinne des Vorbescheids ab (act. G 4.1.109).

B.

B.a Dagegen richtet sich die Beschwerde des Versicherten vom 16. Juni 2011 mit dem Begehren um Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Ausrichtung einer Rente ab Dezember 2008, basierend auf einem IV-Grad von mindestens 40%. Eventualiter sei die Sache zur Beurteilung der Erwerbsfähigkeit an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Zur Begründung hielt der Beschwerdeführer fest, es könne nicht auf die Lohnangaben der ehemaligen Arbeitgeberin abgestellt werden, da sein Lohn im Jahr 2007 aus gesundheitlichen Gründen herabgesetzt worden sei und die Arbeitgeberin auf den herabgesetzten Lohn abgestellt habe. Zudem sei der Bericht des RAD-Arztes nicht beweiskräftig, da dieser den Beschwerdeführer nie gesehen habe, keinen FMH-Facharzttitel besitze und nicht einmal jenen eines Hausarztes. Auch die Einschätzung von Dr. C.____ sei sehr unpräzise und nicht näher begründet. Er meine, der Beschwerdeführer "dürfte" bei mittlerer körperlicher Belastung zu 100% arbeitsfähig sein, was sehr vage sei. Somit handle es sich um die grobe Einschätzung aus der fernen Sicht eines Spitalarztes. Dagegen seien die beiden Berichte der Klinik Valens und des B.____ äusserst detailliert und genau. Beide Institute seien darauf spezialisiert, die Arbeitsfähigkeit im realen Arbeitsleben zu testen. Daher könne auf den Bericht der Klinik Valens abgestellt werden, wonach die Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers in einer angepassten Tätigkeit um 30%



eingeschränkt sei. Auf Grund dieser reduzierten Leistung sei ein Abzug von schätzungsweise 7.5% vom statistischen Lohn vorzunehmen. Sollte dennoch von einer vollen Erwerbstätigkeit ausgegangen werden, sei ein leidensbedingter Abzug von mindestens 15% zu gewähren. In jedem Fall sei somit mindestens eine Viertelsrente geschuldet (act. G 1).

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 16. September 2011 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Sie begründete dies im Wesentlichen damit, dass auf die ärztlichen Beurteilungen, insbesondere die Stellungnahme von Dr. J.____, abzustellen sei und sich ein Abzug vom Tabellenlohn schon darum nicht rechtfertige, weil dem Beschwerdeführer immer noch mittelschwere Arbeiten zumutbar seien (act. G 4).

B.c Mit Replik vom 5. Oktober 2011 hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen fest. Da am RAD-Bericht auf Grund der eingereichten Abklärungsberichte ernsthafte Zweifel bestünden, sei ein Gutachten in Auftrag zu geben (act. G 6).

B.d Die Beschwerdegegnerin verzichtete mit Schreiben vom 25. Oktober 2011 auf die Einreichung einer Duplik (act. G 8).

Erwägungen:

1.

Streitig und zu prüfen ist vorliegend, ob die Abweisung des Rentenbegehrens des Beschwerdeführers zu Recht erfolgte.

2.

2.1 Invalidität wird definiert als die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Unter Erwerbsunfähigkeit versteht man dabei den durch eine Beeinträchtigung der



körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachten und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibenden ganzen oder teilweisen Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 7 Abs. 1 ATSG). Anspruch auf eine Rente haben versicherte Personen, die während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40% arbeitsunfähig gewesen sind und nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40% invalid sind (Art. 28 Abs. 1 lit. b und c des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [IVG; SR 831.20]).

2.2 Nach Art. 28 Abs. 2 IVG hat eine versicherte Person Anspruch auf eine ganze IV-Rente, wenn sie mindestens zu 70% invalid ist. Bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 60% besteht ein Anspruch auf eine Dreiviertelsrente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50% auf eine halbe Rente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40% auf eine Viertelsrente.

2.3 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 respektive 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 Leistungsanspruchs gestatten.

3.

3.1 Vorab ist zu prüfen, ob die medizinische Aktenlage eine rechtsgenügende Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers erlaubt.

3.2 Da sich die Beschwerdegegnerin in medizinischer Hinsicht auf die Stellungnahme des RAD-Arztes Dr. J.____ vom 3. Mai 2011 abstützt, ist vorab festzuhalten, dass der Rüge, Dr. J.____ verfüge nicht über genügende fachliche Qualifikationen zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit, nicht gefolgt werden kann. Wie die Beschwerdegegnerin



ausführte, trägt Dr. J.____ den Facharztstitel für Allgemeine Innere Medizin seit 1990, für Rheumatologie seit 1992 sowie für Physikalische Medizin und Rehabilitation seit 2003 (act. G 4. S. 5). Ausserdem verfügt er über Fähigkeitsausweise in Manueller Medizin (SAMM; 2000), Praxislabor (KHM; 2002) und Sachkunde für dosisintensives Röntgen (KHM; 2002; vgl. <http://www.doctorfmh.ch/>, Suchfunktion für Patienten: Alle Ärzte, Abfrage vom 18. April 2013). Damit bringt er die erforderlichen Voraussetzungen, um den Versicherten medizinisch zu beurteilen. Dr. J.____ ging nach Ausheilung der letzten operativen Behandlungen des Beschwerdeführers in den Berichten vom 22. Oktober 2008, 16. August 2010 und später in jenem vom 3. Mai 2011 von einer Arbeitsfähigkeit von 100% für rückenadaptierte Tätigkeiten aus (act. G 4.1.28, 4.1.84, 4.1.108). Die erste Einschätzung beruhte vorwiegend auf dem post-operativen Nachkontrollbericht der Neurochirurgie des KSSG vom 25. September 2008. Darin hielt Dr. C.____ fest, der Beschwerdeführer sei für mittelschwere Tätigkeiten sicher einsatzfähig - nachdem er ihm ab dem 5. Oktober 2008 für drei Wochen eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert habe. Er sei sicherlich arbeitswillig, allerdings könne man nicht erwarten, dass jemand, der schon seit 28 Jahren in diesem körperlich belastenden Beruf tätig sei, ohne Restriktionen bis zum Pensionsalter ohne Rücksicht auf körperliche Gebrechen eingesetzt werden könne (act. G 4.1.27). Obgleich das G.____ im Bericht vom 30. Oktober 2009 bei einer ganztägigen Präsenz in angepassten Tätigkeiten lediglich von einer verwertbaren Leistung von 70% ausging, wenn der Beschwerdeführer körperlich leichte, punktuell auch mittelschwere Tätigkeiten ausübe, wobei er abwechselnde Körperhaltung und Zwischenpausen benötige (act. G 4.1.52), hielt Dr. J.____ mit Stellungnahme vom 16. August 2010 unter Berücksichtigung der vom B.____ im November 2008 erhobenen Diagnosen an seiner Einschätzung einer 100%igen Arbeitsfähigkeit in adaptierten Tätigkeiten fest. Eine 30%ige Einschränkung der Leistungsfähigkeit gemäss dem Schlussbericht der G.____ lasse sich aus medizinischer Betrachtung bei fehlenden kognitiven Einschränkungen, bei einer optimal rückenadaptierten Tätigkeit ohne Überkopfarbeiten nicht plausibel nachvollziehen. Adaptiert seien leichte bis mittelschwere körperliche Tätigkeiten mit Wechselbelastung, ohne Zwangshaltungen des Oberkörpers und ohne Überkopfarbeiten (act. G 4.1.84-2f.). Auch in der Stellungnahme vom 27. Januar 2011 äusserte sich Dr. J.____ kritisch zum Bericht des G.____. Nach seiner Einschätzung könne auf die im Rahmen eines Einsatzprogrammes abgegebene Einschätzung der Leistungsfähigkeit auch bei



fehlenden Hinweisen für eine ungenügende Arbeitsmotivation nicht allein abgestützt werden. Es könne daraus nämlich nicht der Schluss gezogen werden, dass der Versicherte tatsächlich die volle mögliche und zumutbare Arbeitsleistung erbracht habe. Die Differenz zwischen der erbrachten und der objektiv möglichen und zumutbaren Leistung sei nämlich für die Programmverantwortlichen gar nicht erkennbar, weil diese nicht in der Lage seien, die objektive Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers einzuschätzen. Letztlich sei es allein Aufgabe des Arztes oder der Ärztin, den Gesundheitszustand der versicherten Person zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die versicherte Person arbeitsunfähig sei (act. G 4.1.96). Der Bericht des G.____ wurde in der Tat von keinem Arzt mitverfasst. Er wurde vom Bereichsleiter K.____, einem Arbeitsagogen, und dem Leiter, einem diplomierten Sozialpädagogen HFS, unterzeichnet. Die Schwerpunkte dieser beruflichen Massnahme lagen denn auch nicht in der Bestimmung der Arbeitsfähigkeit, sondern in der Standortbestimmung, der Prüfung der Belastungsfähigkeit, eines adäquaten Arbeitsrhythmus sowie dem Aufbau beruflicher Perspektiven. Die Berichterstatter schlugen aus berufspraktischer Sicht auf Grund ihrer Ergebnisse denn auch vor, dass die Erwerbsfähigkeit des Beschwerdeführers hypothetisch eingeschätzt und dementsprechend die Rentenprüfung veranlasst werde (act. G 4.1.52). Somit kann zu Recht nicht auf die Leistungsfähigkeitsschätzung des G.____ abgestellt werden. Vielmehr sind zur Beantwortung der Arbeitsfähigkeitsfrage gemäss gängiger Rechtsprechung v.a. die ärztlichen Beurteilungen beizuziehen (vgl. BGE 125 V 261 E. 4, BGE 105 V 159 E. 1).

3.3 Weiterhin für eine adaptierte Arbeitsfähigkeit von 100% sprach sich auch der Neurochirurg Dr. C.____ im Bericht vom 5. April 2011 aus. Er hielt fest, der Beschwerdeführer dürfte für eine Arbeit mit mittlerer körperlicher Belastung zu 100% arbeitsfähig sein. Für körperlich sehr belastende Tätigkeiten wie die Bauarbeit dürfte seiner Meinung nach eine geschätzte Minderung der Arbeitsfähigkeit von 30% bis 40% vorliegen (act. G 4.1.106). Selbst die Hausärztin Dr. H.____ ging in ihrem Bericht vom 19. April 2011 davon aus, dass die Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit 50% bis 100% betrage. Grundsätzlich sei eine überwachende und planende Tätigkeit möglich. Auch eine Tätigkeit als Magaziner käme in Frage, jedoch fühle sich der Beschwerdeführer dafür zu hoch qualifiziert. Neu sei seit Dezember 2009 eine zunehmend schwierige psychosoziale Situation hinzugekommen. Der alleinstehende



Beschwerdeführer bekunde extreme Mühe, sich auf eine neue Arbeits- bzw. soziale Situation einzulassen. Er sei überhaupt nicht motiviert für eine Umschulung oder das Suchen einer rückenadaptierten Arbeit. Auf Grund der Kündigung im Sommer 2010 habe sich die psychosoziale Komponente weiter zugespitzt. Zudem könne ein erheblicher Aethylabusus nicht ausgeschlossen werden (act. G 4.1.107-6f.).

3.4 Schliesslich ist mit Dr. J.____ in der Stellungnahme vom 27. Januar 2011 festzuhalten, dass er den Beschwerdeführer zwar nie persönlich untersuchte, seine Schlussfolgerungen aber auf den in den medizinischen Akten enthaltenen Befunden und den Resultaten der Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit (EFL) basieren und sich mit der durch die Untersucher abgegebenen Beurteilung (vgl. Ausführlicher Bericht des B.____ vom 26. Mai 2008 - Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit, Zumutbarkeit S. 2, act. G 4.2) decken. Die darin enthaltene Meinung der Untersucher bezüglich der Zumutbarkeit für andere berufliche Tätigkeiten, nämlich für leichte bis knapp mittelschwere Arbeit, wurde vom RAD geteilt (act. G 4.1.96-2). Dass sich an dieser Zumutbarkeit auf Grund der komplikationslos verlaufenen Operation im August 2008 (vgl. act. G 4.1.30, 4.1.27) wesentliche Änderungen ergeben hätten, ist vorliegend gestützt auf den Verlaufsbericht von Dr. C.____ vom 5. April 2011 nicht überwiegend wahrscheinlich (vgl. act. G 4.1.106).

3.5 Insgesamt ist deshalb vor dem Hintergrund, dass die Stellungnahmen von Dr. J.____ vom 3. Mai 2011 (act. G 4.1.108) und 27. Januar 2011 (act. G 4.1.96) in Auseinandersetzung mit den medizinischen Vorakten und unter Berücksichtigung des Beschwerdebildes erfolgten, von einer 100%igen Arbeitsfähigkeit in rückenadaptierten Tätigkeiten auszugehen.

4.

4.1 Ausgehend von einer 100%igen Arbeitsfähigkeit in leidensadaptierten Tätigkeiten bleiben deren erwerbliche Auswirkungen zu prüfen.

4.2 Gemäss Art. 28a IVG ist für die Bemessung der Invalidität von erwerbstätigen Versicherten Art. 16 ATSG anwendbar. Danach ist das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der



medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen), in Beziehung zu setzen zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen). Der Einkommensvergleich hat in der Regel in der Weise zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmässig möglichst genau ermittelt und einander gegenübergestellt werden. Ferner kann auch eine Gegenüberstellung blosser Prozentzahlen genügen (Prozentvergleich; vgl. BGE 114 V 312, E. 3a).

4.3 Während sich die Beschwerdegegnerin in der angefochtenen Verfügung vom 16. Mai 2011 noch auf die Angaben der ehemaligen Arbeitgeberin stützte (vgl. act. G 4.1.95), wobei offensichtlich unberücksichtigt blieb, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2007 auf Grund seiner gesundheitlichen Probleme vom Polier zum Vorarbeiter samt Lohn einbussen herabgestuft wurde (vgl. act. G 4.1.16), ging sie in der Beschwerdeantwort vom Lohn 2007 gemäss IK-Auszug aus. Der Beschwerdeführer machte dagegen geltend, er habe bereits im Jahr 2006 einen monatlichen Lohn von Fr. 7'010.-- brutto verdient. Auf Grund seiner Lohnherabstufung im Jahr 2007 sei daher auf den Lohn aus dem Jahr 2006 abzustellen. Dieser sei gestützt auf die Nominallohnentwicklung auf das Jahr 2008 aufzurechnen. Tatsächlich erfolgte gemäss Lohn-Jahreskonto die Entlöhnung des Beschwerdeführers für das Jahr 2006 auf der Basis eines Monatsverdienstes von Fr. 7'010.-- zuzüglich 13. Monatslohn (act. G. 4.1.16-7f.), so dass von diesem Verdienst im Gesundheitsfall auszugehen ist. Angepasst an die Lohnentwicklung gemäss dem hier anwendbaren Gesamtarbeitsvertrag für Baukader (1% für 2007; act. G 1.1.3) und gemäss der betrieblichen Lohnerhöhung für 2008 von 1,3% (act. G 1.1.4) resultiert ein Valideneinkommen von Fr. 93'238.-- (2008), wie der Beschwerdeführer geltend macht (act. G 1. S. 5).

4.4 Unbestritten blieb sodann, dass als Invalideneinkommen der LSE-Tabellenwert (Anforderungsniveau 4) anzuwenden ist, der bei Männern im 2008 Fr. 59'979.-- betrug. Zu klären bleibt damit noch die Frage, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht auf einen Abzug vom Invalideneinkommen verzichtet hat.



4.5 Nach der Rechtsprechung hängen die Fragen, ob und in welchem Ausmass Tabellenlöhne herabzusetzen sind, von sämtlichen persönlichen und beruflichen Umständen, insbesondere auch von invaliditätsfremden Faktoren des konkreten Einzelfalls ab (etwa leidensbedingte Einschränkung, Alter, Dienstjahre, Nationalität/ Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad), die nach pflichtgemäßem Ermessen gesamthaft zu schätzen sind, wobei der maximal zulässige Abzug auf 25% festzusetzen ist. Eine schematische Vornahme des Leidensabzugs ist unzulässig (BGE 126 V 79 E. 5b, bestätigt etwa in AHI 2002 S. 62 und BGE 129 V 481 E. 4.2.3 mit Hinweisen).

4.6 Die Beschwerdegegnerin verneinte einen Anspruch auf einen Abzug vom Tabellenlohn mit der Begründung, dass einerseits eine volle Arbeitsfähigkeit für adaptierte Tätigkeiten ausgewiesen sei und der Beschwerdeführer andererseits immer noch eine Tätigkeit mit mittlerer körperlicher und rückschonender Belastung ausführen könne. Der 1954 geborene Beschwerdeführer war im massgebenden Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung vom 16. Mai 2011 (act. G 4.1.109) bereits 57-jährig. Erwerbslose Personen ab 50 Jahren sind auf dem Arbeitsmarkt bekanntermassen benachteiligt (Bundesamt für Statistik, BFS Aktuell, Erwerbstätigkeit der Personen ab 50 Jahren, 2008, S. 12), was bei Zusammenfallen mit gesundheitlichen Beschwerden erfahrungsgemäss umso mehr gilt. Das Alter des Beschwerdeführers kann daher bei der Ermittlung des Leidensabzugs nicht völlig ausser Acht gelassen werden. Zudem war er seit Januar 1981, also bis zum Eintritt des Gesundheitsschadens während 26 Jahren bei I. ___ als diplomierter Baupolier tätig gewesen (act. G 4.1.16-1, 4.2: Bericht des B. ___ vom 26. Mai 2008 S. 5). Seine langdauernde Betriebszugehörigkeit sowie die langjährige körperlich schwere Tätigkeit (vgl. act. G 4.1.16-5, act. 4.2: Bericht des B. ___ vom 26. Mai 2008 S. 7) und die damit verbundene Problematik hinsichtlich der Einarbeitung in neue Tätigkeitsgebiete waren folglich ebenfalls geeignet, seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt und damit auch den zu erwartenden Lohn zu schmälern.

4.7 Unter Berücksichtigung dieser Umstände hält die Aberkennung eines Leidensabzugs durch die Beschwerdegegnerin einer Ermessensprüfung nicht stand. Auf Grund der - nebst dem auf rückenadaptierte Tätigkeiten beschränkten Spektrum von möglichen Arbeiten - lohnmindernden Faktoren wie Alter und lange



Betriebszugehörigkeit erscheint ein Leidensabzug von insgesamt 10% angemessen (vgl. auch Urteile des Versicherungsgerichts vom 24. Oktober 2011, IV 2009/393, und vom 26. April 2011, IV 2009/228).

4.8 Damit resultiert unter Anwendung eines Leidensabzugs von 10% bei einer vollen Arbeitsfähigkeit ein Invalideneinkommen von Fr. 53'981.--, ein Erwerbsausfall von Fr. 39'257.-- und in der Folge ein Invaliditätsgrad von 42%. Der Beschwerdeführer hat somit Anspruch auf eine Viertelsrente.

4.9 Der Beschwerdeführer wurde am 8. November 2007 auf Grund einer Diskushernie im KSSG operiert und in der Folge zu 100% arbeitsunfähig geschrieben (act. G 4.1.14). Seit März 2008 wurde ihm eine Arbeitsfähigkeit von 50% attestiert, seine angestammte Tätigkeit konnte er jedoch nicht mehr aufnehmen (vgl. act. G 4.2 Bericht des B.____ vom 26. Mai 2008, S. 2 und 5; 4.1.22). Damit kann der Festsetzung des Beginns der Arbeitsunfähigkeit auf den 27. Oktober 2008 gemäss Dr. J.____ (act. G 4.1.84-3) nicht gefolgt werden. Nachdem die IV-Anmeldung des Beschwerdeführers vom 6. Juni 2008 datiert (vgl. act. G 4.1.1), ist der Rentenbeginn in Übereinstimmung mit dem Antrag des Beschwerdeführers auf Dezember 2008 festzusetzen (vgl. Art. 29 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG).

5.

5.1 In Gutheissung der Beschwerde ist die angefochtene Verfügung vom 16. Mai 2011 aufzuheben und dem Beschwerdeführer mit Wirkung ab Dezember 2008 eine Viertelsrente zuzusprechen. Die Sache ist zur Festsetzung der Rentenhöhe sowie zur Ausrichtung der geschuldeten Leistungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

5.2 Das Beschwerdeverfahren ist kostenpflichtig. Die Kosten werden nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von Fr. 200.-- bis Fr. 1'000.-- festgelegt (Art. 69 Abs. 1^{bis} IVG). Eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- erscheint als angemessen. Die Beschwerdegegnerin hat ausgangsgemäss die gesamte Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- zu bezahlen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.-- ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten.



5.3 Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende beschwerdeführende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen. In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. Der Rechtsvertreter hat auf die Einreichung einer Kostennote verzichtet. Im hier zu beurteilenden Fall erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die angefochtene Verfügung vom 16. Mai 2011 aufgehoben und dem Beschwerdeführer ab 1. Dezember 2008 eine Viertelsrente zugesprochen. Die Sache wird zur Festsetzung der Rentenhöhe und zu neuer Verfügung im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Die Beschwerdegegnerin hat die Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- zu bezahlen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.-- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.
3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.