



**Fall-Nr.:** IV 2012/475  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** IV - Invalidenversicherung  
**Publikationsdatum:** 08.06.2020  
**Entscheiddatum:** 08.10.2014

### **Entscheid Versicherungsgericht, 08.10.2014**

**Art. 28 Abs. 2 IVG. Würdigung einer Nachbegutachtung. Tabellenlohnabzug von 10%. Rentenabstufung (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 8. Oktober 2014, IV 2012/475). Aufgehoben durch Urteil des Bundesgerichts 9C\_818/2014.**

Entscheid Versicherungsgericht, 08.10.2014

Präsident Joachim Huber, Versicherungsrichterin Monika Gehrler-Hug, a.o.  
Versicherungsrichter Christian Zingg; Gerichtsschreiberin Della Batliner

#### **Entscheid vom 8. Oktober 2014**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_

#### **Beschwerdeführer,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Kurt Gemperli, advokatur am brühl,  
Scheffelstrasse 2, 9000 St. Gallen,

gegen

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

#### **Beschwerdegegnerin,**

betreffend



### Rente

#### Sachverhalt:

A.

A.\_\_\_\_ (nachfolgend: der Versicherte) meldete sich am 18. Mai 2005 wegen Rücken- und Muskelschmerzen, bestehend seit Oktober 2004, erstmals zum Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung (nachfolgend: IV) an (IV-act. 1). Vom 15. August bis 3. September 2005 hielt sich der Versicherte in der Rehaklinik Walenstadtberg auf (IV-act. 25). Gestützt auf das psychiatrische Gutachten vom 31. Mai 2006 von Dr. med. B.\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, Akupunktur TCM, wurde eine adaptierte Tätigkeit zu 80% als zumutbar erachtet (IV-act. 40). Mit Vorbescheid vom 15. Februar 2007 und mit Verfügung vom 29. März 2007 wurde das Rentenbegehren bei einem Invaliditätsgrad von 20% abgewiesen (IV-act. 51f.).

B.

B.a Seit Oktober 2008 war der Versicherte bei der C.\_\_\_\_ AG zu 40% angestellt (IV-act. 78-1). Mit Gesuch vom 27. November 2009 (Eingang: 30. November 2009) liess er durch die Unia Ostschweiz-Graubünden, Sektion St. Gallen-Appenzell, eine Revision beantragen (IV-act. 64).

B.b Am 17. März 2009 (IV-act. 66-14/32f., 104-25/46f.), 28. Mai 2009 (IV-act. 66-20/32f., 104-19/46f.) und am 31. August 2009 (IV-act. 66-12/32f., 104-11/46f.) war der Versicherte an einer lumbalen Diskushernie L5/S1 operiert worden.

B.c Am 5. März 2011 wurde am Institut für forensisch-psychologische Begutachtung in St. Gallen ein orthopädisch-psychiatrisches Gutachten durch Dr. med. D.\_\_\_\_, Fachärztin FMH für Psychiatrie und Psychotherapie und Dr. med. E.\_\_\_\_, Facharzt FMH für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, erstellt. Darin wurde der Gesundheitszustand des Versicherten aufgrund bevorstehender medizinischer Massnahmen als instabil beurteilt (IV-act. 91).

B.d Am 11. April 2011 wurde erneut eine Bandscheibenoperation durchgeführt (Isthmotomie L4 links; IV-act. 100, 102-6f., 102-12/18, 104-4/46).



## St.Galler Gerichte

B.e Am 7. März 2012 wurde ein orthopädisch-psychiatrisches Gutachten von Dr. med. F.\_\_\_\_, Spezialarzt Orthopädie FMH, und Dr. med. G.\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, erstellt (IV-act. 108).

B.f Mit Vorbescheid vom 3. August 2012 wurde dem Versicherten die Abweisung des Leistungsgesuchs in Aussicht gestellt (IV-act. 114).

B.g Der dagegen erhobene Einwand vom 21. August 2012 (IV-act. 115) mit Begründung vom 20. September 2012 (IV-act. 117) wurde mit Verfügung vom 13. November 2012, worin die IV-Stelle einen Invaliditätsgrad von 35% ermittelte, abgewiesen (IV-act. 121; act. G 1.1/1).

C.

C.a Am 14. Dezember 2012 liess der Versicherte durch Rechtsanwalt lic. iur. Kurt Gemperli, St. Gallen, beantragen, die Verfügung vom 13. November 2012 sei aufzuheben und ihm sei eine Rente zuzusprechen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (act. G 1). Bei der Vergabe des Gutachtens an die Dres. F.\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_ seien die formellen Grundsätze, welche das Bundesgericht in BGE 137 V 210 aufgestellt habe, nicht eingehalten worden. Das Gutachten F.\_\_\_\_/G.\_\_\_\_ sei nicht verwertbar. Der medizinische Sachverhalt sei nicht genügend geklärt. Dem Beschwerdeführer sei ein Tabellenlohnabzug von mindestens 25% zu gewähren.

C.b Mit Beschwerdeantwort vom 29. Januar 2013 schloss die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde (act. G 4). Nach altem Verfahrensstandard eingeholte Gutachten verlören ihren Beweiswert nicht, wenn im Rahmen einer gesamthaften Prüfung des Einzelfalls das abschliessende Abstellen auf die vorhandenen Beweisgrundlagen im angefochtenen Entscheid vor Bundesrecht standhalte. Der Dysthymie komme keine invalidisierende Wirkung zu. Der Beschwerdeführer könne mit einer zumutbaren Willensanstrengung die Überzeugung, krank und arbeitsunfähig zu sein, überwinden. Die Tatsache, dass sich der Beschwerdeführer nicht therapieren lasse, deute darauf hin, dass sein Leidensdruck nicht allzu gross sein könne. Dasselbe gelte für den Umstand, dass er keine Medikamente einnehme. Es sei einzig eine Einschränkung aus somatischer Sicht mit einer Leistungseinbusse von 10% zu



berücksichtigen. Vorliegend könne höchstens ein leidensbedingter Abzug von 10% zugbilligt werden, da der Beschwerdeführer nur noch leichte Tätigkeiten ausführen könne.

C.c Mit Replik vom 15. Mai 2013 hielt der Beschwerdeführer an seinem bisherigen Standpunkt fest (act. G 10).

C.d Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf die Einreichung einer Duplik (act. G 12).

### Erwägungen:

1.

1.1 Streitgegenstand ist der Rentenanspruch des Beschwerdeführers.

1.2 Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]) und kann Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein (Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [IVG; SR 831.20]). Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 7 Abs. 1 ATSG).

1.3 Gemäss Art. 28 Abs. 2 des IVG besteht Anspruch auf eine ganze Invalidenrente, wenn die versicherte Person mindestens zu 70%, auf eine Dreiviertelsrente, wenn sie wenigstens zu 60% invalid ist. Liegt ein Invaliditätsgrad von mindestens 50% vor, so besteht Anspruch auf eine halbe Rente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40% auf eine Viertelsrente. Die Stufe der zu gewährenden Rente (ganze, Dreiviertels-, halbe oder Viertelsrente) wird nach dem Ausmass der während der Wartezeit bestehenden Arbeitsunfähigkeit und nach Massgabe der nach zurückgelegter Wartezeit verbleibenden Erwerbsunfähigkeit bestimmt. Eine ganze Rente kann nur dann zugesprochen werden, wenn die durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit für das abgelaufene Jahr wenigsten 70% betragen hat und weiterhin eine Erwerbsunfähigkeit



## St.Galler Gerichte

von mindestens gleichem Ausmass besteht (Kreisschreiben über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung [KSIH], 1. Januar 2012, Rz 4001 f. mit Hinweisen).

1.4 Um 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 gestellt haben. Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsgerichte die Beweise frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Hinsichtlich des Beweiswerts eines ärztlichen Gutachtens ist entscheidend, ob es für die Beantwortung der gestellten Fragen umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, die geklagten Beschwerden berücksichtigt und sich mit diesen sowie dem Verhalten der untersuchten Person auseinandersetzt, was vor allem bei psychischen Fehlentwicklungen nötig ist, in Kenntnis der und gegebenenfalls in Auseinandersetzung mit den Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, ob es in der Darlegung der medizinischen Zustände und Zusammenhänge einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen des medizinischen Experten in einer Weise begründet sind, dass die rechtsanwendende Person sie prüfend nachvollziehen kann (vgl. BGE 125 V 351 E. 3a, 122 V 157 E. 1c, je mit Hinweisen).

2.

2.1 Zunächst ist zu prüfen, ob die vorliegende medizinische Aktenlage eine rechtsgenügende Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers erlaubt. Die Beschwerdegegnerin stützte sich bei der Bemessung des Invaliditätsgrads auf das orthopädisch-psychiatrische Gutachten vom 7. März 2012 der Dres. F.\_\_\_\_/G.\_\_\_\_.

2.2

2.2.1 Der Beschwerdeführer lässt vorab formelle Mängel am Gutachten der Dres. F.\_\_\_\_/G.\_\_\_\_ geltend machen, indem er vorbringt, die Vergabe hätte nach dem Zufallsprinzip erfolgen müssen und die Beschwerdegegnerin sei verpflichtet gewesen,



ihm seine Verfahrens-, Gehörs- und Partizipationsrechte gemäss geänderter Bundesgerichtspraxis zu gewähren.

2.2.2 Gemäss dem am 28. Juni 2011 ergangenen BGE 137 V 210 erscheint eine Auftragserteilung nach Zufallsprinzip lediglich für polydisziplinäre Begutachtungen sinnvoll. Bei mono- und bidisziplinären Gutachten ist weiterhin die flexible direkte Auftragserteilung an praktizierende Ärzte, Kliniken, etc. vorgesehen (E. 3.1.1; zum Beweiswert der nach altem Verfahrensstandard eingeholten mono- bzw. bidisziplinären Gutachten vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 17. Juli 2014, 9C\_90/2014, E. 3.3). Allerdings wird in der aktuellen Rechtsprechung auch hier eine konsensorientierte Vorgehensweise gefordert und der versicherten Person stehen alle zulässigen Einwendungen – gegen eine Begutachtung an sich, aber auch gegen Art oder Umfang der Begutachtung sowie personenbezogene Einwendungen – offen (BGE 139 V 349 E. 5.2.2.3).

2.2.3 Nach Erstellung des Gutachtens vom 5. März 2011 bei den Dres. D.\_\_\_\_/E.\_\_\_\_ erachteten diese aufgrund des instabilen Gesundheitszustands des Beschwerdeführers eine Stellungnahme zur Arbeitsfähigkeit erst nach einer Rekonvaleszenzdauer von sechs Monaten als möglich bzw. sinnvoll (IV-act. 98). Vom Regionalen Ärztlichen Dienst (RAD) war ursprünglich eine Nachbegutachtung bei den Dres. D.\_\_\_\_/E.\_\_\_\_ vorgesehen. Da diese Gutachter offenbar nicht zur Verfügung standen, erfolgte die Zuteilung an die nächste freie Gutachterstelle Dr. F.\_\_\_\_ (IV-act. 105). Mit Schreiben vom 23. Februar 2012 eröffnete die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer die Möglichkeit, sich innert zehn Tagen zu den Gutachterfragen zu äussern und allfällige Ergänzungsfragen vorzuschlagen (IV-act. 106). Dieselbe Frist bestand für allfällige gesetzliche Ausstands- und Ablehnungsgründe gegenüber der begutachtenden Person. Zwar wurde in diesem Schreiben lediglich Dr. F.\_\_\_\_ erwähnt, doch machte der Beschwerdeführer innert der gesetzten Frist keine konkreten Ausstands- und Ablehnungsgründe gegen den psychiatrischen Gutachter Dr. G.\_\_\_\_ geltend.

2.2.4 Daher sind die formellen Rügen unbegründet und eine Verletzung der Mitwirkungsrechte des Beschwerdeführers ist vorliegend zu verneinen.

## 2.3



2.3.1 Der Beschwerdeführer lässt vorbringen, die Anamnese im psychiatrischen Teilgutachten G.\_\_\_\_ sei im Vergleich zu derjenigen von Dr. D.\_\_\_\_ zu oberflächlich und zu kurz ausgefallen. Es sei unverständlich, dass sich die zumutbare Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers verbessern solle, obwohl sich der Gesundheitszustand seit März 2011 ja offensichtlich verschlechtert habe. Eine Verbesserung durch eine allfällige Behandlung sei lediglich eine Vermutung. Mit dieser Prognose habe Dr. G.\_\_\_\_ zumindest einen stabilen Gesundheitszustand angezweifelt. Am orthopädischen Gutachten von Dr. F.\_\_\_\_ lässt er bemängeln, dass dieser lediglich einen Bruchteil der fallrelevanten Arztberichte aus den Vorakten aufgeführt habe, weshalb sich erheblicher Zweifel zur hinreichenden Auswertung der Vorakten aufdränge. Dr. F.\_\_\_\_ begründe nicht, weshalb die in den Jahren 2005 bis 2011 gestellte Diagnose eines lumbospondylogenen oder –radikulären Syndroms nun nicht mehr vorliege. Die Abweichung von der Beurteilung Dr. E.\_\_\_\_s werde nicht erklärt und es sei unklar, weshalb die Narbenbildung und nicht (zusätzlich) die ursprüngliche Pathologie als Ursache für die Schmerzen erachtet würden. Dr. F.\_\_\_\_ habe den Gesundheitszustand damit unvollständig festgestellt.

2.3.2 Als Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit wurden im orthopädisch-psychiatrischen Gutachten vom 7. März 2012 ein entzündlich aktiviertes Narbengewebe L4/5 foraminal und recessal mit aktivierter Synovialis des linken Intervertebralgelenks und mässiges Narbengewebe L5/S1 links foraminal und recessal mit wahrscheinlicher Irritation der Nervenwurzeln L4 und L5 und eventuell auch S1 links bei Status nach mikrotechnischer Fenestration L5/S1 links und Sequestrektomie März 2009, erweiterter interlaminärer Fenestration L5/S1 links mit Sequestrektomie, Nukleotomie und Recessostomie Mai 2009 sowie Isthmotomie L4 links April 2011, eine Prädisposition, eine chronische depressive Verstimmung (Dysthymie) bei Zustand nach Anpassungsstörungen mit längerer depressiver Reaktion (bestehend seit etwa 2006) sowie eine rezidivierende mittelgradige depressive Störung auf Grundlage der chronischen depressiven Verstimmung (Dysthymie; bestehend seit etwa Januar 2012) festgestellt. In der bisherigen Tätigkeit als Reinigungsangestellter in einer Putzfirma sei der Beschwerdeführer seit November 2011 bei voller Stundenpräsenz zu 30% arbeitsfähig, nachdem Tätigkeiten mit häufiger inklinierter und reklinierter Körperhaltung sowie Heben und Tragen von Lasten über 5 kg nicht mehr vollumfänglich möglich seien. Im Rahmen der postoperativen Rehabilitation sei der



Beschwerdeführer von März 2009 bis Februar 2010 sowie von Dezember 2010 bis Oktober 2011 in der angestammten, wie auch in einer leidensadaptierten Tätigkeit voll arbeitsunfähig gewesen. Von März bis November 2010 und November bis Dezember 2011 sei aus psychiatrischer Sicht eine Arbeitsfähigkeit von 80% anzunehmen. Seit Januar 2012 bestehe in einer adaptierten Tätigkeit eine Arbeitsfähigkeit zu 70%, primär aufgrund der Dysthymie überlagert mit teilweise mittelgradigen depressiven Verstimmungen. Unter psychiatrisch-psychotherapeutischer Behandlung mit antidepressiver Medikation sei dieser Arbeitsfähigkeitsgrad innerhalb eines Jahres steigerbar auf 80%.

2.3.3 Bei der Arbeitsfähigkeitseinschätzung für den Zeitraum vor ihrer Begutachtung stellten die Dres. F.\_\_\_\_/G.\_\_\_\_ – insbesondere hinsichtlich der psychisch bedingten Arbeitsunfähigkeit – auf das Gutachten der Dres. D.\_\_\_\_/E.\_\_\_\_ ab. Im orthopädisch-psychiatrischem Gutachten vom 5. März 2011 (IV-act. 91; act. G 1.1/2) wurde mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit ein lumboradikuläres Syndrom L5/S1 links sowie eine psychogene Überlagerung bei lumbospondylogem Schmerzsyndrom diagnostiziert (IV-act. 91-29/32). Der psychische Gesundheitszustand habe sich im Vergleich zur psychiatrischen Beurteilung von Dr. B.\_\_\_\_ 2006 nicht wesentlich verändert, es liege nach wie vor ein lumbospondylogenes Schmerzsyndrom vor, welches psychogen – aktuell durch eine Anpassungsstörung – überlagert werde. Aus psychiatrischer Sicht sei weiterhin von einer Einschränkung der Arbeitsfähigkeit von 20% auszugehen. Aufgrund ausstehender medizinischer Massnahmen ging Dr. E.\_\_\_\_ aus orthopädischer Sicht von einem aktuell instabilen, besserungsfähigen Gesundheitszustand aus. Dr. E.\_\_\_\_ äusserte zudem die Auffassung, die aktuell ausgeübte Tätigkeit zu 40% sei nicht als leidensangepasst anzusehen und der Versicherte arbeite zurzeit eigentlich über das zumutbare Mass. In einer ideal angepassten Tätigkeit könne grundsätzlich mit einer höheren Arbeitsfähigkeit gerechnet werden.

2.3.4 In der von ihm erhobenen Anamnese führt Dr. G.\_\_\_\_ alle wesentlichen Punkte auf. Er konnte sich zudem aufgrund der Vorakten, insbesondere dem Gutachten von Dr. D.\_\_\_\_, ein detailliertes Bild über die Familiensituation sowie die Sozial-, Berufs- und Tätigkeitsanamnese des Beschwerdeführers machen. Die damalige Einschätzung von Dr. D.\_\_\_\_ deckt sich auch mit der Annahme von Dr. G.\_\_\_\_,



dass sich die Arbeitsfähigkeit von derzeit 70% mit adäquater psychiatrisch-psychotherapeutischer Behandlung auf 80% – das heisst auf eine Arbeitsfähigkeit, die wieder dem seit 2006 bestehenden und von Dr. D.\_\_\_\_ im Jahr 2011 bestätigten psychischen Gesundheitszustand entsprechen würde – steigern lasse. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint die von ihm erwartete Verbesserung realistisch und deutet nicht auf einen instabilen Gesundheitszustand hin, sondern eher darauf, dass die jetzige Verschlechterung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit und bei adäquater Behandlung lediglich vorübergehenden Charakter hat. Schwerpunkt der Nachbegutachtung war die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit seit Dezember 2008 mit Abstufungen dieser Arbeitsfähigkeit im zeitlichen Verlauf (IV-act. 107-2, 105). Insofern war Dr. F.\_\_\_\_ zwar dazu verpflichtet, alle Vorakten zu sichten, doch hatten bei Weitem nicht alle Vordokumente dieselbe Fallrelevanz. Bei der Diagnosestellung erwähnte Dr. F.\_\_\_\_ nicht nur die Narbenbildung als Ursache der geklagten Schmerzen. Er wies gestützt auf den Bericht der Magnetresonanztomographie (MRI) der Lendenwirbelsäule vom 3. Oktober 2011 der Radiologie im Silberturm in St. Gallen (IV-act. 102-15/18 nicht leserlich, aber dem Gutachter offensichtlich in leserlicher Form vorliegend, vgl. dazu IV-act. 108-4/48 und 108-8/48) ebenfalls auf die bisherige Problematik, eine wahrscheinliche Irritation der Nervenwurzeln L4 und L5 und allenfalls auch S1 links, hin. Dass aus orthopädischer Sicht in einer ideal angepassten Tätigkeit ein höherer Arbeitsfähigkeitsgrad resultieren könnte, hatte Dr. E.\_\_\_\_ bereits vermutet. Mangels eines stabilen Gesundheitszustands enthielt er sich zum damaligen Zeitpunkt einer präziseren Umschreibung.

2.3.5 Weder die Vorbringen des Beschwerdeführers noch konkrete andere Indizien sprechen gegen die volle Beweiskraft des orthopädisch-psychiatrischen Gutachtens vom 7. März 2012 der Dres. F.\_\_\_\_/G.\_\_\_\_. Es ist umfassend, schlüssig, beruht auf allseitigen Untersuchungen, berücksichtigt die geklagten Beschwerden und wurde in Kenntnis der Anamnese verfasst. Auf die Schlussfolgerungen des Gutachtens kann somit abgestellt werden. In einer leidensadaptierten Tätigkeit ist der Beschwerdeführer seit der im Dezember 2008 angesiedelten Verschlechterung des Gesundheitszustands zu 80% arbeitsfähig, wobei er im Rahmen der postoperativen Rehabilitation von März 2009 bis Februar 2010 sowie von Dezember 2010 bis Oktober 2011 voll arbeitsunfähig gewesen war. Im November und Dezember 2011 bestand eine Arbeitsfähigkeit von



80% in leidensadaptierter Tätigkeit. Seit Januar 2012 besteht eine Arbeitsfähigkeit von 70%, welche bei adäquater therapeutischer Begleitung innerhalb eines Jahres auf 80% steigerbar ist.

3.

3.1 Die Beschwerdegegnerin spricht der diagnostizierten Dysthymie in der vorliegenden Konstellation eine invalidisierende Wirkung ab.

3.2 Die körperliche Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers ist aufgrund der lumbalen Schmerzen deutlich eingeschränkt. Diese können im Wesentlichen auf die sichtbare entzündliche Narbenbildung sowie die wahrscheinliche Irritation der Nervenwurzeln L4 und L5, eventuell auch S1 links zurückgeführt werden (vgl. auch IV-act. 91-30/32, wonach klar umschriebene Schmerzen im Lendenwirbelsäulenbereich vorliegen, welche mit den klinischen Befunden und den Resultaten der bildgebenden Verfahren gut korrelieren und mit der lumboradikulären Problematik gut in Einklang gebracht werden können). Die aus psychiatrischer Sicht bestehende chronisch depressive Verstimmung (Dysthymie), welche teilweise von mittelgradigen depressiven Verstimmungen mit psychogenen Verhaltensweisen überlagert ist, äussert sich in einer Beeinträchtigung der emotionalen Belastbarkeit, geistigen Flexibilität, Anpassungsfähigkeit und Dauerbelastbarkeit und existiert daher losgelöst von den somatischen Einschränkungen des Beschwerdeführers (IV-act. 108-20/48f.). Da der Beschwerdeführer somit weder an einer somatoformen Schmerzstörung noch an anderen ähnlichen ätiologisch-pathogenetisch unklaren syndromalen Beschwerdebildern ohne nachweisbare organische Grundlage leidet, liegen aus psychiatrischer Sicht aufgrund der zu erhebenden Symptome und Diagnosen keine Einschränkung der zumutbaren Willensanstrengung zur Fortführung einer beruflichen Tätigkeit vor (vgl. IV-act. 108-21/48, 91-27/32, 91-30/32). Allerdings kann diese leidensadaptierte Tätigkeit aufgrund der psychischen Beschwerden lediglich im gutachterlich bescheinigten Rahmen von 70% (steigerbar innerhalb eines Jahres auf 80%) erfolgen. Für eine Anwendung der Überwindbarkeitsrechtsprechung besteht in der vorliegenden Konstellation kein Raum.

4.



## St.Galler Gerichte

4.1 Zu prüfen bleiben die erwerblichen Auswirkungen der gutachterlich festgestellten Restarbeitsfähigkeit von 70%.

4.2 Der Grad der für einen allfälligen Rentenanspruch massgebenden Invalidität wird durch einen Einkommensvergleich (Art. 16 ATSG) ermittelt. Dabei wird das Einkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der notwendigen und zumutbaren Eingliederungsmassnahmen bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (zumutbares Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Einkommen, das die versicherte Person erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen).

4.3 Das Rentenrevisionsgesuch des Beschwerdeführers ging bei der IV-Stelle im November 2009 ein (IV-act. 64). Nach Art. 29 Abs. 1 IVG (in der seit 1. Januar 2008 gültigen Fassung) entsteht der Rentenanspruch frühestens nach Ablauf von sechs Monaten nach Geltendmachung. Ein allfälliger Rentenanspruch kann damit frühestens im Mai 2010 beginnen. Der Einkommensvergleich hat somit basierend auf den Einkommenszahlen im Jahr 2010 zu erfolgen.

4.4 Beide Parteien gingen bei der Ermittlung des Valideneinkommens von den Einkünften des Beschwerdeführers in den Jahren 2001 und 2002 bei der H.\_\_\_\_ AG von durchschnittlich Fr. 59'704.-- (aufgerechnet auf das Jahr 2011: Fr. 66'912.--) aus (IV-act. 8, 117, 122). Dieses Anstellungsverhältnis wurde jedoch am 29. August 2002 auf Ende Oktober 2002 gekündigt (IV-act. 8-6/10). Bis zum erstmaligen Auftreten der lumbalen Schmerzen und deren gleichzeitige Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit im Oktober 2004 (vgl. IV-act. 16) war der Beschwerdeführer seit 28. April 2004 bei der I.\_\_\_\_ AG als Bauhilfskraft arbeitstätig (IV-act. 15). Obwohl es sich hierbei um eine Temporäranstellung handelte, erzielte der Beschwerdeführer dabei – wie nachfolgend ersichtlich – ein praktisch identisches Einkommen wie bei seiner ehemaligen Arbeitgeberin. Ausgangspunkt ist in der Praxis das vor dem Eintritt der zur Invalidität führenden Arbeitsunfähigkeit erzielte Einkommen. Dieses ist zwar hypothetisch zu ermitteln, aber so konkret wie möglich zu bestimmen (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, N 12 zu Art. 16). Massgebend ist vorliegend somit ein Stundenlohn von Fr. 28.--. Bei einer vereinbarten Normalarbeitszeit von 45 Stunden pro Woche ergibt dies einen Jahreslohn von Fr. 60'480.-- (Fr. 28.-- x 45 x 48). Angepasst



## St.Galler Gerichte

an die Nominallohnentwicklung bis 2010 (2005: +0.9%, 2006: +1.1%, 2007: +1.6%, 2008: +2.2%, 2009: +2.1%, 2010: +0.7%) erzielte der Beschwerdeführer ein Bruttojahreseinkommen von Fr. 65'865.--. Dieser Betrag ist als Valideneinkommen beizuziehen.

### 4.5

4.5.1 Das Invalideneinkommen ist anhand der Tabellen der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE 2010) zu bestimmen. Der Tabellenlohn von monatlich Fr. 4'901.-- bzw. jährlich Fr. 58'812.-- (TA1, Anforderungsniveau 4, Männer) ergibt angepasst an die betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit von 41,6 Stunden ein Einkommen von Fr. 61'164.--. Bei einer Arbeitsfähigkeit von 70% ist von einem Invalideneinkommen von Fr. 42'815.-- auszugehen.

4.5.2 Der Beschwerdeführer lässt anbringen, ihm stehe ein Tabellenlohnabzug von 25% zu.

4.5.3 Gemäss Rechtsprechung hängt die Frage, ob ein Tabellenlohnabzug zu gewähren ist, von allen persönlichen und beruflichen Merkmalen (leidensbedingte Einschränkung, Alter, Dienstjahre, Nationalität/Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad) der versicherten Person ab. Ein Abzug soll nicht automatisch, sondern dann erfolgen, wenn im Einzelfall Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Versicherte wegen eines oder mehrerer dieser Merkmale seine gesundheitlich bedingte (Rest-)Arbeitsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem erwerblichem Erfolg zu verwerten vermag (BGE 126 V 75 E. 5b). Im vorliegenden Fall ist die Tatsache, dass der Beschwerdeführer nur noch körperlich leichte Tätigkeiten ausüben kann, durch einen Abzug vom Tabellenlohn zu berücksichtigen. Auch die Beschwerdegegnerin gesteht dem Beschwerdeführer in ihrer Beschwerdeantwort aus diesem Grund einen Abzug zu (vgl. act. G 4 S. 6). Es rechtfertigt sich damit, einen Abzug vom Tabellenlohn von 10% vorzunehmen. Dass der Beschwerdeführer trotz ganztägiger Präsenz in adaptierten Tätigkeiten lediglich zu 70% leistungsfähig ist, wird vom Bundesgericht als Abzugsgrund nicht zugelassen (vgl. dazu Philipp Geertsens, Der Tabellenlohnabzug, Die Bereinigung der LSE-Tabellenlöhne zur Ermittlung des Invalideneinkommens, in: Ueli Kieser und Miriam Lendfers [Hrsg.],



## St.Galler Gerichte

Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht [JaSo] 2012, Zürich/St. Gallen 2012, S. 148 ff. mit Hinweis; vgl. aber auch Urteil des Bundesgerichts vom 4. April 2012, 8C\_20/2012, E. 3.2 mit Hinweisen).

4.6 Bei der Gegenüberstellung der Vergleichseinkommen ergibt sich bei einem 10%-igen Tabellenlohnabzug ein rentenbegründender Invaliditätsgrad von abgerundet 41% (Fr. 65'865.-- - [Fr. 61'164.-- x 0.7 x 0.9] x 100 / Fr. 65'865.--; zu den Rundungsregeln vgl. BGE 130 V 121).

4.7 Gemäss orthopädisch-psychiatrischem Gutachten vom 7. März 2012 (IV-act. 108 S. 26) bestand aus psychiatrischer Sicht bereits ab Dezember 2008 eine Arbeitsunfähigkeit von 20%. Im Rahmen der postoperativen Rehabilitation war der Beschwerdeführer von März 2009 bis Februar 2010 und von Dezember 2010 bis Oktober 2011 zu 100% für alle Tätigkeiten arbeitsunfähig. Der dazwischen liegende Zeitraum kann gemäss Gutachten somatisch retrospektiv nicht beurteilt werden, da die damaligen Beschwerden ungenügend dokumentiert und auch nicht mittels MRI abgeklärt worden waren. Zumindest die psychiatrisch bedingte Arbeitsunfähigkeit von 20% hatte weiterhin bestanden. Gemäss Bericht vom 25. Januar 2011 des Kantonsspitals St. Gallen (IV-act. 104-7/46) war es dem Beschwerdeführer nach der letzten Operation insgesamt eigentlich recht ordentlich gegangen, er war nicht ganz beschwerdefrei mit lumbalen Rückenschmerzen, jedoch insgesamt deutlich schmerzgebessert. Vor ca. zwei Monaten sei es im Rahmen von vermehrtem Schneeräumen als Gebäudereiniger mit vier Arbeitsstunden täglich wieder zu einer Schmerzverstärkung lumbal mit Ausstrahlung in das linke Bein gekommen. Aufgrund der langandauernden orthopädisch begründeten vollen Arbeitsunfähigkeiten ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers auch zwischen März und November 2010 mindestens zu einer durchschnittlichen Arbeitsunfähigkeit von 40% in der bisherigen Tätigkeit geführt hatte. Im Mai 2010 (frühestmöglicher Rentenbeginn, vgl. E. 4.3) war das sogenannte Wartejahr (Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG) mit Blick auf diesen Verlauf zwar erfüllt gewesen, aber eine rentenrelevante Arbeitsunfähigkeit ist aufgrund der Aktenlage erst wieder ab Dezember 2010 gutachterlich belegt. Ab diesem Zeitpunkt wird dem Beschwerdeführer eine volle Arbeitsunfähigkeit in allen Tätigkeiten attestiert. Da im davorliegenden Wartejahr allerdings lediglich eine durchschnittliche Arbeitsunfähigkeit von 55% (unter



Berücksichtigung der vollen Arbeitsunfähigkeit Dezember 2009 bis Februar 2010) vorgelegen hatte und dadurch die Stufe der zu gewährenden Rente gemäss KSIH auf dieses Ausmass beschränkt ist, entsteht ab Dezember 2010 ein Anspruch auf eine halbe Rente. Eine Verschlechterung und eine Verbesserung der Erwerbsfähigkeit sind zu berücksichtigen, sobald sie ohne wesentliche Unterbrechung drei Monate gedauert hat (Art. 88a der Verordnung über die Invalidenversicherung [IVV; SR 831.201]). Wenn zum ersten Mal und gleichzeitig über den Anspruch auf eine niedrigere und anschliessend eine höhere Rente Beschluss gefasst wird, wird die höhere Rente vom ersten Tag des Monats an ausgerichtet, in dem die Zeitspanne von drei Monaten abläuft (vgl. KSIH, 1. Januar 2012, Rz 4013). Daher besteht ab März 2011 auf Grundlage einer vollen Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf eine ganze Rente. Im November und Dezember 2011 reduzierte sich die Arbeitsunfähigkeit in adaptierter Tätigkeit auf 20%, seit Januar 2012 besteht gesamthaft eine Arbeitsfähigkeit von 70% in adaptierter Tätigkeit. Die neuerliche Änderung in der Erwerbsfähigkeit führt ab Januar 2012 zu einem Anspruch auf eine Viertelsrente (vgl. vorstehend E.4.6). Die im Gutachten vom 7. März 2012 prognostizierte Steigerung der Arbeitsfähigkeit auf 80% innerhalb eines Jahres ist aufgrund des Verfügungserlasses am 13. November 2012 (zeitliche Grenze der richterlichen Überprüfungsbefugnis; BGE 129 V 167 E. 1) nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

5.

5.1 Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde gutzuheissen. Dem Beschwerdeführer ist rückwirkend für die Zeit vom 1. Dezember 2010 bis 28. Februar 2011 eine halbe, vom 1. März bis 31. Dezember 2011 eine ganze, und ab 1. Januar 2012 eine Viertelsrente zuzusprechen. Die Sache ist zur Festsetzung und 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<sup>bis</sup> IVG). Eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- erscheint in der vorliegenden Angelegenheit als angemessen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist sie vollumfänglich der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.



Der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.-- ist ihm zurückzuerstatten.

5.3 Der Beschwerdeführer hat zudem Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). Im hier zu beurteilenden Fall erscheint mit Blick auf vergleichbare Fälle eine Parteientschädigung von pauschal 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 13. November 2012 aufgehoben und dem Beschwerdeführer rückwirkend für die Zeit vom 1. Dezember 2010 bis 28. Februar 2011 eine halbe, vom 1. März bis 31. Dezember 2011 eine ganze, und ab 1. Januar 2012 eine Viertelsrente zugesprochen. Die Sache wird zur Festsetzung und Ausrichtung der geschuldeten Leistungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Die Beschwerdegegnerin hat eine Gerichtsgebühr von Fr. 600.-- zu bezahlen. Der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zurückerstattet.
3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.