

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2007.01295 vom 26. Mai 2009

ZH Sozialversicherungsgericht, 2009-05-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_IV.2007.01295

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2007.01295 du 26 mai 2009

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2007.01295 del 26 maggio 2009

Erwägungen

E. 2

/

E. 3

3.1 Die IV-Stelle ging in der angefochtenen Verfügung von einem Invaliditätsgrad von 58 % aus. Das Valideneinkommen bezifferte sie mit Fr. 54'720.--, wobei sie einen Stundenlohn bei der Y. von Fr. 28.50 und eine Jahresarbeitszeit von 48 Wochen zu 40 Stunden annahm. Ferner ging die Beschwerdegegnerin davon aus, der Beschwerdeführer könne im Umfang von 50 % eine behinderungsangepasste Arbeit ausüben und sei in der Lage, ein Jahreseinkommen von Fr. 23'132.-- zu erzielen (Urk. 7/19; Urk. 7/20 und Urk. 2). Der Beschwerdeführer liess in der Beschwerdeschrift geltend machen, auch wechselbelastende leichte Tätigkeiten seien nur unter grossen Schmerzen und unter Zuhilfenahme von Gehstäben möglich. Da die medizinische Arbeitsunfähigkeit umstritten sei, sei eine Neuabklärung nötig (Urk. 1). Der den Versicherten seit Juli 2008 vertretende Anwalt stellte die Berechnung des Valideneinkommens in Frage, währenddem er das Invalideneinkommen in derjenigen Höhe anerkannte, wie es von der IV-Stelle bemessen worden war (Urk. 10).

3.2 Der Beschwerdeführer erlitt am 7. Juli 2005 bei seiner Arbeit auf einer Baustelle einen Unfall, wobei er aus einem Meter Höhe von einem Gerüst stürzte. Die Erstbehandlung erfolgte im Spital B., die Nachbehandlung beim Hausarzt Dr. med. C., prakt. Arzt allgemeine Medizin (Urk. 7/14/12 sowie ärztlicher Zwischenbericht vom 7. Oktober 2005; Urk. 7/14/9). Dem Bericht des Spitals B., Chirurgische Klinik und Poliklinik, vom 24. Juli 2005 ist die Diagnose "diffuse Schmerzen der unteren Brustwirbelsäule (BWS) und der Lendenwirbelsäule (LWS) (ICD-10 M54.9)" zu entnehmen. Nach eingehender radiologischer Untersuchung habe der Versicherte ohne pathologische Befunde mit Analgesie wieder nach Hause entlassen werden können. Bei der Re-Konsultation gleichentags habe sich eine fast invalidisierende Schmerzproblematik des unteren Rückens gezeigt (Urk. 7/14/10). Der Kurzaustrittsbericht des Spitals B., Rheumaklinik und Institut für Physiotherapie mit Poliklinik, vom 29. August 2006, wo der Versicherte vom 21. August bis zum 15. September 2006 hospitalisiert war, enthält die Diagnosen eines chronischen lumbospondylogenen Schmerzsyndroms rechts mit monoradikulärem sensomotorischem partiellem Ausfallsyndrom S1 rechts, eines Status nach Unfall mit Rippenkontusion links und Kontusion des rechten Hemithorax, eines Status nach thorakoradikulärem sensiblem Ausfallsyndrom Th 8 rechts, eines Nikotinabusus sowie anamnestisch eines Status nach Cellulitis Unterschenkel rechts. Die stationäre durchgeführte somatische Behandlung in Form von Analgetika, Physiotherapie und

Infiltrationen habe deutlich zu wenig gebracht. Im Vordergrund stehe beim Versicherten die chronifizierte Schmerzproblematik mit Verdacht auf Schmerzverarbeitungsstörung. Für leichte wechselbelastende Tätigkeiten ohne repetitives Bücken sei der Versicherte zu 50 % arbeitsfähig (Urk. 7/11/5). Am 5. September 2006 berichtete das B.____, Medizinische Klinik, Neurologie, über ein stationäres Neurologisches Konsilium vom Tag zuvor. Die zuständigen Medizinalpersonen fanden klinisch-neurologisch sowie elektrodiagnostisch ein monoradikulares sensomotorisches partielles S1-Ausfallsyndrom rechts mit Zeichen eines axonalen Verlustes (Axonotmesis), das heisst eines traumatischen Schadens am Nerv mit Durchtrennung des Nervenzellenfortsatzes, und empfahlen "eher konservative Behandlung mit symptomatischer Schmerzbekämpfung" (Urk. 7/11/7). In seinem Bericht vom 28. September 2006 verwies Dr. C.____ auf die Diagnosen im Austrittsbericht des Spitals B.____ vom 29. August 2006 (Urk. 7/11/5). Er attestierte dem Versicherten eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit ab 1. September 2005 bis auf weiteres und erachtete eine leichte Arbeit als zu 50 % möglich. Die Beurteilung der Realisierbarkeit einer solchen Arbeitsfähigkeit und namentlich der Motivation des Versicherten sei für ihn schwierig. Die psychischen Funktionen schätzte er als uneingeschränkt ein (Urk. 7/11/1).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Aufgrund der medizinischen Unterlagen ist davon auszugehen, dass der Versicherte in seiner zuletzt ausgeübten Tätigkeit als Hilfsarbeiter auf dem Bau zu 100 % arbeitsunfähig war. Weder die Ärztinnen und Ärzte verschiedener Disziplinen im B.____ noch der behandelnde Hausarzt des Versicherten zweifeln jedoch an der Fähigkeit und Möglichkeit des Versicherten, in einer behinderungsangepassten Tätigkeit zu 50 % erwerbstätig zu sein. Die in der Beschwerdeschrift geäusserten Argumente vermögen dagegen nicht aufzukommen, zumal der Beschwerdeführer die ärztlichen Befunde und Diagnosen sowie die aus diesen gezogenen Schlüsse der Medizinalpersonen nicht in Zweifel zog. Er liess lediglich geltend machen, er könne wechselbelastende Tätigkeiten nur mit grossen Schmerzen verbunden und unter Zuhilfenahme der Gehstärke ausüben (Urk. 1). Diese rein subjektiv begründeten, nicht substantiierten Feststellungen genügen indessen nicht, um die in den Arztberichten übereinstimmend attestierte verbliebene Arbeitsfähigkeit anders zu beurteilen. Aus der Eingabe des neuen Vertreters, Rechtsanwalt Stephan Käbeler, vom 31. Juli 2008 ergibt sich denn auch, dass der Versicherte nunmehr die gut abgestützte Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht mehr ernsthaft in Zweifel zieht (Urk. 10), und es ist von einer Arbeitsfähigkeit im Umfang, wie er der angefochtenen Verfügung zugrunde liegt, auszugehen.

3.3 Ä Ä Ä Ä Die Bezifferung des Invalideneinkommens durch die IV-Stelle mit Fr. 23'132.-- liess der Beschwerdeführer als richtig anerkennen (Urk. 10 S. 3). Gemäss der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung 2006, Tabelle TA1, S. 25, Rubrik Anforderungsniveau 4, Männer, hätte der Beschwerdeführer im massgeblichen Zeitpunkt des Rentenbeginns bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden ein Invalideneinkommen von Fr. 4'732.-- monatlich respektive Fr. 56'784.-- jährlich erzielen können. Umgerechnet auf die 2006 durchschnittlich gegebene betriebliche Arbeitszeit von 41,7 Stunden pro Woche (Die Volkswirtschaft 5-2009 S. 94 Tabelle B9.2) ergeben sich Fr. 59'197.-- pro Jahr. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer hievon in zutreffender und vom Versicherten anerkannter Weise einen Abzug von 20 % zugebilligt, da dieser nur noch eine leichte Tätigkeit in Teilzeit ausüben kann sowie lediglich über eine Aufenthaltsbewilligung B verfügt (Urk. 7/4/1) und aus diesen

Gründen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt benachteiligt ist. Somit resultiert ein - gegenüber der Annahme in der Verfügung - um Fr. 547.-- leicht erhöhtes Invalideneinkommen von Fr. 23'679.-- (Fr. 59'197.-- ./ 50 % ./ 20 %).

Was das Valideneinkommen betrifft, vertritt der Beschwerdeführer die Auffassung, zum Stundenansatz von Fr. 28.50 seien Zuschläge von 10,6 % für Ferien- und 3,06 % für Feiertagsentschädigung sowie 8,3 % für den 13. Monatslohn zu berücksichtigen, womit das Valideneinkommen Fr. 66'343.65 betrage (Urk. 10 S. 2).

Die diesbezüglichen Unterlagen sind widersprüchlich: Die Arbeitgeberbescheinigung der Y. ___ nennt einen Stundenlohn von Fr. 28.50 und erwähnt keine Zulagen (Urk. 7/12/2 Ziff. 12). Demgegenüber enthält die ebenfalls von der Y. ___ verfasste Schadenmeldung UVG vom 9. Juli 2007 bei der Lohnangabe den handschriftlich angebrachten Hinweis auf Ferien- und Feiertags-, und 13.-Monatslohn-/Gratifikationsentschädigung (Urk. 7/14/12 Ziff. 12). Die Handschrift kann vom Schriftbild her durchaus von der Person stammen, welche die Schadenmeldung auch unterzeichnet hat. Zudem ergibt sich, dass die Unfallversicherung in der Tat von einem höheren Valideneinkommen von Fr. 65'015.65 ausgegangen ist, berechnet man aufgrund des Taggeldes von Fr. 142.50 und der Formel "Taggeld = versicherter Verdienst : 365 x 80 %" (Anhang 2 zur Verordnung über die Unfallversicherung) das Jahreseinkommen (Urk. 7/14/3 f.).

Schliesslich muss der Personalverleiher laut Art. 20 des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG) gegenüber dem Arbeitnehmer die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages einhalten, wenn ein Einsatzbetrieb einem allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag untersteht (vg. BGE 124 III 126). Gemäss der Arbeitgeberbescheinigung der Y. ___ hat diese den Beschwerdeführer als Bauarbeiter vermittelt. Somit unterstand der Arbeitsvertrag zwischen der Y. ___ und dem Versicherten vermutlich dem Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe, welcher namentlich zwingend einzuhaltende Bestimmungen über Stundenlöhne und Entschädigungen für Ferien, Feiertage und 13. Monatslohn/Gratifikation enthält. Welche Bestimmungen und namentlich welche Ansprüche für den Versicherten zur Anwendung gelangen würden, wenn er im Gesundheitsfall noch als Bauhilfsarbeiter tätig wäre, lässt sich anhand der vorliegenden Akten nicht zuverlässig eruieren. Die genaue Bemessung des Valideneinkommens ist jedoch unabdingbar, da der Invaliditätsgrad des Beschwerdeführers in der Nähe des Bereiches liegt, in welchem ein Anspruch auf eine Dreiviertelsrente besteht. Die Beschwerde ist somit in dem Sinne gutzuheissen, dass die angefochtene Verfügung vom 12. September 2007 aufzuheben und die Sache an die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, zurückzuweisen ist, damit diese, nach erfolgter zuverlässiger Abklärung des Valideneinkommens unter Berücksichtigung der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen neu verfähe.

Gemäss Art. 69 Abs. 1 bis IVG ist das Beschwerdeverfahren bei Streitigkeiten um die Bewilligung oder die Verweigerung von IV-Leistungen abweichend von Art. 61 lit. a ATSG vor dem kantonalen Versicherungsgericht kostenpflichtig. Die Kosten werden nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von Fr. 200.-- bis Fr. 1'000.-- festgelegt. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 600.-- der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Ferner

ist dem vertretenen Beschwerdeführer gestützt auf Art. 61 lit. g ATSG in Verbindung mit Art. 34 Abs. 1 und 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) eine Prozessentschädigung zuzusprechen, wobei der von Rechtsanwalt Käbeler geltend gemachte Zeitaufwand von 5 Stunden und 5 Minuten sowie die Barauslagen von Fr. 33.90 angemessen erscheinen (Urk. 21). Beim gerichtlichen Stundenansatz von Fr. 200.-- resultiert somit eine dem Versicherten zu Lasten der Beschwerdegegnerin und gestützt auf die Zusammenstellung von Rechtsanwalt Käbeler zuzusprechende Prozessentschädigung von Fr. 1'130.80 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer). Der Aufwand von lic. oec. Z., bei welchem praxisgemäss ein Stundenansatz von Fr. 135.-- zur Anwendung gelangt, ist mit Fr. 700.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen. Angesichts dieser Umstände erweist sich das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege als gegenstandslos.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass die angefochtene Verfügung vom 12. September 2007 aufgehoben und die Sache an die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, zurückgewiesen wird, damit diese, nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen, neu verfährt.

2. Die Gerichtskosten von Fr. 600.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. Rechnung und Einzahlungsschein werden der Kostenpflichtigen nach Eintritt der Rechtskraft zugestellt.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von total Fr. 1'830.80 (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle

- Rechtsanwalt Stephan Käbeler

- Bundesamt für Sozialversicherungen

sowie an:

- die Gerichtskasse (nach Eintritt der Rechtskraft)

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.