

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2007.01439 vom 27. November 2008

ZH Sozialversicherungsgericht, 2008-11-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_IV.2007.01439

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2007.01439 du 27 novembre 2008

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2007.01439 del 27 novembre 2008

Erwägungen

E. 1

1.1 Am 1. Januar 2008 sind die im Zuge der 5. IV-Revision revidierten Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG) vom 6. Oktober 2006, der Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV) vom 28. September 2007, des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) sowie das Bundesgesetz über die Schaffung und die Änderung von Erlassen zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 6. Oktober 2006 in Kraft getreten. In materiellrechtlicher Hinsicht gilt jedoch der allgemeine bergangsrechtliche Grundsatz, dass der Beurteilung jene Rechtsnormen zu Grunde zu legen sind, die bei Erlass des angefochtenen Entscheids respektive im Zeitpunkt gegolten haben, als sich der zu den materiellen Rechtsfolgen führende Sachverhalt verwirklicht hat (vgl. BGE 127 V 467 Erw. 1, 126 V 136 Erw. 4b, je mit Hinweisen). Weil die angefochtene Verfügung am 17. Oktober 2007 erging, gelangen die revidierten materiellen Vorschriften des IVG, der IVV und des ATSG im vorliegenden Fall noch nicht zur Anwendung. Bei den im Folgenden zitierten Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen handelt es sich deshalb - soweit nichts anderes vermerkt wird - um die Fassungen, wie sie bis Ende 2007 in Kraft gewesen sind.

1.2 Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Die Invalidität kann Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein (Art. 4 Abs. 1 IVG). 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 ATSG).

1.3 Beeinträchtigungen der psychischen Gesundheit können in gleicher Weise wie körperliche Gesundheitsschäden eine Invalidität im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVG in Verbindung mit Art. 8 ATSG bewirken. Nicht als Folgen eines psychischen Gesundheitsschadens und damit invalidenversicherungsrechtlich nicht als relevant gelten Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit, welche die versicherte Person bei Aufbietung allen guten Willens, die verbleibende Leistungsfähigkeit zu verwerten, abwenden konnte; das Mass des Forderbaren wird dabei weitgehend objektiv bestimmt. Festzustellen ist, ob und in welchem Umfang die Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt mit der psychischen Beeinträchtigung vereinbar ist. Ein psychischer Gesundheitsschaden führt also nur soweit zu einer Erwerbsunfähigkeit (Art. 7 ATSG), als angenommen werden kann, die Verwertung der Arbeitsfähigkeit (Art. 6 ATSG) sei der versicherten Person sozial-praktisch nicht mehr zumutbar (BGE 131 V 50

Erw. 1.2 mit Hinweisen).

1.4 Die Annahme eines psychischen Gesundheitsschadens, so auch einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung, setzt zunächst eine fachärztlich (psychiatrisch) gestellte Diagnose nach einem wissenschaftlich anerkannten Klassifikationssystem voraus (BGE 130 V 398 ff. Erw. 5.3 und Erw. 6). Wie jede andere psychische Beeinträchtigung begründet indes auch eine diagnostizierte anhaltende somatoforme Schmerzstörung als solche noch keine Invalidität. Vielmehr besteht eine Vermutung, dass die somatoforme Schmerzstörung oder ihre Folgen mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar sind. Bestimmte Umstände, welche die Schmerzbewältigung intensiv und konstant behindern, können den Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess unzumutbar machen, weil die versicherte Person alsdann nicht über die für den Umgang mit den Schmerzen notwendigen Ressourcen verfügt. Ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt, entscheidet sich im Einzelfall anhand verschiedener Kriterien. Im Vordergrund steht die Feststellung einer psychischen Komorbidität von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer. Massgebend sein können auch weitere Faktoren, wie chronische körperliche Begleiterkrankungen, ein mehrjähriger, chronifizierter Krankheitsverlauf mit unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne längerdauernde Rückbildung, ein sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens, ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr beeinflussbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung (primärer Krankheitsgewinn; "Flucht in die Krankheit"), das Scheitern einer konsequent durchgeführten ambulanten oder stationären Behandlung (auch mit unterschiedlichem therapeutischem Ansatz) trotz kooperativer Haltung der versicherten Person (BGE 130 V 352 Erw. 2.2.3 in fine). Je mehr dieser Kriterien zutreffen und je ausgeprägter sich die entsprechenden Befunde darstellen, desto eher sind - ausnahmsweise - die Voraussetzungen für eine zumutbare Willensanstrengung zu verneinen (Meyer-Blaser, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, in: Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen 2003, S. 77).

1.5 Gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG (in der bis zum 31. Dezember 2003 gültig gewesenen Fassung) haben Versicherte Anspruch auf eine ganze Rente, wenn sie mindestens zu 66

E. 2

/

E. 3

Prozent, auf eine halbe Rente, wenn sie mindestens zu 50 Prozent, oder auf eine Viertelsrente, wenn sie mindestens zu 40 Prozent invalid sind. In Härtefällen besteht gemäss Art. 28 Abs. 1 bis IVG bereits bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40 Prozent Anspruch auf eine halbe Rente.

Die seit dem 1. Januar 2004 massgeblichen Rentenabstufungen geben bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40 Prozent Anspruch auf eine Viertelsrente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 Prozent Anspruch auf eine halbe Rente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 60 Prozent Anspruch auf eine Dreiviertelsrente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70 Prozent Anspruch auf eine ganze Rente (Art. 28 Abs. 1 IVG in der seit dem 1. Januar 2004 in Kraft stehenden Fassung).

1.6. Für den Einkommensvergleich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des (hypothetischen) Beginns des Rentenanspruchs massgebend, wobei Validen- und Invalideneinkommen auf zeitidentischer Grundlage zu erheben und allfällige rentenwirksame Änderungen der Vergleichseinkommen bis zum Verfügungserlass respektive bis zum Einspracheentscheid zu berücksichtigen sind. Bevor die Verwaltung über einen Leistungsanspruch befindet, muss sie daher prüfen, ob allenfalls in der dem Rentenbeginn folgenden Zeit eine erhebliche Veränderung der hypothetischen Bezugsgrößen eingetreten ist. Gegebenenfalls hat sie vor ihrer Entscheidung einen weiteren Einkommensvergleich durchzuführen (BGE 129 V 223 f. Erw. 4.2 in fine, 128 V 174, Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes in Sachen F. vom 26. Mai 2003, I 156/02).

1.7. Das Sozialversicherungsgericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen und alle Beweismittel objektiv zu prüfen, unabhängig davon, von wem sie stammen, und danach zu entscheiden, ob sie eine zuverlässige Beurteilung des strittigen Leistungsanspruches gestatten. Insbesondere darf es beim Vorliegen einander widersprechender medizinischer Berichte den Prozess nicht erledigen, ohne das gesamte Beweismaterial zu würdigen und die Gründe anzugeben, warum es auf die eine und nicht auf die andere medizinische These abstellt (ZAK 1986 S. 188 Erw. 2a). Hinsichtlich des Beweiswertes eines ärztlichen Gutachtens ist im Lichte dieser Grundsätze entscheidend, ob es für die Beantwortung der gestellten Fragen umfassend ist, auf den erforderlichen 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 abgegeben worden ist, ob es in der Darlegung der medizinischen Zustände und Zusammenhänge einleuchtet, ob die Schlussfolgerungen der medizinischen Experten in einer Weise begründet sind, dass die rechtsanwendende Person sie prüfen nachvollziehen kann, ob der Experte oder die Expertin nicht auszuräumende Unsicherheiten und Unklarheiten, welche die Beantwortung der Fragen erschweren oder verunmöglichen, gegebenenfalls deutlich macht (BGE 125 V 352 Erw. 3a, 122 V 160 Erw. 1c; U. Meyer-Blaser, Die Rechtspflege in der Sozialversicherung, BJM 1989, S. 30 f.; derselbe in H. Fredenhagen, Das ärztliche Gutachten, 3. Aufl. 1994, S. 24 f.).

2. Streitig ist, ob die Verweigerung der Zusprache einer Invalidenrente zu Recht erfolgt ist. Dabei sind die Fragen zu prüfen, ob das A.____-Gutachten vom 23. August 2007 beweistauglich ist, insbesondere, ob seither eine Verschlechterung der gesundheitlichen (in erster Linie somatischen) Situation stattgefunden hat und ob die Berechnung des Invalideneinkommens korrekt erfolgt ist. Zur Begründung ihres Entscheides stellt sich die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen auf den Standpunkt (Urk. 2), die neuen Abklärungen aufgrund des Entscheides des hiesigen Gerichts hätten ergeben, dass dem Beschwerdeführer die angestammte Tätigkeit im Baugewerbe nicht mehr zumutbar sei, er hingegen in einer behinderungsangepassten Tätigkeit seit 2002 zu 75 % erwerbstätig sein könnte. Das A.____-Gutachten weise keine somatoforme Schmerzstörung aus, sondern eine undifferenzierte Somatisierungsstörung. Die psychischen Befunde und Diagnosen, welche nur leicht ausgeprägt festgestellt worden seien, vermögten zusammen mit den Skelettbefunden nur eine leichte Einschränkung der Erwerbstätigkeit von 25 % zu begründen. Eine Verschlechterung des

Gesundheitszustandes sei nicht ersichtlich, nachdem der Zuweisungsbericht weder eine Diagnose noch einen Befund ausweise, weshalb keine weiteren Abklärungen angezeigt seien. Zudem seien die mangelnden Sprachkenntnisse des Beschwerdeführers invaliditätsfremd. Demgegenüber lässt der Beschwerdeführer vorbringen (Urk. 1 S. 3 ff.), die Beurteilung des A.____-Gutachtens basiere auf veralteten und unvollständig bildgebenden Abklärungen. Das MRI aus dem Jahr 2003 sei nicht mehr tauglich, die Beschwerden an der Halswirbelsäule (HWS) hätten sich seit 2003 wesentlich verschlechtert und gemäss Bericht des Zentrums für radiologische Medizin und des Berichts von Dr. H.____ seien neue Erkenntnisse aufgetaucht, sodass insgesamt maximal eine 40%ige Arbeitsfähigkeit bestehe.

3. Dem Entscheid des hiesigen Gerichts vom 9. August 2005 ist zu entnehmen, dass es die Sache zu ergänzenden Abklärungen und neuem Entscheid zurückgewiesen hat, weil sich die Ärzte nicht einig darüber waren, wie sich ihre im Wesentlichen übereinstimmenden somatischen Diagnosen auf die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers auswirkten. So wurden die medizinischen Berichte aus dem Jahr 2002 als veraltet und das psychiatrische Gutachten von Dr. med. I.____, welcher eine undifferenzierte somatoforme Schmerzstörung diagnostizierte als nicht beweistauglich erachtet. Die IV-Stelle wurde beauftragt, ein umfassendes polydisziplinäres Gutachten, verbunden mit einer Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit einzuholen und die Auswirkungen sämtlicher Beschwerden auf die Arbeitsfähigkeit des Versicherten zu ermitteln. Die Gutachter hatten sich darüber auszusprechen, welche Gesundheitsschäden beim Versicherten vorliegen, insbesondere, ob er auch an einem psychischen Gesundheitsschaden mit Krankheitswert leidet, seit wann und in welchem Ausmass sich ein somatischer und/oder psychischer Gesundheitsschaden mit Krankheitswert auf die Arbeitsfähigkeit in seiner angestammten Tätigkeit als Bauarbeiter auswirkt und in welchem Umfang und für welche Tätigkeiten er trotz Gesundheitsschaden arbeitsfähig ist (Urk. 10/41/9-14).

E. 4

4.1 Dem Gesamtkonsilium der Dres. C.____ und von E.____ des A.____-Gutachtens vom 23. August 2007 (Urk.10/52/28-33) ist zu entnehmen, dass als Hauptdiagnosen mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit ein chronisches Lumbovertebralsyndrom bei degenerativen Lendenwirbelsäulen(LWS)-Veränderungen, der Verdacht auf radikuläre Reiz- und sensible Ausfallsymptomatik der Wurzel S1 bei Discusprotrusion bei Discushernie L5/S1, die Abmagerung unklarer Ätiologie, eine undifferenzierte Somatisierungsstörung und eine leichtgradige ängstliche depressive Episode erhoben wurden. Als Nebendiagnosen ohne Einfluss auf Arbeitsfähigkeit wurden ein chronisches Spannungstypkopfweg, der Status nach Morbus Scheuermann mit panvertebralem Syndrom, eine Brustwirbelsäulen(BWS)-Kyphose, eine muskuläre Dysbalance und der chronische Nikotinabusus festgehalten. Zum Grad der Arbeitsfähigkeit führten die Mediziner aus, dass in somatischer Hinsicht das seit 2002 bekannte, chronische lumboradiculäre Syndrom beständig werde. Anlässlich des bildgebenden Verfahrens sei eine Discushernie auf Höhe L5/S1 festgestellt worden. Heute bestehe der Verdacht auf eine persistierende radikuläre Reiz- und sensible Ausfallsymptomatik. Bezüglich der geklagten Schmerzen im HWS-Bereich, welche nicht durch objektive Befunde verifizierbar seien, werde eine funktionelle Überlagerung vermutet. Aufgrund der somatischen Befunde allein sei dem Beschwerdeführer die zuletzt ausgeübte Tätigkeit im

Baugewerbe nicht mehr zumutbar. In psychiatrischer Hinsicht können die von Dr. I.____ 2002 diagnostizierte undifferenzierte Somatisierungsstörung bestätigt werden. Diesbezüglich hätten gewisse Belastungsfaktoren eruiert werden können, welche im psychiatrischen Teilgutachten aufge hrt seien. Jedoch sei festzuhalten, dass die psychosozialen Funktionsfähigkeiten weitgehend intakt seien. Insgesamt sei die diagnostizierte undifferenzierte Somatisierungsstörung als leichtgradig zu beurteilen. Darüber hinaus sei eine leichtgradige ängstlich depressive Episode diagnostiziert worden. Die im Gutachten von Dr. I.____ im Jahr 2003 festgehaltene Dysthymia habe nicht bestätigt werden können, ebenso wenig wie der Verdacht auf Hypochondrie. Insgesamt habe sich das psychiatrische Krankheitsbild seit der Beurteilung von Dr. I.____ nicht wesentlich verändert. Die psychiatrischen Befunde hätten sich nicht geändert, sie seien nur anders klassifiziert worden. Insgesamt sei der Beschwerdeführer im Baugewerbe nicht mehr einsetzbar, die Arbeitsfähigkeit betrage 0 %. Als Möglichkeiten zur Verbesserung der Arbeitsfähigkeit hielten die Gutachter fest, dass ein Aufbautraining der Muskulatur günstig sei, eine Operation der Discushernie wegen funktioneller Überlagerung jedoch nicht zu empfehlen sei. Zudem wäre die Aufnahme einer intensiven Psychotherapie mit einer Sitzungsfrequenz von einmal pro Woche günstig, der Beschwerdeführer sei dazu aber nicht sehr motiviert. Heute wäre der Beschwerdeführer in der Lage, einer dem Rücken adaptierten Tätigkeit nachzugehen. Aufgrund der Schmerzen und der psychiatrischen Erkrankung sch tzten die Gutachter das Ausmass einer solchen Tätigkeit auf zweimal drei Stunden täglich. Es sei davon auszugehen, dass sich nach der Durchführung der Psychotherapie die Arbeitsfähigkeit noch verbessern lasse. In Beantwortung der Zusatzfragen führten die Mediziner aus, dass die beschriebene Arbeitsfähigkeit in einer angepasste Tätigkeit seit 2002 bestehe. Der Beschwerdeführer verfüge noch über gewisse Ressourcen (familiäre und freundschaftliche Beziehungen, physische Aktivitäten). Eine Willensanstrengung zur teilweisen Überwindung des Leidens sei ihm zuzumuten.

4.2         Anlässlich der Erstellung der orthopädischen Teilexpertise des A.____-Gutachtens erhob der Orthopäde Dr. D.____ (Urk. 10/52/14-15) folgenden objektiven Befund der LWS: Die paralumbale Muskulatur sei bretthart und druckempfindlich. Es bestehe auch eine Druckempfindlichkeit zwischen den pr sacralen Dornfortsätzen und Klopfempfindlichkeit der lumbalen Dornfortsätze. Die lumbosacrale Beweglichkeit sei deutlich eingeschränkt. Die seitliche Abwinklung ebenso wie die Reklination würden als sehr schmerzhaft empfunden und seien nicht durchführbar gewesen. Die Befunde im Bereich der HWS waren weitgehend normal bei unterschiedlich und schwankend vorhandener Beweglichkeit.

4.3      Im A.____-Gutachten wurden sodann die bildgebenden früheren Untersuchungen der HWS und LWS dokumentiert (Urk. 10/52/15-16). Die Röntgenaufnahmen der HWS in zwei Ebenen vom 20. Mai 2003 (J.____) hätten einen achsengerechten Aufbau, keine Halsrippe, eine einwandfreie Form und Konfiguration der Wirbelkörper und der Zwischenwirbelräume gezeigt. Diejenige der LWS vom 3. Juni 2002 (K.____) würden bei achsengerechtem Aufbau und gut einsehbarem Iliosacralgelenk eine K mmelrippe bei L1, unregelmässige Abschlussplatten am thoracolumbalen Übergang und regelrecht konfigurierte lumbale Wirbelkörper mit Ausnahme eines Apophysenrestkerus im ventralen Bereich der Deckplatte von L5 und Abflachung der physiologischen Lendenlordose zeigen. Das MRT der LWS vom 20. Mai 2003 (K.____)

Befunden korrelierten. Er attestierte ihm eine reduzierte Erwerbsfähigkeit, für schwerste Arbeiten betrage die Arbeitsunfähigkeit 100 %.

5.1.1.1.1

5.1.1.1.1 Aus der Eingabe des Beschwerdeführers erhellt, dass er die Schlussfolgerungen des A. - Gutachtens an sich - mit Ausnahme der seit 2003 geltend gemachten Verschlechterung im Hinblick auf das Lumbovertebralsyndrom und den Zustand der HWS und der LWS, die er mit den Erhebungen des Zentrums für medizinische Radiologie und von Dr. H. begründet - nicht in Frage stellt. Dies geschah zu Recht, nachdem das Gutachten für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und die Schlussfolgerungen in der Expertise in Auseinandersetzung mit den Vorakten begründet sind (BGE 125 V 352 Erw. 3a, 122 V 160 Erw. 1c).

5.2.1.1.1 Die Würdigung der bildgebenden Befunde und der in den Akten liegenden Berichte ergibt zudem, dass - entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers (Urk. 1 S. 3 f.) - keine Verschlechterung der Situation in Bezug auf das Lumbovertebralsyndrom und den damit zusammenhängenden Beschwerden seit 2003 auszumachen ist. Zunächst ist festzuhalten, dass die Discushernien auf Höhe L4/5 und L5/S1 bereits am 20. Mai 2003 und am 11. Juni 2004 bildgebend festgestellt worden waren. Diesbezüglich ist gar von einer Verbesserung auszugehen, nachdem der Wurzelkontakt anlässlich des MRI der LWS vom 25. Oktober 2007 im Bereich L4/5 nicht mehr feststellbar war. Auch die Wurzelkompression S1 rechts wurde bereits in den Jahren 2003 und 2004 festgestellt, ebenso wie Spondylarthrosen schon 2004 ersichtlich waren. Als einzig neuer bildgebender Befund erweist sich die Diskushernie im Bereich C6/7, wobei keine Myelopathie feststellbar war. Anlässlich der gutachterlichen Exploration erhob der Rheumatologe im Bereich der HWS einen normalen Neurostatus der oberen Extremitäten und insbesondere keinen Muskelhartspann, wobei die HWS-Rotationen passiv liegend deutlich weniger eingeschränkt waren als stehend. Die klinischen Befunde sind indes wesentliche Bestandteil für die Beurteilung der verbleibenden Leistungsfähigkeit, so dass aus der bildgebend neu entdeckten Discushernie allein keine weitere Einschränkung abgeleitet werden kann. Dr. H. führte zudem aus, dass der Beschwerdeführer reduziert erwerbsfähig sei, und attestierte ihm für schwere Arbeiten, wie die Gutachter des A., eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit. Daraus erhellt, dass zwischen der Einschätzung der Gutachter und derjenigen von Dr. H. im Herbst 2007 keine Abweichungen bestehen. Nachdem das Gutachten nachvollziehbar und überzeugend ist und keine Unstimmigkeiten enthält, kann auch ohne Weiteres auf die dort erhobene Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers aus somatischer Sicht abgestellt werden, welche für die angestammte Tätigkeit als Bauhilfsarbeiter eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit festhält, ihm indessen eine Tätigkeit von 2 x 3 Stunden täglich in einer rückenadaptierten behinderungsangepassten Tätigkeit zumutet. In der neurologischen Teilexpertise wurde sie als Tätigkeit, ohne das Heben und Tragen schwerer Lasten (über zehn Kilogramm), ohne Zwangshaltungen und mit der Möglichkeit eines freien Positionswechsels in reduziertem Umfang angegeben (Urk. 10/52/21).

5.3.3.3.3 In psychischer Hinsicht bestätigte das A.____-Gutachten den von Dr. I.____ anlässlich des psychiatrischen Gutachtens vom 22. Dezember 2003 als undifferenzierte somatoforme Störung erhobenen Befund (Urk. 10/15/7), welcher als leichtgradig eingeschätzt wurde. Zudem wurde eine leichtgradige ängstlich depressive Episode diagnostiziert, während das Vorliegen der von Dr. I.____ diagnostizierten Dysthymia begründet verworfen wurde. Nachdem dem Beschwerdeführer aufgrund der überzeugenden Feststellungen der Gutachter attestiert wurde, dass er über Ressourcen verfüge und ihm eine Willensanstrengung zur teilweisen Überwindung des Leidens (undifferenzierte Somatisierungsstörung) zuzumuten sei, besteht aus psychischer Hinsicht kein Platz für eine zusätzliche Einschränkung der auf 2 x 3 Stunden pro Tag veranschlagten Arbeitsfähigkeit. In Bezug auf die vorhandenen Ressourcen führte der Psychiater E.____ in der Teilexpertise überzeugend aus, dass die psychosoziale Funktionsfähigkeit des Beschwerdeführers nicht wesentlich beeinträchtigt sei. Er pflege nach wie vor regelmässig Kontakt zu seinem langjährigen Freund sowie mit der zweiten geschiedenen Ehefrau und auch mit Familienangehörigen, im Speziellen auch mit den Kindern in Mazedonien. Phobische Ängste resp. eine ausgeprägte Rückzugstendenz seien nicht auszumachen. Die prä-morbide Persönlichkeitsstruktur sei als weitgehend unauffällig zu betrachten. Insgesamt sei der Schweregrad der undifferenzierten Somatisierungsstörung als leichtgradig zu beurteilen (Urk. 10/52/23-27).

E. 6

6.1.3.3.3 Beim Einkommensvergleich ging die Beschwerdegegnerin von einem Valideneinkommen gemäss Entscheid des hiesigen Gerichts von Fr. 63'956.--, festgelegt für 2003, aus, welches sie entsprechend der Nominallohnentwicklung auf das Jahr 2006 hochrechnete, was Fr. 65'959.-- ergab. Ausgehend von den Tabellenwerten der Lohnstrukturerhebung (LSE) des Bundesamtes für Statistik für Hilfsarbeiten (Zentralwert) für das Jahr 2003 von Fr. 58'730.--, hochgerechnet entsprechend der Nominallohnentwicklung auf das Jahr 2006 und angepasst an die Restarbeitsfähigkeit von 75 %, errechnete die Beschwerdegegnerin unter Berücksichtigung eines Leidensabzuges von 10 % ein Invalideneinkommen von Fr. 40'520.--, was bei einer Erwerbseinbusse von Fr. 24'439.-- einen Invaliditätsgrad von 39 % ergab (Urk. 1, Urk. 10/19 und Urk. 10/56/3). Demgegenüber stellte sich der Beschwerdeführer zunächst auf den Standpunkt, bei einer Restarbeitsfähigkeit von 40 % und einem Leidensabzug von 15 % auf dem Invalideneinkommen resultiere ein Invaliditätsgrad von 70 %. Selbst bei der ihm von der Beschwerdegegnerin attestierten Arbeitsfähigkeit bestehe ein Anspruch auf eine Invalidenrente. Unter Zugrundelegung der auf das Jahr 2004 berechneten Zahlen, insbesondere aufgrund der Normalarbeitszeit auf dem Bau von 41,9 Stunden betrage das ihm zumutbare Pensum von 2 x 3 Stunden 71,5 %. Basierend auf den Daten der Tabellenreihe der LSE 2004 in der Kategorie 4 von Fr. 57'258.-- (bei einem 100%-Pensum) und unter Berücksichtigung des Leidensabzuges von 10 % resultiere ein Invaliditätsgrad von 43 %. Weil der Beschwerdeführer nur kurz auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt erwerbstätig gewesen sei, er seine angestammte Tätigkeit nicht wieder aufnehmen könne und auch in einem verwandten Tätigkeitsgebiet nicht arbeiten könne, sich mithin vollständig umorientieren müsse und zeitlich nur sehr eingeschränkt arbeitsfähig sei, müsse von einem Leidensabzug von 25 % ausgegangen werden, was - bei sonst gleichlautenden Vorgaben - einen Invaliditätsgrad von 52 % ergebe (Urk. 1 S. 5 f.)

6.2. Das A.____-Gutachten bezifferte die dem Beschwerdeführer zumutbare Verweisungstätigkeit auf 2 x 3 Stunden täglich. Weil die Lohnstrukturerhebung auf allen betriebsüblichen wöchentlichen Arbeitszeiten basiert, ist entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht die Arbeitszeit in der angestammten Tätigkeit, hier auf dem Bau, heranzuziehen, sondern es ist von der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit auszugehen. Diese betrug im Jahr 2007 41,7 Stunden (Die Volkswirtschaft 11-2008 Tabelle B9.2 S. 90). Angesichts der Arbeitsfähigkeit in einer leichten behinderungsangepassten Tätigkeit von 2 x 3 Stunden pro Tag beträgt die Arbeitsfähigkeit rund 72 % (5 x 6 : 41,7).

6.3. Der Entscheid des hiesigen Gerichts vom 9. August 2005 (Urk. 10/41/15) legte das Valideneinkommen für das Jahr 2003 auf Fr. 63'956.-- fest. Hochgerechnet auf das Jahr 2007 entsprechend der Nominallohnentwicklung (Die Volkswirtschaft 11-2008 Tabelle 10.3 S. 92; 2003: 1958 Punkte, 2007: 2049 Punkte) resultiert ein Valideneinkommen von Fr. 66'928.--.

6.4. Gemäss LSE 2006 verdienten Männer im Anforderungsniveau 4 Fr. 4'732.-- monatlich bzw. Fr. 56'784.-- jährlich. Angesichts der wöchentlichen Arbeitszeit von 41,7 Stunden im Jahr 2007 und der Nominallohnentwicklung (Die Volkswirtschaft 11-2008 Tabelle 10.3 S. 92; 2006: 2014 Punkte, 2007: 2049 Punkte) ergibt sich ein Invalideneinkommen von Fr. 60'226.-- bei einem 100%-Pensum. Da der Beschwerdeführer nur in einem Pensum von 72 % tätig sein kann, reduziert es sich auf rund Fr. 43'363.--. Entgegen der Einschätzung des Beschwerdeführers erweist sich der von der Beschwerdegegnerin anerkannte Leidensabzug von 10 % als eher grosszügig und es besteht kein Grund auf die von ihm beantragten 15 % bzw. 25 % zu erhöhen. Immerhin ist der Beschwerdeführer noch relativ jung, die ihm attestierte gesundheitliche Einschränkung (rückadaptierte Tätigkeiten sind zu 72 % ausübbar) ist nicht sehr gross und teilzeitarbeitende Männer im Umfang zwischen 50 % und 74 % verdienen, gemessen am Lohn für ein Vollpensum, nur rund 10 % weniger (LSE 2006 S. 16), sodass kein zusätzlicher Abzug gerechtfertigt ist. Mit einem Leidensabzug von 10 % resultiert ein Invalideneinkommen von Fr. 39'027.--.

6.5. Bei einem Valideneinkommen von Fr. 66'928.-- und einem Invalideneinkommen von Fr. 39'027.-- resultiert eine Erwerbseinbusse von Fr. 27'901.-- bzw. ein Invaliditätsgrad von aufgerundet 42 %. Damit hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Viertelsrente.

6.6. Der Beschwerdeführer meldete sich am 18. März 2003 bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an (Urk. 10/3). Die zur Arbeitsunfähigkeit als Bauarbeiter führende Lumbago trat im Mai 2002 auf (Urk. 10/52/13; Fragebogen für den Arbeitgeber, Urk. 10/6). Gemäss Darlegung im A.____-Gutachten gilt die ihm attestierte zumutbare Arbeitsfähigkeit seit dem Jahr 2002. Der Rentenbeginn wird somit auf den 1. Mai 2003 (Ablauf des Wartejahrs Ende Mai 2003) festgelegt.

6.7. Zusammenfassend ist die Beschwerde insoweit teilweise gutzuheissen, als die Verfügung vom 17. Oktober 2007 aufzuheben und dem Beschwerdeführer ab dem 1. Mai 2003 eine Viertelsrente zuzusprechen ist. Die Beschwerdegegnerin wird darauf hingewiesen, dass es ihre Sache ist, über eine dem Beschwerdeführer aufzuerlegende Schadenminderungspflicht (beispielsweise in Bezug auf die als sinnvoll erachtete Psychotherapie und muskuläres Aufbautraining, Urk.

10/56/3) zu entscheiden und ein Revisionsdatum festzulegen.

7. Da es um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen geht, ist das Verfahren kostenpflichtig. Die Gerichtskosten sind nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert festzulegen (Art. 69 Abs. 1 bis IVG in der seit dem 1. Juli 2006 in Kraft stehenden Fassung) und auf Fr. 600.-- anzusetzen. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind sie der unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

E. 8

8.1

8.1.1 Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) hat die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer).

8.1.2 Ist das Quantitative einer Leistung streitig, rechtfertigt eine "Überklagung" eine Reduktion der Parteientschädigung nur, wenn das ziffernmässig bestimmte Rechtsbegehren den Prozessaufwand beeinflusst hat (BGE 117 V 401 Erw. 2c S. 407; EVGE 1967 S. 215 E. 3a). Bildet ein invalidenversicherungsrechtlicher Rentenanspruch Anfechtungs- und Streitgegenstand, führt demgemäss der Umstand allein, dass im Beschwerdeverfahren abweichend von dem auf eine ganze oder zumindest eine höhere Rente gerichteten Rechtsbegehren keine ganze oder aber eine geringere Rente als beantragt zugesprochen wird, noch nicht zu einer Reduktion der Parteientschädigung (Urteil des Bundesgerichts in Sachen H. vom 23. Oktober 2008, 9C_672/2008, Erw. 5.3.1 mit Hinweisen [Anwaltsrevue 2008 5 S. 244]).

8.2 Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend steht dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zu; damit erweist sich sein Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung vom 21. November 2007 (Urk. 1 S. 2) als gegenstandslos.

In Anbetracht aller relevanten Faktoren erscheint es als angemessen, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'200.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Verhängung der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, vom 17. Oktober 2007 aufgehoben, und es wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer ab dem 1. Mai 2003 Anspruch auf eine Viertelsrente der Invalidenversicherung hat.

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 Fr. 1'200.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Dr. Markus Krapf
- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle
- Bundesamt für Sozialversicherungen
- Personalvorsorgestiftung der N.____ AG

sowie an:

- Gerichtskasse (im Dispositiv 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.