

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2010.00412 vom 31. Mai 2011

ZH Sozialversicherungsgericht, 2011-05-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_IV.2010.00412

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2010.00412 du 31 mai 2011

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2010.00412 del 31 maggio 2011

Erwägungen

E. 1

1.1. Die Beschwerdegegnerin begründete ihre Verfügung vom 13. April 2010 zusammengefasst damit, dass dem Beschwerdeführer mit überwiegender Wahrscheinlichkeit seit Oktober 2005 eine behinderungsangepasste Tätigkeit zu 100 % zumutbar sei. Dies ergebe bei einem Jahreseinkommen von Fr. 82'377.-- ohne und einem solchen von Fr. 51'996.-- mit Gesundheitsschaden eine Erwerbseinbusse von Fr. 30'381.-- und damit einen rentenausschliessenden Invaliditätsgrad von 37 % (Urk. 2 S. 2). Da Anhaltspunkte für eine somatoforme Schmerzstörung fehlten, habe sie von psychiatrischen Abklärungen absehen können. Falls das Gericht zur Auffassung gelangen sollte, das rechtliche Gehör sei tatsächlich verletzt worden, werde ein zweiter Schriftenwechsel beantragt (Urk. 6).

1.2. Demgegenüber machte der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, die medizinischen Akten berichteten von erheblichen Schmerzzuständen über eine längere Zeit, ohne jedoch die exakte Diagnose anzugeben bzw. die naheliegende Diagnose einer somatoformen Schmerzstörung klar und eindeutig auszuschliessen (Urk. 1 S. 5). Indem die Beschwerdegegnerin diesbezügliche Abklärungen unterlassen habe, habe sie den Sachverhalt unvollständig festgestellt und damit die Anforderungen des rechtlichen Gehörs unterlaufen (Urk. 1 S. 6).

E. 2

2.1. In einem ersten Punkt ist zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt hat.

2.2. Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung einer Person eingreift. Dazu gehört insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 E. 3.1 S. 370 mit Hinweisen).

Nach der Rechtsprechung kann eine - nicht besonders schwerwiegende - Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu

Äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 127 V 431 E. 3d/aa S. 437). Von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anführung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer befürderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 132 V 387 E. 5.1 S. 390 mit Hinweis).

2.3.3 Die Vorbringen des Beschwerdeführers hinsichtlich Verletzung des rechtlichen Gehörs gehen fehl, weil der Vorwurf mangelhafter Sachverhaltsabklärung materiellrechtlicher Natur ist. Abgesehen davon hat die Beschwerdegegnerin - wie zu zeigen sein wird - zu Recht darauf verzichtet, den psychischen Gesundheitszustand des Beschwerdeführers abklären zu lassen.

Ä Eine Gehörsverletzung könnte darin erblickt werden, dass die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer das Gutachten von Dr. A. ___ vom 24. Juli 2009 vor Verfügungserlass nicht zur Stellungnahme zustellte. Dies wurde von ihm jedoch nicht vorgebracht. Zudem hätte er dazu mit Beschwerde, spätestens mit Replik, Stellung nehmen können, was er unterliess. Damit hat eine allfällige Gehörsverletzung als geheilt zu gelten, und es ist von der beantragten Rückweisung an die Beschwerdegegnerin abzusehen.

E. 3

3.1.1 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 Übergangsrechtliche 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 E. 1, 126 V 136 E. 4b, je mit Hinweisen). Die angefochtene Verfügung ist am 13. April 2010 ergangen, wobei ein Sachverhalt zu beurteilen ist, der vor dem Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen der 5. IV-Revision am 1. Januar 2008 begonnen hat. Daher und aufgrund dessen, dass der Rechtsstreit eine Dauerleistung betrifft, über welche noch nicht rechtskräftig verfügt wurde, ist entsprechend den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln für die Zeit bis 31. Dezember 2007 auf die damals geltenden Bestimmungen und ab diesem Zeitpunkt auf die neuen Normen der 5. IV-Revision abzustellen (vgl. zur 4. IV-Revision: BGE 130 V 445 ff.; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 7. Juni 2006 in Sachen M., I 428/04, E. 1). Dies fällt materiellrechtlich jedoch nicht ins Gewicht, weil die 5. IV-Revision hinsichtlich der Invaliditätsbemessung keine substantiellen Änderungen gegenüber der bis 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Rechtslage gebracht hat, so dass die zur altrechtlichen Regelung ergangene Rechtsprechung weiterhin massgebend ist (Urteil des Bundesgerichts in Sachen A. vom 19. Mai 2009, 8C_76/2009, E. 2). Im Folgenden werden die massgeblichen Gesetzesbestimmungen - soweit nichts anderes vermerkt ist - in der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung zitiert.

3.2. 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 vom 6. Oktober 2006). 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). Für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit sind ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt zudem nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist (Art. 7 Abs. 2 ATSG).

3.3. 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. 2 IVG; bis 31. Dezember 2007: Art. 28 Abs. 1 IVG).

3.4. Bei erwerbstätigen Versicherten ist der Invaliditätsgrad gemäss Art. 16 ATSG in Verbindung mit Art. 28a Abs. 1 IVG (bis 31. Dezember 2007: Art. 28 Abs. 2 IVG) aufgrund eines Einkommensvergleichs zu bestimmen. Dazu wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und aller Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (sog. Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (sog. 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, worauf sich aus der Einkommensdifferenz der Invaliditätsgrad bestimmen lässt (allgemeine Methode des Einkommensvergleichs; BGE 130 V 349 Erw. 3.4.2 mit Hinweisen).

3.5. 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 prüfend 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 134 V 231 Erw. 5.1; 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.).

E. 4.1

4.1.1.1. Dr. med. B. ____, Allgemeinmedizin FMH, seit Februar 2004 Hausärztin des Beschwerdeführers, führte im Bericht vom 5. Dezember 2004 (Urk. 7/48) als Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit eine (1) Claudicatio Spinalis bei Anterolisthesis L3/L4 Grad I nach Meyerding, breitbasige, nach kranial gerichtete Hernie mit linksseitiger Akzentuierung L3/L4 sowie spondylarthrotische Veränderungen Höhe L3/L4 mit relativer Spinalstenose, deutliche spondylarthrotische Veränderungen Höhe L4/L5 sowie links mediane Bandscheibenhernie L4/L5 und links recessale Bandscheibenhernie L5/S1 (MRI [=magnetic resonance imaging] LWS [=Lendenwirbelsäule] vom 30. November 2004) sowie (2) eine Koronare Herzkrankheit bei Status nach anteroseptalem Myocardinfarkt 30. November 2002, Status nach PTCA mit Stenteinlage 1/03, echokardiographisch normaler EF (Echo vom 15. März 2004) auf (Urk. 7/48/5). Sie attestierte dem Beschwerdeführer seit 30. November 2002 eine volle Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Berufstätigkeit. Hinsichtlich behinderungsangepasster Tätigkeit müsse das Ausmass überpruft werden (Urk. 7/48/4). Betreffend Anamnese, angegebene Beschwerden und erhobene Befunde verwies sie auf den beiliegenden Bericht der Policlinico C. ____, vom November 2004 (Urk. 7/48/8-11) sowie die Konziliarberichte der Rheumaklinik des Spitals D. ____, vom 26. Mai, 14. Juni und 14. Juli 2004 (Urk. 7/48/12-17).

4.1.2. Das D. ____, führte am 11. Juni 2004 eine Kernspintomographie der LWS durch (vgl. Bericht vom 14. Juni 2004, Urk. 7/48/17) und berichtete zuhanden von Dr. B. über geklagte lumbale Schmerzen nach fünf Minuten Gehen im Oberschenkel lateral, links mehr als rechts. Es wurde eine Kompression der Wurzel L5 links vermutet und die Beschwerden auf die Hernie L4 zurückgeführt. Weil die Beschwerden jedoch nicht sicher einer Etage zugeordnet werden konnten, beantworteten die Ärzte des D. ____, eine stationäre Behandlung und zusätzlich die Durchführung einer Epiduralanästhesie sowie gleichzeitig eine neurochirurgische Untersuchung (vgl. Bericht vom 26. Mai 2004, Urk. 7/48/14-16). Dies lehnte der Beschwerdeführer jedoch ab. Sie schlossen die Behandlung ab mit der Beurteilung, dass für leichte wechselbelastende Arbeit ohne Gehstrecken länger als fünf Minuten eine 50%ige Arbeitsfähigkeit bestehe; unter Vorbehalt der Leistungslimiten wegen koronarer Herzkrankheit (vgl. Bericht vom 14. Juli 2004, Urk. 7/48/12-13).

4.1.3. Dr. med. E. ____, Kardiologie FMH, dem der Beschwerdeführer von Dr. B. zugewiesen worden war (vgl. Überweisungsschreiben vom 5. Dezember 2004, Urk. 7/48/7), berichtete am 6. Juni 2006 (Urk. 7/57) zuhanden der IV-Stelle, er habe den Beschwerdeführer letztmals im Mai 2005 für eine Fahrradergonomie gesehen und keine Hinweise für eine Sauerstoffunterversorgung des Herzens gefunden. Eine Untersuchung auf der kardiologischen Abteilung im Unispital F. ____, im März 2005 habe eine hervorragende Prognose der koronaren Herzkrankheit ergeben. Zusammenfassend habe damals aus seiner Sicht keine Arbeitsunfähigkeit bestanden (Urk. 7/57/5).

empfehle, nicht berücksichtigt. Aufgrund der degenerativ veränderten und operierten Wirbelsäule sei auch heute noch von einer Arbeitsunfähigkeit für eine schwere körperliche Arbeit wie diejenige als Baggerfahrer auszugehen. Medizinisch-theoretisch erscheine aber aus rheumatologischer Sicht mindestens eine wechselbelastende leichte Arbeit ganztags und wegen der Rotorenmanschettenläsion der rechten Schulter ohne Überkopfarbeiten zumutbar (Urk. 7/107/7-8). Diese Einschätzung gelte aufgrund der objektiv seither unveränderten Situation seit der abschliessenden Kontrolle in der Klinik G. ___ vom Mai 2008 (Urk. 7/107/10). Im MRI vom Mai 2008 sei im Vergleich zur Voruntersuchung vom Juli 2007 explizit kein Hinweis auf eine Verschlechterung oder Zunahme der bekannten degenerativen Veränderungen festgestellt worden. Die degenerativen und postoperativen Veränderungen an der Wirbelsäule seien demnach heute seit Oktober 2005 unverändert (Urk. 7/107/9).

E. 4.2

4.2.1 In rheumatologischer Hinsicht sind die Diagnosen sowie die 100%ige Arbeitsunfähigkeit in der angestammten schweren Tätigkeit als Baggerfahrer unbestritten und aufgrund der medizinischen Akten hinreichend belegt (Urk. 7/48/4, Urk. 7/48/16, Urk. 7/56/3, Urk. 7/56/5, Urk. 7/63/3, Urk. 7/92/5). Zu prägen bleibt eine etwaige Arbeitsunfähigkeit in einer Verweisungstätigkeit. Hierzu kann auf das Gutachten von Dr. A. ___ abgestellt werden, ist es doch umfassend und berücksichtigt sowohl die geklagten Beschwerden als auch die medizinische Aktenlage. Dr. A. ___ untersuchte den Beschwerdeführer selber, lieferte eine eigene Einschätzung der Situation und beantwortete in nachvollziehbarer Weise die Fragen der IV-Stelle. Damit erfüllt das Gutachten sämtliche Kriterien, denen ein beweistaugliches Gutachten zu genügen hat (vgl. Erwägung 3.5). Gemäss Gutachten ist davon auszugehen, dass eine akute Arbeitsunfähigkeit in einer Verweisungstätigkeit erst mit dem operativen Eingriff im Oktober 2005 in der Klinik G. ___ eintrat und sich der Gesundheitszustand anschliessend kontinuierlich verbesserte, weshalb die geklagten Restbeschwerden bereits anfangs 2006 nicht mehr erklärbar waren, auch nicht durch die erneuten Abklärungen mit Infiltrationen und MRI von Oktober 2007 bis April 2008 (Urk. 7/107/9). Diese Beurteilung steht in Einklang mit dem von den Ärzten der Klinik G. ___ beschriebenen komplikationslosen postoperativen Verlauf mit klinisch erfreulicher Verbesserung und zunehmender Reduktion des Schmerzmittelkonsums bei gleichzeitig unklarer Genese der Restbeschwerden (Urk. 7/55/1, Urk. 7/56/4, Urk. 7/56/5). Auch die anlässlich der auf die erfolglosen Infiltrationen folgenden Konsultationen geklagte ausgebliebene Verbesserung bzw. sogar Verschlechterung der Rückenbeschwerden liess die Ärzte der Klinik G. ___ konstatieren, die genaue Genese der Schmerzen sei weiterhin unklar (Urk. 7/89/2, Urk. 7/92/7). Schliesslich ist daher auch die gutachterlich festgehaltene medizinisch-theoretisch zumutbare Arbeits- und Leistungsfähigkeit von 100 % in einer leichten, wechselbelastenden Tätigkeit, lässt sich doch die geschilderte Diskrepanz zwischen den erhobenen Befunden, insbesondere die ausgesprochen kräftige Muskulatur und Beschwielen der Hände, und der schmerzbedingten Inaktivität nicht anders interpretieren (Urk. 7/107/7). In die gleiche Richtung weisen auch die weiteren Befunde: So ersah Dr. A. ___ anlässlich der Untersuchung betont schonende und kontrollierte Bewegungen beim Gehen und Entkleiden, sowohl bei der Untersuchung im Liegen wie im Stehen eine Anspannung der kräftigen Rücken- und Glutealmuskulatur, eine Selbstlimitierung bei der Bewegungsprüfung der Wirbelsäule mit Einschränkung um 2/3 in allen Ebenen durch aktive Muskelspannung sowie bei der Lasergueprüfung

beidseits eine Muskelanspannung bei 70° mit Schmerzangabe im Rücken (Urk. 7/107/6). Insofern die Ärzte der Klinik G. von einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit in jeglicher Tätigkeit ausgehen, ist darauf hinzuweisen, dass sie eine nicht in den ärztlichen Kompetenzbereich fallende Rentenempfehlung abgaben, ohne sich mit der medizinisch-theoretisch zumutbaren Arbeitsfähigkeit bzw. den Diskrepanzen zwischen den erhobenen Befunden und den geklagten Schmerzen auseinandergesetzt zu haben.

4.2.2 Hinsichtlich der durchlittenen koronaren Herzkrankheit ergeben die Akten nach dem Stenteingriff anfangs 2003 keinerlei Hinweise auf eine zusätzliche Einschränkung in einer dem Rückenleiden adaptierten Tätigkeit. So vermerkte Dr. E. Mitte 2006 - unter Hinweis auf die Untersuchung auf der kardiologischen Abteilung im F. im März 2005 -, dass aus seiner Sicht keine Arbeitsunfähigkeit bestanden habe (Urk. 7/57/5). Kommt hinzu, dass sich der Beschwerdeführer auch nicht mit diesem Leiden zum Leistungsbezug anmeldete, sondern Rückenbeschwerden als Ursache der Einschränkung seiner Arbeitsfähigkeit angab (Urk. 7/6/5).

4.2.3 Die Vorbringen des Beschwerdeführers bezüglich somatoformer Schmerzstörung und wesentlicher psychischer Erkrankung sind nicht zu halten. Hierauf bestehen in den Akten keinerlei Hinweise. Diese Diagnose wurde nie gestellt, auch nicht als Verdachtsdiagnose. Dies gilt insbesondere für die Berichte der Ärzte des D. wie auch der Klinik G., denen als auf Rheumatologie spezialisierte Ärzte, die oft mit psychosomatischen Beschwerdebildern konfrontiert sind und denen der unveränderte Krankheitsverlauf des Beschwerdeführers mit subjektiv starken Beschwerden bei gleichzeitig fehlendem Ansprechen auf alle Therapieversuche bekannt war, Anzeichen für eine invalidisierende psychische Krankheit aufgefallen wären. Aus dem Fehlen entsprechender Hinweise in den rheumatologischen Berichten, insbesondere daraus, dass keine psychiatrische Behandlung und/oder Abklärung vorgeschlagen wird, darf deshalb geschlossen werden, dass keine auf ein psychisches Leiden mit Krankheitswert hindeutende Auffälligkeiten bemerkt wurden. Entsprechend befindet sich der Beschwerdeführer auch nicht in spezialärztlicher Behandlung (Urk. 7/111). Unter diesen Umständen besteht kein hinreichender Anlass zur Vornahme psychiatrischer Abklärungen zur Feststellung eines allfälligen die Arbeitsfähigkeit zusätzlich beeinträchtigenden psychischen Leidens (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 10. Februar 2003 in Sachen S., I 435/01, Erw. 3.2.3). Auch ergibt sich aus dem Umstand, dass sich geklagte Schmerzen weder objektivieren noch nachweisen lassen, keine psychiatrische Erkrankung.

4.3 Zusammengefasst ist daher gestützt auf das Gutachten von Dr. A. von einer 100%igen Arbeitsfähigkeit in einer leichten, wechselbelastenden Tätigkeit ohne Überkopfarbeiten auszugehen.

E. 5

5.1 Das Einkommen, welches die versicherte Person ohne Invalidität erzielen könnte (Valideneinkommen), ist in der Regel anhand des zuletzt effektiv verdienten Einkommens vor Eintritt des Gesundheitsschadens zu bestimmen. Die IV-Stelle ging in ihrer Verfügung vom 13. April 2010 von einem Valideneinkommen von Fr. 82'377.-- für das Jahr 2005 aus, welches auf der zuletzt ohne Gesundheitsschaden ausgeübten Tätigkeit als Baggerführer bei der Y. beruhte (Urk. 7/37). Obwohl der Beschwerdeführer diese letzte Tätigkeit nicht aus gesundheitlichen Gründen gekündigt hatte, ist dieses Vorgehen der Beschwerdegegnerin nicht zu beanstanden, und

es ist anzunehmen, dass der Beschwerdeführer bei Rückkehr in die Schweiz angesichts seiner beruflichen Ausbildung und Erfahrung im Gesundheitsfalle wiederum eine (schwere) Tätigkeit auf dem Bau angetreten und hierbei in etwa den gleichen Verdienst zu erwarten gehabt hätte. Weiter ist zu beachten, dass das Valideneinkommen wie auch das Invalideneinkommen nötigenfalls der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung anzupassen sind (vgl. BGE 129 V 224 Erw. 4.3.1) und dabei eine Differenzierung nach Geschlechtern zu erfolgen hat, weshalb auf den Nominallohnindex für MännerInnen abzustellen ist (BGE 129 V 410 Erw. 3.1.2). Da für die Ermittlung des Valideneinkommens grundsätzlich entscheidend ist, was die versicherte Person im Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns tatsächlich verdient hätte (Urteil des Bundesgerichts in Sachen E. vom 14. Februar 2007, I 457/06, Erw. 4.1, mit Hinweisen), bezog die IV-Stelle den Einkommensvergleich zu Recht auf das Jahr 2005. Ausgehend vom zuletzt erzielten höchsten Lohn von Fr. 78'675.-- (Urk. 7/38/1) und unter Berücksichtigung der Nominallohnentwicklung für MännerInnen von 1856 Punkten im Jahre 2000 auf 1992 Punkte im Jahre 2005 (vgl. Die Volkswirtschaft 3-2011, S. 91, Tabelle B10.3) ergibt sich ein Betrag von Fr. 84'439.98.

5.2.2.2 Mangels eines tatsächlich erzielten Erwerbseinkommens sind die TabellenInnen gemäss den vom Bundesamt für Statistik periodisch herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE) heranzuziehen (BGE 126 V 76 f. Erw. 3b/aa und bb, vgl. auch BGE 129 V 475 Erw. 4.2.1). Dabei ist von dem in der LSE 2004 (S. 42, Tabelle TA1) für Arbeitnehmer des Anforderungsniveaus 4 (einfache und repetitive Tätigkeiten) im privaten Sektor, Zürich, angegebenen Bruttomonatslohn für Männer von Fr. 4'588.-- auszugehen (Lohn, über dem beziehungsweise unter dem sich 50 % aller Lohnangaben befinden [sogenannter Zentralwert], unter anteilsmässiger Berücksichtigung des 13. Monatslohnes und standardisiert auf 40 Wochenstunden), da dieser Lohn ohne zusätzliche Umschulungen und Prüfungen durch den Beschwerdeführer erzielt werden kann. Es ist dabei aber zu berücksichtigen, dass den Angaben in der LSE generell eine Arbeitszeit von 40 Wochenstunden zugrunde liegt (vgl. LSE 2004 S. 42), welcher Wert etwas tiefer ist als die im Jahre 2005 geltende betriebsübliche durchschnittliche Arbeitszeit von wöchentlich 41,6 Stunden (Die Volkswirtschaft 3-2011 S. 90 Tabelle B9.2; BGE 129 V 484 Erw. 4.3.2, 126 V 77 f. Erw. 3b/bb mit Hinweisen), weshalb eine entsprechende Anpassung vorzunehmen ist. Unter Berücksichtigung der Nominallohnentwicklung für MännerInnen von 1975 Punkten im Jahre 2004 auf 1992 Punkte im Jahre 2005 (Die Volkswirtschaft 3-2011, S. 91, Tabelle B10.3) ergibt sich hochgerechnet auf das ganze Jahr ein Betrag von Fr. 57'751.-- (= Fr. 4'588.-- x 12 ./ 1975 x 1992 ./ 40 x 41.6) für das Jahr 2005.

2.2.2.3 Vom Tabellenlohn kann unter bestimmten, von der Rechtsprechung umschriebenen Voraussetzungen ein Abzug vorgenommen werden, wobei dieser für sämtliche in Betracht fallenden Umstände (leidensbedingte Einschränkung, Alter, Dienstjahre, Nationalität bzw. Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad) gesamthaft zu schätzen und unter Einfluss sämtlicher Merkmale auf höchstens 25 % zu beschränken ist (BGE 129 V 481 Erw. 4.2.3 mit Hinweisen). Im Lichte dieser Rechtsprechung erscheint der von der Beschwerdegegnerin gewährte leidensbedingte Abzug von 10 % als äusserst grosszügig, ist doch ein ganztägiger Einsatz zumutbar und verfügt der Beschwerdeführer über Berufskennntnisse, die er auch bei leichter Tätigkeit tätigen könnte. Somit ergibt sich ein Betrag von Fr. 51'975.90 (Fr. 57'751.--

x 0.9). Gemessen am Valideneinkommen von Fr. 84'439.98 resultiert bei einer Differenz von Fr. 32'464.-- (Fr. 84'439.98 - Fr. 51'975.90) eine Einschränkung bzw. ein Invaliditätsgrad von rund 38.45 % (Fr. 32'464.-- ./ Fr. 84'439.98), womit der von der IV-Stelle errechnete rentenausschliessende Invaliditätsgrad von 37 % im Ergebnis nicht zu beanstanden ist. Damit ist die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.

E. 6

6.1 Mit Verfügung vom 12. Juli 2010 (Urk. 14) wurde dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung gewährt und Rechtsanwalt Bernhard Zollinger als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.

6.2 Die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertretung wird gestützt auf Art. 9 in Verbindung mit Art. 8 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht sowie in Verbindung mit Art. 34 Abs. 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses, dem Zeitaufwand und den Barauslagen bemessen, wobei ein unnötiger oder geringfügiger Aufwand nicht ersetzt wird.

6.3 Mit Schreiben vom 11. Juni 2010 machte Rechtsanwalt Bernhard Zollinger Aufwendungen von total 22.25 Stunden sowie Auslagen von Fr. 160.30 geltend (Urk. 9). Da sich diese Aufwendungen auf den Zeitraum von November 2003 bis April 2010 beziehen, die Verfügung jedoch am 13. April 2010 erging und das Vorbescheidverfahren nicht von der prozessual bewilligten unentgeltlichen Rechtsbeistandschaft erfasst wird, ist die Entschädigung ermessensweise unter Schätzung des notwendigen Aufwandes auf Fr. 1'800.-- festzusetzen.

6.4 Kommt der Beschwerdeführer künftig in günstige wirtschaftliche Verhältnisse, so kann ihn das Gericht zur Nachzahlung der ihm erlassenen Gerichtskosten und der Auslagen für die unentgeltliche Vertretung verpflichten (vgl. Art. 92 des Gesetzes über den Zivilprozess [ZPO]).

7. Gestützt auf Art. 69 Abs. 1 bis IVG in der seit dem 1. Juli 2006 in Kraft stehenden Fassung ist das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig. Die Kosten sind unabhängig vom Streitwert nach dem Verfahrensaufwand festzulegen und vorliegend auf Fr. 800.-- anzusetzen. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind sie dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, jedoch zufolge der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Gerichtskosten von Fr. 800.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt, zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Beschwerdeführer wird auf Art. 16 Abs. 4 GSVGer hingewiesen.

3. Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Bernhard Zollinger, Zürich, wird mit Fr. 1'800.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Beschwerdeführer wird auf Art. 16 Abs. 4 GSVGer hingewiesen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Bernhard Zollinger
- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle
- Bundesamt für Sozialversicherungen

sowie an:

- Gerichtskasse

5. Gegen diese Entscheidung 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.