

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2011.00163 vom 12. Juli 2012

ZH Sozialversicherungsgericht, 2012-07-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_IV.2011.00163

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2011.00163 du 12 juillet 2012

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2011.00163 del 12 luglio 2012

Erwägungen

E. 1

1.1. X., geboren 1961, war seit dem 21. August 1984 bei der Bauunternehmung Y. AG in Z. als Bauarbeiter tätig (Urk. 8/6). Am 15. Juli 1992 stürzte er auf einer Baustelle mit einem Lift ca. 10 Meter in die Tiefe und erlitt dadurch eine Kompressions-/Distractionsfraktur am Lendenwirbelkörper (LWK) 4 sowie oberflächliche Schürfwunden (Urk. 8/12/100). Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) erbrachte für diesen Unfall Leistungen der obligatorischen Unfallversicherung (vgl. SUVA-Akten, Urk. 8/12/1-103). Wegen den Unfallfolgen meldete sich X. am 2. März 1993 (Datum des Eingangs) bei der Eidg. Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an (Urk. 8/1). Diese holte den Arbeitgeberbericht der Y. AG vom 15. März 1993 (Urk. 8/6) sowie den Arztbericht von Dr. med. A., Z., vom 8. März 1993 (Urk. 8/7/1-2) ein. Ausserdem zog sie die Akten der SUVA bei (Urk. 8/12/1-103). Sodann liess sie eine Abklärung über die beruflichen Eingliederungsmöglichkeiten des Versicherten bei der Beruflichen Abklärungs- und Ausbildungsstätte (BEFAS) Appisberg in Männedorf vornehmen (vgl. deren Schlussbericht vom 8. April 1994, Urk. 8/13/1-5). Mit Verfügung vom 2. Dezember 1994 sprach die Eidg. Invalidenversicherung X. basierend auf einem Invaliditätsgrad von 100 % mit Wirkung ab dem 1. Juli 1993 eine ganze Invalidenrente samt akzessorischen Ehegatten- und Kinderrenten zu (Urk. 8/20).

E. 1.2

Nach Einholung des Berichtes von Dr. A. vom 24. Januar 1998 (Urk. 8/27) teilte die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, dem Versicherten am 3. Februar 1998 (Urk. 8/28) verfügungsweise mit, dass sich keine rentenbeeinflussende Änderung ergeben habe. Zum gleichen Ergebnis gelangte die IV-Stelle am 14. Juli 1999 (Urk. 8/31) und am 12. November 2004 (Urk. 8/40).

1.3. Im Fragebogen zur Rentenrevision gab Dr. A. am 16. November 2009 an, dass sich der Gesundheitszustand des Versicherten verschlimmert habe und er weiterhin nicht arbeitsfähig sei (Urk. 8/45). Die IV-Stelle forderte von Dr. A. den ergänzenden Bericht vom 4. Februar 2010 an (Urk. 8/48). Am 19. Februar 2010 teilte X. der IV-Stelle mit, dass er zu einem Pensum von ca. 10 % immer noch bei Herrn B. arbeite. Er putze die Treppenhäuser (Urk. 8/49). Die IV-Stelle holte den Arbeitgeberbericht der C. GmbH vom 22. Februar 2010 ein (Urk. 8/50). In der Folge liess sie das orthopädische Gutachten von Dr. med. D., Orthopädische Chirurgie FMH/FMCH, vom 2. Juni 2010 erstellen (Urk. 8/57). Mit Vorbescheid vom 15. Juli 2010 teilte sie X. mit, ihre Abklärungen hätten ergeben, dass ab Januar 2008 eine Verbesserung des

Gesundheitszustands eingetreten sei und der Invaliditätsgrad nur noch 58 % betrage. Dementsprechend stellte sie dem Versicherten in Aussicht, dass sie die bisherige ganze auf eine halbe Rente herabsetze (Urk. 8/61). Nachdem keine Einwendungen erhoben worden waren, sprach die IV-Stelle X. ___ mit Verfügung vom 21. Januar 2011 anstelle der bisherigen ganzen Invalidenrente basierend auf einem Invaliditätsgrad von 58 % eine halbe Invalidenrente zu mit Wirkung ab dem 1. März 2011 (Urk. 2).

2. Gegen diese Verfügung erhob X. ___ durch Rechtsanwalt Jürg Leimbacher, Bülach, am 11. Februar 2011 Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

"Es seien die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 21. Januar 2011 ersatzlos aufzuheben;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zulasten der Beschwerdegegnerin.

Es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihm in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu ernennen."

Die Beschwerdegegnerin ersuchte mit Beschwerdeantwort vom 22. März 2011 um Abweisung der Beschwerde (Urk. 7). Der Beschwerdeführer liess mit Replik vom 11. Juli 2011 vollumfänglich an seinen Anträgen festhalten (Urk. 17). Die Beschwerdegegnerin verzichtete am 14. September 2011 (Urk. 20) auf Duplik, was dem Beschwerdeführer am 20. September 2011 (Urk. 21) mitgeteilt wurde.

E. 3

3.1 Strittig und zu prüfen ist, ob zwischen dem 2. Dezember 1994, dem Zeitpunkt als dem Beschwerdeführer auf der Basis eines Invaliditätsgrades von 100 % eine ganze Rente zugesprochen wurde (Urk. 8/20), und der angefochtenen Verfügung vom 21. Januar 2011 (Urk. 2), mit welcher der Anspruch des Beschwerdeführers bei einem Invaliditätsgrad von 58 % auf eine halbe Rente reduziert wird, eine anspruchserhebliche Änderung der Verhältnisse stattgefunden hat.

3.2 Soweit der Beschwerdeführer geltend machen lässt, das Gutachten von Dr. D. ___ vom 2. Juni 2010 (vgl. E. 2.3) genüge den Anforderungen an ein faires Verfahren gemäss Art. 6 EMRK nicht, da es von der Beschwerdegegnerin in Auftrag gegeben worden sei, ist festzuhalten, dass sich das Bundesgericht mit diesen Einwänden in seiner jüngsten Rechtsprechung ausführlich befasst hat und zum Ergebnis gelangt ist, dass sie unberechtigt sind (BGE 137 V 210, BGE 136 V 376). Aus der formellen Parteieigenschaft der Durchführungsstelle der Invalidenversicherung im gerichtlichen Prozess bzw. aus deren Legitimation zur Erhebung von Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten darf nicht gefolgert werden, die Beweiserhebungen der Verwaltung im vorausgehenden nichtstreitigen Verfahren seien Parteihandlungen (BGE 136 V 376 Erw. 4). Dementsprechend liegt kein Verstoß gegen Art. 6 EMRK vor, wenn die Beschwerdegegnerin im Rahmen des (vorgängigen) nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens ein Gutachten einholt. Das Gutachten von Dr. D. ___ ist unter diesem Gesichtspunkt vollumfänglich beweistauglich.

3.3. Das Gutachten von Dr. D. ___ beantwortet die gestellten Fragen umfassend, berücksichtigt die vom Beschwerdeführer geklagten Beeinträchtigungen, wurde in Kenntnis und in Auseinandersetzung mit den Vorakten erstellt und ist in der Darlegung der medizinischen Zustände und Zusammenhänge einleuchtend. Ebenso wurden die gezogenen Schlussfolgerungen in nachvollziehbarer Weise hergeleitet. Das Gutachten wird damit den von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an eine beweiskräftige medizinische Stellungnahme (BGE 125 V 352 Erw. 3a) gerecht. Ihm ist volle Beweiskraft zuzuerkennen, falls keine konkreten Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen (BGE 125 V 353 Erw. 3b/bb).

3.4. Dr. D. ___ hat im Gutachten nicht festgehalten, dass der Beschwerdeführer durchschnittlich 10 bis 15 Stunden pro Woche gearbeitet habe, sondern diese Zahl lediglich im Sinne des maximal ausgeübten Pensums erwähnt. Er ist auch nicht davon ausgegangen, dass dem Beschwerdeführer nur ein Pensum von 10 bis 15 Stunden zumutbar sei, sondern ein solches von 50 %, somit also gut 20 Stunden pro Woche. Die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit durch Dr. D. ___ basiert demnach offensichtlich nicht allein auf der Tatsache, dass der Beschwerdeführer wieder eine Erwerbstätigkeit ausübt bzw. ausgeübt hat, sondern auf den Erkenntnissen, welche Dr. D. ___ im Laufe seiner medizinischen Untersuchungen gewonnen hat, mithin traut Dr. D. ___ dem Beschwerdeführer die Ausübung von mehr als nur 10 bis 15 Stunden pro Woche zu. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer seit 2008 effektiv wieder einer Erwerbstätigkeit nachgeht, wertet Dr. D. ___ als Indiz dafür, dass sich die Arbeitsfähigkeit infolge Angewöhnung tatsächlich verbessert hat. Die vom Beschwerdeführer geklagten chronischen Kopfschmerzen, Schwindelattacken und Konzentrationsstörungen hat Dr. D. ___ durchaus berücksichtigt, wobei anzumerken ist, dass in den Berichten des Hausarztes Dr. A. ___ nirgends erwähnt wird, dass sich der Beschwerdeführer deswegen je in ärztliche Behandlung begeben hätte. Vielmehr sucht der Beschwerdeführer Dr. A. ___ nur sporadisch wegen seiner Schmerzen im Rücken, den Beinen und am linken Arm auf, und dieser verschreibt ihm dagegen einzig ein Schmerzmittel, welches der Beschwerdeführer unregelmässig einnimmt (Urk. 8/45, Urk. 8/48).

3.5. Ein Revisionsgrund ist auch gegeben und die Rente allenfalls nach unten oder nach oben anzupassen, wenn sich die erwerblichen Auswirkungen des an sich gleich gebliebenen Gesundheitszustandes erheblich verändert haben (BGE 133 V 545 E. 6.1 S. 546; Urteil 8C_624/2011 vom 2. November 2011 E. 2). In diesem Zusammenhang schliessen selbst identisch gebliebene Diagnosen eine revisionsrechtlich erhebliche Steigerung des Leistungsvermögens (Arbeitsfähigkeit) nicht grundsätzlich aus. Zu denken ist etwa an eine Verringerung des Schweregrades des Gesundheitsschadens oder wenn es der versicherten Person gelungen ist, sich besser an das Leiden anzupassen (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Rz 18 zu Art. 17 ATSG). Dr. D. ___ hat zwar tatsächlich nur eine geringfügige Verbesserung des Gesundheitszustands des Beschwerdeführers festgestellt, er hat jedoch festgehalten, dass im Sinne einer Angewöhnung sich die Arbeitsfähigkeit erheblich gesteigert hat.

3.6. Es ist damit davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer seit dem 1. Januar 2008 in einer leichten Tätigkeit - vornehmlich ausgeübt in Wechselbelastung oder vorwiegend sitzend, ohne Tragen und Heben von Lasten über 5 kg pro Seite, ohne längerdauernde vorüber geneigte Haltung und ohne asymmetrische Lasteinwirkungen

- zu 50 % arbeitsfähig ist.

E. 4

4.1 Die Beschwerdeführerin hat in der angefochtenen Verfügung richtig festgehalten, dass der Beschwerdeführer vor Eintritt des IV-relevanten Gesundheitsschadens als Hilfsarbeiter bei der Firma Y. ___ AG angestellt gewesen ist. Die Feststellung, dass er keiner regelmässigen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist und unterschiedlich hohe Einkommen erzielt hat, trifft dagegen für die Zeit vor Eintritt des Gesundheitsschadens nicht zu, sondern bezieht sich offensichtlich auf die Jahre danach. Vielmehr war der Beschwerdeführer seit 1984 bei der Y. ___ AG tätig, im Jahre 1984 von August bis Dezember, in den Jahren 1985 bis 1988 jeweils von März bis Dezember, im Jahre 1989 von Februar bis Dezember und ab 1990 das ganze Jahr (vgl. IK-Auszug, Urk. 8/3/2). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer ohne Eintritt des Gesundheitsschadens weiterhin bei der Y. ___ AG zu einem Pensum von 100 % als Bauarbeiter tätig gewesen wäre, weshalb das Valideneinkommen aufgrund dieses Einkommens zu berechnen ist. Gemäss dem Arbeitgeberbericht der Y. ___ AG vom 15. März 1993 (Urk. 8/6/2 Ziff. 7) hätte der Beschwerdeführer mit seiner Tätigkeit als Bauarbeiter im Jahre 1993 ein AHV-pflichtiges Einkommen von Fr. 3'980.-- pro Monat bzw. Fr. 51'740.-- pro Jahr (Fr. 3'980.-- x 13) erzielen können. Angepasst an den Nominallohnindex für im Baugewerbe tätige Männer (vgl. Bundesamt für Statistik, Tabelle T.1.1.93.: 1993 = 100, 2008 = 119,5) beläuft sich das Einkommen für das Jahr 2008 auf Fr. 61'829.30.

4.2 Für die Bestimmung des Invalideneinkommens ist primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht. Ist kein solches tatsächlich erzieltetes Erwerbseinkommen gegeben, namentlich weil die versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder jedenfalls keine ihr an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, so können nach der Rechtsprechung Tabellenlöhne gemäss den vom Bundesamt für Statistik periodisch herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE) herangezogen werden (BGE 126 V 76 f. Erw. 3b/aa und bb, vgl. auch BGE 129 V 475 Erw. 4.2.1). Für die Invaliditätsbemessung wird praxisgemäss auf die standardisierten Bruttolöhne (Tabellengruppe A) abgestellt (BGE 129 V 476 Erw. 4.2.1 mit Hinweis), wobei jeweils vom so genannten Zentralwert (Median) auszugehen ist. Bei der Anwendung der Tabellengruppe A gilt es ausserdem zu berücksichtigen, dass ihr generell eine Arbeitszeit von 40 Wochenstunden zugrunde liegt, welcher Wert etwas tiefer ist als die bis 1998 betriebsübliche durchschnittliche Arbeitszeit von wörtlich 41,9 Stunden, seit 2008 von 41,6 Stunden (1999-2000 von 41,8 Stunden; 2001-2003 von 41,7 Stunden; 2004-2005 von 41,6 Stunden; 2006-2007 von 41,7 Stunden) (Die Volkswirtschaft 10-2009 S. 90 Tabelle B9.2; BGE 129 V 484 Erw. 4.3.2, 126 V 77 f. Erw. 3b/bb, 124 V 322 Erw. 3b/aa; AHI 2000 S. 81 Erw. 2a).

Die Invalideneinkommen auf der Grundlage von statistischen Durchschnittswerten ermittelt, ist der entsprechende Ausgangswert allenfalls zu kürzen. Mit dem sogenannten Leidensabzug wurde ursprünglich berücksichtigt, dass versicherte Personen, welche in ihrer letzten Tätigkeit körperliche Schwerarbeit verrichteten und nach Eintritt des Gesundheitsschadens auch für leichtere Arbeiten nurmehr beschränkt einsatzfähig sind, in der Regel das entsprechende durchschnittliche Lohnniveau gesunder Hilfsarbeiter nicht erreichen. Der ursprünglich nur bei

Schwerarbeitern zugelassene Abzug entwickelte sich in der Folge zu einem allgemeinen behinderungsbedingten Abzug, wobei die Rechtsprechung dem Umstand Rechnung trug, dass auch weitere persönliche und berufliche Merkmale der versicherten Person wie Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Nationalität oder Aufenthaltskategorie sowie Beschäftigungsgrad Auswirkungen auf die Höhe des Lohnes haben können. Ein Abzug soll aber nicht automatisch, sondern nur dann erfolgen, wenn im Einzelfall Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die versicherte Person wegen eines oder mehrerer dieser Merkmale ihre gesundheitlich bedingte (Rest-)Arbeitsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem Einkommen verwerten kann. Bei der Bestimmung der Höhe des Abzuges ist der Einfluss aller in Betracht fallenden Merkmale auf das Invalideneinkommen unter Würdigung der Umstände im Einzelfall gesamthaft zu schätzen und insgesamt auf höchstens 25 % des Tabellenlohnes zu begrenzen (vgl. zum Ganzen BGE 126 V 75). Dabei ist zu beachten, dass allfällige bereits bei der Parallelisierung der Vergleichseinkommen mitverantwortliche Invaliditätsfremde Faktoren im Rahmen des sogenannten Leidensabzuges nicht nochmals berücksichtigt werden dürfen (BGE 134 V 322 Erw. 5.2).

4.3.1 Der Zentralwert für die mit einfachen und repetitiven Aufgaben (Anforderungsniveau 4) beschäftigten Männer betrug im Jahre 2008 im privaten Sektor Fr. 4'806.-- pro Monat bei 40 Arbeitsstunden pro Woche (LSE 2008, Tabelle TA1, S. 26), was unter Berücksichtigung einer betriebsüblichen Arbeitszeit von 41,6 Stunden pro Woche ein hypothetisches Einkommen von monatlich Fr. 4'998.25 bzw. Fr. 59'979.-- pro Jahr (mal 12) ergibt. Bei einer Leistungsfähigkeit von 50 % reduziert es sich auf Fr. 29'989.50. Den generellen Einschränkungen auch in einer Hilfsarbeitertätigkeit - der Beschwerdeführer kann nur noch eine überwiegend sitzende Tätigkeit ausüben und verfügt lediglich über geringe sprachliche sowie intellektuelle Ressourcen - hat die Beschwerdegegnerin mit einem Abzug von 15 % Rechnung getragen, was nicht zu beanstanden ist. Der Beschwerdeführer lässt jedoch zu Recht vorbringen, dass der Umstand, dass Männer in Teilzeitbeschäftigungen tiefere Einkommen erzielen, nicht berücksichtigt worden ist. Rechtsprechungsgemäss ist unter dem Titel Beschäftigungsgrad bei Männern, welche gesundheitlich bedingt nur noch teilweise erwerbstätig sein können, ein Abzug zu anerkennen. Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass bei Männern statistisch gesehen Teilzeitarbeit vergleichsweise weniger gut entlohnt wird als eine Vollzeittätigkeit (SVR 2010 IV Nr. 28 S. 87). Es rechtfertigt sich deshalb die Vornahme eines Abzuges von insgesamt 20 %. Das Invalideneinkommen beläuft sich somit auf Fr. 23'991.60. Verglichen mit dem Valideneinkommen von Fr. 61'829.30 ergibt sich eine Einkommenseinbusse von Fr. 37'837.70 bzw. rund 61 %. Der Beschwerdeführer hat damit Anspruch auf eine Dreiviertelsrente.

5. Zusammenfassend ist damit in teilweiser Gutheissung der Beschwerde die angefochtene Verfügung der Beschwerdegegnerin aufzuheben und es ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer mit Wirkung ab dem 1. März 2011 basierend auf einem Invaliditätsgrad von 61 % Anspruch auf eine Dreiviertelsrente hat.

6. Obwohl der Beschwerdeführer mit seinem Beschwerdeantrag nicht vollständig durchdringt, hat er Anspruch auf eine volle Parteientschädigung und sind die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen, da das "Anklagen" den Prozessaufwand nicht beeinflusst hat (Urteil 9C_889/2011 vom 8. Februar 2012 E.7 mit

Hinweisen). Damit ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos.

E. 7

7.1 Gemäss Art. 69 Abs. 1 bis IVG (in der seit dem 1. Juli 2006 gültigen Fassung) ist abweichend von Art. 61 lit. a ATSG das Beschwerdeverfahren bei Streitigkeiten um die Bewilligung oder die Verweigerung von IV-Leistungen vor dem kantonalen Versicherungsgericht kostenpflichtig. Die Kosten werden nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von 200-1000 Franken festgelegt.

Die Gerichtskosten sind auf Fr. 800.-- festzusetzen und der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

7.2 Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Jürg Leimbacher, hat mit Honorarnote vom 27. Juni 2012 einen Aufwand von 8,83 Stunden und Barauslagen von Fr. 79.-- geltend gemacht (Urk. 23). Dies erscheint als den Umständen des Falles angemessen. Die Prozessentschädigung ist damit auf gerundet Fr. 2'000.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) festzulegen.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die angefochtene Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 21. Januar 2011 aufgehoben, und es wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer ab dem 1. März 2011 basierend auf einem Invaliditätsgrad von 61 % Anspruch auf eine Dreiviertelsrente hat.

2. Die Gerichtskosten von Fr. 800.-- 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. 2'000.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Jürg Leimbacher
- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle
- Bundesamt für Sozialversicherungen
- SUVA
- SwissLife

sowie an:

- 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.