

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2011.00264 vom 31. Oktober 2011

ZH Sozialversicherungsgericht, 2011-10-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_IV.2011.00264

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2011.00264 du 31 octobre 2011

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2011.00264 del 31 ottobre 2011

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 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 466 E. 1, 126 V 134 E. 4b, je mit Hinweisen). Die angefochtene Verfügung ist am 9. Februar 2011 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 Bundesgerichts I 428/04 vom 7. Juni 2006 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 8C_76/2009 vom 19. Mai 2009 E. 2). Im Folgenden werden die massgeblichen Gesetzesbestimmungen - soweit nichts anderes vermerkt ist - in der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung zitiert.

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 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 in der seit 1. Januar 2008 geltenden Fassung).

1.3 Anspruch auf eine Rente haben gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG Versicherte, die:

a. ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern können;

b. während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40 Prozent arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen sind; und

c. nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40 Prozent invalid (Art. 8 ATSG) sind.

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).

1.4 Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdefall das Gericht) auf Unterlagen angewiesen, die ärztliche und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes oder der Ärztin ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die versicherte Person arbeitsunfähig ist (BGE 125 V 256 E. 4). Im Weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen der versicherten Person noch zugemutet werden können (BGE 125 V 261 E. 4 mit Hinweisen; AHI 2002 S. 70 E. 4b/cc).

1.5 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 E. 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 auszumessende Unsicherheiten und Unklarheiten, welche die Beantwortung der Fragen erschweren oder verunmöglichen, gegebenenfalls deutlich macht (BGE 134 V 231 E. 5.1;

125 V 351 E. 3a, 122 V 157 E. 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. 2

2.1 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das Begehren des Beschwerdeführers um Durchführung beruflicher Massnahmen mit Verfügung vom 25. November 2005 rechtskräftig abgewiesen worden war (Urk. 8/32). Die mit Beschwerde vorgebrachte Rüge, die IV-Stelle habe den Anspruch auf berufliche Eingliederungsmassnahmen nie geprüft (Urk. 1 S. 7), erweist sich daher als unbegründet.

2.2 Weiter ist zu bemerken, dass die Verfügung vom 10. Mai 2007, mit welcher dem Beschwerdeführer mit Wirkung ab 1. März 2005 eine Viertelsrente der Invalidenversicherung zugesprochen worden war (Urk. 8/70 und 8/80), mit Urteil des hiesigen Gerichts vom 22. Juli 2009 aufgehoben und die Sache an die Verwaltung zurückgewiesen wurde, damit sie nach ergänzender medizinischer Abklärung neu verfüge (Urk. 8/97). Streitgegenstand des damaligen Beschwerdeverfahrens bildete das Rentenverhältnis; da Teilaspekte einer Leistung wie die Faktoren für die massliche und zeitliche Festsetzung (Invaliditätsgrad, Rentenberechnung, Rentenbeginn) grundsätzlich nicht selbständig anfechtbar sind (BGE 125 V 413 E. 1 und 2), konnte die zugesprochene Teilrente auch nicht in Rechtskraft erwachsen. Mit der Aufhebung jener Verfügung, welche auch die Grundlage für die neue Rentenberechnung vom 12. Februar 2009 infolge nachträglich gemeldeter Einkommen (Urk. 8/93) bildete, wurde das Verfahren zur erstmaligen Festsetzung einer Rente der Invalidenversicherung wieder in den Stand versetzt, in welchem es sich vor Erlass des aufgehobenen Entscheids befand; da erst mit in Rechtskraft erwachsenem leistungszusprechendem Verwaltungsakt oder Gerichtsentscheid ein durchsetzbarer Anspruch auf Leistungen der Invalidenversicherung entsteht - und solche grundsätzlich auch erst dann auszurichten sind (Urteil des Bundesgerichts 9C_875/2010 vom 28. März 2011 E. 3.2) - stellt die auf die Ergebnisse der zusätzlichen Abklärung gestützte Verneinung eines Rentenanspruchs auch keinen Tatbestand einer Leistungsanpassung dar. Die Vorbringen, mit welchen der Beschwerdeführer suggeriert, bei der zu beurteilenden Verfügung handle es sich um eine revisionsweise Rentenaufhebung, da ihm eine bereits zugesprochene Viertelsrente wieder entzogen worden sei (Urk. 1 S. 4-13), gehen somit fehl. Da die medizinischen Unterlagen, welche im Zeitpunkt des früheren Beschwerdeverfahrens vorlagen, keine eindeutige Beurteilung des Gesundheitszustandes und dessen Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit erlaubten und ausserdem keine schlüssige und nachvollziehbare Begründung der jeweils attestierten Einschränkung der Arbeitsfähigkeit enthielten (vgl. Urteil des hiesigen Gerichts vom 22. Juli 2009 in Sachen der Parteien [Urk. 8/97], E. 4), ist es entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung (Urk. 1 S. 11) nicht von vornherein unzulässig, wenn der Gutachter zu Schlüssen kam, welche von den früheren ärztlichen Einschätzungen abwichen.

2.3 Schliesslich ist daran zu erinnern, dass der Beschwerdeführer mit seiner (ersten) Beschwerde vom 12. Juni 2007 im Sinne eines Eventualantrages selbst verlangt hatte, dass die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache an die Verwaltung zur weiteren Abklärung der Verhältnisse respektive zur Einholung eines medizinischen Gutachtens zurückzuweisen sei (Urk. 8/84 S. 4 und 10 f.). Das hiesige Gericht folgte diesem Antrag mit Urteil vom 22. Juli 2009 (Urk. 8/97). Bei dieser Sachlage

war es aber - entgegen der vom Beschwerdeführer wohl vertretenen Ansicht (Urk. 1 S. 5 f.) - nicht notwendig, ihm vor der damaligen Urteilsfällung Gelegenheit zum Rückzug der Beschwerde zu geben. Wenn das Gericht seinem Eventualantrag folgte, kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass er die Beschwerde nicht zurückgezogen hätte, wenn ihm Gelegenheit dazu eingeräumt worden wäre. Anders zu entscheiden wäre allenfalls, wenn der Beschwerdeführer keinen Antrag auf Rückweisung der Sache zur weiteren Abklärung gestellt hätte; diesfalls könnte nicht angenommen werden, dass er ein ungünstiges Ergebnis einer Begutachtung zwar nicht für wahrscheinlich gehalten hatte, ein solches aber durchaus in Betracht ziehen und eine damit begründete Schlechterstellung in Kauf nehmen musste. Es kann daher festgestellt werden, dass der Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör auch unter Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dieser Frage durch das Vorgehen des hiesigen Gerichts im ersten Verwaltungsgerichtsverfahren nicht verletzt worden war (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_310/2011 vom 18. Juli 2011).

2.4 Streitig und zu prägen ist somit, ob der Beschwerdeführer ab 1. März 2005 Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung hat. Während die IV-Stelle einen solchen gestützt auf das von ihr nach der Rückweisung der Sache durch das hiesige Gericht eingeholte Gutachten des Dr. C. ___ vom 24. Februar 2010 sowie dessen Stellungnahmen vom 26. April 2010 und 30. Dezember 2010 verneinte (Urk. 2), hält der Beschwerdeführer dafür, dass auf das Gutachten nicht abgestellt werden könne und er bei richtiger Betrachtung Anspruch auf eine halbe Invalidenrente habe (Urk. 1).

E. 3.1

3.1.1 Im Gutachten vom 24. Februar 2010 wurde ausgeführt, beim Exploranden seien erstmals 1999 dokumentierte lumbale Schmerzen aufgetreten. Aufgrund einer Diskushernie L5/S1 sei es zur operativen Intervention gekommen. Danach seien die Ausstrahlungen ins rechte Bein, welche zuvor bestanden, verschwunden und der Explorand habe akzeptable Einschränkungen lumbal gehabt. 2005 sei es zu zunehmenden Schmerzen und erneuter Ausstrahlungen in das rechte Bein gekommen. Es seien mehrere Abklärungen und eine intensive rheumatologische Betreuung durchgeführt worden. Trotz intensiver Bemühungen von ärztlicher Seite sei es nicht gelungen, die angestrebte Wiedereingliederung als Gipser durchzuführen. Es sei bei einer maximalen Restarbeitsleistung von 30 % geblieben. Im Dezember 2009 sei es zu einer weiteren Verschlechterung mit Ausstrahlungen in beide Beine und neu festgestellter Diskushernie L3/4 linksbetont gekommen. Weiter hielt der Gutachter fest, im aktuellen Untersuchungsbericht finde sich eine Bewegungseinschränkung der Lendenwirbelsäule, aber kein Hinweis für eine radikale Reiz- oder Ausfallsymptomatik. Es lasse sich zwar eine Umfangdifferenz am Oberschenkel von 1 cm finden, die aber wohl eher zufällig sei, da sowohl Muskulatur als auch Eigenreflexe kräftig seien. Aufgrund der langen Anamnese wäre indes zu erwarten gewesen, dass eher auf der rechten Seite eine Atrophie der Muskulatur gefunden würde. Zudem liessen sich positive Waddellzeichen als Ausdruck einer Chronifizierung finden. Unbestritten sei aber der Umstand, dass sich zwischen L3 und S1 multiple Diskushernien befänden, die durchaus für die beklagten Schmerzen verantwortlich sein könnten. Des Weiteren fänden sich Hinweise für wiederholte Schmerzen cervical. Hier zeige der klinische Untersuchungsbericht eine physiologisch eingeschränkte Rotation in den unteren Segmenten. Es würden sich weder Hypertonus der Muskulatur noch andere Einschränkungen in den mittleren und oberen Segmenten finden lassen. Zudem seien

auch hier weder radikale Reizzeichen noch neurologische Ausfälle zu finden. Die Bewegung beider Schultern sei mit Ausnahme eines diskreten Pain full Arc auf der rechten Seite nicht eingeschränkt. Die beschriebenen intermittierenden Periarthropathien liessen sich im aktuellen Untersuch nicht dokumentieren. Aktenkundig liege eine Sarkoidose vor, die mit Prednison behandelt werde. Ein Hinweis für einen peripheren Gelenkbefall lasse sich weder in den Akten noch in der aktuellen Untersuchung finden. Schliesslich führte der Gutachter aus, zusammengefasst bestehe beim Exploranden ein chronisches lumbovertebrales bis lumbospondylogenes Syndrom; pathomorphologisch erklärend dafür seien multiple Diskushernien zwischen L3 und S1. Für das geschilderte cervicale Schmerzsyndrom fanden sich keine pathomorphologischen Korrelate. Die Situation in beiden Schultern sei am Untersuchungstag weitgehend unauffällig (Urk. 8/106 S. 16 f.).

zur Frage der Arbeitsfähigkeit hielt der Gutachter fest, aufgrund der multiplen Diskushernien bestehe eine vollumfängliche Arbeitsunfähigkeit für Arbeiten mit repetitivem Heben und Tragen von Lasten über 15 kg. Da im Verlauf dokumentiert sei, dass bei einer Arbeitsleistung von 30 % als Gipser erneut eine Diskushernie entstanden sei, gehe er davon aus, dass die Arbeit als Gipser selbst mit einer Arbeitsleistung von 30 % ungeeignet sei. Aufgrund der Sarkoidose mit Lungenbefall sei davon auszugehen, dass sämtliche Arbeiten, die mit Staub, starken Temperaturschwankungen oder übermässiger Feuchtigkeit verbunden seien, als ungünstig angesehen werden müssten. Aufgrund der wiederholt beschriebenen Periarthropathien der Schultern sei eine Arbeit, die überwiegend über Kopf ausgeführt werden müsse, ebenfalls ungünstig. Alle anderen Arbeiten, die in Wechselbelastung und ohne die genannten Einschränkungen durchgeführt werden könnten, seien medizinisch-theoretisch ohne weitere Einschränkung zumutbar. Sodann führte der Gutachter präzisierend aus, die Erfahrung mit der neu aufgetretenen Diskushernie während der 30%igen Arbeitsleistung als Gipser habe gezeigt, dass diese Belastung zu hoch sei. Somit bestehe für den Beruf als Gipser eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit. Die retrospektive Beurteilung sei schwierig, da nur über Akten zuverlässige Informationen zu erhalten seien. Er gehe aber davon aus, dass bereits 2005 mit der Übernahme der Behandlung durch die Rheumatologen des Spitals D. die Situation bezüglich lumbaler Problematik geklärt gewesen sei und sich retrospektiv somit die Prognose, dass über längere Zeit keine Arbeitsfähigkeit als Gipser mehr bestehe, erfüllt habe. In einer optimal angepassten Tätigkeit mit den bereits beschriebenen Einschränkungen bestehe auch retrospektiv seit 2005 medizinisch-theoretisch eine volle Arbeitsfähigkeit. Dies sei bereits von der Rheumaklinik des Spitals E. im Bericht vom 5. Juli 2005 unter Punkt 3.3 zusammengefasst worden. Die Erkenntnisse der MRI-Untersuchung, die Beschwerden cervical und an den Schultern würden an dieser Einschätzung mit Ausnahme der zuvor erwähnten detaillierten Einschränkungen nichts ändern (Urk. 8/106 S. 18 f.).

3.1.2 In Beantwortung von Ergänzungsfragen der IV-Stelle führte der Gutachter am 26. April 2010 aus, vom 19. Oktober bis 20. April (recte: 8. November, Urk. 8/24 S. 5) 2004 sei eine stationäre Rehabilitation in der Rehabilitationsklinik F. durchgeführt worden. Danach sei eine schrittweise Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess versucht worden, was gemäss den vorliegenden Berichten nicht gelungen sei. Im Bericht der Rheumaklinik des Spitals E. vom 5. Juli 2005 werde eine Arbeitsfähigkeit als Gipser verneint. Er gehe deshalb davon aus, dass zwischen dem Aufenthalt in der

Rehabilitationsklinik F.____ und dem Bericht der Rheumaklinik keine Arbeitsfähigkeit als Gipser mehr habe erreicht werden können. Zur Frage ab wann eine 100%ige Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit gelte, fände sich in den medizinischen Akten leider keine Angabe. In der Beurteilung des Rheumatologen Dr. med. G.____ vom 19. Januar 2000 werde der Zustand als besserungsfähig geschildert. Diese Einschätzung ändere sich im Verlauf des Jahres nicht, auch am 25. September 2001 werde die Prognose als günstig eingestuft und im Bericht der Rehabilitationsklinik F.____ vom 23. November 2004 werde gar die Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess als selbständiger Gipser diskutiert. Aufgrund dieser Beschreibung gehe er davon aus, dass bereits seit den ersten ärztlichen Berichten vom Januar 2000 medizinisch-theoretisch eine angepasste Tätigkeit zumutbar gewesen wäre (Urk. 8/111).

3.1.3 Am 30. Dezember 2010 führte der Gutachter Dr. C.____ zu einer weiteren Ergänzungsfrage der IV-Stelle, die durch den Einwand des Beschwerdeführers gegen den Vorbescheid veranlasst worden war, aus, die von ihm formulierten Einschränkungen bezüglich Zumutbarkeit einer angepassten Tätigkeit seien detaillierter als diejenigen, welche von der Rheumaklinik des Spitals E.____ am 5. Juli 2005 formuliert worden seien. Eine zusätzliche Einschränkung dahingehend, dass zwei Stunden Pause pro Tag benötigt würden, erachte er daher als unnötig (Urk. 8/141).

3.2 Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung vermag das Gutachten des Dr. C.____ zu überzeugen. Es beruht auf sorgfältigen und allseitigen Untersuchungen (Urk. 8/106 S. 12-16), berücksichtigt die geklagten Beschwerden (Urk. 8/106 S. 13 f.) und ist in Kenntnis der relevanten Vorakten (Urk. 8/106 S. 2-11) abgegeben worden. Die Beurteilung ist schlüssig und nachvollziehbar; der Gutachter setzte sich ausserdem hinreichend mit den teilweise abweichenden Einschätzungen der behandelnden Ärzte auseinander und legte einleuchtend dar, inwiefern und inwieweit darauf abgestellt werden kann (vgl. Urk. 8/106 S. 16 ff., 8/111, 8/141).

Anlässlich seiner Untersuchung konnte der Gutachter keine Hinweise für eine radikale Reiz- oder Ausfallsymptomatik finden (Urk. 8/106 S. 17). Die von ihm festgestellte Umfangdifferenz am Oberschenkel interpretierte er als zufälligen Befund, da eine Muskelatrophie eher auf der rechten Seite auftreten sollte, mit anderen Worten wäre zu erwarten gewesen, dass der rechte Oberschenkel einen geringeren Umfang aufgewiesen hätte und nicht der linke, wie es seine Untersuchung zeigte. Aufgrund des weiteren Umstandes, dass sämtliche Waddellzeichen positiv getestet wurden (Urk. 8/106 S. 15), schloss der Gutachter eine radikale Symptomatik schliesslich aus (Urk. 8/106 S. 17). Die davon abweichende Beurteilung der behandelnden Rheumatologen des Spitals D.____, der Assistenzärztin Dr. med. H.____ sowie des Oberarztes Dr. med. I.____, vermag demgegenüber nicht zu überzeugen: In ihrem Bericht vom 16. Februar 2010 führten sie aus, aktuell bestehe ein akutes lumboradikales Reizsyndrom sowie ein motorisches Ausfallsyndrom L4 und L3 links sowie ein zusätzlich mögliches lumboradikales Reizsyndrom L5 beidseits. Weiter hielten sie fest, die durchgeführten Untersuchungen hätten keine aktuellen radikalen Reizsymptome gezeigt; allerdings bestehe eine Umfangsdifferenz von 1 cm im Quadrizeps links, so dass ihrer Ansicht nach eine Denervation im Bereich L3/4 durchaus möglich sei (Urk. 8/105 S. 4). Nachdem der Gutachter schlüssig dargetan hat, weshalb aus der Umfangdifferenz am Oberschenkel nicht auf eine radikale Symptomatik geschlossen werden darf, kann auf die auf dieser These basierende Einschätzung der

behandelnden Rheumatologen nicht abgestellt werden. In ihrem weiteren Bericht vom 3. Juni 2010 fÄ¼hrten sie denn auch aus, dass das initial bestehende akute lumboradikulÄ¼re Reizsyndrom sowie das mÄ¼gliche motorische Ausfallsyndrom L3 und L4 links deutlich regredient gewesen seien und in der neurologischen Untersuchung dort keine akute Denervationen hÄ¼tten nachgewiesen werden kÄ¼nnen (Urk. 8/114). Was ihre Beurteilung der ArbeitsfÄ¼higkeit betrifft, Ä¼ussern sie sich ausserdem bloss im Hinblick auf die angestammte TÄ¼tigkeit als Gipser (Urk. 8/114); diesbezÄ¼glich kam der Gutachter bekanntlich zum Schluss, dass die damit verbundenen Belastungen zu hoch seien, weshalb diese dem BeschwerdefÄ¼hrer nicht mehr zumutbar sei (Urk. 8/106 S. 18). Entgegen der Auffassung des BeschwerdefÄ¼hrers ist sodann festzuhalten, dass ihm eine angepasste TÄ¼tigkeit, in welcher die vom Gutachter formulierten EinschrÄ¼nkungen berÄ¼cksichtigt werden, vollschichtig zumutbar ist. Wie der Gutachter in seiner Stellungnahme vom 30. Dezember 2010 zutreffend ausfÄ¼hrte, stellt dies keinen Widerspruch zur EinschÄ¼tzung der an der Rheumaklinik des Spitals E. ____ tÄ¼tigen Ä¼rzte dar, die fÄ¼r eine mittelschwere TÄ¼tigkeit einen zusÄ¼tzlichen Pausenbedarf von zwei Stunden pro Tag fÄ¼r gegeben hielten; da der Gutachter bloss kÄ¼rperlich eher leichte TÄ¼tigkeiten in Wechselbelastung ohne Ä¼berkopparbeiten und Arbeiten, welche mit Expositionen gegenÄ¼ber Staub, starken Temperaturschwankungen oder NÄ¼sse verbunden sind, fÄ¼r zumutbar hÄ¼lt (Urk. 8/106 S. 18 f.), ist nicht zu sehen, weshalb der BeschwerdefÄ¼hrer zusÄ¼tzlich dahingehend eingeschrÄ¼nkt sein sollte, dass er auf erweiterte Pausen von zwei Stunden Dauer tÄ¼glich angewiesen wÄ¼re. DiesbezÄ¼glich kann ausserdem darauf hingewiesen werden, dass die Beurteilung der Rheumaklinik des Spitals E. ____ vom 5. Juli 2005 vom hiesigen Gericht in seinem Urteil vom 22. Juli 2009 als nicht vÄ¼llig schlÄ¼ssig angesehen worden war, da die festgestellte mangelnde Leistungsbereitschaft nur unzureichend gewÄ¼rdigt worden sei (Urk. 8/27).

3.3.3 Zusammenfassend ist daher mit dem im Sozialversicherungsrecht massgebenden Beweisgrad der Ä¼berwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt, dass dem BeschwerdefÄ¼hrer eine leidensadaptierte TÄ¼tigkeit mit den vom Gutachter Dr. C. ____ formulierten EinschrÄ¼nkungen ganztags zumutbar ist.

E. 4.1

4.1.1.1 Bei erwerbstÄ¼tigen Versicherten ist der InvaliditÄ¼tsgrad gemÄ¼ss 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 InvaliditÄ¼t und nach DurchfÄ¼hrung der medizinischen Behandlung und allfÄ¼lliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare TÄ¼tigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen kÄ¼nnte (sog. Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen kÄ¼nnte, wenn sie nicht invalid geworden wÄ¼re (sog. Valideneinkommen). Der Einkommensvergleich hat in der Regel in der Weise zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmÄ¼ssig mÄ¼glichst genau ermittelt und einander gegenÄ¼bergestellt werden, worauf sich aus der Einkommensdifferenz der InvaliditÄ¼tsgrad bestimmen lÄ¼sst (allgemeine Methode des Einkommensvergleichs; BGE 130 V 343 E. 3.4.2 mit Hinweisen).

4.1.1.2 FÄ¼r den Einkommensvergleich sind die VerhÄ¼ltnisse im Zeitpunkt des (hypothetischen) Beginns des Rentenanspruchs massgebend, wobei Validen- und Invalideneinkommen auf zeitidentischer Grundlage zu erheben und allfÄ¼llige

rentenwirksame Änderungen der Vergleichseinkommen bis zum Verfallungserlass 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 ihrem Entscheid einen weiteren Einkommensvergleich durchzuführen (BGE 129 V 222 f. E. 4.2 in fine, 128 V 174, Urteil des Bundesgerichts I 156/02 vom 26. Mai 2003).

E. 4.2

4.2.1.1. Für die Bemessung des Valideneinkommens ist entscheidend, was die versicherte Person im massgebenden Zeitpunkt des Rentenbeginns (vgl. BGE 129 V 222 mit Hinweis) nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdienen würde und nicht, was sie bestenfalls verdienen könnte. Die Ermittlung des Valideneinkommens muss so konkret wie möglich erfolgen. Da die bisherige Tätigkeit ohne Gesundheitsschaden erfahrungsgemäss fortgesetzt worden wäre, ist in der Regel vom letzten Einkommen auszugehen, das vor Eintritt der Gesundheitsschädigung erzielt wurde. Dieses ist wenn nötig der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung anzupassen (SVR 2008 IV Nr. 35 S. 118 E. 3.2.2).

4.2.2.1. Der Beschwerdeführer war vor Eintritt des Gesundheitsschadens als Gipser selbständigerwerbend; es ist unbestritten, dass er seinen Betrieb ohne Gesundheitsschaden weitergeführt hätte. Das mit diesem Betrieb generierte Erwerbseinkommen ist daher bei der Ermittlung des Valideneinkommens grundsätzlich zu berücksichtigen. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung kann indes nicht auf die in den Jahresrechnungen ausgewiesenen Gewinne abgestellt werden, sind in diesen doch betriebsfremde Erträge enthalten. So sind im Gewinn des Jahres 2004, welcher gemäss Jahresrechnung Fr. 85'752.21 betrug (Urk. 8/18 S. 32), Taggeldleistungen von Versicherungen für Erwerbsausfall bei Krankheit und Unfall in Höhe von Fr. 29'533.-- enthalten (Urk. 8/18 S. 29 Konto 5204, vgl. auch Urk. 8/18 S. 33 f.). Dasselbe gilt für die Jahresrechnungen 2000 (Urk. 8/18 S. 5-9), 2001 (Urk. 8/18 S. 10-15), 2002 (Urk. 8/18 S. 16-21) und 2003 (Urk. 8/18 S. 22-26). Unter diesen Umständen ist es nicht zu beanstanden, wenn die IV-Stelle zur Ermittlung des Valideneinkommens den Tabellenlohn (Median) für männliche Arbeitskräfte mit vorausgesetzten Berufs- und Fachkenntnissen (Anforderungsniveau 3) der Branche Baugewerbe herangezogen hat. Das entsprechende monatliche Bruttoeinkommen (inklusive 13. Monatslohn, basierend auf einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden) betrug im Jahr 2004 Fr. 5'358.-- (Tabelle TA1 der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung [LSE] 2004, S. 53). Aufgerechnet auf die durchschnittliche betriebsübliche Arbeitszeit von 41,7 Stunden pro Woche im massgebenden Jahr 2005 (Die Volkswirtschaft 9-2011 Tabelle B9.2 S. 94) und angepasst an die Entwicklung der Nominallohn der Männer von 1975 Punkten im Jahr 2004 auf 1992 Punkte im Jahr 2005 (vgl. die auf der Website des Bundesamtes für Statistik [www.bfs.admin.ch] unter der Rubrik "03 - Arbeit und Erwerb" und der Unterrubrik "Lohn, Erwerbseinkommen" publizierten Lohnentwicklungsdaten) ergibt dies ein jährliches Bruttoeinkommen von Fr. 67'606.--. Da dieser Betrag nach dem bereits Gesagten dem Valideneinkommen entspricht, ist er dem Einkommensvergleich zugrunde zu legen.

E. 4.3

4.3.1.1. 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 75 f. E. 3b/aa und bb, vgl. auch BGE 129 V 472 E. 4.2.1). Für die Invaliditätsbemessung wird praxisgemäss auf die standardisierten Bruttolöhne (Tabellengruppe A) abgestellt (BGE 129 V 472 E. 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 (Die Volkswirtschaft 12-2011 S. 98 Tabelle B9.2; BGE 129 V 472 E. 4.3.2, 126 V 75 f. E. 3b/bb, 124 V 321 E. 3b/aa; AHI 2000 S. 81 E. 2a).

Wird das 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).

4.3.2. Für die Bestimmung des Invalideneinkommens ist ebenfalls ein statistischer Tabellenlohn heranzuziehen. Auf dem hypothetischen, als ausgeglichen unterstellten Arbeitsmarkt (vgl. etwa Urteil des seinerzeitigen Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 186/05 vom 10. Juli 2006 E. 2.3) finden sich genügend adaptierte Tätigkeiten, welche dem Beschwerdeführer trotz seiner gesundheitlichen Einschränkungen und unter Berücksichtigung seiner Fähigkeiten offen stehen. Entsprechend ist vom nicht nach Branchen differenzierten standardisierten monatlichen Bruttolohn (inklusive 13. Monatslohn, basierend auf einer wörtlichen Arbeitszeit von 40 Stunden) für männliche Arbeitskräfte an Arbeitsplätzen des niedrigsten Anforderungsniveaus (Kategorie 4) von Fr. 4'588.-- auszugehen (Tabelle TA1 der LSE 2004, S. 53).

Aufgerechnet auf die durchschnittliche betriebsübliche Arbeitszeit von 41,7 Stunden pro Woche im Jahr 2005 (Die Volkswirtschaft 9-2011 Tabelle B9.2 S. 94) und angepasst an die Entwicklung der Nominallöhne der Männer von 1975 Punkten im Jahr 2004 auf 1992 Punkte im Jahr 2005 (vgl. die auf der Website des Bundesamtes für Statistik [www.bfs.admin.ch] unter der Rubrik "03 - Arbeit und Erwerb" und der Unterrubrik "Löhne, Erwerbseinkommen" publizierten Lohnentwicklungsdaten) ergibt dies im für den Einkommensvergleich massgebenden Jahr 2005 ein Bruttoeinkommen von Fr. 57'890.--.

Da dem Beschwerdeführer infolge seiner gesundheitlichen Einschränkungen bloss ein beschränktes Tätigkeitsspektrum offen steht, ist ein angemessener leidensbedingter Abzug auf dem Tabellenlohn von 10 % vorzunehmen; entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung ist ein höherer Abzug nicht gerechtfertigt, da dem Versicherten eine behinderungsangepasste Tätigkeit mit einem vollschichtigen Pensum zumutbar ist und sich das Alter sowie die Dauer der Betriebszugehörigkeit auf die Entlohnung von Tätigkeiten des niedrigsten Anforderungsniveaus nur unmerklich auswirken. Da der Beschwerdeführer die Niederlassungsbewilligung besitzt (Urk. 8/2) und vor Eintritt des Gesundheitsschadens mit einem gewissen Erfolg eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt hatte, bestehen auch keine anderen Merkmale, welche sich allenfalls weiter lohnmindernd auswirken könnten. Damit ist das Invalideneinkommen auf Fr. 52'101.-- festzusetzen (Fr. 57'890.-- ./ 10 %).

Bei einem Invalideneinkommen von Fr. 52'101.-- resultiert im Vergleich zum Valideneinkommen von Fr. 67'606.-- eine Erwerbseinbusse von Fr. 15'505.--, was einem rentenausschliessenden Invaliditätsgrad von gerundet 23 % entspricht (zur Rundung: BGE 130 V 121 E. 3.2). Damit ist die angefochtene Verfügung, mit welcher ein Rentenanspruch verneint worden ist, im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Selbst wenn angenommen würde, das Valideneinkommen würde dem höchsten Einkommen entsprechen, welches im IK-Auszug vor Eintritt des Gesundheitsschadens im Jahr 2004 erscheint (Fr. 80'800.-- im Jahr 2002), würde ein rentenausschliessender Invaliditätsgrad von gerundet 36 % resultieren.

Nach dem Gesagten erweist sich die angefochtene Verfügung, mit welcher ein Rentenanspruch verneint worden war, im Ergebnis als rechtens. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

E. 6

Die Kosten des Verfahrens sind auf Fr. 800.-- festzulegen und ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 69 Abs. 1 bis IVG), zufolge der ihm mit Verfügung vom 22. Juli 2011 gewährten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Der mit Verfügung vom 22. Juli 2011 bestellte unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Stephan Käbler, macht mit seiner Honorarnote vom 6. Oktober 2011 einen Aufwand von 10 Stunden und 50 Minuten sowie Auslagen in Höhe von Fr. 76.-- geltend (Urk. 16 und 17). Vor dem Hintergrund, dass der Rechtsvertreter den Beschwerdeführer bereits im Vorbescheidverfahren vertreten hat, ihm die Akten deswegen bereits vertraut waren und die Beschwerdeschrift in weiten Teilen an der Sache vorbeiging (vgl. vorne E. 2.1 und 2.2), erscheint dieser Aufwand

als ¼bersetzt. Bei grossz¼giger Betrachtung k¼nnen eine Stunde Aufwand f¼r Instruktion, eine weitere Stunde f¼r nochmaliges Aktenstudium sowie drei Stunden f¼r das Abfassen einer sich auf das Wesentliche beschr¼nkenden Rechtschrift als gerechtfertigt betrachtet werden. Zwei weitere Stunden Aufwand k¼nnen zudem anerkannt werden, wenn ber¼cksichtigt wird, dass der Rechtsvertreter das Gesuch um Gew¼hrung der unentgeltlichen Rechtspflege mit einer weiteren Eingabe zu substantiieren hatte, den Zwischenentscheid betreffend Abweisung des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen entgegennehmen musste und das Urteil mit dem Beschwerdef¼hrer noch zu besprechen hat. Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter ist daher eine Entsch¼digung in H¼he von Fr. 1'594.10 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Gerichtskosten von Fr. 800.-- werden dem Beschwerdef¼hrer auferlegt, zufolge Gew¼hrung der unentgeltlichen Prozessf¼hrung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Beschwerdef¼hrer wird auf Â§ 16 Abs. 4 GSVGer hingewiesen.

3. Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdef¼hrers, Rechtsanwalt Stephan K¼bler, Winterthur, wird mit Fr. 1'594.10 (inkl. Barauslagen und MWSt) aus der Gerichtskasse entsch¼digt. Der Beschwerdef¼hrer wird auf Â§ 16 Abs. 4 GSVGer hingewiesen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Stephan K¼bler
- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Z¼rich, IV-Stelle
- Bundesamt f¼r Sozialversicherungen

sowie an:

- Gerichtskasse

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 ¼ber das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht w¼hrend 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 Begr¼ndung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdef¼hrers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in H¼nden hat (Art. 42 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht ver¼fflichtete Originaltext. Quellen-URL siehe oben.