

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2011.00475 vom 2. November 2012

ZH Sozialversicherungsgericht, 2012-11-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_IV.2011.00475](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_IV.2011.00475)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2011.00475 du 2 novembre 2012

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2011.00475 del 2 novembre 2012

## Erwägungen

### E. 2

2.1. Gegen die Verfügung vom 28. März 2011 (Urk. 2) erhob X. am 5. Mai 2011 Beschwerde (Urk. 1) und beantragte, es sei ihm ab 1. November 2008 und ausgehend von einem Invaliditätsgrad von 54 %, eine halbe Rente zuzusprechen (S. 1). Ferner reichte er einen weiteren Arztbericht ein (Urk. 3/4). Mit Beschwerdeantwort vom 9. Juni 2011 (Urk. 8) beantragte die IV-Stelle eine Schlechterstellung des Beschwerdeführers im Sinne der Verneinung eines Rentenanspruchs (reformatio in peius), was dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 8. August 2011 (Urk. 13) zur Kenntnis gebracht wurde. Mit als Beschwerdereplik bezeichneter Stellungnahme vom 13. Oktober 2011 (Urk. 17) hielt der Beschwerdeführer an seinen Ausführungen und Anträgen vollumfänglich fest und reichte ferner Unterlagen der Arbeitslosenversicherung ein (Urk. 18/5-8). Antragsgemäss (Urk. 1 S. 1) wurde mit Gerichtsverfügung vom 31. Oktober 2011 (Urk. 19) die unentgeltliche Prozessführung gewährt und Rechtsanwalt Daniel Buff, Winterthur, als unentgeltlicher Rechtsvertreter für das vorliegende Verfahren bestellt.

2.2. Mit Beschluss vom 16. Mai 2012 (Urk. 21) wurde dem Beschwerdeführer formell Frist angesetzt, um zu der in der Beschwerdeantwort dargelegten Möglichkeit einer Schlechterstellung Stellung zu nehmen und zu erklären, ob er an seiner Beschwerde festhalte, oder ob er diese zurückziehe. Der Beschwerdeführer nahm unter Einreichung einer Erklärung seines ehemaligen Arbeitgebers vom 21. Juni 2012 (Urk. 25) mit Eingabe vom 15. Juli 2012 (Urk. 24) hierzu Stellung und erneuerte seine Begehren. Die Beschwerdegegnerin hielt mit Eingabe vom 24. August 2012 (Urk. 27) an ihrem Antrag auf Verneinung des Anspruchs auf eine Rente fest, was dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 27. August 2012 (Urk. 28) zur Kenntnis gebracht wurde.

2.3. Mit Gerichtsverfügung vom 7. September 2012 (Urk. 30) wurde vom ehemaligen Arbeitgeber des Beschwerdeführers ein schriftlicher Bericht eingeholt, welcher am 14. September erstattet (Urk. 33) und den Parteien zur Stellungnahme zugestellt wurde (Urk. 34). Der Beschwerdeführer liess sich mit Eingabe vom 27. September 2012 (Urk. 36) hierzu vernehmen, während die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 28. September 2012 (Urk. 37) auf eine ergänzende Stellungnahme verzichtete. Dies wurde der jeweiligen Gegenpartei am 1. Oktober 2012 (Urk. 38) zur Kenntnis gebracht.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die massgebenden rechtlichen Grundlagen, insbesondere betreffend die Invaliditätsbemessung (Art. 16 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG) und den Rentenanspruch (Art. 28 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung, IVG), sind im angefochtenen Entscheid zutreffend wiedergegeben (Urk. 2 Verföfungsteil 2). Darauf kann, mit den nachstehenden Ergänzungen, verwiesen werden.

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).

1.3 Hinsichtlich des Beweiswertes eines ärztlichen Berichtes ist entscheidend, ob der Bericht 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 ob die Schlussfolgerungen in der Expertise begründet sind (BGE 125 V 351 E. 3a, 122 V 157 E. 1c).

## 2. Die Beschwerdegegnerin

2.1 Die Beschwerdegegnerin ging in der angefochtenen Verföfung (Urk. 2) davon aus, dass dem Beschwerdeführer eine behinderungsangepasste körperlich leichte Tätigkeit mit einer Gewichtslimite von 10 kg, ohne Arbeit in monotonen Körperhaltungen, ohne Rotationsbewegungen des Rumpfes, ohne Bücken und ohne Arbeiten in der Hocke, zu 80 % zumutbar sei. In Anwendung dieser medizinischen Beurteilung berechnete sie gestützt auf die Lohnstatistik des Bundesamtes für Statistik für Hilfsarbeiten (Zentralwert) für das Jahr 2008 das Invalideneinkommen und berücksichtigte einen Abzug von 15 % vom Tabellenlohn (Leidensabzug), was schliesslich zu einem Invaliditätsgrad von 41 % und damit zu einem Anspruch auf eine Viertelsrente der Invalidenversicherung führte (Verföfungsteil 2, S. 2).

In ihrer Vernehmlassung beantragte die Beschwerdegegnerin eine reformatio in peius und begründete diesen Antrag damit, es sei fraglich, ob vorliegend zur Ermittlung des Valideneinkommens zu Gunsten des Beschwerdeführers auf das Einkommen in der zuletzt ausgeübten Tätigkeit abgestellt werden könne, da er diese Anstellung auch im Gesundheitsfall verloren hätte. Bei einem dementsprechend neu ermittelten Valideneinkommen berechne sich ein nunmehr rentenausschliessender Invaliditätsgrad von 38 % (Urk. 8 S. 3).

2.2 Demgegenüber stellte sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, es sei von einem Valideneinkommen gemäss Arbeitgeberbestätigung von Fr. 76'483.-- auszugehen (Urk. 1 S. 2 Mitte, Urk. 17 S. 1 f.), und der Leidensabzug sei auf 25 % zu erhöhen, was einen gerundeten Invaliditätsgrad von 55 % und damit einen Anspruch auf

eine halbe Rente erbe (S. 4, Urk. 17 S. 2).

2.3.3 Strittig und zu präzisieren ist der von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Einkommensvergleich.

### E. 3

3.1.1 Unbestritten blieb der medizinische Sachverhalt, wonach dem Beschwerdeführer eine behinderungsangepasste Tätigkeit zu 80 % zumutbar ist.

3.2.1 Am 4. und 5. Mai 2010 wurde der Beschwerdeführer fachärztlich internistisch, rheumatologisch, neurologisch sowie psychiatrisch an der Z.\_\_\_\_ (Z.\_\_\_\_) untersucht (Urk. 9/57). Das Gutachten wurde am 16. August 2010 erstattet. In der interdisziplinären Gesamtbeurteilung ergab sich ein chronisches myotendinotisches lumbovertebrales Schmerzsyndrom, ein Restless-legs-Syndrom sowie unspezifische Schwankschwindelepisoden mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit (S. 16 Ziff. 6.1). Die Gutachter interpretierten die Schmerzen im Lendenbereich als unspezifische (im Sinne von fehlenden neurologischen Ausfällen/Reizungen) Rückenschmerzen bei multietagigen degenerativen Veränderungen der Lendenwirbelsäule (LWS) und ausgeprägten muskulären Dysbalancen mit myotendinotischen Verspannungen der paravertebralen Muskulatur im lumbalen und im thorakalen Bereich (S. 19). Die vom Beschwerdeführer geschilderten okzipital akzentuierten Kopfschmerzen würden zusätzlich eine migräniforme Komponente (Wetterföhligkeit, leichte Phono- und Fotophobie) aufweisen, wobei die klassischen Kriterien nicht erfüllt seien. Im Rahmen des Restless-legs-Syndroms interpretierten die Gutachter auch die vom Beschwerdeführer geschilderte diskrete sockenförmige Hypästhesie der Füße, wobei sich klinisch neurologisch darüber hinaus bei mittellebhaftem ASR und intakter Pallhypästhesie, Thermhypästhesie und Algesie keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer relevanten Polyneuropathie ergeben hätten (S. 20 oben). Im Hinblick auf die vom Beschwerdeführer als Nebenbeschwerden erwähnten rezidivierenden, zirka einmal alle zwei Wochen auftretenden, 10-20 Sekunden anhaltenden Schwankschwindelepisoden hätten sich in der klinisch-neurologischen Untersuchung keine Anhaltspunkte für eine vestibuläre oder zentrale Genese des Schwindels ergeben. Aus psychiatrischer Sicht stellten die Gutachter keine Diagnose mit Krankheitswert (S. 20 Mitte).

3.2.2 Aus gesamtgutachterischer Sicht seien dem Beschwerdeführer aufgrund der objektivierbaren multietagigen degenerativen Veränderungen im Bereich der LWS sowie aufgrund des weitgehend nachvollziehbaren klinischen Schmerzsyndroms im Bereich der LWS mit konsekutiver muskulärer Dysbalance der paravertebralen Muskulatur im lumbalen Bereich, alle bisher ausgeübten Tätigkeiten, die ausnahmslos körperlich schwerer Natur gewesen seien, nicht mehr möglich (S. 20 Ziff. 7.2). Für eine körperlich leichte Verweistätigkeit ohne Heben von Lasten über 10 kg, ohne Arbeit in monotonen Körperhaltungen, ohne Rotationsbewegungen des Rumpfes, ohne Bücken, ohne in die Höhe zu gehen, bestehe eine restliche Arbeitsfähigkeit von 80 % ab Datum der IV-Verföhung (richtig wohl: Vorbescheid; S. 20 Ziff. 7.3, S. 21 Ziff. 7.4).

3.3.1 Diese medizinische Einschätzung wurde auch von Dr. med. A.\_\_\_\_, Innere Medizin FMH, in seinem Bericht an den Beschwerdeführer vom 28. April 2011 (Urk. 3/4) bestätigt, in welchem er festhielt, dass momentan - objektiv gesehen - keine wesentlichen Differenzen zu den letzten Abklärungsresultaten vom Z.\_\_\_\_-Gutachten

bestehen wärden (S. 1 Mitte).

3.4 Zusammenfassend ist der medizinische Sachverhalt gestützt auf das Z.\_\_\_\_-Gutachten vom 16. August 2010, welches die praxisgemässen Kriterien (vgl. vorstehend E. 1.3) erfüllt, dahingehend erstellt, dass der Beschwerdeführer zu 80 % in angepasster Tätigkeit arbeitsfähig ist.

#### E. 4

4.1 Für den Einkommensvergleich sind die Verhältnisse bei Beginn des Rentenanspruches am 1. November 2008 (Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG) massgebend, wobei das Validen- und das Invalideneinkommen auf zeitidentischer Grundlage zu erheben sind (BGE 129 V 222 E. 4.1-2).

4.2 Für die Bemessung des Valideneinkommens ist entscheidend, was die versicherte Person im massgebenden Zeitpunkt des Rentenbeginns nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdienen würde. Die Ermittlung des Valideneinkommens muss so konkret wie möglich erfolgen. Da die bisherige Tätigkeit erfahrungsgemäss fortgesetzt worden wäre, ist in der Regel vom letzten Lohn auszugehen, der vor Eintritt der Gesundheitsschädigung erzielt wurde. Dieses Gehalt ist wenn nötig der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung anzupassen (BGE 135 V 58 E. 3.1).

Folglich ist zur Ermittlung des Valideneinkommens jenes Einkommen massgeblich, das der Beschwerdeführer als Gesunder bei Rentenbeginn am 1. November 2008 tatsächlich erzielt hätte. Massgebend ist hierbei das mutmassliche Erwerbseinkommen, auf dem Beiträge gemäss dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) erhoben würden (Art. 16 ATSG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 der Verordnung über die Invalidenversicherung, IVV). Angesichts dieser in Art. 25 Abs. 1 IVV vorgesehenen Gleichstellung kann das Valideneinkommen aufgrund der Einträge im individuellen Konto der AHV bestimmt werden (Urteil des Bundesgerichts 9C\_8/2012 vom 12. März 2012 E. 2.2).

4.3 Vorliegend blieb unbestritten, dass der Beschwerdeführer bei guter Gesundheit weiterhin in einem Vollpensum als Schmelzer gearbeitet hätte. Strittig ist hingegen die Berechnung des Valideneinkommens, das heisst der Lohn, den der Beschwerdeführer als Schmelzer ohne Gesundheitsschaden verdient hätte. Während die Beschwerdegegnerin auf ein Valideneinkommen, resultierend aus dem Durchschnitt der Jahre 2003-2007 gemäss IK-Auszug und nominallohnangepasst, von Fr. 69'164.-- errechnete (Urk. 2, Urk. 9/34/5, Urk. 9/36), machte der Beschwerdeführer geltend, es sei auf das vom Arbeitgeber gemeldete Einkommen für das Jahr 2008 in der Höhe von Fr. 76'483.-- abzustellen (Urk. 1 S. 2, Urk. 17 S. 2, Urk. 36).

#### 4.4

4.4.1 Gemäss der Abrechnung des Arbeitgebers des Beschwerdeführers betrug das monatliche Grundgehalt im Jahr 2008 Fr. 5'070.-- (Urk. 9/18/9). Unter Berücksichtigung des 13. Monatslohns ergibt dies ein Jahreseinkommen von Fr. 65'910.-- (Fr. 5'070.-- x 13).

Auf dem Arbeitgeberfragebogen wies der Arbeitgeber jedoch einen für das Jahr 2008 geltenden AHV-beitragspflichtigen Lohn von Fr. 76'483.-- aus (Urk. 9/18/3 Ziff. 2.10). Gemäss Aktennotiz der Beschwerdegegnerin vom 5. August 2009

(Urk. 9/33) beinhaltetete dieser Betrag nebst dem vorerwähnten Grundgehalt von Fr. 65'910.-- einen Bonus von Fr. 1'260.-- für das Jahr 2006 und einen solchen von Fr. 325.-- für das Jahr 2007 sowie eine Überstundenentschädigung aus dem Jahr 2007 im Betrag von Fr. 8'988.--. Da Lohnbestandteile aus den vorangegangenen Jahren (2006 und 2007) mit in diese Lohnangabe des ehemaligen Arbeitgebers für das Jahr 2008 einfließen, kann vorliegend nicht auf diesen Wert abgestellt werden. Darüber hinaus wurden diese Entschädigungen gemäss Abrechnungen des ehemaligen Arbeitgebers in den jeweiligen Jahren entsprechend ausbezahlt (Urk. 9/18/9-11), was selbst der Beschwerdeführer bestätigte (Urk. 1 S. 2), weshalb nicht auf die Lohnangabe des Arbeitgebers auf dem Fragebogen (Urk. 9/18/3 Ziff. 2.10) abgestellt werden kann.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Somit ist auf ein Jahresgrundgehalt von Fr. 65'910.-- abzustellen.

4.4.2 Ä Ä Der Beschwerdeführer erhielt vom Arbeitgeber in den vorangegangenen Jahren zum Gehalt zusätzlich Bonuszahlungen im Jahr 2008 von Fr. 770.--, im Jahr 2007 von Fr. 1'260.-- und im Jahr 2006 von Fr. 1'255.-- (Urk. 9/18/9-11). Damit ist ausgewiesen, dass dem Beschwerdeführer regelmässig Boni ausgerichtet wurden, weshalb bei der Bestimmung des Valideneinkommens die Bonuszahlungen nicht ausser Acht gelassen werden dürfen. Laut Auskunft des ehemaligen Arbeitgebers des Beschwerdeführers erhielten die Arbeitnehmer im Schmelzbetrieb für das Geschäftsjahr 2008 einen Bonus von 0.7 % des Jahreslohns, wohingegen für das Jahr 2009 aufgrund der Wirtschaftskrise kein Bonus ausgerichtet wurde (Urk. 33). Für das Jahr 2008 ergibt dies folglich eine Bonuszahlung (ausbezahlt im Jahr 2009) von Fr. 461.40 (Fr. 65'910.-- x 0.007). Angesichts der Einkommensberechnung per November 2008 ist auf den in diesem Jahr Wert von Fr. 770.-- abzustellen.

4.4.3 Ä Ä Überstundenentschädigungen unterstehen der AHV-Beitragspflicht (Art. 5 Abs. 2 AHVG in Verbindung mit Art. 7 lit. a der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, AHVV) und gehören, wenn und soweit die versicherte Person effektiv weiterhin mit solchen Einkünften hätte rechnen können, zum mutmasslichen jährlichen Erwerbseinkommen nach Art. 16 ATSG.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die ehemalige Arbeitgeberfirma zahlte dem Beschwerdeführer im Jahr 2007 eine Überstundenentschädigung in der Höhe von Fr. 8'988.-- und im Jahr 2006 eine solche von Fr. 7'184.-- aus (Urk. 9/18/10-11). Daraus ergibt sich, dass der Beschwerdeführer während den beiden vorangegangenen Jahren in bedeutendem Ausmass Überstunden geleistet hatte. Indes kann nicht ohne weiteres abgeleitet werden, dass er bei guter Gesundheit (weiterhin) überzeit im gleichen Ausmass geleistet hätte. In diesem Sinne legte auch der Arbeitgeber dar, dass die Mitarbeiter im Schmelzbetrieb im November 2008 durchschnittlich 12.9 Überstunden bei einer Normalarbeitszeit von 40 Stunden pro Woche geleistet hätten, die im Dezember aufgrund der Kompensationstage zwischen Weihnachten und Neujahr bereits wieder abgebaut worden seien mit durchschnittlich -11.8 Stunden pro Mitarbeiter. Im Jahre 2009 seien keine Überstunden geleistet worden (Urk. 33). Folglich ist nicht nachgewiesen, dass der Beschwerdeführer ab dem Zeitpunkt des fraglichen Rentenbeginns (1. November 2008) ohne Gesundheitsschaden regelmässig Überstunden geleistet hätte, welche nicht mit Freizeit abgegolten worden, sondern zur Auszahlung gelangt wären. Damit kann eine zusätzliche Entschädigung für Überstundenarbeit bei der Ermittlung des Valideneinkommens nicht berücksichtigt werden.

4.5. Somit beläuft sich das Valideneinkommen im Jahr 2008 auf Fr. 66'680.-- (Fr. 65'910.-- + Fr. 770.--). Dieses ermittelte Einkommen steht denn auch in Einklang mit dem Durchschnittsverdienst gemäss IK-Auszug der fünf vorangegangener Jahre von Fr. 65'948.60 (Urk. 2), was ebenfalls als plausibel erscheint.

4.6. 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 seit 2008 betriebsübliche durchschnittliche Arbeitszeit von wöchentlich 41.6 Stunden (Die Volkswirtschaft 04-2012 S. 94 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).

4.7. Nachdem der Beschwerdeführer seit 1. September 2009 keiner Arbeit mehr nachgeht (vgl. Schlusszeugnis vom 31. August 2009, Urk. 9/44), hat die Beschwerdegegnerin für die Bestimmung des Invalideneinkommens unter Berücksichtigung des Umstandes, dass dem Beschwerdeführer nurmehr Hilfsarbeitertätigkeiten offen stehen, auf die Tabellenlöhne abgestellt. Laut der Tabelle TA 1 Ziff. 1-93 der Lohnstrukturerhebung (LSE) 2008 belief sich der Zentralwert für Hilfsarbeitertätigkeiten im Anforderungsniveau 4 bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden auf Fr. 4'806.--, was bei Annahme einer betriebsüblichen durchschnittlichen Arbeitszeit von 41.6 Stunden pro Woche im Jahr 2008 (Die Volkswirtschaft 10-2012 S. 94 Tabelle B9.2) ein Gehalt (x 12) von Fr. 59'979.-- ergibt. Wegen der bloss 80%igen Arbeitsfähigkeit ergibt sich ein mögliches Invalideneinkommen von Fr. 47'983.--.

#### **E. 4.8**

4.8.1. 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).

4.8.2.1 Die Beschwerdegegnerin gewährte überdies einen Abzug vom Tabellenlohn in der Höhe von 15 %.

Der Beschwerdeführer forderte demgegenüber einen Abzug von 25 % vom Tabellenlohn aufgrund seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung und der damit verbundenen Nachteile auf dem Arbeitsmarkt, seiner vor dem Gesundheitsschaden ausgeführten körperlich schweren Tätigkeit, seiner Herkunft und seines Alters sowie seiner mangelhaften Deutschkenntnisse (Urk. 1 S. 3 f.).

4.8.3.1 Der medizinisch ausgewiesenen körperlichen Einschränkung des Beschwerdeführers wurde in erster Linie dadurch Rechnung getragen, dass seine vollschichtig zu verwertende Arbeitsfähigkeit auf 80 % reduziert wurde. Zusätzlich hatte die Beschwerdegegnerin das Belastungsprofil sowie die eingeschränkten Deutschkenntnisse (und damit wohl auch den Ausländerstatus) des Beschwerdeführers (wobei sich dieser seit 1979 in der Schweiz aufhält, Urk. 9/54/5) mit einem grosszügigen Leidensabzug von 15 % berücksichtigt (Urk. 2 S. 2). Einen Abzug wegen des Alters ist nicht gerechtfertigt. Der bei Rentenbeginn 52-jährige Beschwerdeführer ist auf dem Arbeitsmarkt für leichte Hilfsarbeit vermittelbar, ohne dass er deswegen lohnmassige Konzessionen machen müsste, da Hilfsarbeiten auf dem hypothetisch ausgeglichenen Arbeitsmarkt altersunabhängig nachgefragt werden (Urteil des Bundesgericht I 304/06 vom 22. Januar 2007 E. 4.2). Im Lichte der relativ hohen Höhe, die das Bundesgericht für die Unverwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit älterer Menschen entwickelt hat (Urteil des Bundesgerichts 9C\_918/2008 vom 28. Mai 2009, E. 4.3), ist ein IV-rechtlich erheblicher fehlender Zugang des Beschwerdeführers zum Arbeitsmarkt zu verneinen. Sodann ist auch ein Teilzeitabzug gerade nicht zu rechtfertigen, weil dem Beschwerdeführer die Verrichtung der leichten Tätigkeiten bei um 20 % reduzierter Leistungsfähigkeit ja - wie bereits erwähnt - vollschichtig zumutbar ist (Urteil des Bundesgerichts 9C\_708/2009 vom 19. November 2009 E. 2.5.2.). Damit lässt sich, selbst wenn man den vom Beschwerdeführer aufgezählten Nachteilen noch Gewicht beimessen wollte, ein maximaler Abzug von 25 % nicht begründen.

4.9.1.1 Aus der Gegenüberstellung des Invalideneinkommens von Fr. 66'680.-- mit dem Invalideneinkommen von Fr. 40'786.-- (Fr. 47'983.-- x 0.85) ergibt sich eine Einkommenseinbusse von Fr. 25'894.--, was einem Invaliditätsgrad von 38.8 % respektive nach der Rundungsregel des Bundesgerichts (BGE 130 V 121) einem rentenausschliessenden Invaliditätsgrad von 39 % entspricht.

## E. 5

5.1.1 Nach § 25 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht ist das Gericht an die Begehren der Parteien nicht gebunden. Es kann eine Verfügung zum Nachteil einer Partei ändern (reformatio in peius) oder dieser mehr zusprechen, als sie verlangt hat, wobei den Parteien vorher Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist (BGE

122 V 166).

Die Beschwerde führende Person wurde auf die Möglichkeit einer reformatio in peius aufmerksam gemacht; sie machte jedoch von der Rückzugsmöglichkeit keinen Gebrauch, sondern hielt in ihrer Stellungnahme vom 15. Juli 2012 (Urk. 24) an ihrem Begehren fest. Die formellen Voraussetzungen für eine reformatio in peius sind demnach erfüllt (BGE 107 V 17 E. 3a).

## E. 5.2

Entsprechend dem Ergebnis ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung hat. Demzufolge ist die angefochtene Verfügung aufzuheben.

Da es um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen geht, ist das Verfahren kostenpflichtig. Die Gerichtskosten sind unabhängig vom Streitwert festzulegen (Art. 69 Abs. 1 bis IVG) und auf Fr. 800.-- anzusetzen. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind sie dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen, zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

## E. 7

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Daniel Buff aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Nach § 34 Abs. 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) bemisst sich die Höhe der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert. Gemäss § 8 in Verbindung mit § 7 Abs. 1 der seit 1. Juli 2011 in Kraft stehenden Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht (GebV SVGer) wird - auch im Rahmen der unentgeltlichen Rechtsvertretung - namentlich für unnötigen Aufwand kein Ersatz gewährt.

Der von Rechtsanwalt Daniel Buff mit Eingabe vom 5. Oktober 2012 geltend gemachte Aufwand von 34 Stunden und Fr. 140.50 Barauslagen (Urk. 39-40) ist der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses nicht angemessen. Unter anderem erscheint ein Aufwand von fast 9 Stunden (wobei in dieser Zeit noch ein Brief an den Hausarzt und einer an den Klienten ergingen sowie eine Besprechung nach Fertigstellung der Beschwerde abgehalten wurde) für die knapp einseitige Beschwerdeschrift als überhöht.

Angesichts der zu studierenden 65 Aktenstücke der Beschwerdegegnerin, der etwa 5- und 3-seitigen Rechtsschriften und der zwei Stellungnahmen von total 3 Seiten Umfang, den Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung sowie der in ähnlichen Fällen zugesprochenen Beträgen ist die Entschädigung von Rechtsanwalt Daniel Buff bei Anwendung des gerichtlichen Stundenansatzes von Fr. 200.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) auf Fr. 3'000 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen.

Der Beschwerdeführer ist auf § 16 Abs. 4 GSVGer hinzuweisen, wonach er zur Nachzahlung der Auslagen für die Vertretung verpflichtet werden kann, sofern er

dazu in der Lage ist.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verurteilung der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, vom 28. März 2011 wird aufgehoben, und es wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer keinen Rentenanspruch hat.

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 § 16 Abs. 4 GSVGer hingewiesen.

3. Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Daniel Buff, Winterthur, wird mit Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Beschwerdeführer wird auf § 16 Abs. 4 GSVGer hingewiesen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Daniel Buff
- 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.