

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2012.01245 vom 6. August 2014

ZH Sozialversicherungsgericht, 2014-08-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_IV.2012.01245

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2012.01245 du 6 août 2014

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT IV.2012.01245 del 6 agosto 2014

Erwägungen

E. 1.1

Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art.

E. 1.2

Bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40 Prozent besteht Anspruch auf eine Viertelsrente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 50 Prozent auf eine halbe Rente, bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 60 Prozent auf eine Dreiviertelsrente und bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 70 Prozent auf eine ganze Rente (Art. 28 Abs. 2 Bundesgesetz über die Invalidenversicherung; IVG).

E. 1.3

Ändert sich der Invaliditätsgrad einer Rentenbezügerin oder eines Rentenbezügers erheblich, so wird die Rente von Amtes wegen oder auf Gesuch hin für die Zukunft entsprechend erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben (Art. 17 Abs. 1 ATSG). Anlass zur Rentenrevision gibt jede wesentliche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen, die geeignet ist, den Invaliditätsgrad und damit den Rentenanspruch zu beeinflussen. Insbesondere ist die Rente nicht nur bei einer wesentlichen Änderung des Gesundheitszustandes, sondern auch dann revidierbar, wenn sich die erwerblichen Auswirkungen des an sich gleich gebliebenen Gesundheitszustandes erheblich verändert haben (BGE 130 V 343 E. 3.5 mit Hinweisen). Eine Veränderung der gesundheitlichen Verhältnisse liegt auch bei gleich gebliebener Diagnose vor, wenn sich ein Leiden in seiner Intensität und in seinen Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit verändert hat (Urteile des Bundesgerichts 9C_261/2009 vom 11. Mai 2009 , E. 1.2 und I 212/03 vom 28. August 2003 , E. 2.2.3). Dagegen stellt die bloss unterschiedliche Beurteilung der Auswirkungen eines im Wesentlichen unverändert gebliebenen Gesundheitszustandes auf die Arbeitsfähigkeit für sich allein genommen keinen Revisionsgrund im Sinne von Art. 17 Abs. 1 ATSG dar. Zeitliche Vergleichsbasis für die Beurteilung einer anspruchserheblichen Änderung des Invaliditätsgrades bilden die letzte rechtskräftige Verfügung oder der letzte rechtskräftige Einspracheentscheid, welche oder welcher auf einer materiellen Prüfung des Rentenanspruchs mit rechtskonformer Sachverhaltsabklärung, Beweiswürdigung und Invaliditätsbemessung beruht (BGE 133 V 108; vgl. auch BGE 130 V 71 E. 3.2.3; Urteil des Bundesgerichts 9C_438/2009 vom 26. März 2010 E. 1 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass eine medizinisch attestierte Verbesserung der Arbeitsfähigkeit grundsätzlich auf dem Weg der Selbsteingliederung zu verwerten ist (Ulrich Meyer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesgesetz über die Invalidenversicherung [IVG], 2. Auflage, Zürich 2010, S. 383).

Praktisch bedeutet dies, dass aus einer medizinisch attestierten Verbesserung der Arbeitsfähigkeit unmittelbar auf eine Verbesserung der Erwerbsfähigkeit geschlossen und damit ein entsprechender Einkommensvergleich (mit dem Ergebnis eines tieferen Invaliditätsgrades) vorgenommen werden kann.

E. 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 256 E. 4 mit Hinweisen; AHI 2002 S. 70 E. 4b/cc).

E. 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 abgestellt (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 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 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.).

Der Arzt muss über die notwendigen fachlichen Qualifikationen verfügen.

Untersuchungsberichte regionaler ärztlicher Dienste können, sofern sie diesen Anforderungen genügen, einen vergleichbaren Beweiswert wie ein Gutachten haben (Urteil des Bundesgerichts 9C_764/2012 vom 7. Juni 2013, E. 1.2.2 mit Hinweisen). Die Tatsache allein, dass der befragte Arzt oder die befragte Ärztin in einem Anstellungsverhältnis zum Versicherungsträger steht, lässt nicht schon auf mangelnde Objektivität und auf Befangenheit schliessen. Es bedarf vielmehr besonderer Umstände, welche das Misstrauen in die Unparteilichkeit der Beurteilung objektiv als begründet erscheinen lassen. Im Hinblick auf die erhebliche Bedeutung, welche den Arztberichten im Sozialversicherungsrecht zukommt, ist an die Unparteilichkeit des Gutachters oder der Gutachterin allerdings ein strenger Massstab anzulegen (RKUV 1999 Nr. U 356 S. 572;

BGE 122 V 157 E. 1c; vgl. auch 123 V 331 E. 1c). 2.

2.1

Die IV-Stelle hielt gestützt auf die Ergebnisse der orthopädischen RAD-Untersuchung vom 12. April 2012 dafür, dass sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers durch Adaption wesentlich verbessert habe und es ihm nun zuzumuten sei, einer körperlich leichten, überwiegend sitzenden Tätigkeit, ohne Heben und Tragen von Lasten über zehn Kilogramm

zu 50 % nachzugehen. Bei einem Invaliditätsgrad von 60 % bestehe nurmehr Anspruch auf eine Dreiviertelsrente. Deshalb setzte sie die ganze Rente auf eine Dreiviertelsrente herab (Urk. 2). 2.2

Demgegenüber bringt der Beschwerdeführer vor, die Diagnosen seien dieselben geblieben und auch die medizinische Situation habe sich höchstens wenig verändert, was dem Bericht von Dr. med. A.____, Facharzt für Allgemeine Medizin, vom 19. Januar 2012 zu entnehmen sei. Selbst die RAD-Ärztin habe ihm nach der Untersuchung mitgeteilt, es habe sich nichts verändert. Des Weiteren sei der RAD befangen, was am Begriff „versicherungsmedizinische Beurteilung“ ersichtlich sei. Die RAD-Beurteilung sei nicht nachvollziehbar,

insbesondere habe sich die RAD-Ärztin nicht mit der abweichenden Einschätzung des Hausarztes auseinandergesetzt. Des Weiteren gebe es auf dem freien ausgegliederten Arbeitsmarkt keine Stellen mit dem vom RAD formulierten Profil (Urk. 1 S. 4 f.). 3. 3.1

Die IV-Stelle sprach die ursprüngliche ganze Rente gestützt auf das Gutachten von Dr. Y.____ vom 29. Juni 2006 (Urk. 6/48) zu. Darin wurden eine schwere Skoliose und Spondyloptose L5 sowie ein Status nach Vertebroktomie dorso-ventral und Reposition L4/S1 von dorsal mit instrumenteller Spondylodese diagnostiziert (Urk. 6/48/6). Dr. Y.____ führte in seiner Beurteilung aus, der Beschwerdeführer klagte glaubhaft über starke Unterschenkelschmerzen beidseits (vor allem nachts) sowie belastungsabhängige Kreuzschmerzen mit ausgeprägter Fussheberparese beidseits. Das Gehen sei nur mit zwei Heidelbergfedern und zusätzlich einem Stock möglich. Auch das Stehen an Ort gehe nur mit Abstützung. Alle subjektiv vorgetragenen Beschwerden habe er objektivieren können, so die massive Fussheberparese beidseits, den ausgeprägten Steppergang, die thorakale Skoliose und die Areflexie beidseits mit massiver Sensibilitätsstörung (Urk. 6/48/7).

Mit diesem massiven Befund seien die Voraussetzungen für eine allfällige Umschulung auf eine leichtere Tätigkeit nicht erfüllt. Auch wenn theoretisch

eine rein sitzende Tätigkeit noch zugemutet werden könnte, so müsste doch der Arbeitsplatz irgendwie erreicht werden, was unter den gegebenen Umständen nur mit allergrösster Mühe überhaupt möglich sei. Zudem bestünden immer noch erhebliche Schmerzen, die seines Erachtens eine auch nur partielle Arbeitsaufnahme verunmöglichten

(Urk. 6/48/8). 3.2

Anlässlich der im Jahr 2011 eingeleiteten Revision (Urk. 6/77 ff.) berichtete der Hausarzt Dr. A.____

am 19. Januar 2012, der Beschwerdeführer sei seit dem 26. März 2002 bis auf Weiteres vollumfänglich arbeitsunfähig in seiner angestammten Tätigkeit als Küchenangestellter. Es bestünden einzig körperliche Einschränkungen, wegen welcher der Beschwerdeführer

weder lange stehen noch lange gehen könne. Nach wenigen Minuten stehen müsse er sich wegen zunehmender Schmerzen in den Beinen setzen. Auch längere Gehstrecken seien mit zunehmenden Schmerzen in den Beinen verbunden. Da er als Küchenhilfe jeweils lange stehen müsste, könne er diese Arbeit nicht mehr ausführen. Ein ständiger Wechsel zwischen stehen, gehen, sitzen oder liegen sei bei dieser Tätigkeit absolut unmöglich (Urk. 6/83/2). Bei der Frage nach zumutbaren Arbeiten kreuzte Dr. A.____ bei allen physischen Kriterien „nein“ an und fügte an, sowohl bei sitzenden als auch bei stehenden und wechselbelastenden Tätigkeiten könne nur vom Minimum gesprochen werden. Am ehesten sei noch eine sitzende Arbeit zumutbar, aber auch dabei habe der Beschwerdeführer Beschwerden wegen der Rückenproblematik. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass bezüglich einer angepassten Tätigkeit zusätzlich noch sprachliche Schwierigkeiten bestünden (Urk. 6/83/3, Urk. 6/83/5).

Eine Behandlung werde nicht mehr durchgeführt, ausser dass der Beschwerdeführer anamnestisch täglich seine Heimübungen mache (Urk. 6/83/2). 3. 3

Die Beschwerdegegnerin liess den Beschwerdeführer durch die RAD-Ärztin Z.____ orthopädisch untersuchen. Diese nannte in ihrem Bericht vom 23. April 2012 als Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit einen Status nach Spondylodese mit Vertebroktomie L5 bei Spondyloptose und eine Peroneusparese beidseits. Gegenüber dem Vorgutachten vom 29. Juni 2006 sei insoweit eine Veränderung eingetreten, als der Beschwerdeführer zur Untersuchung mit Schienen ohne Stock gehfähig erschienen sei. Er sei mit und ohne Hilfsmittel frei stehfähig, klage jedoch nach kurzer Stehdauer über Schmerzen im Bereich der Wirbelsäule. Die bestehende Beschwielung beider Füsse, insbesondere über der Achillessehne als Druckschwiele, verursacht durch getragene Peroneusschienen, würden den Befund der freien Gehfähigkeit mit Hilfsmitteln belegen. Auch durch die Angaben zur Anamnese, dass der Beschwerdeführer den Haushalt selbst führe und Reinigungsarbeiten und Einkäufe selber erledige, belege eine gewisse Besserung durch Adaption. Dennoch sei der Beschwerdeführer in seiner Mobilität unbestreitbar deutlich eingeschränkt. Schmerzmittel nehme er keine mehr ein. Er gebe Schmerzen im Zusammenhang mit statischer Körperhaltung und Fehlbelastung der Wirbelsäule an. Diesen Schmerzen begegne er mit Positionswechseln. In ihrer versicherungsmedizinischen Beurteilung zog die RAD-Ärztin Z.____ die Schlussfolgerung, dass der Beschwerdeführer einen somatischen Gesundheitsschaden aufweise, der die Arbeitsfähigkeit beeinträchtige. Deswegen sei er seit der Operation im Jahr 2002 in seiner bisherigen Tätigkeit als Küchenhilfe vollumfänglich arbeitsunfähig. Eine körperlich leichte, überwiegend sitzende Tätigkeit ohne Zwangshaltung, ohne Heben, Tragen und Transportieren von Lasten über zehn Kilogramm, ohne Ersteigen von Leitern oder Gerüsten, ohne häufiges Treppensteigen und ohne häufige wirbelsäulenbelastende Zwangshaltungen und Tätigkeiten sei ihm zu 50 % zumutbar (Urk. 6/85/7-8). 3.4

Der Beschwerdeführer erschien ohne Stock gehfähig zur RAD-Untersuchung und war mit und ohne Hilfsmittel frei stehfähig. Er gab an, ohne das Tragen von Fussheberschienen könne er nur wenige Meter gehen, mit den Schienen könne er kurze Strecken bewältigen und für längere Strecken benütze er einen Stock. Das Treppensteigen bereite ihm keine wesentlichen Schwierigkeiten (Urk. 6/85/1, 6/85/3, 6/85/7).

Vor diesem Hintergrund ist das von Dr. Z.____ formulierte Zumutbarkeitsprofil in Bezug auf eine angepasste Tätigkeit nach vollziehbar. Gleichzeitig steht auch fest, dass es dem Beschwerdeführer inzwischen nicht mehr unzumutbar ist, einen Arbeitsplatz aufzusuchen.

Mit dieser Beurteilung korrespondiert auch der nach der (letzten, Urk. 6/79) Konsultation vom 23. Februar 2010 von PD Dr. med. B.____, Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates und Teamleiter Wirbelsäulenchirurgie in der Uniklinik C.____, verfasste Bericht. Er gab an, mit den Schienen sei ein unauffälliger und problemloser Gang möglich (Urk. 6/83/6). Auch nach der Untersuchung vom 5. Juni 2009 wurden keine Auffälligkeiten angegeben, abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer ausserhalb des Hauses anamnestisch zwei Heidelbergerschienen trage (Urk. 6/83/8). Am 30. März 2008 sass er demgegenüber im Rollstuhl und litt an immobilisierenden Schmerzen (Urk. 6/83/14) und am 10. September 2004 benützte er einen Handstock rechts zum Gehen (Urk. 6/83/16).

Anlässlich der Untersuchung durch Dr. Y.____

vom 27. Juni 2006 musste der Beschwerdeführer sich beim Stehen abstützen und zum Gehen benötigte er zusätzlich zu den Heidelbergerschienen einen Stock (Urk. 6/48/3, Urk. 6/48/7). Insgesamt erscheint es damit als überwiegend wahrscheinlich, dass sich die Geh- und Stehfähigkeit seit der Begutachtung durch Dr. Y.____ derart verbessert hat, dass ihm nun das Aufsuchen eines Arbeitsweges zuzumuten ist und eine Arbeitstätigkeit nicht mehr bereits deshalb ausgeschlossen ist, weil der Beschwerdeführer nicht an den Arbeitsort gelangen könnte. 3.5

Des Weiteren hatte

Dr. Y.____ damals zur Begründung der vollumfänglichen Arbeitsunfähigkeit angeführt, es bestünden immer noch erhebliche Schmerzen, vor allem auch nachts, die eine auch nur partielle Arbeitsaufnahme verunmöglichen (Urk. 6/48/8). Bei Dr. Y.____ hatte der Beschwerdeführer über eine gestörte Nachtruhe berichtet (Urk. 6/48/3), insbesondere über vor allem nachts auftretende starke Unterschenkelschmerzen beidseits geklagt (Urk. 6/48/7), bei med. pract. Z.____ hingegen nicht mehr. Er klagte lediglich noch über Schmerzen bei längerem Stehen und längerem Stillsitzen. Er müsse ständig die Position wechseln, um im Bereich des Rückens schmerzfrei zu sein (Urk. 6/85/1). Im Vergleich zur ursprünglichen Rentenzusprache stellt sich damit im Revisionszeitpunkt auch die Schmerzsituation verbessert dar, insbesondere treten die Schmerzen nur noch belastungsabhängig auf (Urk. 6/85/8).

Stütze findet der RAD-Bericht auch diesbezüglich im Bericht von PD Dr.

B.____ vom 24. Februar 2010, gemäss welchem keine Schmerzen bestanden, weder im Rücken noch in den Beinen (Urk. 6/83/6). Bereits am 5. Juni 2009 klagte der Beschwerdeführer bei PD Dr.

B.____ nicht mehr über Schmerzen im Bereich der Wirbelsäule, hingegen noch über solche im linken Fuss (Urk. 6/83/8). Dahingegen litt der Beschwerdeführer am 30. März 2008 noch an immobilisierenden Schmerzen (Urk. 6/83/14). Mit der durch die Aussagen des Beschwerdeführers untermauerten Abnahme der Schmerzen und verbesserten Geh- und Stehfähigkeit ist eine Verbesserung der Auswirkungen der Gesundheitsbeeinträchtigung ausgewiesen. 3.6

Eine Verbesserung in dem Sinne, dass der Beschwerdeführer beim Erlass der angefochtenen Verfügung weniger stark beeinträchtigt war als bei der Begutachtung durch Dr. Y.____, ist auch darin ersichtlich, dass er im Jahr 2006 den Haushalt nur mit Hilfe von Verwandten und Freunden besorgen konnte (Urk. 6/48/3), wohingegen ihm dies heute

selbständig möglich ist, wobei er putzt, wäscht, kocht und einkaufen geht (Urk. 6/85/3). 3.7

Weshalb die Arbeitsfähigkeit 50 % und nicht etwa 60 % oder 40 % beträgt, wurde von den Ärzten nicht erörtert. Indessen ist dies auch nicht nötig. Einer zahlenmässigen Beurteilung der Arbeitsfähigkeit liegt naturgemäss eine gewisse Ermessensausübung zugrunde. Bei der ausgewiesenen Verbesserung der Mobilität sowie der Schmerzsituation handelt es sich auf jeden Fall nicht nur um eine unterschiedliche Beurteilung eines gleich gebliebenen Sachverhalts, sondern es hat zwischenzeitlich effektiv eine positive Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse stattgefunden und PD Dr.

B. ___ ging bereits in seinem Bericht vom 17. September 2004 davon aus, in einer angepassten Tätigkeit lasse sich ein Pensum von 50 % realisieren (Urk. 6/83/16-17). 3.8

Eine zu einer Rentenrevision führende Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse setzt keine Änderung der Diagnosen voraus, ja nicht einmal eine Veränderung des Gesundheitszustands, sondern lediglich eine erhebliche Veränderung der erwerblichen Auswirkungen des allenfalls auch gleich gebliebenen Gesundheitszustands (vgl. vorstehende E. 1.3). Damit ändert der Einwand, die Diagnosen seien die gleichen geblieben (Urk. 1 S. 4 Ziff. 8), nichts daran, dass die gesundheitliche Beeinträchtigung sich nicht mehr gleich stark einschränkend auf die Arbeitsfähigkeit auswirkt. Im Übrigen ist auch darin eine gewisse Verbesserung des Gesundheitszustands zu erblicken, dass anlässlich der Untersuchung durch den RAD im Gegensatz zum Jahr 2006 (Urk. 6/48/4) keine Lasègue-Zeichen mehr bestanden (Urk. 6/85/7). 3.9

Dr. A. ___ begründete in nachvollziehbarer Weise, dass dem Beschwerdeführer die angestammte Tätigkeit nicht mehr zumutbar sei. Er könne weder länger stehen noch gehen (Urk. 6/83/2). Damit ist jedoch nicht dargetan, dass dem Beschwerdeführer auch eine teilzeitliche, körperlich leichte, vorwiegend sitzende Tätigkeit mit der Möglichkeit von Positionswechseln unzumutbar ist. Bezüglich angestammter Tätigkeit besteht eine Übereinstimmung zwischen dem hausärztlichen Bericht und dem RAD-Bericht. Betreffend die Arbeitsunfähigkeit in angepasster Tätigkeit konnte sich der RAD mangels Begründung gar nicht mit dem hausärztlichen Bericht auseinandersetzen. Dazu, ob sich die Arbeitsfähigkeit seit 2006 verändert habe, nahm Dr. A. ___ gar nicht Stellung, sondern er stellte lediglich die gleichen Diagnosen, sodass diesbezüglich keine Abweichung vorliegt, welche durch den RAD zu begründen gewesen wäre.

3.10

Weiter machte der Beschwerdeführer geltend, selbst die RAD-Ärztin habe ihm nach der Untersuchung mitgeteilt, es habe sich nichts verändert (Urk. 1 S. 4 f. Ziff. 9).

Die persönliche revisionsrechtliche Einschätzung der RAD-Ärztin ist nicht entscheidend. Über die revisionsrechtlichen Folgen der Sachverhaltsfeststellungen hat nicht sie zu entscheiden,

weshalb von einer Zeugenbefragung des anlässlich der Untersuchung vom 12. April 2012 übersetzenden Dolmetschers abzusehen ist. Der Bericht der RAD-Ärztin zuhanden der Beschwerdegegnerin wurde dem Beschwerdeführer am 26. Juli 2012 zugestellt (Urk. 6/97), womit er Gelegenheit hatte, sich im Rahmen des Vorbescheidverfahrens dazu zu äussern, weshalb das rechtliche Gehör nicht verletzt wurde. 3.11

Des Weiteren brachte der Beschwerdeführer vor, der RAD sei befangen, was am Begriff „versicherungsmedizinische Beurteilung“ ersichtlich sei.

Gemäss Art. 59 Abs. 2 bis IVG stehen die regionalen ärztlichen Dienste den IV-Stellen zur Beurteilung der medizinischen Voraussetzungen des Leistungsanspruchs zur Verfügung. Sie setzen die für die Invalidenversicherung nach Artikel 6 ATSG massgebende funktionelle Leistungsfähigkeit der Versicherten fest, um eine zumutbare Erwerbstätigkeit oder Tätigkeit im Aufgabenbereich auszuüben. Sie sind in ihrem medizinischen Sachentscheid im Einzelfall unabhängig.

Nach Art. 49 der Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV) beurteilen die regionalen ärztlichen Dienste die medizinischen Voraussetzungen des Leistungsanspruchs. Die geeigneten Prüfmethode können sie im Rahmen ihrer medizinischen Fachkompetenz und der allgemeinen fachlichen Weisungen des Bundesamtes frei wählen (Abs. 1). Die regionalen ärztlichen Dienste können bei Bedarf selber ärztliche Untersuchungen von Versicherten durchführen. Sie halten die Untersuchungsergebnisse schriftlich fest (Abs. 2).

Sinn und Zweck dieser Gesetzesbestimmungen liegen darin, dass die IV-Stellen zur Beurteilung der medizinischen Anspruchsvoraussetzungen auf eigene Ärzte und Ärztinnen zurückgreifen können. Diese sollen aufgrund ihrer speziellen versicherungsmedizinischen Kenntnisse für die Bestimmung der für die Invalidenversicherung massgebenden funktionellen Leistungsfähigkeit der Versicherten verantwortlich sein. Damit soll eine konsequente Trennung der Zuständigkeiten zwischen behandelnden Ärzten (Heilbehandlung) und Sozialversicherung (Bestimmung der Auswirkungen des Gesundheitsschadens) geschaffen werden. Die massgebende funktionelle Leistungsfähigkeit der Versicherten soll damit objektiver festgelegt werden (Urteil des Bundesgerichts 9C_323/2009 vom 14. Juli 2009, E. 4.2).

Aus Gesetz und Rechtsprechung geht somit hervor, dass es gerade Aufgabe des RAD ist, eine versicherungsmedizinische Beurteilung vorzunehmen. Dies im Gegensatz zu einer Beurteilung aus der Sicht eines behandelnden Arztes, der sich in erster Linie auf die Behandlung zu konzentrieren hat, dessen Bericht daher nicht den Zweck einer abschliessenden Entscheidung über die Versicherungsansprüche erlaubenden objektiven Beurteilung des Gesundheitszustandes verfolgen und der in einer auftragsrechtlichen Vertrauensstellung zu seinem Patienten steht.

Sodann enthalten die vorliegenden Akten keine Hinweise, die auf eine mögliche Parteilichkeit der RAD-Ärztin Z. ___ schliessen lassen, womit

besondere Umstände im Sinne vorstehender Erwägung 1.5, welche das Misstrauen in die Unparteilichkeit der Beurteilung objektiv als begründet erscheinen lassen, zu verneinen sind. Med. pract. Z. ___ untersuchte den Beschwerdeführer, berücksichtigte die von ihm geklagten Beschwerden sowie die Vorakten, erhob die Anamnese sowie die Befunde und zog aus all diesen Komponenten ihre Schlussfolgerungen (vgl. Urk. 6/85). Infolgedessen ist nichts ersichtlich, was den Beweiswert des Berichts über die RAD-Untersuchung schmälern würde. 3.12

Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, auf dem freien Arbeitsmarkt gebe es gar keine Stellen mit dem vom RAD formulierten Profil (Urk. 1 S. 4 f.).

Für die Invaliditätsbemessung ist nicht massgeblich, ob eine invalide Person unter den konkreten Arbeitsmarktverhältnissen vermittelt werden kann, sondern einzig, ob sie die ihr verbliebene Arbeitskraft noch wirtschaftlich nutzen könnte, wenn die verfügbaren

Arbeitsplätze dem Angebot an Arbeitskräften entsprechen würden.

Zu berücksichtigen ist zudem, dass der ausgeglichene Arbeitsmarkt (Art. 16 ATSG) auch sogenannte Nischenarbeitsplätze umfasst, also Stellen- und Arbeitsangebote, bei welchen Behinderte mit einem sozialen Entgegenkommen von Seiten des Arbeitgebers rechnen können. Von einer Arbeitsgelegenheit kann nicht mehr gesprochen werden, wenn die zumutbare Tätigkeit nurmehr in so eingeschränkter Form möglich ist, dass sie der ausgeglichene Arbeitsmarkt praktisch nicht kennt oder sie nur unter nicht realistischem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich wäre und das Finden einer entsprechenden Stelle daher von vornherein als ausgeschlossen erscheint (Urteil des Bundesgerichts 8C_1050/2009 vom 28.

April 2010, E. 3.3 mit Hinweisen).

Dem Beschwerdeführer sind noch fast alle vorwiegend sitzenden Tätigkeiten ohne Zwangshaltungen zumutbar, da es sich bei vorwiegend sitzenden Tätigkeiten ohnehin regelmässig um körperlich leichte Tätigkeiten handelt, bei welchen keine Lasten von über zehn Kilogramm gehoben, getragen oder transportiert werden müssen, bei welchen keine Leitern oder Gerüste erstiegen werden müssen und die auch kein häufiges Treppensteigen und keine häufigen wirbelsäulenbelastenden Zwangshaltungen und Tätigkeiten beinhalten. Der ausgeglichene Arbeitsmarkt hält in ausreichender Anzahl Stellen offen, die diesen Kriterien genügen. Deswegen ist dem Einwand nicht zu folgen .

4 .

4.1

Da der Beschwerdeführer gemäss den Angaben im Auszug aus seinem individuellen Konto (IK-Auszug, Urk. 6/10) nur während fünf Monaten bei seinem letzten Arbeitgeber arbeitete und da dieser angab, das Arbeitsverhältnis sei wegen einer Umstrukturierung aufgelöst worden (Urk. 6/15/1), erscheint es nicht als wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer im Gesundheitsfall heute noch beim gleichen Arbeitgeber tätig wäre. Entsprechend hat die Beschwerdegegnerin für die Bemessung des Valideneinkommens zu Recht auf die Tabelle TA 1 der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik (LSE) 2010 abgestellt.

Da mangels Ausbildung und relevanter Berufs- und Fachkenntnisse (Urk. 6/85/2-3) sowohl beim Valideneinkommen als auch beim Invalideneinkommen das Einkommen für einfache und repetitive Tätigkeiten (Anforderungsniveau 4) heranzuziehen ist, ist offensichtlich, dass das Invalideneinkommen vor Vornahme des Leidensabzugs bei einer 50%igen Arbeitsfähigkeit 50 % des Valideneinkommens beträgt. Dabei handelt es sich jedoch nicht um einen Prozentvergleich, bei welchem kein Leidensabzug vorgenommen werden dürfte (Urteil 9C_109/2013 vom 9. April 2013 , E. 4.2), sondern lediglich um eine Vereinfachung der Berechnung. Denn dem Beschwerdeführer ist seine angestammte, seit seiner Niederlassung in der Schweiz ausgeübte (Urk. 6/85/3) Tätigkeit als Küchenhilfe unbestrittenermassen nicht mehr zumutbar . 4.2

Die IV-Stelle nahm einen Leidensabzug von 20 % vor (Urk. 2 S. 2), wohingegen der Beschwerdeführer einen Abzug von 25 %

beantragt (Urk. 1 S. 6) .

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 all gemeinen behinderungsbedingten Abzug, wobei die Rechtsprechung dem Um stand 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 gesamt haft zu schätzen und insgesamt auf höchstens 25 % des Tabellenlohnes zu begrenzen (vgl. zum Ganzen BGE 126 V 75). Dabei ist zu beachten, dass allfäll ige bereits bei der Parallelisierung der Vergleichseinkommen mitverantwortliche invaliditätsfremde Faktoren im Rahmen des sogenannten Leidensabzuges nicht nochmals berücksichtigt werden dürfen (BGE 134 V 322 E. 5.2).

Der Beschwerdeführer machte geltend , bei einer derart einschränkenden Behinderung und bei langjähriger Abwesenheit vom Arbeitsmarkt und entsprechend fehlenden Dienstjahren sei ein Abzug von 25 % vorzunehmen (Urk. 1 S. 6 Ziff. 14).

Die IV-Stelle berücksichtigte bei der Vornahme des Leidensabzuges, dass dem Beschwerdeführer nur bestimmte Tätigkeiten zumutbar sind, sowie dass er nur mit einem Teilzeitpensum arbeiten kann (Urk. 2 S. 2). Damit trug die Beschwerdegegnerin den ins Gewicht fallenden Umständen angemessene Rechnung. Was den Einwand der längeren Abwesenheit vom Arbeitsmarkt betrifft, so hat das Bundesgericht erkannt, dass bei einfachen und repetitiven Hilfstätigkeiten im Sinne des Anforderungsniveaus 4 der LSE weder eine lange Einarbeitungszeit noch Berufspraxis erforderlich seien, womit die langjährige Abwesenheit vom Arbeitsmarkt vorliegend keinen Lohnabzug zu begründen vermag (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_887/2008 vom 24. Juni 2009, E. 5.4 mit Hinweis) . 4 .3

Das Invalideneinkommen reduziert sich somit um 20 % , womit es noch 40 % vom Valideneinkommen beträgt (0,8 x 50 %). Verglichen mit dem Valideneinkommen (100 %) ergibt sich ein invaliditätsbedingter Minderverdienst und gleichzeitig Invaliditätsgrad von 60 % . Somit hat die IV-Stelle die bisherige ganze Rente zu Recht revisionsweise auf eine Dreiviertelsrente herabgesetzt und die gegen die Verfügung vom 26. Oktober 2012 erhobene Beschwerde ist abzuweisen. 5 .

5.1

Der Streitgegenstand des Verfahrens betrifft die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Invalidenversicherung . Das Verfahren ist daher kostenpflichtig. Die Gerichtskosten sind nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert

festzulegen (Art. 69 Abs. 1 bis IVG) und ermessensweise auf Fr.

E. 4

.00 508 aufgehoben und die Sache an die IV-Stelle zurückgewiesen (Urk. 6/44). Die IV-Stelle holte daraufhin das Gutachten von Dr. med. Y.____ , Facharzt für Orthopädische Chirurgie, vom 29. Juni 2006 ein (Urk. 6/48) und

sprach de m Versicherten mit Verfügung vom 22. Dezember 2006 mit Wirkung ab 1. Juni 2002 gestützt auf einen Invaliditätsgrad von 100 % eine ganze Invalidenrente zu (Urk. 6/62, Urk. 6/63) . 1. 2

Im August 2011 eröffnete die IV-Stelle ein Rentenrevisionsverfahren.

Zur Klärung der erwerblichen und medizinischen Verhältnisse holte sie beim Versicherten Auskünfte (Urk. 6/78) und beim Hausarzt einen Bericht ein (Urk. 6/83). Sodann liess sie den Versicherten orthopädisch durch med. pract. Z.____ , Fachärztin für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie und Ärztin des Regionalen Ärztlichen Dienstes (RAD) , untersuchen, welche ihren Bericht am 23. April 2012 erstattete (Urk. 6/85). Gestützt darauf setzte die IV-Stelle die dem Versicherten bisher ausgerichtete ganze Invalidenrente mit Verfügung vom 25. Juli 2012 per 1. September 2010 auf eine Dreiviertelsrente herab (Urk. 6/99). Nachdem der Beschwerdeführer hiergegen beim hiesigen Gericht

Beschwerde erhoben hatte, weil sein Akteneinsichtsgesuch erst nach Erlass der Verfügung bearbeitet worden war und ihm die Frist zur Begründung des Einwands noch lief (Urk. 6/101/3-7), hob die IV-Stelle ihre Verfügung vom 25. Juli 2012 mit Verfügung vom 17. August 2012 wiedererwägungsweise auf (Urk. 6/100) , woraufhin das Beschwerdeverfahren mit Verfügung vom 5. Oktober 2012 zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abgeschlossen wurde (vgl. Prozess Nr. IV.2012.00793) . Nach Eingang der Begründung des Einwands (Urk. 6/102) und nach Rücksprache mit der RAD-Ärztin (Urk. 6/105/2) setzte die IV-Stelle die ganze Rente mit Verfügung vom 26. Oktober 2012 mit Wirkung ab 1. Dezember 2012 auf eine Dreiviertelsrente herab (Urk. 6/108 = Urk. 2).

Gegen die Verfügung vom 26. Oktober 2012 (Urk. 2) erhob der Versicherte am 27. November 2012 Beschwerde und beantragte, die Verfügung sei aufzuheben und es sei ihm eine ganze Rente zuzusprechen . Eventualiter sei die Angelegenheit zu weiteren Abklärungen des medizinischen Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Falle einer Rückweisung zur Abklärung des medizinischen Sachverhalts sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. In pro zessualer Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung (Urk. 1 S. 2). Die IV-Stelle beantragte mit Beschwerdeantwort vom 14. Januar 2013 die Abweisung der Beschwerde (Urk. 5) . Mit Verfügung vom 5. April 2013 wurde dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung gewährt und Rechtsanwalt Pablo Blöchliger, Zürich, als unentgeltlicher Rechtsvertreter für das vorliegende Verfahren bestellt (Urk. 12).

Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, so weit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 8

00. -- anzusetzen.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind sie dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen, zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen; dies unter Hinweis auf § 16 Abs. 4 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer). 5 .2

Mit Kostennote vom 25. Juni 2014 machte der unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers einen Aufwand von 6,95 Stunden und Fr. 116.40 Barauslagen geltend (Urk. 15), woraus eine Entschädigung von Fr. 1'626.90 (6,95 Stunden x Fr. 200.-- zuzüglich Barauslagen von Fr. 116.40 zuzüglich Mehrwertsteuer von 8%) resultiert.

Der geltend gemachte Aufwand ist angesichts der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses angemessen.

Der unentgeltliche Rechtsvertreter ist demgemäss für seine Bemühungen und Barauslagen mit Fr. 1'626.90 (Mehrwertsteuer inbegriffen) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde

wird abgewiesen. 2.

Die Gerichtskosten von Fr. 800.-- werden dem Beschwerdeführer

aufgelegt, 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 Pablo Blöchliger, Zürich,

wird mit Fr. 1'626.90 (inkl. Barauslagen und MWSt) aus der Gerichtskasse entschädigt.

Der Beschwerdeführer wird

auf § 16 Abs. 4 GSVGer hingewiesen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Pablo Blöchliger - Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle - Bundesamt für 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 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich
Der Vorsitzende
Die Gerichtsschreiberin
Spitzwidmer

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