

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

EINGEGANGEN

31. Juli 2019



9C_787/2018, 9C_795/2018

**Urteil vom 19. Juli 2019
II. sozialrechtliche Abteilung**

Besetzung

Bundesrichterin Pfiffner, Präsidentin,
Bundesrichter Parrino, Bundesrichterin Moser-Szeless,
Gerichtsschreiber R. Widmer.

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwalt Soluna Girón,
Alderstrasse 40, 8008 Zürich,
Beschwerdeführer,

gegen

1. **IV-Stelle des Kantons Zürich**,
Röntgenstrasse 17, 8005 Zürich,
2. **ALSA PK, unabhängige Sammelstiftung**,
Frohburgstrasse 20, 8732 Neuhaus,
vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Gnädinger,
Thurgauerstrasse 54, 8050 Zürich,
Beschwerdegegnerinnen,

und

ALSA PK, unabhängige Sammelstiftung,
Frohburgstrasse 20, 8732 Neuhaus,
vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Gnädinger,
Thurgauerstrasse 54, 8050 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

vertreten durch Rechtsanwalt Soluna Girón,
Alderstrasse 40, 8008 Zürich,
Beschwerdegegner.

Gegenstand

Invalidenversicherung,

Beschwerden gegen den Entscheid des
Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich
vom 28. September 2018 (IV.2016.01124).

Sachverhalt:

A.

Der 1972 geborene arbeitete seit 1996 als Hilfsplattenleger. Vom 1. Oktober 2003 bis 30. November 2004 war er bei der AG für Tankrevisionen Kloten tätig. Am 5. Dezember 2005 meldete er sich unter Hinweis auf Rückenprobleme bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an. Gestützt auf ein polydisziplinäres Gutachten des Ärztlichen Begutachtungsinstituts GmbH, Basel (ABI), vom 25. April 2007 lehnte die IV-Stelle des Kantons Zürich das Invalidenrentengesuch des Versicherten am 16. Januar 2008 ab.

Auf eine neue Anmeldung von vom 24. Mai 2012 hin traf die IV-Stelle medizinische und erwerbliche Abklärungen. Im Weiteren zog sie Berichte behandelnder Ärzte sowie die Akten der Pensionskasse (Schweizerische Mobiliar Lebensversicherungs-Gesellschaft AG) bei und beauftragte die asim Academy of swiss insurance medicine mit der Erstattung eines polydisziplinären Gutachtens (vom 22. April 2014). Mit Verfügungen vom 8. September 2016 sprach die IV-Stelle dem Versicherten für die Zeit vom 1. Dezember 2012 bis 31. März 2014 eine halbe Rente, vom 1. April bis 31. Dezember 2014 eine Viertelsrente, vom 1. Januar bis 31. Juli 2015 eine ganze und ab 1. August 2015 wiederum eine halbe Invalidenrente zu.

B.

Die ALSA PK, unabhängige Sammelstiftung (ALSA PK), führte Beschwerde mit dem Hauptantrag, unter Aufhebung der Verfügungen sei festzustellen, dass keinen Anspruch auf eine Invalidenrente hat. Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich lud den Versicherten zum Verfahren bei. Mit Entscheid vom 28. September 2018 änderte das Sozialversicherungsgericht die Verfügung der IV-Stelle insoweit ab, als es dem Versicherten vom 1. November 2012 bis 30. Juni 2014 eine Viertelsrente, vom 1. Januar bis 31. August 2015 eine ganze Rente und ab 1. September 2015 wiederum eine Viertelsrente der Invalidenversicherung zusprach.

C.

lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit dem Rechtsbegehren; unter Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids sei ihm vom 1. November 2012 bis 30. Juni 2014 eine halbe, vom 1. Januar bis 31. August 2015 eine ganze und ab 1. September 2015 wiederum eine halbe Invalidenrente zuzusprechen.

Die IV-Stelle und die ALSA PK schliessen auf Abweisung der Beschwerde.

lässt eine zusätzliche Eingabe einreichen.

D.

Die ALSA PK reicht ebenfalls Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein. Sie beantragt, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben mit der Feststellung, dass der Versicherte keinen Anspruch auf eine Invalidenrente hat; eventuell sei die Sache zu weiteren Abklärungen und neuer Entscheidung an die Vorinstanz oder die IV-Stelle zurückzuweisen.

Erwägungen:

1.

Da die Beschwerden des Versicherten und der ALSA PK den nämlichen vorinstanzlichen Entscheid betreffen, sich die gleichen Parteien gegenüberstehen und der gleiche Sachverhalt zugrunde liegt, rechtfertigt es sich, die beiden Verfahren 9C_787/2018 und 9C_795/2018 zu vereinigen und in einem einzigen Urteil zu erledigen (BGE 131 V 59 E. 1 S. 60, 128 V 124 E. 1 S. 126 und 192 E. 1 S. 194).

2.

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann u.a. die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG), die Feststellung des Sachverhalts nur, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG).

3.

Die Vorinstanz hat die Bestimmungen über den Anspruch auf eine Invalidenrente (Art. 28 Abs. 1 IVG), die Abstufung der Invalidenrenten nach dem Invaliditätsgrad (Art. 28 Abs. 2 IVG), die Revision der Invalidenrente (Art. 17 Abs. 1 ATSG) und die Bemessung des Invaliditätsgrades bei erwerbstätigen Versicherten nach der Einkommensver-

gleichsmethode (Art. 16 ATSG) zutreffend wiedergegeben. Darauf wird verwiesen.

4.

4.1 Das kantonale Gericht stellte in medizinischer Hinsicht im Wesentlichen auf das polydisziplinäre Gutachten der asim vom 22. April 2014 ab, dem es Beweiswert zuerkannte. Zu den seitens der ALSA PK hiegegen erhobenen Einwendungen hat es einlässlich Stellung genommen. Dabei hat es insbesondere das Vorliegen einer Aggravation u.a. unter Hinweis auf das negative Ergebnis des von der asim-Gutachterin durchgeführten Rey-Memori-Tests verneint. Die Vorinstanz bejahte sodann auch eine bei der Neuanschuldung relevante Verschlechterung des Gesundheitszustands im Vergleich zum Zeitpunkt der ablehnenden Verfügung vom 16. Januar 2008. Hinsichtlich des Grades der Arbeitsunfähigkeit stützte sie sich auf die Stellungnahme des Regionalen Ärztlichen Dienstes (RAD) vom 28. Dezember 2015. Gestützt auf dessen Angaben setzte sie die Arbeitsfähigkeit des Versicherten in einer leidensangepassten Tätigkeit wie folgt fest: 60 % vom 24. Mai 2012 (Neuanschuldung bei der Invalidenversicherung) bis 8. Oktober 2014; 0 % vom 9. Oktober 2014 bis 10. Mai 2015; 60 % seit 11. Mai 2015.

4.2 Für den Einkommensvergleich zog die Vorinstanz als hypothetisches Einkommen ohne Invalidität (Valideneinkommen) den zuletzt erzielten Lohn des Versicherten als Plattenleger in der Höhe von Fr. 65'000.- im Jahr 2005 heran und passte diesen der Nominallohnentwicklung bis 2012 (Rentenbeginn) an. Damit resultierte ein Betrag von Fr. 71'395.- im Jahr (Fr. 5'950.- im Monat). Das Invalideneinkommen setzte die Vorinstanz anhand der Tabellenlöhne der Lohnstrukturhebung (LSE) des Bundesamtes für Statistik im Jahre 2012 (LSE 2012 TA 1, Total, Kompetenzniveau 1, Männer) auf Fr. 5'210.- im Monat fest. Bei einer Arbeitsfähigkeit von 60 % resultierte ein Invalidenlohn von Fr. 3'126.- im Monat, was im massgebenden Zeitpunkt (November 2012) zu einem Invaliditätsgrad von rund 45 % führte, welcher den Anspruch auf eine Viertelsrente begründete. Einen invaliditätsbedingten Abzug vom Invalideneinkommen nahm die Vorinstanz nicht vor.

4.3 Nachdem der Versicherte am 1. April 2014 eine Erwerbstätigkeit als Plattenleger aufgenommen hatte, was nach drei Monaten Dauer zu berücksichtigen war (Art. 88a Abs. 1 IVV), resultierte laut Vorinstanz ohne Berücksichtigung eines 13. Monatslohns ab 1. Juli 2014 nur noch

ein Invaliditätsgrad von 15 %, der keinen Rentenanspruch mehr begründete. Zuzufolge voller Arbeitsunfähigkeit vom 9. Oktober 2014 bis 10. Mai 2015 habe ab Januar bis August 2015 nach Massgabe von Art. 88a Abs. 1 und 2 IVV ein Anspruch auf eine ganze Rente bestanden. Wegen der im Mai 2015 eingetretenen Verbesserung des Gesundheitszustandes, der nach drei Monaten zu berücksichtigen ist, sei ab 1. September 2015 wiederum ein Anspruch auf eine Viertelsrente ausgewiesen.

5.

5.1 Die ALSA PK beantragt in ihrer Beschwerde zur Hauptsache die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und der Verfügung der IV-Stelle. Sie vertritt die Auffassung, dass der Versicherte nicht rentenberechtigt sei. Sie würdigt Gutachten und weitere medizinische Unterlagen aus ihrer Sicht, wobei sie wiederholt auf eine Selbstlimitierung sowie Inkonsistenzen und Falschangaben bei der Begutachtung in der asim hinweist. Diese habe nicht berücksichtigt, dass die labortechnische Untersuchung betreffend Schmerzmittel und Antidepressiva unterhalb der Nachweisgrenze und deutlich unter dem therapeutischen Bereich gelegen hat.

5.2

5.2.1 Die Abstufungen im Grad der Arbeitsunfähigkeit, die den unterschiedlichen Invaliditätsgraden und Invalidenrenten zugrunde liegen, beruhen im Wesentlichen auf der Einschätzung des Gutachtens der asim (60 % Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Erwerbstätigkeit vom 24. Mai 2012 bis 8. Oktober 2014, volle Arbeitsunfähigkeit vom 9. Oktober 2014 bis 10. Mai 2015, 60 % Arbeitsfähigkeit seit 11. Mai 2015) sowie der zusammenfassenden Beurteilung der RAD-Ärztin Dr. med. Bucher vom 28. Dezember 2015 und sind nachvollziehbar.

5.2.2 Die ALSA PK bestreitet, dass der Versicherte nur noch zu 60 % arbeitsfähig sei. Sie wendet ein, dass dieser von 2009-2012 tatsächlich zu 100 % als Plattenleger gearbeitet habe; dies sei den Gutachtern bekannt gewesen, habe in der Expertise jedoch keine Berücksichtigung gefunden.

Die ALSA rügt die Festlegung der Arbeitsunfähigkeit nicht als willkürlich. Sie behauptet hingegen mit Blick auf die ausgeübte Plattenlegertätigkeit, das kantonale Gericht habe den rechtserheblichen medizinischen Sachverhalt unvollständig festgestellt. Dieser Ansicht kann nicht

beigepflichtet werden. Sowohl die asim-Gutachter als auch die Vorinstanz haben dargelegt, dass der Versicherte seine frühere Tätigkeit wieder aufgenommen habe; sie haben diese Arbeit aber mit Rücksicht auf den Gesundheitszustand des Versicherten zu Recht als ungeeignet qualifiziert. Auch der RAD bestätigte, dass sich der Versicherte damit – aus medizinischer Sicht absehbar – "überlastet" habe. Was die von der ALSA PK geltend gemachte Selbstimitation des Versicherten und die behaupteten Inkonsistenzen betrifft, handelt es sich um appellatorische Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz und der dieser zugrunde liegenden Expertise der asim, worauf nicht einzugehen ist (E. 2 hievov).

Eine willkürliche Sachverhaltsermittlung durch das kantonale Gericht rügt die ALSA PK zu Recht nicht. Die in der Beschwerde unter der Überschrift "Rechtliches" abgehandelten Punkte lassen ebenso wenig auf eine Bundesrechtsverletzung schliessen; vielmehr befassen sie sich wiederum mit Tatfragen. Zweifel an den vom Versicherten gegenüber den Gutachtern geäusserten Beschwerden genügen nicht, um den vorinstanzlichen Entscheid als rechtswidrig erscheinen zu lassen. Zum Einwand der ALSA PK, der Versicherte habe kurze Zeit nach der Begutachtung in der asim während mehr als sechs Monaten wieder als Plattenleger gearbeitet, hat die Vorinstanz, wie hievov erwähnt, mit zutreffender Begründung, welcher vollumfänglich beizupflichten ist, Stellung genommen. Der Umstand sodann, dass die asim-Sachverständigen keine MR-Untersuchungen durchgeführt haben, spricht nicht gegen die Beweiskraft der Expertise. Ob und welche bildgebenden Abklärungen erforderlich sind, entscheiden die untersuchenden Mediziner. Dass allenfalls unter gewissen Umständen die rechtsanwendenden Behörden in diese fachärztliche Kompetenz eingreifen können, ist nicht ausgeschlossen, vorliegend aber nicht zu prüfen, zumal keine Anhaltspunkte für eine zwingende Notwendigkeit bildgebender Abklärungen ersichtlich sind. Schliesslich wurden aggravatorisches Verhalten und Rentenbegehrlichkeit im Gutachten nicht in einem Ausmass festgestellt, das den Grad der attestierten Teilarbeitsfähigkeit entscheidend hätte beeinflussen können.

5.3 Ergänzende Abklärungen, wie sie die ALSA PK eventualiter verlangt, sind nicht erforderlich. Der rechtserhebliche medizinische Sachverhalt wurde vollständig untersucht. Der Versicherte wurde auch von zwei Begutachtungsstellen eingehend abgeklärt, wobei sich aus der Expertise der asim die für die Zusprechung einer Invalidenrente im Rahmen einer Neuanmeldung vorausgesetzte Verschlechterung der gesundheitlichen Situation ergibt. Ob das Administrativgutachten ver-

einzel Ungereimtheiten aufweist, wie die ALSA PK akribisch nachzuweisen sucht, ist unerheblich. Insgesamt ändert sich nichts an der Beweiskraft der asim-Expertise, da die fachärztliche Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit, die für die Invalidenversicherung im Vordergrund steht, nicht auf einer Rechtsverletzung beruht, woran sämtliche Vorbringen der ALSA PK nichts ändern.

6.

6.1 Der Versicherte macht geltend, entgegen dem angefochtenen Entscheid sei ein leidensbedingter Abzug vom Tabellenlohn vorzunehmen. Die IV-Stelle habe eine Reduktion des Invalideneinkommens um 10 % als angemessen erachtet, weil er nur noch körperlich leichte Tätigkeiten ausüben könne und durch die Benützung eines Gehörschutzes ab 83 dB(A) eingeschränkt werde. Sodann sei er auf eine leichte Tätigkeit mit einem Pensum von 60 % und zusätzlichen Pausen angewiesen, was sich lohnmindernd auswirke. Zudem sei er als Macedonier auf dem Arbeitsmarkt lohnmässig benachteiligt. Die Vorinstanz habe ihr Ermessen ohne triftigen Grund an die Stelle desjenigen der Verwaltung gesetzt und damit gegen Bundesrecht verstossen.

6.2 Praxisgemäss können persönliche und berufliche Merkmale der versicherten Person wie Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Nationalität oder Aufenthaltskategorie sowie Beschäftigungsgrad einen auf höchstens 25 % begrenzten Leidensabzug von dem nach den LSE-Tabellenlöhnen zu ermittelnden Invalideneinkommen rechtfertigen, soweit anzunehmen ist, dass die trotz des Gesundheitsschadens verbleibende Leistungsfähigkeit infolge eines oder mehrerer dieser Merkmale auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem Einkommen verwertet werden kann (BGE 135 V 297 E. 5.2 S. 301 mit Hinweisen). Bei der Bestimmung der Höhe des Abzuges ist der Einfluss aller in Betracht fallender Merkmale auf das Invalideneinkommen unter Würdigung der Umstände im Einzelfall gesamthaft zu schätzen und insgesamt auf höchstens 25 % des Tabellenlohnes zu begrenzen (BGE 134 V 322 E. 5.2 S. 328 mit Hinweis auf BGE 126 V 75).

6.3 Der Versicherte erwähnt mehrere Aspekte, die seiner Auffassung zufolge eine Reduktion des Tabellenlohnes um 10 % rechtfertigen würden. So verursache der Umstand, dass er bereits ab 83 dB(A) einen Gehörschutz tragen muss, einen lohnmässigen Nachteil auf dem Arbeitsmarkt. Ferner sei er nur zu 60 % arbeitsfähig. Ein Teilzeitpensum wirke sich bei Männern lohnmindernd aus. Nebst der zeitlichen

bestehe insoweit eine Einschränkung, als er auf eine leichte, wechselbelastend auszuübende Tätigkeit mit erhöhtem Pausenbedarf angewiesen ist. Aus der ganzen Palette der Verweisungstätigkeiten stehe ihm nur eine begrenzte Auswahl zur Verfügung, was laut den Urteilen 8C_548/2010 vom 23. Dezember 2010 E. 5.3.2 und 8C_319/2017 vom 6. September 2017 E. 3.3.2.1 unter dem Gesichtspunkt eines leidensbedingten Abzugs zu berücksichtigen sei. Des Weiteren falle ins Gewicht, dass er mazedonischer Staatsangehöriger mit Aufenthaltsbewilligung C sei. Als solcher habe er im Vergleich zu einem Schweizer Bürger mit einer Lohneinbusse zu rechnen, was in der Lohnstrukturhebung des Bundesamtes für Statistik ausgewiesen sei. Zuletzt sei zu beachten, dass er über keine Berufsausbildung verfügt und in der Schweiz nur die körperlich schwere Tätigkeit als Plattenleger ausgeübt hat. Dies bedeute, dass er auch mit einer unqualifizierten Hilfsarbeit nur einen unterdurchschnittlichen Lohn zu erreichen vermag. Diese Umstände habe die Vorinstanz nicht beachtet. In umfassender Abwägung aller Gesichtspunkte sei ein leidensbedingter Abzug von 10 % vorzunehmen.

6.4 Diese Einwendungen sind begründet. Indem die Vorinstanz mit Ausnahme der Benützung des Gehörschutzes, die sie als unerheblich betrachtete, und der Beschränkung auf die Ausübung leichter Tätigkeiten, der sie rechtsprechungsgemäss (Urteil 8C_514/2017 vom 9. Oktober 2017 E. 4.3.2) keinen lohnmindernden Effekt zubilligte, die vorliegend massgebenden Gesichtspunkte wie Nationalität (BGE 126 V 75 E. 5a/cc S. 78), eine begrenzte Auswahl an Verweisungstätigkeiten (erwähnte Urteile 8C_548/2010 vom 23. Dezember 2010 E. 5.3.2 und 8C_319/2017 vom 6. September 2017 E. 3.3.2.1) mit erhöhtem Pausenbedarf (vgl. Urteil 8C_548/2010 vom 23. Dezember 2010 E. 5.3.2 und 8C_319/2017 vom 6. September 2017 E. 3.3.2.1) sowie die fehlende Berufsbildung (vgl. Urteil 8C_319/2017 vom 6. September 2017 E. 3.3.2.1) unbeachtet gelassen hat, hat sie das Invalideneinkommen anhand der Tabellenlöhne unrichtig ermittelt und damit Art. 16 ATSG, der den Einkommensvergleich regelt, verletzt. Entsprechend den Vorbringen in der Beschwerde des Versicherten ist in gesamthafter Würdigung aller Umstände ein leidensbedingter Abzug von 10 % vom Tabellenlohn vorzunehmen.

6.5 Die Feststellungen der Vorinstanz zur Restarbeitsfähigkeit des Versicherten und zur Dauer des Invalidenrentenanspruchs werden vom Beschwerdeführer nicht bestritten und sind für das Bundesgericht verbindlich (E. 2 hievor). Auch kann von den unbestritten gebliebenen hypothetischen Einkommen gemäss E. 5.3 ff. des vorinstanzlichen

Entscheidungen ausgegangen werden. Danach belief sich das Valideneinkommen im November 2012 auf Fr. 71'395.-, das Invalideneinkommen gemäss LSE 2012 TA1 tirage_skill_level, Total, Kompetenzniveau 1, Männer, bei einer Arbeitsfähigkeit von 60 %, umgerechnet auf 41,7 Wochenarbeitsstunden, auf Fr. 39'106.-. Ebenso können für die folgende Zeit die im angefochtenen Entscheid wegen Änderungen des Gesundheitszustands des Versicherten angepassten Einkommen herangezogen werden. In Anbetracht des leidensbedingten Abzugs von 10 % vom statistisch erhobenen Invalidenlohn (Fr. 35'195.-) ergibt sich für die Zeit vom 1. November 2012 bis am 30. November 2014 Anspruch auf eine halbe Invalidenrente ($[(71'395 - 35'195) \cdot 71'395 \cdot 100 = 50,7]$, aufgerundet 51 %). Der Anspruch auf eine ganze Rente für die Zeit vom 1. Januar bis am 31. August 2015 bleibt unberührt.

7.

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der IV-Stelle und der ALSA PK je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG). Diese haben dem obsiegenden Versicherten darüber hinaus eine Parteienschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verfahren _____ und _____ werden vereinigt.

2.

Die Beschwerde der ALSA PK wird abgewiesen.

3.

Die Beschwerde des Versicherten wird gutgeheissen und der vorinstanzliche Entscheid vom 28. September 2018 wird in dem Sinne geändert, als der Versicherte vom 1. November 2012 bis 30. November 2014 Anspruch auf eine halbe Rente, vom 1. Januar 2015 bis 31. August 2015 Anspruch auf eine ganze Rente und ab 1. September 2015 wiederum Anspruch auf eine halbe Invalidenrente hat.

4.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'600.- werden der IV-Stelle des Kantons Zürich und der ALSA PK je zur Hälfte auferlegt.

5.

Die IV-Stelle des Kantons Zürich und die ALSA PK haben den Versicherten für das letztinstanzliche Verfahren mit je Fr. 2'000.- zu entschädigen.

6.

Die Sache wird zur Neuverlegung der Kosten und der Parteientschädigung des vorangegangenen Verfahrens an das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich zurückgewiesen.

7.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

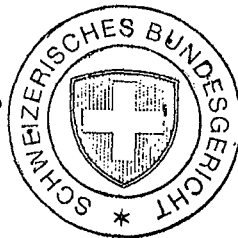
Luzern, 19. Juli 2019

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin:



Pfiffner



Der Gerichtsschreiber:



Widmer