

# Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich



IV.2021.00542

II. Kammer

Sozialversicherungsrichterin Grieder-Martens, Vorsitzende  
Sozialversicherungsrichterin Sager  
Ersatzrichterin Lienhard  
Gerichtsschreiberin Keller

**EINGEGANGEN**

20. April 2022

F: 20.5.2022 ohne GF

24.5.2022 mit GF

## Urteil vom 29. März 2022

in Sachen

Li                      F

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin Stephanie C. Elms  
schadenanwaelte AG  
Industriestrasse 13c, 6300 Zug

gegen

**Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle**

Röntgenstrasse 17, Postfach, 8087 Zürich  
Beschwerdegegnerin

weitere Verfahrensbeteiligte:

**AXA Stiftung Berufliche Vorsorge, Winterthur**

c/o AXA Leben AG  
General Guisan-Strasse 40, Postfach 300, 8401 Winterthur  
Beigeladene

AHV-Rentenalter. Hinsichtlich der Schul- und Erwerbsbiographie des Beschwerdeführers geht aus den Akten hervor, dass der in Portugal geborene Beschwerdeführer die Primarschule in Portugal absolviert habe und mit dem 13. Lebensjahr ausgeschult worden sei. Er habe keine weiteren Ausbildungen absolviert. Er habe im 13. Lebensjahr mit dem Vater im Steinbruch arbeiten müssen, 1991 sei er in die Schweiz gekommen (Urk. 7/89/18 Ziff. 3.2.5 f.). Von 1991 bis 2002 habe er als Bauarbeiter bei der I gearbeitet (Urk. 7/89/52 Ziff. 3.2.6, vgl. auch Urk. 7/13). Von 2002 bis November 2016, und damit während rund 14 Jahren bei derselben Arbeitgeberin, war er als Gartenarbeiter Bau bei der tätig (Urk. 7/11, Urk. 7/40/3, vgl. auch Urk. 7/13). Seither war er nicht mehr arbeitsfähig. Der Beschwerdeführer verfügt nur über rudimentäre Deutschkenntnisse (Urk. 7/89/19 Ziff. 4.2).

- 5.7 Die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers ist in dem Sinne beeinträchtigt, als er nur noch angepasste leichte, wechselbelastende Arbeiten mit der Möglichkeit zu vermehrten Ruhepausen ausüben kann. In der angestammten Tätigkeit des Beschwerdeführers als Gartenbauarbeiter besteht aufgrund der schwergradigen COPD keine Arbeitsfähigkeit mehr, in einer optimal angepassten Tätigkeit besteht eine 70%ige Arbeitsfähigkeit.

Beim vorliegenden Gesundheitsschaden, dem zu berücksichtigenden Belastungsprofil, der Arbeitsfähigkeit von 70 % und unter Berücksichtigung der Erwerbsbiographie sowie den persönlichen Verhältnissen verbleibt ein ausreichendes Spektrum von auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt verfügbaren körperlich leichten, wechselbelastende Tätigkeiten, insbesondere Hilfsarbeiten, die mit einem nur geringen oder gar keinen Umstellungs- und Einarbeitungsaufwand verbunden sind. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass der Beschwerdeführer über keine abgeschlossene Berufsausbildung verfügt und bisher während vielen Jahren bei den gleichen Arbeitgebern tätig war.

In Würdigung der rechtsprechungsgemäss massgebenden Umstände (vorstehend E. 5.3, E. 5.5) und insbesondere angesichts des im massgebenden Zeitpunkt erst 59-jährigen Beschwerdeführers führt dies zum Schluss, dass seine Restarbeitsfähigkeit als noch verwertbar einzustufen ist. Auf lohnmindernde Faktoren ist nachfolgend einzugehen.

6.

- 6.1 Bei erwerbstätigen Versicherten ist der Invaliditätsgrad gemäss Art. 16 ATSG in Verbindung mit Art. 28a Abs. 1 IVG aufgrund eines Einkommensvergleichs zu bestimmen. Dazu wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach

Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (sog. Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (sog. Valideneinkommen). Der Einkommensvergleich hat in der Regel in der Weise zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffermässig möglichst genau ermittelt und einander gegenübergestellt werden, worauf sich aus der Einkommensdifferenz der Invaliditätsgrad bestimmen lässt (sog. allgemeine Methode des Einkommensvergleichs; BGE 130 V 343 E. 3.4.2, 128 V 29 E. 1).

- 6.2 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Ermittlung des Valideneinkommens entscheidend, was die versicherte Person im Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdient hätte. Dabei wird in der Regel am zuletzt erzielten, nötigenfalls der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung angepassten Verdienst angeknüpft, da es empirischer Erfahrung entspricht, dass die bisherige Tätigkeit ohne Gesundheitsschaden fortgesetzt worden wäre. Ausnahmen müssen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt sein (BGE 145 V 141 E. 5.2.1, 139 V 28 E. 3.3.2, 135 V 58 E. 3.1, 134 V 322 E. 4.1).
- 6.3 Für den Einkommensvergleich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des (hypothetischen) Beginns des Rentenanspruchs massgebend, wobei Validen- und Invalideneinkommen auf zeitidentischer Grundlage zu erheben und allfällige rentenwirksame Änderungen der Vergleichseinkommen bis zum Verfügungserlass zu berücksichtigen sind (BGE 143 V 295 E. 4.1.3, 129 V 222 E. 4.1 und E. 4.2, 128 V 174).

Im Rahmen von Revisionsverfahren ist der Zeitpunkt der Anpassung des Rentenanspruchs massgebend (Urteil des Bundesgerichts 8C\_486/2019 vom 18. September 2019 E. 7.4).

- 6.4 Die Anmeldung des Beschwerdeführers vom 23. Juni 2018 ging am 10. Juli 2018 bei der Beschwerdegegnerin ein (vgl. Aktenverzeichnis zu Urk. 7/30), womit ein Rentenanspruch grundsätzlich frühestens am 1. Januar 2019 entstehen konnte (vorstehend E. 1.3). Deshalb sind der Berechnung des Invaliditätsgrades die Werte des Jahres 2019 zugrunde zu legen. Das Wartejahr war zu diesem Zeitpunkt bereits abgelaufen (vgl. vorstehend E. 5.1).
- 6.5 Die Beschwerdegegnerin ermittelte das Valideneinkommen für das Jahr 2018 gestützt auf den zuletzt erzielten Verdienst bei der [ ] und den IK-Auszug (vgl. Urk. 7/35), und errechnete ein hypothetisches Valideneinkommen

von Fr. 73'384.35 (vgl. Urk. 7/90), was vom Beschwerdeführer nicht bestritten wurde (vgl. Urk. 1). Hochgerechnet auf das Jahr 2019 resultiert ein hypothetisches Valideneinkommen von Fr. 74'341.-- (Fr. 72'670 [Jahr 2014] + Fr. 73'190.-- [Jahr 2015] + Fr. 73'197.80 [Jahr 2016] = Fr. 219'057.90 / 3 = Fr. 73'019.25 x 1.004 x 1.005 x 1.009).

- 6.6 Für die Bestimmung des Invalideneinkommens können nach der Rechtsprechung Tabellenlöhne gemäss den vom Bundesamt für Statistik periodisch herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE) herangezogen werden (BGE 139 V 592 E. 2.3, 135 V 297 E. 5.2, 129 V 472 E. 4.2.1). Dabei sind grundsätzlich die im Verfügungszeitpunkt aktuellsten veröffentlichten Tabellen der LSE zu verwenden (BGE 143 V 295 E. 4.1.3; zur Verwendung der aktuellsten statistischen Daten bei Rentenrevisionen vgl. BGE 143 V 295 E. 4.2.2, 142 V 178 E. 2.5.8.1, 133 V 545 E. 7.1). Die Verwendung der Tabellenlöhne ist subsidiär, das heisst deren Bezug erfolgt nur, wenn eine Ermittlung des Invalideneinkommens aufgrund und nach Massgabe der konkreten Gegebenheiten des Einzelfalles nicht möglich ist (vgl. BGE 142 V 178 E. 2.5.7, 139 V 592 E. 2.3, 135 V 297 E. 5.2; vgl. auch Meyer/Reichmuth, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, 3. Auflage 2014, Rn 55 und 89 zu Art. 28a, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung).
- 6.7 Wird das Invalideneinkommen auf der Grundlage von statistischen Durchschnittswerten ermittelt, ist der entsprechende Ausgangswert (Tabellenlohn) allenfalls zu kürzen. Damit soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass persönliche und berufliche Merkmale, wie Art und Ausmass der Behinderung, Lebensalter, Dienstjahre, Nationalität oder Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad Auswirkungen auf die Lohnhöhe haben können (BGE 124 V 321 E. 3b/aa). Aufgrund dieser Faktoren kann die versicherte Person die verbliebene Arbeitsfähigkeit auch auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt möglicherweise nur mit unterdurchschnittlichem erwerblichem Erfolg verwerten. Der Abzug soll aber nicht automatisch erfolgen. Er ist unter Würdigung der Umstände im Einzelfall nach pflichtgemässen Ermessen gesamthaft zu schätzen und darf 25 % nicht übersteigen (vgl. BGE 135 V 297 E. 5.2, 134 V 322 E. 5.2 und 126 V 75 E. 5b/aa-cc). Die Rechtsprechung gewährt insbesondere dann einen Abzug auf dem Invalideneinkommen, wenn eine versicherte Person selbst im Rahmen körperlich leichter Hilfsarbeitertätigkeit in ihrer Leistungsfähigkeit eingeschränkt ist (BGE 126 V 75 E. 5a/bb). Zu beachten ist jedoch, dass allfällige bereits in der Beurteilung der medizinischen Arbeitsfähigkeit enthaltene gesundheitliche Einschränkungen nicht zusätzlich in die Bemessung des leidensbedingten Abzugs einfliessen und so zu einer doppelten Anrechnung desselben Gesichtspunkts führen dürfen (BGE 146 V 16 E. 4.1 mit Hinweisen).

Nach ständiger Rechtsprechung darf das (kantonale) Sozialversicherungsgericht sein Ermessen, wenn es um die Beurteilung des Tabellenlohnabzuges gemäss BGE 126 V 75 geht, nicht ohne triftigen Grund an die Stelle desjenigen der Verwaltung setzen; es muss sich auf Gegebenheiten abstützen können, welche seine abweichende Ermessensausübung als naheliegender erscheinen lassen (BGE 137 V 71 E. 5.2 und 126 V 75 E. 6). Wurde bei der Festsetzung der Höhe des Abzugs vom Tabellenlohn ein Merkmal oder ein bestimmter Aspekt eines Merkmals zu Unrecht nicht berücksichtigt oder zu Unrecht berücksichtigt, hat die Beschwerdeinstanz den Abzug gesamthaft neu zu schätzen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 9C\_808/2015 vom 29. Februar 2016 E. 3.4.3 und 8C\_113/2015 vom 26. Mai 2015 E. 3.2).

- 6.8 Die bisherige Stelle wurde dem Beschwerdeführer auf den 30. November 2016 gekündigt (vgl. Urk. 7/40/3). In der Folge hat er keine Erwerbstätigkeit aufgenommen. Folglich stellte die Beschwerdegegnerin zur Ermittlung des Invalideneinkommens zu Recht auf die Tabellenlöhne gemäss LSE ab, nämlich auf das von Männern für einfache Tätigkeiten körperlicher oder handwerklicher Art durchschnittlich erzielte Einkommen in der Höhe von Fr. 5'417.-- (Lohnstrukturerhebung (LSE) 2018, TA1\_triage\_skill\_level, Total Männer, Kompetenzniveau 1). Angepasst an die betriebsübliche Arbeitszeit von 41.7 Stunden im Jahr 2019 (vgl. Tabelle Betriebsübliche Arbeitszeit nach Wirtschaftsabteilungen, herausgegeben vom Bundesamt für Statistik, BFS, T 03.02.03.01.04.01, Total Ziff. 1-96) sowie an die durchschnittliche Nominallohnentwicklung von 0.9 % im Jahr 2019 (Bundesamt für Statistik, Tabelle T 39, Entwicklung der Nominallöhne, Männer) ergibt sich per 2019 in angepasster Tätigkeit ein Invalideneinkommen von Fr. 68'376.55 (Fr. 5'417.-- x 12 : 40 x 41.7 x 1.009). Der Beschwerdeführer ist unter Berücksichtigung seines Belastungsprofils 70 % arbeitsfähig, womit ein Invalideneinkommen von Fr. 47'863.60 resultiert.
- 6.9 Die Beschwerdegegnerin gewährte keinen Leidensabzug. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, es sei standardmässig immer dann schon ein leidensbedingter Abzug von 15 % zu gewähren, wenn das Invalideneinkommen anhand von Tabellenlöhnen ermittelt werde (vgl. Urk. 1 S. 15 Ziff. 42) ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass gemäss langjähriger Rechtsprechung des Bundesgerichts bei der Ermittlung des Invalideneinkommens mittels der LSE-Tabellen vom Medianwert ausgegangen wird (BGE 129 V 472 E. 4.2.1; Urteil des Bundesgerichts 9C\_674/2019 vom 9. Dezember 2019 E. 3.6.1). Um behinderungsbedingte Einbussen auszugleichen, ist nicht auf einen Durchschnittswert unterer Quartilsbereiche abzustellen und vom Zentralwert des monatlichen Bruttolohnes

(Median) abzuweichen. Hierfür sieht die Rechtsprechung explizit den leidensbedingten Abzug von bis zu 25 % des Medianwerts vor (Urteil des Bundesgerichts 8C\_190/2019 vom 12. Februar 2020 E. 4.1 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht hat denn auch unter Bezugnahme auf die im vorliegenden Beschwerdeverfahren ebenfalls vorgelegten neusten wissenschaftlichen Untersuchungen mit Urteil vom 9. März 2022 entschieden, es halte eine Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung zur Ermittlung des Invaliditätsgrades anhand der Tabellenlöhne der LSE nicht für angezeigt. Es würden keine ernsthaften sachlichen Gründe für eine Änderung der Praxis vorliegen. Für die korrekte Festlegung des Invaliditätsgrades seien die bisher angewandten Korrekturinstrumente von zentraler Bedeutung. Eine Änderung der Rechtsprechung zum heutigen Zeitpunkt würde mit Blick auf die per 1. Januar 2022 in Kraft getretenen Anpassungen des Bundesgesetzes und der Verordnung über die Invalidenversicherung ohnehin nicht opportun sein (vgl. Medienmitteilung des Bundesgerichts zu seinem Urteil 8C\_256/2021 vom 9. März 2022).

Vorliegend besteht damit kein Anlass, von der gefestigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung betreffend das Abstellen auf den Medianlohn abzuweichen oder einen generellen Abzug vorzunehmen.

Soweit der Beschwerdeführer auf fehlende genügende Sprachkenntnisse hinweist und geltend macht, dass ihm eine berufliche Umorientierung nach 30 Jahren in Bautätigkeiten kaum mehr zugemutet werden könne (vgl. Urk. 1 S. 15 Rz 42), ist auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinzuweisen, wonach mangelnde Sprachkenntnisse regelmässig keinen Abzug vom Tabellenlohn begründen. Diesem Umstand sowie den fehlenden Berufskennnissen in einer Verweistätigkeit wird bereits mit dem herangezogenen Tabellenlohn des niedrigsten Kompetenzniveau 1 Rechnung getragen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_702/2020 vom 1. Februar 2021 E. 6.3.2 mit Hinweis). Zudem nimmt auch die Bedeutung der Anzahl Dienstjahre im privaten Sektor ab, je niedriger das Anforderungsprofil ist (AHI 1999 177 E. 3b S. 181), weshalb mit Blick auf das Kompetenzniveau 1 die langen Betriebszugehörigkeiten keinen Abzug zu rechtfertigen vermögen (Urteil des Bundesgerichts 9C\_455/2013 vom 4. Oktober 2013 E. 4.1 mit Hinweisen).

Vorliegend sind jedoch die fehlende Ausbildung, das Alter und die längere Abwesenheit vom Arbeitsmarkt als lohnmindernde Faktoren zu berücksichtigen. Hinzu kommt das eingeschränkte orthopädische und neurologische Belastungsprofil. Dieses floss in die Beurteilung der 70%igen Arbeitsfähigkeit nicht ein, hielten die Gutachter doch fest, dass in einer optimal angepassten Tätigkeit eine

Arbeitsfähigkeit von 70 % bei einer zeitlichen Einschränkung des Pensums aufgrund der COPD bestehe. Aufgrund der konkreten Umstände, insbesondere angesichts der zahlreichen Anforderungen an die leidensangepasste Tätigkeit, welche im Wesentlichen nicht nur Gewichte, Zwangshaltungen, Niveauunterschiede und Wechselbelastung sondern auch fein- und feinstmanipulatives Handgeschick betreffen (vgl. vorstehend E. 4.1.6-4.1.7), die im Rahmen der Stellensuche zu berücksichtigen und eines Vorstellungsgesprächs zu thematisieren sind, bestehen Hinweise, dass der Beschwerdeführer die verbliebene Arbeitsfähigkeit auch auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem erwerblichen Erfolg verwerten kann. Dies kann nicht unberücksichtigt bleiben, womit insgesamt ein Abzug vom Tabellenlohn von 15 % zu gewähren ist.

Damit resultiert ein hypothetisches Invalideneinkommen in Höhe von rund Fr. 40'684.05 (Fr. 47'863.60 x 0.85) und ein eine Viertelsrente begründender Invaliditätsgrad von rund 45 % (Fr. 74'341.-- - Fr. 40'684.05 = Fr. 33'656.95; Fr. 33'656.95 / Fr. 74'341.-- = 45 %).

- 6.10 In Gutheissung der Beschwerde ist die Verfügung vom 12. Juli 2021 aufzuheben und festzustellen, dass der Beschwerdeführer mit Wirkung ab 1. Januar 2019 Anspruch auf eine Viertelsrente hat.

7.

- 7.1 Da es im vorliegenden Verfahren um die Bewilligung oder Verweigerung von IV-Leistungen geht, ist das Verfahren kostenpflichtig. Die Gerichtskosten sind nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert festzulegen (Art. 69 Abs. 1<sup>bis</sup> IVG) und auf Fr. 900.-- anzusetzen und entsprechend dem Ausgang des Verfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

- 7.2 Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) hat die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer).

Unter Berücksichtigung der vorgenannten Bemessungskriterien und einem gerichtsblichen Stundenansatz von Fr. 220.-- (zuzüglich MWSt) ist die Beschwerdegegnerin daher zu verpflichten, dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 2'400.-- (inklusive Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

- 7.3 Bei diesem Ausgang des Verfahrens erweist sich das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und der unentgeltlichen Rechtsvertretung als gegenstandslos.


### Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die angefochtene Verfügung der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, vom 12. Juli 2021 aufgehoben und es wird festgestellt, dass der Beschwerdeführer mit Wirkung ab 1. Januar 2019 Anspruch auf eine Viertelsrente der Invalidenversicherung hat.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 900.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. Rechnung und Einzahlungsschein werden der Kostenpflichtigen nach Eintritt der Rechtskraft zugestellt.
3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 2'400.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.
4. Zustellung gegen Empfangsschein an:
  - Rechtsanwältin Stephanie C. Elms, unter Beilage des Doppels von Urk. 11
  - Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, unter Beilage des Doppels von Urk. 11
  - Bundesamt für Sozialversicherungen
  - AXA Stiftung Zusatzvorsorgesowie an:
  - Gerichtskasse (im Dispositiv nach Eintritt der Rechtskraft)
5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).  
  
Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

## Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich

Die Vorsitzende



Grieder-Martens

Die Gerichtsschreiberin



Keller

RA/SAK/PRK

versandt

19. April 2022