

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2012.00040

vom 23. August 2013

ZH Sozialversicherungsgericht, 2013-08-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_BV.2012.00040

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2012.00040 du 23 août 2013

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2012.00040 del 23 agosto 2013

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 1958, arbeitete vom 2. Juni 1998 bis 30. September

E. 1.1

Als für die obligatorische Versicherung von Arbeitnehmern nach den Art. 2 und 7 ff. des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) beachtliche Mindestvorschrift (Art.

E. 1.2

Unter Arbeitsunfähigkeit ist die durch den Gesundheitszustand bedingte Einbusse an funktionellem Leistungsvermögen im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zu verstehen. Die Arbeitsunfähigkeit muss zudem erheblich, offensichtlich und dauerhaft sein. Die Einbusse an funktionellem Leistungsvermögen ist laut Rechtsprechung erheblich, wenn sie mindestens 20 Prozent beträgt (vgl. Mitteilungen über die berufliche Vorsorge des Bundesamtes für Sozialversicherung Nr. 44 vom 14. April 1999, Rz 258 mit Hinweisen).

E. 1.3

Nach Art. 24 Abs. 1 BVG hat der Versicherte Anspruch auf eine volle Invalidenrente, wenn er im Sinne der Invalidenversicherung mindestens

70 Prozent, auf eine Dreiviertelsrente, wenn er mindestens 60 Prozent, auf eine halbe Rente, wenn er mindestens zur Hälfte und auf eine Viertelsrente, wenn er mindestens zu 40 Prozent invalid ist. Gemäss Abs. 1 von Art. 26 BVG gelten für den Beginn des Anspruchs auf Invalidenleistungen sinngemäss die entsprechenden Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (Art. 29 IVG). Die Invalidenleistungen nach BVG werden von derjenigen Vorsorgeeinrichtung geschuldet, welcher die den Anspruch erhebende Person bei Eintritt des versicherten Ereignisses angeschlossen war. Im Bereich der obligatorischen beruflichen Vorsorge fällt dieser Zeitpunkt nicht mit dem Eintritt der Invalidität nach IVG, sondern mit dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zusammen, deren Ursache zur Invalidität geführt hat (vgl. Art. 23 BVG). Auf diese Weise wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die versicherte Person meistens erst nach einer längeren Zeit der Arbeitsunfähigkeit (nach einer Wartezeit von einem Jahr gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG in der bis 31. Dezember 2007 gültigen Fassung in Verbindung mit Art. 26 BVG) invalid wird. Damit nämlich der durch die zweite Säule bezweckte Schutz zum Tragen kommt, muss das Invaliditätsrisiko auch dann gedeckt sein, wenn es rechtlich gesehen erst nach einer langen Krankheit eintritt, während welcher die Person unter Umständen aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden ist und daher nicht mehr dem Obligatorium unterstanden hat (BGE 123 V 264 E. 1b, 121 V 101 E. 2a, 120 V 116 E. 2b, je

mit Hinweisen).

E. 1.4

Art. 23 BVG kommt auch die Funktion zu, die Haftung mehrerer Vorsorgeeinrichtungen gegeneinander abzugrenzen, wenn eine in ihrer Arbeitsfähigkeit bereits beeinträchtigte versicherte Person ihre Arbeitsstelle (und damit auch die Vorsorgeeinrichtung) wechselt und ihr später eine Rente der Invalidenversicherung zugesprochen wird. Der Anspruch auf Invalidenleistungen nach Art. 23 BVG entsteht in diesem Fall nicht gegenüber der neuen Vorsorgeeinrichtung, sondern gegenüber derjenigen, welcher die Person im Zeitpunkt des Eintritts der invalidisierenden Arbeitsunfähigkeit angehörte. Damit eine Vorsorgeeinrichtung, der eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer beim Eintritt der Arbeitsunfähigkeit angeschlossen war, für das erst nach Beendigung des Vorsorgeverhältnisses eingetretene Invaliditätsrisiko aufzukommen hat, ist indes erforderlich, dass zwischen Arbeitsunfähigkeit und Invalidität ein enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht (BGE 130 V 275 E. 4.1). In sachlicher Hinsicht liegt ein solcher Zusammenhang vor, wenn der der Invalidität zu Grunde liegende Gesundheitsschaden im Wesentlichen derselbe ist, der zur Arbeitsunfähigkeit geführt hat. Sodann setzt die Annahme eines engen zeitlichen Zusammenhangs voraus, dass die versicherte Person nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit nicht während längerer Zeit wieder arbeitsfähig wurde. Die frühere Vorsorgeeinrichtung hat nicht für Rückfälle oder Spätfolgen einer Krankheit einzustehen, die erst Jahre nach Wiedererlangung der vollen Arbeitsfähigkeit eintreten. Demnach darf nicht bereits eine Unterbrechung des zeitlichen Zusammenhangs angenommen werden, wenn die Person bloss für kurze Zeit wieder an die Arbeit zurückgekehrt ist. Ebenso wenig darf die Frage des zeitlichen Zusammenhangs zwischen Arbeitsunfähigkeit und Invalidität in schematischer (analoger) Anwendung der Regeln von Art. 88a Abs. 1 der Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV) beurteilt werden, wonach eine anspruchsbeeinflussende Verbesserung der Erwerbsfähigkeit in jedem Fall zu berücksichtigen ist, wenn sie ohne wesentliche Unterbrechung drei Monate gedauert hat und voraussichtlich andauern wird. Zu berücksichtigen sind vielmehr die gesamten Umstände des konkreten Einzelfalles, namentlich die Art des Gesundheitsschadens, dessen prognostische ärztliche Beurteilung und die Beweggründe, die die versicherte Person zur Wiederaufnahme der Arbeit veranlasst haben (BGE 123 V 264 E. 1c, 120 V 117 f. E. 2c/aa und bb mit Hinweisen).

E. 1.5

Aus der engen Verbindung zwischen dem Recht auf eine Rente der Invalidenversicherung und demjenigen auf eine Invalidenleistung nach BVG ergibt sich, dass der Invaliditätsbegriff im obligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge und in der Invalidenversicherung grundsätzlich der gleiche ist (BGE 123 V 271 E. 2a, 120 V 108 E. 3c, je mit Hinweisen).

Praxisgemäss sind daher die Vorsorgeeinrichtungen im Bereich der gesetzlichen Mindestvorsorge (Art. 6 BVG) an die Feststellungen der IV-Organen (Eintritt der invalidisierenden Arbeitsunfähigkeit, Eröffnung der Wartezeit, Festsetzung des Invaliditätsgrades) gebunden, soweit die IV-rechtliche Betrachtung aufgrund einer gesamthaften Prüfung der Akten nicht als offensichtlich unhaltbar erscheint (BGE 126 V 311 E. 1 in fine).

Diese Bindungswirkung setzt voraus, dass die IV-Stelle allen in Betracht fallenden Vorsorgeeinrichtungen ihre Rentenverfügung von Amtes wegen eröffnet. Dem BVG-Versicherer steht ein selbständiges Beschwerderecht im Verfahren nach IVG zu. Unterbleibt ein solches Einbeziehen der Vorsorgeeinrichtungen, ist die IV-rechtliche Festsetzung des Invaliditätsgrades (grundsätzlich, masslich und zeitlich) berufsvorsorgerechtlich nicht verbindlich (BGE 130 V 273 E. 3.1). 1. 6

Nach der Rechtsprechung ist ein Beschluss der Eidgenössischen Invalidenversicherung (IV) für die Vorsorgeeinrichtung in der Regel bindend, es sei denn, er erweise sich als offensichtlich unhaltbar. Diese Grundsätze über die Massgeblichkeit des Beschlusses der IV gelten nicht nur bei der Festlegung des Invaliditätsgrades, sondern auch bei der Entstehung des Rentenanspruchs, mithin auch dort, wo sich die Frage nach dem Zeitpunkt des Eintritts der relevanten Arbeitsunfähigkeit stellt, deren Ursache zur Invalidität geführt hat (BGE 123 V 271 E. 2a, BGE 120 V 109 E. 3c). Auch im Bereich der weitergehenden beruflichen Vorsorge besteht jene Bindung, wenn die Vorsorgeeinrichtung in ihrem Reglement vom gleichen Invaliditätsbegriff ausgeht wie die Invalidenversicherung (BGE 120 V 109 E. 3c, 126 V 311 E. 1). Dies trifft vorliegend zu (vgl. Art. 13 des Reglements, Urk. 10/2).

Die Verfügung der IV-Stelle bindet eine Vorsorgeeinrichtung nur dann, wenn der Vorsorgeeinrichtung vorab bestimmte Mitwirkungs- und Verfahrensrechte eingeräumt worden sind. Der Anspruch auf das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) und Art. 49 Abs. 4 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; in Kraft seit dem 1. Januar 2003) verlangen nämlich, dass eine IV-Stelle, welche eine die Leistungspflicht einer Vorsorgeeinrichtung berührende Verfügung erlässt, diese Einrichtung spätestens bei Erlass des Vorbescheids in das IV-rechtliche Verfahren einbezieht (BGE 129 V 73 ff.). 2.

E. 2.1

Die IV-Stelle hat der Beklagten den Vorbescheid vom 13. April 2007 (Urk. 16/30), in welchem sie von einem Invaliditätsgrad von 45 % ausgegangen war, eröffnet. Der Kläger liess dagegen Einwand erheben, worauf die IV-Stelle neue Sachverhaltsabklärungen vornahm. Mehr als drei Jahre später erliess die IV-Stelle die Verfügungen vom 8. Dezember 2010 (Urk. 2/2/1-3), mit welchen sie dem Kläger mit Wirkung ab 1. Januar 2006 eine Dreiviertels- und mit Wirkung ab 1. Dezember 2007 eine ganze Rente zusprach, ohne zuvor einen Vorbescheid zu erlassen und die Beklagte in das Verwaltungsverfahren miteinzubeziehen. Damit verletzte sie das rechtliche Gehör der Beklagten.

E. 2.2

Das Bundesgericht hat wiederholt entschieden, dass mit der Anfechtung der Rentenverfügung beim kantonalen Gericht durch die Einrichtung der beruflichen Vorsorge der Mangel, nicht ins Verwaltungsverfahren einbezogen worden zu sein, als geheilt betrachtet werden kann, da das kantonale Gericht den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei prüft und die Einrichtung der beruflichen Vorsorge umfassend Stellung nehmen, neue Beweismittel einbringen und sich zu allen Aspekten des Verfahrens äussern kann (Urteil 9C_1/2013 E. 2.4 mit Hinweisen).

E. 2.3

Die Beklagte wurde zwar nicht in das Verwaltungsverfahren einbezogen, aller dings stellte die IV-Stelle der Beklagten die Verfügungen vom 8. Dezember 2010 ordnungsgemäss zu, worauf die Beklagte mit Bezug auf die 30tägige Beschwerdeschrift mit Schreiben vom 10. Dezember 2010 (Urk. 16/127) die IV-Stelle um Zustellung der Akten bat. Es fragt sich, ob sich die Beklagte einfach auf den Standpunkt stellen kann, sie sei wegen der Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht an die Feststellungen der IV-Stelle gebunden, oder ob sie gegen die Verfügungen vom 8. Dezember 2010 nicht hätte Beschwerde erheben müssen. Da, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, die Feststellungen der IV-Stelle offensichtlich unhaltbar sind und daher für die Klägerin ohnehin nicht bindend sind, kann diese Frage vorliegend offen bleiben. 3.

Der medizinische Sachverhalt stellt sich folgendermassen dar: 3.1

Gemäss Bericht von Dr. med. Z.____, Spezialarzt für innere Medizin FMH, vom 19. September 2005 (Urk. 16/8/1-2) leidet der Kläger an einer Diskushernie C5/6 mit Radikulopathie C6 links sowie einer Diskusprotrusion C6/7. Zwischen dem 26. Januar und dem 9. März 2005 und seit dem 15. März 2005 bestehe eine vollständige Arbeitsunfähigkeit, vom 10. bis 14. März 2005 habe eine 50%ige Arbeitsfähigkeit bestanden. Der Kläger werde seine bisherige Tätigkeit voraussichtlich nie mehr ausüben können. Im Moment seien ihm auch keine leichteren Arbeiten möglich, da ihm die einschliessenden Schmerzen und Parästhesien immer wieder zur Arbeitsunterbrechung zwingen. 3.2

3.2.1

Dr. med. A.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, diagnostizierte im Arztbericht vom 19. Februar 2006 (Urk. 16/15) eine nichtorganische Insomnie im Rahmen einer psychogenen Anpassungsstörung mit vorwiegender Beeinträchtigung von anderen Gefühlen (ICD-10 F51.0, F43.23) mit/bei Diskushernie C5/C6 und C6/C7. Der Kläger sei wach und allseits orientiert. Es zeigten sich vorderhand keine Hinweise auf Auffassungs-, Merkfähigkeits-, Konzentrations- oder Gedächtnisstörungen. Es sei ein affektiver Rapport herstellbar, der Kläger sei aber traurig und deutlich leidend. Es zeigten sich Sorgen, innere Anspannung, Insomnie, Anhedonie, Libidoverlust, Angst sowie diverse somatische Beschwerden.

Zur Arbeitsfähigkeit äusserte sich Dr. A.____ nicht. 3.2.2

Am 26. April 2009 (Urk. 16/86) berichtete Dr. A.____

zu Händen der Rechtsvertreterin des Klägers, der psychische Gesundheitszustand weise beim Kläger bis zum heutigen Tag einen Krankheitswert auf und die Arbeitsfähigkeit sei aus rein psychiatrischer Sicht aktuell zumindest zu zwei Dritteln eingeschränkt. Aus rein psychiatrischer Sicht sei der Kläger in Tätigkeiten, die deutliche Anforderungen an die Konzentrationsfähigkeit stellen, nicht arbeitsfähig. Aufgrund der zu diagnostizierenden Depressivität und der erheblichen Schlafstörungen sei zudem jegliche Tätigkeit im Schichtbetrieb unmöglich. 3.3

Im Gutachten der Medizinischen Abklärungsstelle MEDAS B.____ vom 19. Dezember 2008 wurden folgende Diagnosen mit wesentlicher Einschränkung der zumutbaren Arbeitsfähigkeit gestellt (Urk. 16/75 S. 17): „Chronisches Schmerzsyndrom im Nacken und linken Arm, mit zervikovertebralem Syndrom, mit Osteochondrose und mässiggradiger Diskusprotrusion C5/6 - möglicher intermittierender Reizung der

Nervenwurzel von C6 links - mässiggradiger Per i arth ro pathia humeroscapularis ankylosans sinistra, mit - Diabetes mellitus als Risikofaktor Leichtes, unspezifisches Lumbovertebralsyndrom“.

Als Diagnosen ohne wesentliche Einschränkung der Arbeitsfähigkeit, aber mit Krankheitswert nannten die Gutachter (Urk. 16/75 S. 17): „Psychologische Verhaltensauffälligkeiten aufgrund somatischer Faktoren, bei - akzentuierter Persönlichkeit mit narzisstisch-verletzlichen und ängstlich-vermeidenden Zügen, mit - Ehe-, Berufs- und Finanzproblemen Diabetes mellitus Typ 2, seit 2004, unter Diät und Sulfonylharnstoff sehr gut eingestellt (HbA 1c 5.8 bei normal 4.8-5.7), bei - positiver Familienanamnese (Vater, eine Tante väterlicherseits) Arterielle Hypertonie, wahrscheinlich „essentiell“, seit 1996 behandelt, aktuell 140/100 mmHg“.

Objektiv wirke der etwas übergewichtige Kläger altersentsprechend, nicht depressiv, aber unzufrieden und frustriert. Auffällig seien eine leichte Atrophie der linken Schulterkontur und eine deutlichere des linken Oberarms. Es zeigten sich quere Striae albae in der lumbalen und medialen Oberschenkelregion (Glu kokortikoid-Nebenwirkung). Es könne eine thorakale leichte Hyperkyphose und linkskonvexe Skoliose des Achsenorgans beobachtet werden. Die aktive Beweglichkeit der Halswirbelsäule sei unter Stöhnen stark eingeschränkt, ganz im Gegensatz zum Verhalten während der Anamnese. Die aktive Motilität des linken Armes sei ebenfalls vermindert. Es bestehe eine Druck- und Klopfdolenz ohne unwillkürliche Reaktion von C1-Th2 und Th12 bis zum Sakrum. Der Blutdruck betrage 140/100 mmHg. Der Kläger klagt über eine dissoziierte Sensibilitätsstörung der linken oberen Extremität bei symmetrischen Reflexen und nur wenig vermindertem Händedruck links gegenüber rechts.

Im Labor zeigten sich eine leicht erhöhte Zahl der basophilen Leukozyten sowie leicht erhöhte Werte von GPT, HbA1c und Gesamtprotein.

Konventionell-radiologisch sehe man an der Lendenwirbelsäule nur eine geringe Spondylose und daneben eine leichte Aortensklerose.

Für die angestammte Tätigkeit als Kellner bestehe ausschliesslich aus rheumatologischen Gründen eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit. Für eine körperlich leichte Tätigkeit ohne grosses Bewegungsausmass der linken Schulter und ohne Tätigkeiten kranial der Schulterhöhe bestehe eine vollständige Arbeitsfähigkeit. Aus psychiatrischer Sicht bestehe keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit. Bezüglich der angestammten Tätigkeit als Kellner sei in Übereinstimmung mit der Beurteilung des damaligen Hausarztes seit dem 26. Januar 2005 von einer Arbeitsunfähigkeit auszugehen. 3.4 3.4.1

Im Bericht vom 22. Juli 2009 (Urk. 16/92) zu Händen der Rechtsvertreterin des Klägers diagnostizierte Dr. med. C.____, Spezialarzt FMH für Chirurgie, ein chronisches cervico-cephales Schmerzsyndrom mit unspezifischem, wahrscheinlich cervical bedingtem Begleitschwindel sowie eine Cervicobrachalgie links mit im MRI dargestellter intraforaminaler Einengung C5/C6 links mit konsekutiver Nervenirritation. Seit mehr als 10 Jahren habe der Kläger ständige Nacken- und Hinterhauptsbeschwerden und Schmerzen in beiden Schultern. Die Beschwerden hätten über all die Jahre zugenommen. Daneben bestünden neuropsychologische Beschwerden mit erhöhter Ermüdbarkeit, Konzentrationschwäche, Vergesslichkeit, erhöhter Reizbarkeit sowie verminderter Leistungsfähigkeit und Belastbarkeit. Für Tätigkeiten mit schwerem Heben oder Tragen von Lasten sowie in wirbelsäulenbelastenden Tätigkeiten in Zwangshaltungen, für Tätigkeiten mit lang

andauerndem reinem Stehen, insbesondere in vornüberge neigter Körperhaltung, für Tätigkeiten mit repetitiven Rumpf- oder HWS-rotierenden Stereotypen sowie für Arbeiten überwiegend im Überkopfbereich, sei der Kläger nicht geeignet. Zumutbar erschienen körperlich leichte bis mittel schwere Tätigkeiten in wirbelsäulenadaptierten Wechselpositionen mit der Möglichkeit zum Wechsel zwischen Sitzen, Stehen und Gehen. Die prozentuale Arbeitsfähigkeit müsse durch einen Leistungstest geprüft werden. 3.4.2

Im Bericht vom 14. Mai 2012 (Urk. 16/133) hielt Dr. C.____ dafür, dass dem Kläger aus somatischen und neuropsychologischen Gründen keine Tätigkeit mehr zugemutet werden könne. 3.5 3.5.1

Die Ärzte des D.____

stellten im Bericht vom 3. Februar 2010 (Urk. 16/105) folgende Diagnosen : , 1. Mittelgradige depressive Episode (ICD-10: F32.1) 2. Anhaltende somatoforme Schmerzstörung (F45.4) 3. Chronisches, cervico-cephales Schmerzsyndrom mit unspezifischem, wahr scheinlich cervical bedingtem Begleitschwindel (Diagnose Dr. C.____ , Chirurgie vom 04.09.09) 4. Cervicobrachialgie li. mit im MRI dargestellter intraforaminaler Einengung C5/6 li. Mit konsekutiver Nervenirritation (Diagnose Dr. C.____ , Chirurgie vom 04.09.09) 5. C3/4, C4/5 geringe mediane Diskusprotrusion mit leichter Eindellung des Duralsackes von ventral. C5/6 Breite Discusprotrusion und linkslaterale Discushernie mit Einengung des linksseitigen Neuroforamens. C6/7 mediane Discushernie mit Eindellung des Duralsackes von ventral (MRI Limmattalspital vom 25.01.05) 6. Impingement li. Schulter m/b - Kleinvolumiger Erguss der Bursa subacromialis/subdeltoidea (Diagnose Röntgeninstitut Aarau vom 25.09.07) 7. Diabetes mellitus Typ II (Patientenangabe) 8. Hypertonie (Patientenangabe) “ .

Subjektiv sei der Kläger für den Beruf als Kellner, aber auch in angepasster Tätigkeit vollständig arbeitsunfähig. Er könne noch mit der Ehefrau einkaufen, 60 Minuten gehen (dann müsse er liegen), 5 kg heben (links weniger), ca. 30 Minuten sitzen (dann müsse sich der Kläger wieder erheben) und etwas beim Putzen, Staubsaugen und

Kochen mithelfen . Längeres Putzen , Waschen oder Bügeln sei nicht möglich . 3.5.2

Im Bericht vom 20. April 2012 (Urk. 16/132) stellten die Ärzte des D.____ unter Wiederholung der früher gestellten Diagnosen fest, der Kläger sei in der bisherigen Tätigkeit nicht mehr arbeitsfähig. Aufgrund der neuropsychologischen Einschränkungen durch die Depression sowie der gescheiterten Reintegration in O.____

sei in einer behinderungsangepassten Tätigkeit von einer 100%igen Arbeit sunfähigkeit auszugehen. 3.6

RAD-Arzt Prof.

Dr. med. E.____ , Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, berichtete am 21. Juli 2010 (Feststellungsblatt vom 25. Oktober 2010 , Urk. 16/120), aufgrund der psychiatrischen Exploration komme er zum Schluss, dass beim 51-jährigen Kläger aktuell ein chronischer physischer und psychischer Gesundheitsschaden von Krankheitswert (soma tisch: panvertebrales Schmerzsyndrom seit September 2009; psychisch: ICD-10: F 45.41, F 32.1, F 48 . 0 sowie Z 72.8) die beruflich zu verwertende Ausschöpfung der funktionellen Leistungsfähigkeit vollständig verhindere . Der Kläger wirke niedergeschlagen und resigniert, zeige sich stimmungslabil bald weinerlich-ängstlich, bald miss trauisch-zornig und sei im gesamten kommunikativen Verhalten auf die erlebten Schmerzen am ganzen Körper

konzentriert. Der Kläger habe sich sozial weitgehend zurückgezogen und könne keinen eigenen strukturierten Tagesablauf angeben. Zuletzt sei er vom 28. Oktober bis 18. Dezember 2009 stationär psychiatrisch und rehabilitativ vor dem Hintergrund einer störungspezifisch orientierten klinischen und neuropsychologischen Diagnostik behandelt, und es sei krankheitsbedingt eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % angegeben worden. 3.7

Den von der Beklagten in Auftrag gegebenen Gutachten kann Folgendes entnommen werden: 3.7.1

Laut Gutachten von Dr. med. F.____, Psychiatrie Psychotherapie FMH, vom 5. Mai 2011 (Urk. 2/4) leidet der Kläger an (1) einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung (ICD-10: F45.4), (2) einer depressiven Episode, gegenwärtig leichte Episode (ICD-10: F32.0) sowie an (3) akzentuierten Persönlichkeitszügen (ICD-10 Z73.1). Im Jahr 2003 sei eine Schmerzkrankheit aufgetreten, die vorerst den Nacken, später auch den Rücken betroffen habe. Die Schmerzkrankheit habe sich akzentuiert und habe schliesslich zur Aufgabe der Arbeitstätigkeit geführt. Der Kläger zeige Hinweise für das Bestehen einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung: Fixation auf die Schmerzen, hypochondrische Befürchtungen und Schmerzausdehnung. Bei Lebensproblemen komme es zu einer Verstärkung der Schmerzen. Diese bildeten den Hauptfokus des Interesses. Die Schmerzen seien oft sehr intensiv und quälend. Anlässlich der Begutachtung am 29. April 2011 seien phasenweise eine Depression festzustellen, diese sei aber nicht schwer ausgeprägt, da der Kläger nicht suizidal und mehr als psychisch ausgeglichen sei. Es stünden vielmehr aggressive Impulse im Vordergrund. Der Kläger sei manchmal sogar bedrohlich und äussere sich sehr ungehalten über die Vorgutachter. Er empfinde es als Affront, dass er nach Bern kommen müsse, um sich erneut beurteilen zu lassen. Diese aggressive und gespannte Stimmungslage könne nicht mit einer deutlichen Depression in Verbindung gebracht werden. Momentan sei eine leichte depressive Episode vorhanden. In diese Richtung sprächen auch andere Beobachtungen: Der Kläger habe die antidepressiv wirkenden Medikamente vor einem Monat abgesetzt. Vor dem Aufenthalt in der Tagesklinik habe er seinen Psychiater nur knapp einmal im Monat aufgesucht, was gegen eine starke Depression spreche. Er könne seine Tagesgestaltung aufrecht erhalten und unternehme z.B. beinahe täglich einen Spaziergang ins Kloster Fahr, wo er sich in die Kirche begeben.

Der Kläger zeige akzentuierte Persönlichkeitszüge. Er sei zudem frustriert und stark gekränkt, weshalb narzisstische Persönlichkeitsanteile zu vermuten seien. Diese Verhaltensauffälligkeiten entsprächen indessen nicht einer Persönlichkeitsstörung, sondern es seien vielmehr akzentuierte Persönlichkeitszüge vorhanden. Dafür spreche auch, dass die Verhaltensauffälligkeiten als Reaktion auf die Lebensprobleme entstanden seien.

Seit Herbst 2009 bestehe eine zirka 25%ige Einschränkung der Arbeitsfähigkeit. 3. 7.2

Dr. med. G.____, Spezialärztin FMH für Neurochirurgie stellte im Gutachten vom 31. Mai 2011 folgende Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit (Urk. 2/5 S. 16 f.): „- Zervikozephalales Schmerzsyndrom in Schulterregion beidseits ausstrahlend m./b. -

neurologisch: - eingeschränkte Beweglichkeit HWS - Klopfdolenz okzipitale Nervenaustrittspunkte beidseits und zervikale Dornfortsätze - kein radikuläres Defizit -

radiologisch/neuroradiologisch: - Fehllage HWS - degenerative Veränderungen mit flacher Discushernie C5/6 links und C6/7 rechts ohne Neurokompression - ossär bedingte

Foramenstenose C6/7 beidseits ohne Neurokompression - Schulterschmerzen beidseits m./b. -

neurologisch: - eingeschränkte Beweglichkeit Schultergelenke beidseits -

radiologisch: - leichte Sklerose Tuberculum major beidseits. - Lumbale Schmerzen m./b. -

neurologisch: - kaum eingeschränkte Beweglichkeit LWS -

radiologisch: - minimale degenerative Veränderungen. -

Das psychische Leiden wurde im Gutachten Dr. F. ___ dargelegt“.

Die auf degenerativen Veränderungen im zervikalen Wirbelsäulenabschnitt beruhenden Beschwerden des Klägers lägen auch heute noch vor, wobei allerdings derzeit eine leichte Symptomausweitung vorzuliegen scheine. Im Gegensatz zu 2005, als laut Bericht im MRI vom 24. Januar 2005 eine Wurzelkompression C6 links infolge Diskushernie C5/6 links festgestellt worden sei, sei zurzeit keine neurale Kompression mehr ersichtlich. Es bestünden noch flache Diskushernien C5/6 und C6/7 rechts lateral, welche jedoch weder im Medianbereich eine Rückenmarkskompression bzw. Signalstörung bewirkten noch im rezessiven oder foraminalen Bereich eine Wurzelkompression verursachten. Die radiologisch/neuroradiologisch unterschiedlich beschriebene foraminale Einengung könnte auf einer nicht identischen Aufnahmeprojektion beruhen.

Somit müsse weiterhin die verminderte Belastbarkeit des zervikalen Wirbelsäulenabschnittes berücksichtigt werden, wobei die Ausstrahlung in die Schulterregion beidseits als myalgiformes bzw. pseudoradikulares Geschehen interpretiert werden müsse mit zusätzlicher Schulteraffektion. Die daraus resultierende erhebliche Einschränkung der Beweglichkeit in den Schultergelenken bedürfe zwingend einer vorsichtigen Mobilisierung, da davon auszugehen sei, dass die ständige Schonhaltung dieser Region eine weitere Verschlechterung bewirke.

Für eine körperlich belastende Tätigkeit, wie auch die eines Kellners, liege eine vollständige Arbeitsunfähigkeit vor. Wegen der eingeschränkten Beweglichkeit der HWS aufgrund der degenerativen Veränderungen und dem dadurch möglicherweise veränderten Bewegungsablauf der übrigen Wirbelsäulenabschnitte bestehe auch für eine angepasste Tätigkeit eine Einschränkung. Eine solche angepasste leichte Tätigkeit mit einer Gewichtslimite von 6 kg ohne Zwangshaltungen oder raschen Bewegungen des Kopfes und ohne Überkopfarbeiten sei im Rahmen von 6 bis 6 ½ Stunden täglich beziehungsweise einer 80%igen Arbeitstätigkeit zumutbar.

Eine chirurgische Intervention komme in dieser Situation nicht in Frage, einerseits, da kein entsprechender neurologischer oder radiologisch/neuroradiologischer Befund vorliege, und andererseits die Chronifizierung des Schmerzgeschehens eine Verbesserung des Gesamtbildes nicht erwarten lasse. 3.7.3

Die interdisziplinäre Beurteilung durch die Gutachter Dr. F. ___ und Dr. G. ___ ergab (Urk. 2/5 S. 22 f.), dass unter Berücksichtigung der psychiatrischen und neurochirurgischen Befunde, deren Auswirkungen sich überschneiden, von einer Restarbeitsfähigkeit für eine leichte angepasste Tätigkeit von 65 % ausgegangen werden könne. Für eine körperlich schwere Arbeit liege eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit vor. 4. 4.1

Gestützt auf den Untersuchungsbericht von RAD-Arzt Prof.

E.____ vom 21. Juli 2010 (E. 3.6) sprach die IV-Stelle dem Kläger mit Wirkung ab 1. Januar 2006 eine Dreiviertels und mit Wirkung ab 1. Dezember 2007 eine ganze Rente der Eidgenössischen Invalidenversicherung zu. Die Untersuchung bei Prof.

E.____

– worüber allerdings keine eigentliche Berichterstattung aktenkundig ist - fand statt, weil der Kläger, welcher sich gegen das MEDAS-Gutachten vom 19. Dezember 2008 (E. 3.3) wandte, sich im Verlaufe des Einwandverfahrens in stationäre Behandlung ins D.____ begab, dessen Ärzte im Bericht vom 3. Februar 2010 (E. 3.5.1) eine mittelgradige depressive Episode sowie eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung diagnostizierten und eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestierten.

4.2

Vorwegzunehmen ist, dass das MEDAS-Gutachten vom 19. Dezember 2008 (E. 3.3) in sämtlichen Punkten den praxismässigen Anforderungen an den Beweiswert einer Expertise entspricht. So ist es für die Beantwortung der gestellten Fragen umfassend, gibt es doch detailliert Auskunft über die verbleibende Arbeitsfähigkeit (volle Arbeitsfähigkeit in einer körperlich leichten Tätigkeit ohne grosses Bewegungsausmass der linken Schulter und ohne Tätigkeiten kranial der Schulterhöhe). Es basiert auf den notwendigen allseitigen Untersuchungen, namentlich in rheumatologischer und psychiatrischer Hinsicht und umfasst bildgebende Abklärungen. Den Gutachtern standen die Akten der IV-Stelle zur Verfügung, worin die relevanten medizinischen Berichte enthalten waren.

Die Gutachter berücksichtigten die geklagten Beschwerden und setzten sich mit diesen sowie dem Verhalten des

Klägers auseinander. Das Gutachten leuchtet ferner in der Darlegung der medizinischen Zustände und Zusammenhänge ein. Angesichts der nur geringfügigen objektivierbaren pathologischen Befunde und einer im Zeitpunkt der Begutachtung fehlenden krankheitswertigen psychischen Störung ist das Ergebnis nachvollziehbar. Demgemäss sind denn auch die Schlussfolgerungen der medizinischen Experten in einer Weise begründet, dass die rechtsanwendende Person sie prüfend nachvollziehen kann. Es ist schlüssig dargelegt worden, dass der

Kläger im genannten Umfang arbeitsfähig ist. 4.3

An dieser Einschätzung der Arbeitsfähigkeit durch die MEDAS-Gutachter vermag der Bericht des RAD-Arztes Prof.

E.____ nichts zu ändern: 4.3.1

Einem ärztlichen Bericht kommt Beweiswert zu, wenn er für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt und in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, wenn die Beschreibung der medizinischen Situation und Zusammenhänge einleuchtet und die Schlussfolgerungen begründet sind. Der Arzt muss über die notwendigen fachlichen Qualifikationen verfügen. Den diesen Anforderungen genügenden Berichten der regionalen ärztlichen Dienste der IV-Stellen kommt ebenfalls Beweiswert zu (Urteil des Bundesgerichts 9C_8/2011 vom 21. Februar 2011 E. 4.1.2).

Nach der Rechtsprechung ist es dem Sozialversicherungsgericht nicht verwehrt, einzig oder im Wesentlichen gestützt auf die (versicherungsinterne) Beurteilung des RAD zu

entscheiden. In solchen Fällen sind an die Beweiswürdigung jedoch strenge Anforderungen in dem Sinne zu stellen, dass bei auch nur geringen Zweifeln an der Zuverlässigkeit und Schlüssigkeit der ärztlichen Feststellungen ergänzende Abklärungen vorzunehmen sind (Urteil des Bundesgerichts 9C_8/2011 vom 21. Februar 2011 E. 4.1.3). 4. 3.2

Der Bericht von RAD-Arzt Prof.

E.____ entspricht in keiner Art und Weise den Anforderungen eines beweistauglichen Arztberichts . Als psychiatrische Diagnosen stellte Prof.

E.____ eine somatoforme Schmerzstörung (ICD-10: F. 45.41), eine mittelgradige depressive Episode (ICD-10: F 32.1) sowie eine Neu rasthenie und kam retrospektiv zum Schluss, dass der Kläger seit Januar 2005 in einer behinderungsangepassten Tätigkeit zu 70 % arbeitsfähig war. Ab Dezember 2007 habe sich die Arbeitsfähigkeit mit der negativ verlaufenen H.____ Abklärung kontinuierlich vermindert. Ab September 2007, mithin vor der einsetzenden kontinuierlich sich vermindern den Arbeitsfähigkeit, attestierte Dr. E.____ eine 50%ige Arbeitsfähigkeit und ab September 2009 eine voll ständige Arbeitsunfähigkeit. Die zunehmende Einschränkung in der Arbeitsfähigkeit begründete der Fachpsychiater nicht etwa mit dem Auftreten psychischer Störungen, sondern mit der erstmaligen Diagnose eines Impingements der linken Schulter im September 2007 und der Diagnose eines panvertebralen Syndroms im September 2009. Wie sich diese zusätzlich zu den von den MEDAS-Gutachtern festgestellten körperlichen Einschränkungen auswirken, kann dem Bericht von Prof.

E.____ nicht entnommen werden. Überdies ist ihm diesbezüglich entgegenzuhalten, dass die MEDAS-Gutachter ein chronisches Schmerzsyndrom im Nacken und linken Arm als auch ein leichtes unspezifisches Lumbovertebralsyndrom in die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit mit einbezogen haben. Inwieweit Prof.

E.____ die Arbeitsfähigkeit aufgrund der von ihm diagnostizierten psychischen Störungen als beeinträchtigt erachtet, kann seinem Bericht nicht entnommen werden, weshalb unter Berücksichtigung des von ihm mit wenigen Worten umschriebenen Psychostatus

(der Kläger wirke niedergeschlagen und resigniert, zeige sich stimmungslabil , bald weinerlich-ängstlich, bald misstrauisch-zornig und sei auf die erlebten Schmerzen konzentriert) der Schluss nahe liegt, dass auch im Zeitpunkt seiner Untersuchung keine sich auf die Arbeitsfähigkeit auswirkende psychische Störung vorlag. Völlig unverständlich ist diese Stellungnahme angesichts der Tatsache, dass Prof.

E.____ am 31. Oktober 2009 zusammen mit zwei weiteren RAD-Ärzten noch zum Schluss gekommen war , dass bezüglich Arbeitsfähigkeit auf das MEDAS-Gutachten abgestellt werden könne , wonach dem Kläger eine behinderungsangepasste Tätigkeit vollzeitlich zumutbar ist (vgl. Feststellungsblatt vom 30. November 2009, Urk. 16/102) , ohne zu erklären, weshalb er im Anschluss an die Untersuchung vom 21. Juli 2010 ,

worüber er im Übrigen keinen ordnungsgemässen Untersuchungsbericht zu den Akten legte, zu einem anderen Schluss kam. 4.4

Auch die Berichte des D.____

(E. 3.5.1-2) vermögen das MEDAS-Gutachten nicht zu entkräften . In Bezug auf die aktuellen Beschwerden, den psychopathologischen Befund und die Verhaltensanalyse decken sich deren Inhalte , obwohl zwischen der Berichterstattung mehr als zwei Jahre

vergangen sind. Nicht ein mal eine Anpassung an das aktuelle Alter wurde in den Berichten vorgenommen, ist sowohl im Bericht vom Februar 2010 und in demjenigen vom April 2012 vom 51-jährigen Versicherten die Rede. Dem Team des D.____ ging es wohl weniger darum, möglichst objektiv über den Gesundheitszustand des Klägers zu berichten, sondern vielmehr darum, seinen subjektiv empfundenen Zustand abzubilden. Dies zeigt sich auch darin, dass die Ärzte aufgrund der Selbsteinschätzung der körperlichen Fähigkeiten (PACT) darauf schlossen, dass sich der Kläger in kein Arbeitsbelastungsniveau einteilen lasse. Eine Diskussion, ob die geringe Selbsteinschätzung des Klägers mit den erhobenen Befunden medizinisch-theoretisch in Einklang zu bringen ist, fehlt im Bericht. Dass die Selbsteinschätzung des Klägers unter seinen konkreten Möglichkeiten liegt, lässt sich daraus vermuten, dass sich das positive Leistungsbild, wonach der Kläger höchstens 60 Minuten gehen könne und sich danach hinlegen müsse, schlecht damit vereinbaren lässt, dass er seine langen Spaziergänge von 8 km pro Tag auch während der tagesklinischen Therapie aufrecht erhalten wollte.

Ob die Compliance des Klägers, der angeblich auch nach der achtwöchigen tagesklinischen Therapie im D.____ an einer psychometrisch bestätigten schweren Depression litt – diagnostiziert wurde eine mittelgradige depressive Episode –, und auf eine Psychopharmaka-Therapie verzichtete, genügend war, ist äusserst fraglich. 4.5

Schliesslich sind auch die Arztberichte von Dr. A.____ und Dr. C.____ nicht geeignet, das MEDAS-Gutachten zu entkräften. Während Dr. A.____ im Bericht vom 19. Februar 2006 (E.2.3.1) keine Angaben über die Arbeitsfähigkeit machte, attestierte er im Bericht vom 26. April 2009 (E.3.2.2) ohne Angabe einer Diagnose oder von (neuen) Befunden eine vollständige Arbeitsunfähigkeit für Tätigkeiten, die hohe Anforderungen an die Konzentrationsfähigkeit stellen, und für Tätigkeiten mit Schichtbetrieb. Wie Dr. A.____ zu diesem Schluss gelangt, ist anhand seiner Berichte nicht nachvollziehbar, zumal er sich zur Behandelbarkeit der geklagten Schlafstörung nicht auslässt.

Dr. C.____ ging im Bericht vom 22. Juli 2009 (E.3.4.1) davon aus, dass dem Kläger behinderungsangepasste Tätigkeiten zumutbar sind, konnte aber die Arbeitsfähigkeit nicht beziffern. Im Bericht vom 14. Mai 2012 (E.3.4.2) kam der Chirurg unter Wiederholung der von den Ärzten des D.____ gestellten Diagnosen zum Schluss, dass aus somatischen und neuropsychologischen Gründen keine Tätigkeit mehr zumutbar sei. Welchen Anteil die somatischen Beschwerden an der Unzumutbarkeit haben, legt er nicht dar. 4.6.4.6.1

In somatischer Hinsicht stimmen die von den MEDAS-Gutachtern in somatischer Hinsicht gestellten Diagnosen mit denjenigen im Gutachten von Dr. G.____

vom 31. Mai 2011 (E.3.7.2) gestellten im Wesentlichen überein. Im Gegensatz zu den MEDAS-Gutachtern, welche von einer 100%igen Arbeitsfähigkeit in behinderungsangepasster Tätigkeit ausgingen, attestierte Dr. G.____ eine Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit von lediglich 6 bis 6 1/2 Stunden, was einer Arbeitsfähigkeit von 80 % entspricht. Dr. G.____ wies im Gutachten (S. 17) auf eine leichte Symptomausweitung hin, erklärte jedoch nicht, weshalb sie trotzdem eine tiefere Einschätzung der Arbeitsfähigkeit vornimmt als die MEDAS-Gutachter. Damit ist bezüglich der Arbeitsfähigkeit in behinderungsangepasster Tätigkeit auf die MEDAS-Gutachter abzustellen. 4.6.2

Dr. F.____ stellte im Gutachten vom 5. Mai 2011 die Diagnosen einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung sowie einer gegenwärtig leichten depressiven Episode und

attestiert aus rein psychiatrischer Sicht eine Arbeitsunfähigkeit von 20 %.

Nach der Rechtsprechung kommt einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung (ICD-10 F45.4) nur ausnahmsweise invalidisierender, d.h. einen Rentenanspruch begründender Charakter zu (Art. 4 Abs. 1 IVG sowie Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 ATSG; grundlegend BGE 130 V 352). Entscheidend ist, ob und inwiefern die versicherte Person über psychische Ressourcen verfügt, die es ihr erlauben, trotz ihren subjektiv erlebten Schmerzen einer Arbeit nachzugehen (BGE 130 V 352 E. 2.2.4 S. 355; 127 V 294 E. 4b/cc in fine und E. 5a S. 299 unten). Umstände, die bei Vorliegen eines solchen Krankheitsbildes die Verwertung der verbliebenen Arbeitskraft auf dem Arbeitsmarkt als unzumutbar erscheinen lassen können, sind die erhebliche Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer des psychischen Leidens (Komorbidität), chronische körperliche Begleiterkrankungen mit mehrjährigem Krankheitsverlauf bei unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne längerfristige Remission, sozialer Rückzug, ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr angehbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung (primärer Krankheitsgewinn), unbefriedigende Ergebnisse von konsequent durchgeführten Behandlungen (auch mit unterschiedlichem therapeutischem Ansatz) und gescheiterte Rehabilitationsmassnahmen bei vorhandener Motivation und Eigenanstrengung der versicherten Person (BGE 132 V 65 E. 4.2.2; 130 V 352 E. 2.2.3; Urteil 9C_1061/2009 vom 11. März 2010 E. 5.4.3.1.1). Umgekehrt sprechen u.a. eine erhebliche Diskrepanz zwischen den geschilderten Schmerzen und dem gezeigten Verhalten oder der Anamnese, die Angabe intensiver in der Umschreibung vager Schmerzen oder behauptete schwere Einschränkungen im Alltag bei weitgehend intaktem psychosozialen Umfeld gegen das Vorliegen eines invalidisierenden Gesundheitsschadens (BGE 131 V 49 E. 2.1 S. 51).

Beim Kläger sind die von der Rechtsprechung verlangten Kriterien, welche die Schmerzbewältigung intensiv und konstant behindern und den Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess unzumutbar machen können, nicht vorhanden. Zwar diagnostiziert Dr. F. ___ zur somatoformen Schmerzstörung eine leichte depressive Episode, welche er als im Verhältnis zur somatoformen Schmerzstörung losgelöstes Leiden ansieht. Allerdings weist eine leichte depressive Episode die nach der Rechtsprechung erforderliche erhebliche Schwere, Ausprägung und Dauer (vgl. BGE 103 V 352 E. 2.2.3) nicht auf, weshalb sich die invalidisierende Wirkung der somatoformen Schmerzstörung sich aus den weiteren diesbezüglich relevanten Kriterien ergeben müsste. Von diesen ist lediglich dasjenige einer chronischen körperlichen Begleiterkrankung gegeben, welche sich allerdings nicht auf die Arbeitsfähigkeit in behinderungsangepasster Tätigkeit auswirkt, weshalb das Vorliegen des invalidisierenden Charakters der somatoformen Schmerzstörung zu verneinen ist.

Damit ist entgegen der gutachterlichen Einschätzung des Dr. F. ___

davon auszugehen, dass in psychiatrischer Hinsicht eine vollständige Arbeitsfähigkeit gegeben ist. 5. 5.1

Nach dem Dargelegten liegt beim Kläger eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit dahingehend vor, als er in der angestammten Tätigkeit als Kellner vollständig arbeitsunfähig ist. In einer behinderungsangepassten Tätigkeit dagegen besteht eine vollständige Arbeitsfähigkeit.

5. 2

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Ermittlung des Valideneinkommens entscheidend, was die versicherte Person im Zeitpunkt des frühest möglichen 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 129 V 222 E. 4.3.1 S. 224 mit Hinweisen). Bezog eine versicherte Person aus invaliditätsfremden Gründen (z.B. geringe Schulbildung, fehlende berufliche Ausbildung, mangelnde Deutschkenntnisse, beschränkte Anstellungsmöglichkeiten wegen Saisonierstatus) ein deutlich unterdurchschnittliches Einkommen, ist diesem Umstand bei der Invaliditätsbemessung nach Art. 16 ATSG Rechnung zu tragen, sofern keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie sich aus freien Stücken mit einem bescheideneren Einkommensniveau begnügen wollte (BGE 125 V 146 E. 5c/bb S. 157 mit Hinweisen). Nur dadurch ist der Grundsatz gewahrt, dass die auf invaliditätsfremde Gesichtspunkte zurückzuführenden Lohneinbussen entweder überhaupt nicht oder aber bei beiden Vergleichseinkommen gleichmässig zu berücksichtigen sind (BGE 129 V 222 E. 4.4 S. 225). Diese Parallelisierung der Einkommen kann praxisgemäss entweder auf Seiten des Valideneinkommens durch eine entsprechende Heraufsetzung des effektiv erzielten Einkommens oder durch Abstellen auf die statistischen Werte (vgl. SVR 2008 IV Nr. 2 S. 3, I 697/05 und Urteil des Bundesgerichts I 750/04 vom 5. April 2006 E. 5.5) oder aber auf Seiten des Invalideneinkommens durch eine entsprechende Herabsetzung des statistischen Wertes (vgl. Urteil des Bundesgerichts U 454/05 vom 6. September 2006 E. 6.3.3 mit Hinweisen) erfolgen (BGE 134 V 322 E. 4.1 mit Hinweisen).

Bei starken Einkommensschwankungen ist zur Bestimmung des Valideneinkommens praxisgemäss auf das durchschnittlich erzielte Einkommen der letzten Jahre abzustellen (Urteil des Bundesgerichts 8C/508/2011 vom 6. Oktober 2011 E. 3.3 mit Hinweisen).

Der Kläger erzielte vor Eintritt des Gesundheitsschadens (2005) ein Bruttoeinkommen von Fr. 86'606.-- im Jahr 2000, Fr. 92'016.-- im Jahr 2001, Fr. 84'680.-- im Jahr 2002, Fr. 84'970.-- im Jahr 2003 und Fr. 93'785.-- im Jahr 2004 (vgl. IK-Auszug vom 13. September 2005, Urk. 16/6). Unter Berücksichtigung des Nominallohnindex für Männer von 106,5 im Jahr 2000, 109,1 im Jahr 2001, 110,9 im Jahr 2002, 112,3 im Jahr 2003, 113,3 im Jahr 2004 und 115,5 im Jahr 2006 errechnet sich hieraus für das Jahr 2006 (Beginn des mutmasslichen IV-Rentenanspruchs) ein Valideneinkommen von Fr. 92'506.--. 5. 3

Für die Bestimmung des Invalideneinkommens ist primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht. Ist kein solches tatsächlich erzielttes Erwerbseinkommen gegeben, namentlich weil die versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder jedenfalls keine ihr an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, so können nach der Rechtsprechung Tabellenlöhne gemäss den vom Bundesamt für Statistik periodisch herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE) herangezogen werden (BGE 126 V 75 f. E. 3b/aa und bb, vgl. auch BGE 129 V 472 E. 4.2.1). Für die Invaliditätsbemessung wird praxisgemäss auf die standardisierten Bruttolöhne (Tabellengruppe A) abgestellt (BGE 129 V 472 E. 4.2.1 mit Hinweis), wobei jeweils vom so genannten Zentralwert (Median) auszugehen ist. Bei der Anwendung der Tabellengruppe A gilt es ausserdem zu berücksichtigen, dass ihr

generell eine Arbeitszeit von 40 Wochenstunden zugrunde liegt, welcher Wert etwas tiefer ist als die bis 1998 betriebsübliche durchschnittliche Arbeitszeit von wöchentlich 41,9 Stunden, seit 2008 von 41,6 Stunden (Die Volkswirtschaft 10-2009 S. 90 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).

Der Zentralwert für die mit einfachen und repetitiven Aufgaben beschäftigten Männer betrug im Jahre 2006 im privaten Sektor Fr. 4'732.-- (LSE 2006, Tabelle TA 1), was unter Berücksichtigung einer im Jahr 2006 geltenden betriebsüblichen durchschnittlichen Arbeitszeit von 41,7 Stunden pro Woche (Die Volkswirtschaft 6-2013 S. 90 Tabelle B9.2) ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'933.10 pro Monat beziehungsweise Fr. 59'197.20 pro Jahr ergibt. 5. 4

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 nur noch 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 bewerten 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). 5. 5

Unter Berücksichtigung, dass der Kläger vor Eintritt der Invalidität immer als Kellner tätig war und heute nur noch leichte Tätigkeiten mit Einschränkungen (keine Zwangshaltungen oder rasche Bewegungen des Kopfes, keine Überkopfarbeiten) ausüben kann, ist ein Abzug vom Tabellenlohn von 10 % zu gewähren. Damit beträgt das Invalideneinkommen Fr. 53'277.50

(Fr. 59'197.20 x 0,9). Bezogen auf das Valideneinkommen von Fr. 92'506.-- resultiert eine Erwerbseinbusse von Fr. 39'228.50 beziehungsweise 42,4

%, was zu einer Viertelsrente in der obligatorischen beruflichen Vorsorge und zu keinem Rentenanspruch in der überobligatorischen beruflichen Vorsorge führt. 6.

Nach dem Dargelegten ist die Klage abzuweisen. 7.

Im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde darf obsiegenden Behörden oder mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen werden. In Anwendung dieser Bestimmung hat das Bundesgericht der SUVA und den privaten UVG-Versicherern so wie von Sonderfällen abgesehen den Krankenkassen keine Parteientschädigungen zugesprochen, weil sie als

Organisationen mit öffentlichrechtlichen Aufgaben zu qualifizieren sind (BGE 112 V 356 E. 6 mit Hinweisen). Das hat grundsätzlich auch für die Trägerinnen oder Versicherer der beruflichen Vorsorge gemäss BVG zu gelten (BGE 128 V 124 E. 5b, 126 V 143 E. 4a, 118 V 158 E. 7, 117 V 349 E. 8 mit Hinweis).

Vorliegend besteht kein Grund, von diesen Grundsätzen abzuweichen, weshalb der Beklagten keine Prozessentschädigung zuzusprechen ist. Das Gericht erkennt: 1.

Die Klage wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwältin Kristina Herenda - Rechtsanwältin Dr. Isabelle Vetter-Schreiber - Bundesamt für Sozialversicherungen 4. 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 HurstTiefenbacher CA/TS/IKversandt

E. 005

als Service-Mitarbeiter im Restaurant Y.____ (Urk. 16/5) und war dadurch bei der GastroSocial Pensionskasse (im Folgenden: Pensionskasse) vorsorgeversichert. Am 1. September 2005 meldete sich X.____ bei der Eidgenössischen Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an (Urk. 16/2). Nach medizinischen und beruflichen Abklärungen sprach ihm die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, mit Wirkung ab 1. Januar 2006 gestützt auf einen Invaliditätsgrad von 62 % eine Dreiviertels-Invalidenrente und mit Wirkung ab 1. Dezember 2007 gestützt auf einen Invaliditätsgrad von 75 % beziehungsweise 100 % eine ganze Invalidenrente zu (Verfügungen vom 8. Dezember 2010, Urk. 2/2/1-3).

Mit Schreiben vom 24. Januar 2012 teilte die Pensionskasse

X.____ mit, dass sie ihm gestützt auf eigene medizinische Abklärungen mit Wirkung ab 21. Januar 2007 eine Dreiviertel-Invalidenrente ausrichtete (Urk. 2/3). Im nachfolgenden Schriftenwechsel konnten sich die Parteien offenbar nicht einigen und die Pensionskasse hielt an ihrem Standpunkt fest (vgl. Urk. 2/6 und Urk. 2/7). 2.

Am 4. Mai 2012 reichte X.____ durch Rechtsanwältin Kristina Herenda gegen die Pensionskasse Klage ein mit dem Antrag, diese sei verpflichtet, ihm ab 1. Dezember 2007 eine volle Invalidenrente auszurichten. Mit Klageantwort vom 4. September 2012 schloss die Pensionskasse durch Rechtsanwältin Isabelle Vetter-Schreiber auf Abweisung der Klage (Urk. 9). Mit Verfügung vom 7. September 2012 zog das Gericht die Akten der Eidgenössischen Invalidenversicherung (Urk. 16/1-133) bei (Urk. 11). Im nachfolgenden

zweiten Schriftwechsel liess en der Kläger mit Replik vom 21. Januar 2013 (Urk. 21) und die Beklagte mit Duplik vom 13. Mai 2013 (Urk. 27) an ihren Rechtsbegehren festhalten. 3.

Auf die Vorbringen der Parteien sowie die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 6

BVG) begründet Art. 23 BVG den Anspruch auf Invalidenleistungen von Personen, die im Sinne der Invalidenversicherung zu mindestens 40 % invalid sind und bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit, deren Ursache zur Invalidität geführt hat, versichert waren. Die obligatorische Versicherung beginnt gemäss Art.

E. 10

Abs. 3 BVG).

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