

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2017.00070

vom 10. Juli 2019

ZH Sozialversicherungsgericht, 2019-07-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_BV.2017.00070

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2017.00070 du 10 juillet 2019

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2017.00070 del 10 luglio 2019

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 23 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) haben Personen Anspruch auf Invalidenleistungen, die: a.

im Sinne der Invalidenversicherung zu mindestens 40 Prozent invalid sind und bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit, deren Ursache zur Invalidität geführt hat, versichert waren; b.

infolge eines Geburtsgebrechens bei Aufnahme der Erwerbstätigkeit zu mindestens 20 Prozent, aber weniger als 40 Prozent arbeitsunfähig waren und bei Erhöhung der Arbeitsunfähigkeit, deren Ursache zur Invalidität geführt hat, auf mindestens 40 Prozent versichert waren; c.

als Minderjährige invalid (Art. 8 Abs.

E. 1.2

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 269 E. 2a, 120 V 106 E. 3c, je mit Hinweisen). Praxisgemäss sind daher die Vorsorgeeinrichtungen im Bereich der gesetzlichen Mindestvorsorge (Art.

E. 1.3

Nach § 19 Abs. 1 der hier anwendbaren Statuten der Beklagten (vom 22. Mai 1996 in der seit 1. Juli 2010 geltenden Fassung, Urk. 9/19, vgl. auch § 82 Abs. 1 der BVK-Statuten) haben versicherte Personen, die vor Vollendung des 63. Altersjahres wegen Krankheit oder Unfall für die bisherige Berufstätigkeit invalid geworden sind, Anspruch auf eine Invalidenrente. Sie wird längstens für zwei Jahre ausgerichtet. Für über 50-jährige Personen entfällt die zweijährige Befristung, die Rente wird jedoch längstens bis zum vollendeten 63. Altersjahr ausgerichtet.

Über das Vorhandensein und den Grad der Berufsinvalidität wird aufgrund einer Untersuchung durch eine Vertrauensärztin oder einen Vertrauensarzt der Versicherungskasse entschieden (§ 19 Abs. 2).

Bei teilweiser Berufsinvalidität wird die Rente entsprechend dem Invaliditätsgrad festgesetzt. Bei einem Invaliditätsgrad bis 24 % besteht kein Rentenanspruch. Bei einem Invaliditätsgrad von 25 bis 59 % besteht ein Anspruch gemäss Invaliditätsgrad. Bei einem Invaliditätsgrad von 60 bis 69 % besteht Anspruch auf eine Dreiviertelsrente und bei einem Invaliditätsgrad von 70 % und mehr auf eine Vollrente (§ 20 Abs. 1 und 2 BVK-Statuten).

E. 1.4

Nach dem Auslaufen der Rente wegen Berufsinvali dität haben versicherte Perso nen Anspruch auf eine Rente, wenn volle oder teilweise Erwerbsinvalidität be steht (§ 21 Abs. 1 BVK-Statuten). Eine vers icherte Person gilt als erwerbsin valid, wenn sie infolge Krankheit oder Unfall ihre bisherige oder eine andere, ihrem Wissen und Können entsprechende und zumutbare Erwerbstätigkeit nicht mehr ausüben kann, oder wenn sie aufgrund eines Entscheides der eidgenössi schen IV-Kommission invalid erklärt wurde (§ 21 Abs. 2 BVK-Statuten). Das Verfahren für die Bestimmung des Anspruchs und des Invaliditätsgrades wird gleich durchge führt wie bei der Berufsinvalidität (§ 21 Abs. 3 BVK-Statuten .

Bei teilweiser Erwerbsinvalidität gilt dieselbe Rent enabstufung wie bei der Berufs invalidenrente (§ 22 Abs. 1 und 2 BVK-Statuten).

E. 1.5

Dauerhafte und wesentliche Änderungen des Grades der Erwerbsinvalidität füh ren zu einer Anpassung der Invalidenrenten. Dauerhaft ist die Änderung, wenn sie voraussichtlich mehr als ein Jahr besteht, wesentlich, wenn sie mehr als 10 % eines vollen Pensums beträgt (§ 22 Abs. 5 BVK-Statuten).

E. 1.6

Hinsichtlich des Beweiswertes eines ärztlichen Berichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusam menhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen in der Expertise begründet sind (BGE 134 V 231 E. 5.1, 125 V 351 E. 3a, 122 V 157 E. 1c). 2.

E. 2

des Bundesgesetzes über den Allge meinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG) wurden und deshalb bei Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zu mindestens 20 Prozent, aber weniger als 40 Prozent arbeitsunfähig waren und bei Erhöhung der Arbeitsunfähigkeit, deren Ursache zur Invalidität geführt hat, auf mindestens 40 Prozent versi chert waren.

E. 2.1

Der Kläger brachte zur Begründung seiner Klage vor (Urk. 1 S. 6 f.) , die IV-Stelle habe sowohl die erstmaligen leistungszusprechenden Verfügungen vom 9. Januar und 1 8. Januar 2012 sowie auch die Verfügung vom 2 8. Februar 2017 der Be klagten direkt zugestellt und formgültig eröffnet. Die Beklagte habe weder auf die ursprünglichen Verfügungen noch auf den neuen Vorbescheid vom 1 9. Ja nuar 2017 noch auf die Verfügung vom 2 8. Februar 2017 reagiert. Die Entscheide der Invalidenversicherung seien von der Beklagten unangefochten geblieben und die getroffene Feststellung, insbesondere in Bezug auf den Eintritt der invalidi sierenden Arbeitsunfähigkeit und des IV-Grades , sei für die Beklagte verbindlich, ausser sie wäre offensichtlich unhaltbar. Von einer offensichtlich unhaltbaren Eröffnung des Wartejahres oder Bestimmung des Invaliditätsgrades könne nicht ausgegangen werden und die Leistungspflicht der obligatorischen Vorsorge bestehe so lange, bis eine Aufhebung oder Änderung durch die Invalidenversi cherung erfolge.

In seiner Re plik hielt er fest, s elbst wenn eine Vorsorgeeinrichtung eine n im Ver gleich zum BVG respektive IVG erweiterten Invaliditätsbegriff verwende und auch wenn sie nicht

an die Entscheidungen der Organe der Invalidenversicherung gebunden sei, könnte die bisher im Rahmen der weitergehenden Vorsorge ausgerichtete Rente mangels anderslautender reglementarischer respektive statistischer Anordnung nur nach den invaliden versicherungsrechtlichen Regeln angepasst werden. Die Beklagte dürfte deshalb die Invalidenrente nur aufheben, falls sich der Gesundheitszustand des Klägers verbessert hätte oder wenn die Abklärungen der IV-Stelle offensichtlich unhaltbar und die ursprüngliche Rentenzusprache aus damaliger Sicht zweifellos unrichtig gewesen wäre. Dies sei nicht Fall (Urk. 14 S. 3).

E. 2.2

Die Beklagte stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt (Urk.

E. 2.3

Unbestritten ist der Eintritt der Arbeitsunfähigkeit während dem Vorsorgeverhältnis bei der Beklagten sowie der Anspruch auf eine volle Berufsinvalidenrente ab Februar 2011.

Streitig und zu prüfen ist indes der Anspruch des Klägers auf eine Erwerbsinvalidenrente der Beklagten ab 1. Juni 2015, wobei sich im Zusammenhang mit der Rentenzusprache der IV-Stelle vorab die Frage der Bindung der Beklagten an die Feststellungen der Invalidenversicherung stellt, nachdem ihr sowohl die Verfügungen der IV-Stelle vom 9. und 18. Januar 2012 wie auch die Verfügung vom 28. Februar 2017 und die vorangegangenen Vorbescheide unbestrittenermassen zugestellt worden waren (vgl. Urk. 12/57/2, 12/78, 12/92, 12/95, 12/162/2, 12/167/3). 3. 3.1

Das Bundesgericht hat sich zur Bindung der Vorsorgeeinrichtung an die Rentenverfügung der Invalidenversicherung auf dem Gebiet der weitergehenden beruflichen Vorsorge unter der Voraussetzung, dass das Vorsorgereglement ausdrücklich oder unter Hinweis auf das Gesetz vom selben Invaliditätsbegriff wie die Invalidenversicherung ausgeht, mehrfach geäussert (BGE 126 V 308 E. 1 f. mit Hinweisen; Urteil 9C_858/2010 vom 17. Mai 2011 E. 2.3.1). Unter Bezugnahme auf die Statuten der BVK hielt es zuletzt im Urteil 9C_141/2018 vom 22. November 2018 E. 5.1 fest, dass die BVK in ihren Statuten zwischen Leistungen für Berufsinvalidität (§

E. 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 309 E. 1 in fine). Diese Konzeption fusst auf der Überlegung, die Organe der (obligatorischen) beruflichen Vorsorge von eigenen aufwändigen Abklärungen freizustellen, und gilt nur bezüglich Feststellungen und Beurteilungen der IV-Organen, welche im invalidenversicherungsrechtlichen Verfahren für die Festlegung des Anspruchs auf eine Invalidenrente entscheidend waren (BGE 132 V 1 E. 3.2). So hat beispielsweise eine verspätete Anmeldung zum Leistungsbezug bei der Invalidenversicherung rechtsprechungsgemäss die freie Überprüfbarkeit des leistungserheblichen Sachverhaltes durch die Vorsorgeeinrichtung beziehungsweise das Berufsvorsorgegericht zur Folge (Urteil des Bundesgerichts 9C_49/2010 vom 23. Februar 2010 E. 2.1).

Diese Bindungswirkung setzt voraus, dass die Vorsorgeeinrichtung (spätestens) ins Vorbescheidverfahren (Art. 73 ter

der Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV) einbezogen und ihr die Rentenverfügung formgültig eröffnet wurde (Urteil des Bundesgerichts 9C_81/2010 vom 16. Juni 2010 E. 3.1, mit Hinweisen). 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 270 E. 3.1).

E. 6.1

Die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss § 16 Abs. 1 und 2 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) sind vorliegend erfüllt (vgl. insbesondere Urk. 2/11 und Urk. 4). Demzufolge ist dem Kläger antragsgemäss (Urk. 1 S. 2) die unentgeltliche Rechtsvertretung zu bewilligen und Rechtsanwältin Lotti Sigg, Winterthur, als unentgeltliche Rechtsvertreterin für das vorliegende Verfahren zu bestellen.

E. 6.2

Bei diesem Verfahrensausgang steht der unentgeltlichen Rechtsvertreterin des Klägers, Rechtsanwältin Lotti Sigg, Winterthur, eine Entschädigung aus der Gerichtskasse zu (§ 34 Abs. 3 GSVGer in Verbindung mit § 7 Abs. 1 und § 8 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht, GebV SVGer).

Die unentgeltliche Rechtsvertreterin des Klägers hat mit Honorarnote vom 20. Juni 2019 einen Aufwand von 9.1 Stunden geltend gemacht (Urk.

E. 8

S. 9), als so genannt umhüllende Vorsorgeeinrichtung werde in den Statuten nicht zwischen obligatorischer und weitergehender Vorsorge unterschieden. Der in ihren Statuten verwendete Invaliditätsbegriff sei weiter gefasst, als in der Invalidenversicherung. Folglich sei der Anspruch auf eine Invalidenrente der beruflichen Vorsorge frei zu beurteilen, und zwar ungeachtet eines ihr eröffneten und ihrerseits unangetroffenen gebliebenen IV-Rentenentscheids.

Sie beurteile die Erwerbsinvalidität entweder auf grund eigener vertrauensärztlicher Abklärungen oder

gestützt auf einen Entscheid der IV. Vorliegend sei sie zur Auffassung gelangt, dass die Einschätzungen der IV unhaltbar seien und sie habe deshalb selbst ein vertrauensärztliches Gutachten

(bei Dr. Z.____) in Auftrag gegeben (S. 10 oben).

Dabei sei

gestützt auf das Gutachten von Dr. Z.____ und die Stellungnahme von Dr. med. B.____

vom medizinischen Dienst des Unfallversicherers vom 9. August 2013 davon auszugehen, dass beim Kläger

in angepasster Tätigkeit eine 100%ige und in angestammter Tätigkeit eine

50%ige Arbeitsfähigkeit gegeben sei. Aufgrund des Einkommensvergleichs

resultiere ein Invaliditätsgrad von

E. 12

% , und selbst wenn wie bei der IV

ein Leistungsabzug von 10 %

berücksichtigt würde, bliebe der Invaliditätsgrad unter der rentenbegründenden Schwelle von 25 %

(Urk.

E. 16

S. 4 f.).

E. 19

f.) als auch für die Erwerbsinvalidität (§ 21) einen anders definierten Invaliditätsbegriff als dieser für

die Invalidenversicherung nach IVG massgebend ist .

Nach der hiervor aufgeführten bundesgerichtlichen Rechtsprechung entfaltet damit der Entscheid der Invalidenversicherung gegenüber der Beklagten keine Bindungswirkung und mangels Verbindlichkeit ist der Anspruch auf eine Invalidenrente der beruflichen Vorsorge damit frei zu beurteilen .

Vorliegend

hat die Beklagte denn auch bereits vor dem Entscheid der IV-Stelle ihren Leistungsanspruch aufgrund eigener Abklärungen

festgelegt

(vgl. Urk. 9b) und auch später , als die IV-Stelle im Juli 2012 das Rentenrevisionsverfahren einleitet , hat

die Beklagte den Kläger darauf hingewiesen , dass nach Auslaufen der Rente wegen Berufsinvalidität die Voraussetzungen für einen Anspruch auf eine (Erwerbs-) Invalidenrente nicht erfüllt seien (Urk. 9/11). Damit

kann auch nicht

von einem vorbehaltlosen Einlassen der Beklagten auf den Entscheid der Invalidenversicherung

ausgegangen werden , und es ist der Beklagten auch keine willkürliche oder rechtsmissbräuchliche Vorgehensweise entgegen zu halten (zum sinngemässen Vorbringen des Klägers vgl. Urk. 14 S. 4).

Dass die Beklagte die Leistungen zu Folge Berufsinvalidität , die gemäss ihren Statuten grundsätzlich auf zwei Jahre befristet sind, zu Gunsten des Klägers bis 31. Mai 2015

weiter ausgerichtet hat, vermag daran nichts zu ändern.

Die Überprüfung der Akten

ergibt zudem , dass wie nachstehend dargelegt wird , die Feststellungen der IV-Organen zumindest im Zeitpunkt ihrer (Rentenrevisions-) Verfügung vom 19. Januar 2017 (Urk.

12/167) offensichtlich unhaltbar sind, weshalb dem Entscheid der Invalidenversicherung im Bereich der weitergehenden Vorsorge auch in dieser Hinsicht keine bindende Wirkung zukommen kann. 4. 4.1

Dr. med. C.____, Arzt für Allgemeine Medizin FMH, wies im Gutachten zu Händen der Beklagten vom 28. Dezember 2010 (Urk. 9/5) auf sein Vorgutachten vom 9. Dezember 2009 (Urk. 9/4) hin. Er diagnostizierte eine medial betonte Gonarthrose rechts und eine Femoropatellararthrose rechts bei Status nach Osteosynthesematerialentfernung am 30. März 2010 nach vorgängiger Valgisationsumstellungsosteotomie mit Überkorrektur am 23. März (richtig Juli) 2009 und früherer zweimaliger Kniearthroskopie und Teilmeniskektomie rechts medial aufgrund des Distorsionstraumas des rechten Knies am 6. Mai 2007 und Irritation des Nervus

saphenus rechts (S. 11). In seiner Beurteilung hielt er fest, auch nach der Osteosynthesematerialentfernung am 30. März 2010 sei beim Kläger keine Schmerzfreiheit erreicht worden. In der bisherigen Tätigkeit bestehe aktuell keine Arbeitsfähigkeit mehr und eine wirkliche Verbesserung der Arbeitsfähigkeit sei erst mit einem Gelenkersatz zu erwarten (S. 9 f.). 4.2

Dr. med. D.____, Orthopädische Chirurgie FMH/FMCH, welcher den Kläger im Auftrag der Unfallversicherung am 2. Mai 2011 untersucht hatte, wies im Gutachten vom 9. Mai 2011 (Urk. 12/53) im Kniebefund (S. 4 f.) auf asymmetrische Kniekonturen, eine Kapselschwellung rechts, aber ohne Überwärmung, hin. Er hielt folgende Umfangmessungen fest: Oberschenkel oberhalb Patella, rechts 49 cm, links 51 cm; Patella-Mitte, rechts 39 cm, links 37.5 cm; grösster Wadenumfang, rechts 36.5 cm, links 38.5 cm. Die Flexions/Extensionswerte bemass er rechts mit 120-0-0° und links mit 145-0-0°. Die Achse links sei gerade, rechts in deutlichem Valgus von etwa 15° und bei Belastung instabil mit Zunahme auf 20°. Die mediale Narbe am rechten Knie sei im Prinzip reizlos verheilt, aber mit einer deutlichen Parästhesie und Dysästhesie. Er bezeichnete eine Hypästhesie und Hypalgesie am rechten Unterschenkel lateral und vermerkte, die grobe Kraft für Quadriceps rechts gegenüber links sei deutlich herabgesetzt, und wies auf einen deutlichen vorderen Kniekompartimentschmerz rechts mit retropatellärer

Druckdolenz und positivem Zohlenszeichen hin. Die übrigen Befunde an Sprunggelenk, Fuss und Zehen bezeichnete er hinsichtlich Beweglichkeit, Sensibilität, Kraft, Beschwellung und plantarem Fussabdruck als unauffällig.

In seiner Beurteilung hielt er fest (S. 6), aktuell sei der Kläger in einer angepassten Tätigkeit maximal zu 50% arbeitsfähig. Trotz des jugendlichen Alters befürworte er eine baldige Achsenkorrektur des rechten Beines mit Implantation einer Knie-Totalendoprothese. Damit dürfte der Kläger bei unauffälligem intra- und postoperativem Verlauf wieder eine 100%ige Arbeitsfähigkeit erlangen, dies allerdings in knieadaptierter Tätigkeit. 4.3

Dr. med. E.____, FMH Orthopädische Chirurgie, vermerkte im Gutachten vom 30. April 2013 (Urk. 12/110/4-19) als Diagnose mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit eine Sekundärgonarthrose Knie rechts mit radiologisch lateral betonter Gonarthrose sowie Patella baja bei Valgusfehlstellung von 16° (S. 7). In Bezug auf die funktionelle Untersuchung wies er darauf hin (S. 6 oben), dass der Kläger problemlos ohne Stock zurechtkomme. Wenn er einen Stock hätte, würde er ihn auf der linken Seite tragen. Das Gangbild sei nicht flüssig mit Schon- bzw. Schmerzhinken rechts bei deutlicher Valguskonfiguration daselbst. Der Einbeinstand sei beidseits möglich, rechts aber nur

knapp haltbar. Im Untersuchungsbe fund am rechten Kniegelenk vermerkte er eine unauffällige Narbe infratibial medial, eine sichtbare Valgusfehlstellung von etwa 12 bis 14° klinisch, das Gelenk sei ohne Überwärmung oder Rötung und ohne palpablen Erguss. Medial wies er auf eine deutliche Extensionsinstabilität bei etwa 5°, in voller Streckung etwa bei 3° mit Schmerzangabe hin. Die passive Flexion/Extension bemass er mit 5-5-110° und bei den morphometrischen Massen wies er auf einen Oberschenkelumfang, 10 bzw. 20 cm ab Patellaoberrand, rechts von 43/50 cm und links von 43.5/49 cm hin. Den grössten Unterschenkelumfang bemass er rechts mit 36 cm und links mit 38 cm.

Betreffend die zumutbare Restarbeitsfähigkeit führte der Gutachter aus: grundsätzlich seien dem Kläger alle Tätigkeiten zumutbar, welche vorwiegend oder ausschliesslich sitzend bzw. unter Zuhilfenahme einer Stehhilfe durchgeführt werden könnten. Gedacht werde in diesem Fall beispielsweise an Sortierarbeiten, Rüstarbeiten oder dergleichen (S. 9 Ziff. 5.1.5). Zur Frage der maximal zumutbaren Arbeitszeit in Stunden in einer der Unfallfolgen angepassten Tätigkeit äusserte er sich wie folgt: In einer angepassten und zumutbaren Tätigkeit bezogen auf ein Vollpensum von mindestens 50 % betrage die maximal zumutbare Arbeitszeit pro Tag ca. 4 Stunden bzw. 20 Stunden pro Woche. Die fünfzigprozentige Einschränkung ergebe sich aus der erschwerten Erreichbarkeit des Arbeitsplatzes (der Kläger sei wegen fehlendem Fahrausweis auf den öffentlichen Verkehr angewiesen) sowie der erschwerten Vermittelbarkeit aufgrund des angebenen Curriculums. Dies limitiere auch die Möglichkeit einer beruflichen Neuorientierung, welche nebst den körperlichen auch intellektuelle Fähigkeiten wie das Beherrschen der Sprache voraussetze (S. 9 Ziff. 5.3). 4.4

Im Bericht vom 26. Juni 2013 (Urk. 12/113/3-5) äusserte sich Dr. E.____ auf die ergänzenden Fragen der Beschwerdegegnerin hin. Er führte aus, die Beurteilung, wonach dem Kläger alle Tätigkeiten zumutbar seien, welche vorwiegend oder ausschliesslich sitzend bzw. unter Zuhilfenahme einer Stehhilfe durchgeführt werden können, beziehe sich unbeschleunigt der Ausbildung oder Vermittelbarkeit nur auf die realistische Beurteilung der vorhandenen körperlichen Möglichkeiten des Beschwerdeführers. Sie sage nichts aus über den zeitlichen Umfang oder das Ausmass dieser Tätigkeiten. Zum zeitlichen Umfang oder dem Ausmass einer derartigen Tätigkeit sei im Gutachten der Tatsache Rechnung getragen worden, dass für den Kläger das Erreichen eines Arbeitsplatzes als Folge seiner unfallbedingt beeinträchtigten Mobilität gegenüber einer gesunden Vergleichsperson einen relevanten zeitlichen Mehraufwand mit sich bringe und damit ein volles Arbeitspensum nicht realistisch sei. Die nichtsomatischen Rahmenbedingungen würden bei der Beurteilung nur insofern eine Rolle spielen, indem – als hypothetische Annahme – beispielsweise Arbeiten im Rahmen eines Home Office wegfielen, obschon diese fraglos zu 100 % zumutbar wären (S. 1). Präzisierend zur Frage, wie eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit begründet werde (S. 2 Ziff. 2), hielt er fest, eine zumutbare Tätigkeit setze die Möglichkeit zu deren Durchführung und damit das Erreichen des Arbeitsplatzes voraus. Die Unfallfolgen würden es dem Kläger nicht erlauben, einen ausser Haus gelegenen Arbeitsplatz ohne erheblichen Aufwand zu erreichen. Aufgrund der anlässlich der Begutachtung erhobenen Befunde veranschlagte er (der Gutachter) diesen zeitlichen Aufwand mit der Hälfte eines Normalarbeitstages. 4.5

Dr. med. B.____, Facharzt FMH Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, wies in seiner Aktenbeurteilung vom 9. August 2013 zu Händen des Unfallversicherers darauf hin (Urk. 12/113/1-2) darauf hin, dass im Gutachten von Dr. E.____

keine Elemente erwähnt würden, die das Leisten einer geeigneten Arbeit mit geringer Belastung des rechten Knies und ohne Zwangsstellung des Beines während einer landesüblichen Arbeitszeit von 40 bis 44 Stunden nicht zuliessen. Die Frage der zumutbaren Restarbeitsfähigkeit und des zumutbaren Belastungsprofils (S. 2 Ad 3.) beantwortete er wie folgt: „Voll schichtig bei vorwiegend sitzend auszuführender Tätigkeit, Stehen, Gehen höchstens manchmal (bis maximal 1/3 der Arbeitszeit) und intervallweise, nicht länger als 10-15 Minuten ohne Unterbruch. Begehen von Treppen selten, kauern, knien nie. Im Sitzen keine Zwangsstellung für das rechte Bein. Lasten bis zu 10 kg können nur über kurze Strecken und auf guter Unterlage getragen werden, auf Treppen nicht.“. 4.6

Im Auftrag der Beklagten wurde der Kläger am 11. Februar 2015 von Dr. Z.____ im A.____ untersucht. Im Gutachten vom 12. Februar 2015 (Urk. 9/13) hielt der Arzt folgende Diagnosen fest (S. 14):

Diagnosen mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit Status nach Distorsion rechtes Kniegelenk am 6. Mai 2007 mit/bei - Status nach Arthroskopie rechtes Kniegelenk mit Teilresektion des medialen Meniskus im vorderen und hinteren Teil vom 12. Juni 2007 - Status nach Teilmenisektomie medialer Meniskus am Hinterhorn sowie Resektion der Plica

mediopatellaris vom 24. Januar 2008 - Status nach medial Open Wedge Osteotomie Tibia rechts vom 23. März 2009 - Mediale Gonarthrose rechts mit Fehlstellung in Valgusstellung Chronische Lumbago rechts bei Sakralisation L5 und Spondylarthrose der Lendenwirbelsäule Beginnende Omarthrose rechts Beginnende Gonarthrose links

Diagnosen ohne Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit - Rezidivierende Blockaden im Bereich der Brustwirbelsäule bei Spondylose und Spondylarthrose der Brustwirbelsäule sowie Blockwirbel Th4/Th5 - Übergewicht

Zur beruflichen Anamnese bemerkte der Gutachter (S. 8 f.), der Kläger habe seit März 1989 als Küchengehilfe im Y.____ gearbeitet. Die Tätigkeiten, die er habe auszuführen müssen, seien meistens im Stehen oder Gehen durchzuführen gewesen, allerdings habe er auch Sitzen können, zum Beispiel bei der Arbeit am Band oder bei der Arbeit beim Gemüserüsten. Zur Arbeit sei er mit dem Velo zirka fünf Minuten

gefahren oder bei schlechtem Wetter sei er zu Fuss zirka fünfzehn Minuten gegangen. Mit dem ÖV habe der Arbeitsweg zirka zwanzig Minuten gedauert, da er zwei Busse haben nehmen müssen.

Der Kläger beklage Schmerzen im rechten Knie und gebe an, dass dieses nach zirka zehn Minuten stehen oder gehen anschwellen und er ameisenartige Schmerzen am Knie und Fuss verspüre und das Bein einschlafen. Weiter habe er Schmerzen im rechten Arm, welcher ihm auch einschlafen. Dadurch, dass er sein rechtes Bein entlasten müsse, belastete er sein linkes Bein mehr und deshalb habe er auch Schmerzen und Schwellungen im linken Kniegelenk. Der Schlaf sei gestört wegen des Rückens. Er habe zuletzt Physiotherapie im Dezember 2014 gemacht und ab März 2015 hätte er erneut damit beginnen sollen. Er mache ein Heimprogramm von fünfzehn bis zwanzig Minuten täglich. Weiterhin mache er dreimal täglich Spaziergänge, gehe zwanzig Minuten, mache dann eine zehnminütige Pause, mache dabei Gymnastik und kehre danach wieder zurück, auch zirka zwanzig Minuten. Gegen die Schmerzen nehme er Brufen 600 mg zwei bis drei Tabletten pro Tag sowie Dafalgan 1 g ein. Des Weiteren nehme er Pantoprazol 40 mg als Magenschutz ein. Er benutze verschiedene Salben, die er vom Arzt bekommen habe, trage während des Laufens eine

Rückenstütze und eine Kniebandage. Dabei erfahre er eine leichte Linderung der Beschwerden. Ausserdem leide

er an Diabetes

und nehme dafür Meftin 1000 mg, eine Tablette morgens und eine Tablette abends ein. Laut seinen Angaben sei ihm eine prothetische Versorgung des rechten Kniegelenkes vorgeschlagen worden, er solle jedoch damit weiterhin warten, da er für solche Operation zu jung sei. Er trage Schuhe mit Gummisohlen und er gebe an, in Schuhen mit einer härteren Sohle nicht laufen zu können.

Zum Untersuchungsbefund hielt der Gutachter fest (S. 11), der Kläger sei überge wichtig, bei einem Körpergewicht von 76.7 kg, Körpergrösse von 161.5 cm und einem BMI 29.4 kg/m². Die Untersuchung sei in Anwesenheit eines Dolmetschers erfolgt, wobei der Kläger jedoch sämtliche Fragen gut verstanden habe und auch in gebrochenem Deutsch habe beantworten können. In der Untersuchung seien Inkonsistenzen und Symptomausweitung festzustellen gewesen. Das An- und Auskleiden sei problemlos erfolgt, der Kläger scheine aber auf seine Beschwerden am rechten Knie und dazu auch auf seine Beschwerden im Bereich der oberen Brustwirbelsäule und der rechten Schulter sehr fixiert zu sein.

Unter Beurteilung der Arbeitsfähigkeit aus orthopädisch-chirurgischer Sicht hielt der Gutachter fest (S. 15), bis zu seiner Verletzung am 6. Mai 2007 sei der Kläger gesund gewesen und habe keinerlei Beschwerden im Bereich der unteren Extremitäten und keinerlei Beschwerden im Bereich des Rückens verspürt. Am 6. Mai 2007 habe er sich beim Fussball spielen das rechte Kniegelenk verdr eht. Die Untersuchung habe eine Zerrung des medialen Kollateralbandes und eine Mazeration (Aufweichung) des Innenmeniskus gezeigt. Aufgrund anhaltender Beschwerden sei eine Arthroskopie des rechten Kniegelenkes mit Shaving des Ligamentum mucosum und partiellem Hoffa- Shaving sowie Teilmeniskektomie des medial en Meniskus im Bereich des Vorder- und Hinterhorns durchgeführt worden. Im post operativen Verlauf sei es zu anhaltenden Beschwerden im Bereich des rechten Kniegelenkes gekommen, sodass erneut eine Arthroskopie des rechten Kniegelenkes mit subtotale r Re- Meniskektomie

des medialen Meniskus im Bereich des Corpus und Hinterhorns sowie eine Resektion der Plica

mediopatellaris durchgeführt worden seien. Während des Eingriffes seien Knorpelschäden im Bereich der Trochlea sowie eine fortgeschrittene Arthrose im Bereich des Femurkondylus mit aufgerautem Knorpel festgestellt worden. Im weiteren Verlauf hätten weiterhin Beschwerden bestanden,

jedoch habe der Kläger vom 11. Februar 2008 bis

zum Zeitpunkt der nächsten Operation am 23. März 2009 seine Tätigkeit in der Küche des Y.____ zu 50 % ausführen können, wobei er als Gemüserüster eingesetzt worden sei.

Während dieser Tätigkeit habe er zumindest teilweise sitzen können. Aufgrund der anhaltenden

Beschwerden sei zunächst eine Erhöhung des Schuh aussenrandes verordnet, dabei jedoch in der gleichen Konsultation ein Termin zu einer Umstellungsosteotomie gestellt und der Eingriff am 23. März 2009 durchgeführt worden. Im weiteren Verlauf sei es zur

Valgisation des rechten Kniegelenkes gekommen und in der Untersuchung am 11. Februar 2015

habe eine Valgisation bei Belastung des rechten Beines von zirka 15° festgestellt werden können.

Die diagnostizierten Fehlbildungen an der Wirbelsäule bestünden seit Geburt und hätten den Kläger trotz seines recht intensiven sportlichen als auch beruflichen Lebens nicht gestört. Die Rückenbeschwerden erachte er (der Gutachter) als durch eine Fehlbelastung in Folge der Valgisation des rechten Kniegelenkes zum Teil verursacht.

Des Weiteren sei bei der Untersuchung eine Arthrose im AC-Gelenk, eine beginnende Omarthrose sowie eine Reizung der rechten Schulter festgestellt worden (S. 16 f.).

Zusammenfassend leide der Kläger an Beschwerden im rechten und linken Kniegelenk, im Bereich des Rückens sowie in der rechten Schulter. Somit seien Tätigkeiten, die mit Knien, Kauern, in der Hocke, auf Leitern oder Gerüsten, in einer Zwangsposition über eine längere Zeit, Heben und Tragen von Lasten von mehr als 10 kg, Heben und Tragen von Lasten über die Horizontale und auch Überkopparbeiten einhergingen, nicht zumutbar. Aus der Beschreibung der Tätigkeiten, die der Kläger

als Küchenhilfe im Y. ___ habe ausüben müssen, habe ein Teil seiner Tätigkeit überwiegend stehend oder gehend ausgeführt werden müssen, weshalb die Berufsunfähigkeit in angestammter Tätigkeit auf 50 % geschätzt werde. Tätigkeiten, die ohne die erwähnten Einschränkungen auszuführen seien, seien dem Kläger dagegen zu 100 % zumutbar. 4.7

Im Bericht vom 3. April 2015 (Urk. 9/14) führte Dr. Z. ___ auf Nachfrage der Beklagten, die Arbeitsfähigkeit in behinderungsangepasster Tätigkeit und Abweichungen zum Vorgutachter Dr. C. ___ zu begründen, aus, zwischen der Untersuchung von Dr. C. ___ und seiner Untersuchung seien vier Jahre und acht Monate vergangen. Im

Gutachten vom 28. Dezember 2010 sei angegeben worden, dass sich der Kläger damals noch in einem Rehabilitationsprozess befunden habe und in den Angaben der klinischen Untersuchung vom 24. Juni 2010 seien Umfangsdifferenzen gemessen worden. Der Untersuchung sei zu entnehmen, dass ein deutlicher Muskelschwund am rechten Bein beim Kläger festzustellen gewesen sei. Ähnliche klinische Feststellungen habe Dr. D. ___ im Gutachten für die

AXA Winterthur Versicherung aufgrund der Untersuchung am 2. Mai 2011 festgestellt und im Gutachten von

Dr. E. ___ , welcher den Kläger am 3. April 2013 untersucht habe, seien lediglich noch Unterschiede von zirka 2 cm an der rechten Wade gemessen worden, während in der Untersuchung am 11. Februar 2015 sich nahezu gleiche Umfänge an beiden

Oberschenkeln zeigten. Im Zeitraum zwischen der Untersuchung von Dr. C. ___ und der Untersuchung am 11. Februar 2015, bei der der Kläger sein Bein relativ normal habe belasten können, sei es auch zu einer guten Entwicklung der Muskulatur gekommen und die vorher bestandene Atrophie am rechten Oberschenkel habe sich zurückgebildet. Es sei eine Gonarthrose im rechten Kniegelenk festgestellt worden, die in der Untersuchung am 11. Februar 2015 habe bestätigt werden können. Hinweise auf eine Aktivierung der Gonarthrose hätten sich jedoch nicht ergeben. Das rechte Kniegelenk sei nicht geschwollen

und überwärmt gewesen und sonographisch

habe sich kein Erguss oder eine Schwellung der Weichteile fest stellen lassen. Während der klinischen Untersuchung habe der Kläger auch ununterbrochen über Schmerzen im rechten Knie bei leichtesten Berührungen geklagt, wobei während der sonographischen Untersuchung die Ultraschallsonde jedoch mit relativ starkem Druck über das Kniegelenk habe bewegt werden können. Dies sei im Gutachten als Inkonsistenz gewertet worden. Des Weiteren habe der Kläger zur Untersuchung am 11. Februar 2015 eine Kniebandage ohne Gebrauchspuren getragen, die ihm nach seinen Angaben im Sommer 2014 und eine Rückenbandage ohne Gebrauchspuren, die ihm in September 2014 verordnet worden seien. Damit ergäben sich auch Hinweise auf eine nicht authentische Beschwerden- und Leistungspräsentation. 5. 5.1

Aus den ärztlichen Berichten erhellt und zwischen den Parteien ist unbestritten, dass sämtliche vom Kläger geklagten Beeinträchtigungen im Zusammenhang mit dem Unfallereignis vom 6. Mai 2007 und der nachfolgenden medizinischen Versorgung stehen. Diesbezüglich und zur im damaligen Zeitpunkt vorgelegenen medizinischen Aktenlage hat sich das Gericht bereits einlässlich im Verfahren des Unfallversicherers im Urteil vom 17. Mai 2016 (Nr. UV.2014.00215) geäußert. Dabei wurde

die zumutbare Arbeitsfähigkeit unter Ausscheidung der von Dr. E.____

(vgl. E. 4.4 hiervor) aufgeführten invaliditätsfremden Faktoren auf Grund des von Dr. B.____ formulierte n Zumutbarkeitsprofil s

(vgl. E. 4.5 hier vor) festgelegt, wobei unter Berücksichtigung der Diagnosestellung und der Untersuchungsbefunde eine angepasste Tätigkeit als ganztags für zumutbar erachtet worden ist (Urk. 12/148 E. 5.2). Dabei erwog das Gericht auch, dass die Beurteilung der Invalidenversicherung daran nichts zu ändern vermöge, da sie im Vorbescheid vom 8. November 2010 ebenfalls noch von einer 100%igen Restarbeitsfähigkeit ausgegangen sei und

in ihrer später erlassenen Verfügung vom 9. Januar 2012 auf das Gutachten von Dr. D.____ ab gestellt habe, welches

in Bezug auf die zeitliche Limitierung der Restarbeitsfähigkeit jedoch nicht nachvollziehbar sei (Urk. 12/148 E. 5.4).

Mit den Erwägungen des Gerichts im Verfahren des Unfallversicherers setzte sich die IV-Stelle

in ihrer Verfügung vom 19. Januar 2017 (Urk. 12/167) nicht auseinander, obschon die Einschränkungen in der Arbeitsfähigkeit in invalidenversicherungsrechtlicher Hinsicht ausschliesslich aufgrund von Unfallfolgen zu beurteilen war. Die IV-Stelle hat denn auch im Hinblick auf eine Koordination mit dem Unfallversicherer ihr bereits seit Juli 2012 pendente s

Rente revisionsverfahren ausgesetzt, um den Entscheid des Unfallversicherers abzuwarten

(vgl. Urk. 12/161/2-6). Im Zeitpunkt des Erlasses der Revisionsverfügung vom 19. Januar 2017 - und nachdem die IV-Stelle rund fünf Jahre zugewartet hatte - ging dies offensichtlich vergessen, stützt sie doch ihren Entscheid einzig auf die Stellungnahme

ihres RAD, welcher festgehalten hatte, es könne aufgrund der früheren Beurteilung von einem unveränderten Gesundheitszustand mit 100%iger Arbeitsunfähigkeit in bisheriger und 50%iger Restarbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit ausgegangen werden (Urk. 12 /161/6-7) . Der Entscheid der Invalidenversicherung ist damit offensichtlich unhaltbar , und entfaltet damit auch in dieser Hinsicht

für andere Leistungsträger keine bindende Wirkung . 5.2

In Bezug auf die Restarbeitsfähigkeit und das Belastungsprofil , besteht auch im vorliegenden Verfahren kein Anlass , von der Aktenbeurteilung von Dr. B.____

vom 9. August 2013 abzuweichen, wonach eine vorwiegend sitzende

Tätigkeit mit

nur manchmal Stehen, Gehen während maximal einem Drittel der Arbeitszeit und intervallweise, nicht länger als 10-15 Minuten ohne Unterbruch ,

und nur seltenem Begehen von Treppen , ohne kauen oder kniende Tätigkeiten, ohne Zwangsstellung für das rechte Bein und mit Beschränkungen für das Tragen von Lasten bis zu 10 kg nur über kurze Strecken und auf guter Unterlage ohne Treppen, vollzeitg zumutbar ist (vgl. E. 4.5).

Von einem nicht wesentlich anderen Belastungsprofil geht auch Dr. Z.____

aufgrund seiner Untersuchung vom 12. Februar 2015

aus, erachtete er doch

Tätigkeiten mit Knien, Kauern, in der Hocke, auf Leitern oder Gerüsten, in einer Zwangsposition über eine längere Zeit, Heben und Tragen von Lasten von mehr als 10 kg, Heben und Tragen von Lasten über die Horizontale und auch Überkopparbeiten nicht als zumutbar, während er für entsprechend angepasste Tätigkeiten von einer vollzeitg verwertbaren Arbeitsfähigkeit ausging . Im Verlauf weist Dr. Z.____

sodann

auf eine kontinuierliche Verbesserung seit der Begutachtung durch Dr. C.____

hin , nachdem sich die vorher bestandene Atrophie am rechten Oberschenkel zurückgebildet hat und eine Aktivierung der Gonarthrose im rechten Kniegelenk nicht feststellbar war . Passend dazu ist auch, dass keine Gebrauchspuren an der

verordneten Knie - und Rückenbandage festgestellt werden konnten , was bedeutet, dass sie vom Kläger offensichtlich nicht getragen werden . Damit lässt sich auch nicht auf einen grösseren Leidensdruck schliessen , auch wenn nach wie vor starke Schmerzen beklagt werden . Etwas anderes bringt auch

der Kläger nicht vor . Eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes seit der Beurteilung von Dr. B.____

ist damit jedenfalls nicht ausgewiesen und die Akten ergeben hierfür auch keine Anhaltspunkte. Auch im Übrigen ist nicht am Aussagewert des Gutachtens von Dr. Z.____

zu zweifeln (zum Beweiswert vgl. E. 1.6 hiervor), weshalb die Beklagte zu Recht darauf abgestellt hat. 5.3

Unbestritten geblieben ist die Berechnung des Invaliditätsgrades. Die Beklagte legte diesen mit gerundet 14 % fest (vgl. Urk. 2/2), wie er auch im Verfahren des Unfallversicherers durch das Gericht ermittelt worden ist (vgl. Urk. 12/148 E. 6.3). Mangels Vorliegen eines Invaliditätsgrades von wenigstens 25 % gemäss den Statuten der Beklagten (vgl. E. 1.3 hiervor) besteht damit kein Anspruch auf eine Erwerbsinvalidenrente.

Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. 6.

E. 20

Nach dem die wesentlichen Akten bereits aus dem Verfahren des Unfallversicherers bekannt waren und die unentgeltliche Rechtsvertreterin hierfür bereits entschädigt worden ist (vgl. Urk. 12/148/14 f.), erscheint der geltend gemachte Aufwand gerade noch knapp als angemessen. Bei Anwendung des gerichtsüblichen Stundenansatzes von Fr. 220.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) ist das Honorar auf Fr. 2'237.10 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen.

Der Kläger

ist auf § 16 Abs. 4 GSVG hinzuweisen, wonach er zur Nachzahlung der Entschädigung an die unentgeltliche Rechtsvertreterin verpflichtet ist, sobald er dazu in der Lage ist.

Das Gericht erkennt: 1.

Die Klage wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die unentgeltliche Rechtsvertreterin des Klägers, Rechtsanwältin Lotti Sigg, Winterthur, wird mit Fr. 2'237.10 (inkl. Barauslagen und MWSt) aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss § 16 Abs. 4 GSVG hingewiesen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwältin Lotti Sigg - BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich - 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
Der Gerichtsschreiber
Gräub Nef

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