Tribunale federale
Tribunal federal

{T 7}
I 1012/06

Urteil vom 29. Juni 2007
I. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Ursprung, Präsident,
Bundesrichterin Leuzinger,
nebenamtlicher Richter Maeschi,
Gerichtsschreiberin Kopp Käch.

Parteien
B._____, 1980, Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Hans Ulrich Würgler, Merkurstrasse 25, 8400 Winterthur,

gegen

IV-Stelle des Kantons Zürich, Röntgenstrasse 17, 8005 Zürich, Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Invalidenversicherung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 28. September 2006.

Sachverhalt:
A.
A.a B._____, geboren 1980, war bei der Q._____ AG als Hilfsarbeiter tätig, als er am 5. September 2000 bei "Abspitzarbeiten" an einer Betondecke von einem herunterfallenden Gesteinsstück getroffen und am Kopf sowie an der Schulter links verletzt wurde. Die Ärzte des Spitals X._____ stellten die Diagnosen einer Commotio cerebri, einer Schulterkontusion links sowie einer Rissquetschwunde links parietookzipital (Bericht vom 12. September 2000). Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA), bei welcher B._____ für die Folgen von Berufs- und Nichtberufsunfällen sowie Berufskrankheiten versichert war, kam für die Heilkosten auf und richtete ein Taggeld aus. Mit Verfügung vom 18. Oktober 2001 schloss sie den Fall per 25. Oktober 2001 mit der Feststellung ab, dass unfallbedingt keine Behandlung mehr notwendig sei und keine Arbeitsunfähigkeit bestehe. Am 13. Juni 2002 erliess sie einen gleich lautenden Einspracheentscheid. Mit Entscheid vom 1. April 2003 wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich die dagegen erhobene Beschwerde ab. In teilweiser Gutheissung der von B._____ eingereichten Verwaltungsgerichtsbeschwerde hob das Eidgenössische Versicherungsgericht den angefochtenen Entscheid vom 1. April 2003
und den Einspracheentscheid vom 13. Juni 2002 auf und wies die Sache an die SUVA zurück, damit sie weitere medizinische Abklärungen (psychiatrische Begutachtung, neuropsychologische Untersuchung) vornehme und hierauf über den Leistungsanspruch neu verfüge (Urteil vom 16. September 2003). Nach Einholung eines psychiatrischen Gutachtens des Dr. med. G._____, Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, vom 10. Juli 2004 sowie einer neuropsychologischen Beurteilung des lic. phil. H._____, Fachpsychologe für Neuropsychologie FSP, vom 18. Dezember 2004 erliess die SUVA am 17. Februar 2005 eine neue Verfügung, mit der sie weitere Leistungen ab 26. Oktober 2001 mangels eines adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen den geklagten Beschwerden und dem Unfall vom 5. September 2000 ablehnte. Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 29. April 2005 fest. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 28. September 2006 ab. Gegen diesen Entscheid liess B._____ Ver-

waltungsgerichtsbeschwerde beim Eidgenössischen Versicherungsgericht einreichen.
A.b Am 11. Februar 2002 hat sich B._____ mit dem Begehren um berufliche Eingliederungsmassnahmen und Zusprechung einer Rente auch zum Leistungsbezug bei der Invalidenversicherung angemeldet. Mit Verfügung vom 13. November 2002 lehnte die IV-Stelle des Kantons Zürich das Gesuch um berufliche Eingliederungsmassnahmen ab, weil unter Berücksichtigung des Gesundheitszustandes zurzeit keine Massnahmen durchführbar seien. Am 17. Dezember 2003 leistete sie Kostengutsprache für eine dreimonatige berufliche Abklärung im Arbeitszentrum Y._____. Am 26. Mai 2004 stellte sie verfügungsweise fest, dass die Eingliederungsfähigkeit durch berufliche Massnahmen nicht verbessert werden könne. Auf die dagegen erhobene Einsprache trat sie nach unbenutztem Ablauf der zur Ergänzung der Einsprache gesetzten Frist nicht ein (Einspracheentscheid vom 7. September 2004). Mit Verfügung vom 9. Juni 2005 sprach sie dem Versicherten ab 1. April 2004 eine Viertelsrente aufgrund eines Invaliditätsgrades von 43 % zu. Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 31. Oktober 2005 fest.
B.
B._____ liess beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Beschwerde erheben und beantragen, es sei ihm ab 12. Februar 2002 eine ganze Invalidenrente zuzusprechen; eventuell sei für die Jahre 2002 und 2003 der Anspruch auf eine halbe Härtefallrente zu prüfen.
Entsprechend einem Vernehmlassungsantrag der IV-Stelle hiess das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich die Beschwerde insoweit teilweise gut, als es den Beginn der Viertelsrente auf den 1. September 2001 festsetzte. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab (Entscheid vom 28. September 2006).
C.
B._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des angefochtenen Entscheids sei ihm ab 1. September 2001 eine ganze Rente, eventuell eine Dreiviertelsrente zuzusprechen. Des Weiteren beantragt er, es sei ein ergänzendes Gutachten zur Arbeitsfähigkeit einzuholen und es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Am 1. Januar 2007 ist das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) in Kraft getreten (AS 2006 1205, 1243). Damit wurden das Eidgenössische Versicherungsgericht und das Bundesgericht in Lausanne zu einem einheitlichen Bundesgericht (an zwei Standorten) zusammengefügt (Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz [BGG], Bern 2007, S. 10 Rz 75) und es wurden die Organisation und das Verfahren des obersten Gerichts umfassend neu geregelt. Dieses Gesetz ist auf die nach seinem Inkrafttreten eingeleiteten Verfahren des Bundesgerichts anwendbar, auf ein Beschwerdeverfahren jedoch nur dann, wenn auch der angefochtene Entscheid nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen ist (Art. 132 Abs. 1 BGG). Da der kantonale Gerichtsentscheid vor dem 1. Januar 2007 erlassen wurde, richtet sich das Verfahren nach dem bis 31. Dezember 2006 in Kraft gestandenen Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) vom 16. Dezember 1943 (vgl. BGE 132 V 393 E. 1.2 S. 395).
2.
2.1 Nach Art. 132 Abs. 1 OG in der Fassung gemäss Ziff. III des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Änderung des IVG (in Kraft seit 1. Juli 2006) kann in Verfahren um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen in Abweichung von den Art. 104 und 105 OG auch die Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung beurteilt werden, wobei das Gericht an die vorinstanzliche Feststellung des Sachverhalts nicht gebunden ist. Gemäss Art. 132 Abs. 2 OG gelten diese Abweichungen nicht, wenn der angefochtene Entscheid Leistungen der Invalidenversicherung betrifft. Nach Ziff. II lit. c des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 gilt indessen bisheriges Recht für die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht hängigen Beschwerden. Da die hier zu beurteilende Beschwerde erst nach dem 1. Juli 2006 eingereicht wurde, richtet sich die Kognition nach den neuen Bestimmungen. Zudem ist das Verfahren kostenpflichtig (Art. 134 Satz 2 OG in der Fassung gemäss Ziff. III des Bundesgesetzes betreffend Änderung des IVG vom 16. Dezember 2005; AS 2006 2003).
2.2 Ist die neue Kognitionsregelung für die Invalidenversicherung intertemporalrechtlich anwendbar, so ist aufgrund der Vorbringen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu prüfen, ob der angefochtene Gerichtsentscheid in Anwendung der massgeblichen materiell- und beweisrechtlichen Grundlagen Bundesrecht verletzt (Art. 104

lit. a OG), einschliesslich einer allfälligen rechtsfehlerhaften Tatsachenfeststellung (Art. 105 Abs. 2 OG). Hingegen hat eine freie Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides in tatsächlicher Hinsicht (alt Art. 132 lit. b OG) ebenso zu unterbleiben wie eine Prüfung der Ermessensbetätigung (alt Art. 132 lit. a OG) nach den Grundsätzen zur Angemessenheitskontrolle. Auch besteht (entgegen alt Art. 132 lit. c OG) eine Bindung an die Parteibegehren.
2.3 Zur Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfragen hat das Eidgenössische Versicherungsgericht in BGE 132 V 393 ff. nähere Ausführungen gemacht.
2.3.1.1 Die Feststellung des Gesundheitsschadens, d.h. die Befunderhebung und die gestützt darauf gestellte Diagnose betreffen ebenso eine Tatfrage wie die Prognose (fallbezogene medizinische Beurteilung über die voraussichtliche künftige Entwicklung einer Gesundheitsbeeinträchtigung im Einzelfall) und die Pathogenese (Ätiologie) im Sinne der Feststellung der Ursache eines Gesundheitsschadens dort, wo sie invalidenversicherungsrechtlich erforderlich ist. Soweit sich der Arzt zu dem in Anbetracht der festgestellten gesundheitlichen Beeinträchtigungen noch vorhandenen funktionellen Leistungsvermögen oder zum Vorhandensein und zur Verfügbarkeit von Ressourcen ausspricht, welche eine versicherte Person im Einzelfall noch hat, handelt es sich ebenfalls um eine Tatfrage. In diesem Sinne ist die aufgrund von (medizinischen) Untersuchungen gerichtlich festgestellte Arbeits- (un)fähigkeit Entscheidung über eine Tatfrage. Als solche erfasst sie auch den in der gesetzlichen Begriffsumschreibung der Arbeitsunfähigkeit von Art. 16 ATSG enthaltenen Aspekt der zumutbaren Arbeit. Soweit jedoch die Beurteilung der Zumutbarkeit von Arbeitsleistungen auf die allgemeine Lebenserfahrung gestützt wird, geht es um eine Rechtsfrage. Dazu gehören auch
Folgerungen, die sich auf die medizinische Empirie stützen, z.B. die Vermutung, dass eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung oder ein sonstiger vergleichbarer pathogenetisch (ätiologisch) unklarer syndromaler Zustand mit zumutbarer Willensanstrengung überwindbar ist (BGE 132 V 393 E. 3.2 S. 397 mit Hinweisen).
2.3.2 Im Rahmen der Invaliditätsbemessung gelten als Rechtsfragen die gesetzlichen und rechtsprechungsgemässen Regeln über die Durchführung des Einkommensvergleichs, einschliesslich derjenigen über die Anwendung der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) und der Dokumentation von Arbeitsplätzen (DAP). Die Feststellung der beiden hypothetischen Vergleichseinkommen stellt eine Tatfrage dar, soweit sie auf konkreter Beweiswürdigung beruht, hingegen eine Rechtsfrage, soweit sich der Entscheid nach der allgemeinen Lebenserfahrung richtet. Letzteres betrifft etwa die Frage, ob Tabellenlöhne anwendbar sind, welches die massgebliche Tabelle ist und ob ein (behinderungsbedingt oder anderweitig begründeter) Leidensabzug vorzunehmen sei. Demgegenüber beschlägt der Umgang mit den Zahlen in der massgeblichen LSE-Tabelle und in den Arbeitsplatznachweisen der DAP Tatfragen. Schliesslich ist die Frage nach der Höhe des (im konkreten Fall grundsätzlich angezeigten) Leidensabzuges eine typische Ermessensfrage, deren Beantwortung letztinstanzlicher Korrektur nur mehr dort zugänglich ist, wo das kantonale Gericht das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat (BGE 132 V 393 E. 3.3 S. 399).
3.
Streitig ist zunächst, in welchem Mass der Beschwerdeführer in der Arbeitsfähigkeit eingeschränkt ist.
3.1 Die Vorinstanz ist bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit dem im Verfahren um Leistungen der obligatorischen Unfallversicherung eingeholten psychiatrischen Gutachten des Dr. med. G._____ vom 10. Juli 2004 gefolgt, wonach der Versicherte für Hilfsarbeiten, welche ohne übermässigen Termindruck oder Hektik ausgeführt werden können und auf die Schwindelerscheinungen Rücksicht nehmen (keine Überkopfarbeiten und Arbeiten aus der Höhe), im Rahmen einer Halb- oder Ganztagsbeschäftigung zu 50 % arbeitsfähig ist. Im Hinblick darauf, dass die vom Versicherten geklagten psychischen Beschwerden schon kurz nach dem Unfall eindeutig dominant waren und die zum Schädel-Hirntrauma gehörenden Beschwerden ganz in den Hintergrund getreten sind (Urteil des heutigen Tages im Verfahren betreffend Leistungen des Unfallversicherers), ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz entscheidend auf das psychiatrische Gutachten (und das dieses ergänzende neuropsychologische Gutachten vom 18. Dezember 2004) abgestellt hat. Das Gutachten erfüllt die nach der Rechtsprechung für den Beweiswert ärztlicher Berichte und Gutachten geltenden Anforderungen (BGE 125 V 351 E. 3a S. 352, 122 V 157 E. 1c S. 160) und vermag in den Schlussfolgerungen zu überzeugen.
Zu einer andern Beurteilung geben auch die in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhobenen Einwendungen nicht Anlass. Es trifft insbesondere nicht zu, dass die gutachterliche Beurteilung der Arbeitsfähigkeit nicht begründet wurde.
3.2 Nicht gefolgt werden kann dem Beschwerdeführer auch, soweit er geltend macht, der massgebende Sachverhalt sei unvollständig festgestellt worden und es hätten zusätzliche Abklärungen angeordnet werden müssen.

Das kantonale Gericht hat die weiteren, bezüglich der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit teilweise abweichenden Arztberichte (Stellungnahme des Dr. med. L._____ vom 20. Juli 2005 und Berichte des Dr. med. Z._____ vom 15. und 17. September 2004) in die Beurteilung einbezogen und dargelegt, weshalb darauf nicht abgestellt werden kann. Dass sich das kantonale Gericht nicht näher mit dem Bericht des Arbeitszentrums Y._____ vom 17. Mai 2004 auseinandergesetzt hat, stellt keinen entscheidenden Mangel dar, weil es primär Sache des Arztes ist, dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten der Versicherte arbeitsfähig ist (BGE 115 V 133 E. 2 S. 134 mit Hinweisen). Im Übrigen hat die berufliche Abklärung einen Leistungsgrad von 40 % ergeben, was nicht erheblich von der ärztlichen Schätzung der Arbeitsfähigkeit abweicht. Zudem war es nach den Angaben der Abklärungsstelle nicht möglich gewesen, die Leistungsfähigkeit definitiv zu beurteilen, weil es dem Versicherten am Antrieb für eine
Leistungssteigerung fehlte. Damit wird auch seitens des mit einer Abklärung der Leistungsfähigkeit beauftragten Arbeitszentrums die Auffassung vertreten, dass die Arbeitsfähigkeit vorab aus psychiatrischer Sicht zu beurteilen ist. Insgesamt ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von weiteren Abklärungen abgesehen und dem Begehren des Beschwerdeführers auf eine ergänzende Begutachtung nicht stattgegeben hat.

4.

Streitig ist des Weiteren der für den Rentenanspruch massgebende Invaliditätsgrad (Art. 16 ATSG).

4.1 Festzuhalten ist zunächst, dass die Invaliditätsbemessung nach der Methode des Einkommensvergleichs zu erfolgen hat. Entgegen den Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde sind die Voraussetzungen für eine Anwendung der gemischten Bemessungsmethode (Art. 28 Abs. 2ter IVG und Art. 27bis IVV; Art. 8 Abs. 3 ATSG) nicht gegeben. Dass der Beschwerdeführer den Boxsport ausübte, stellt keine Tätigkeit in einem Aufgabenbereich gemäss diesen Bestimmungen dar, denn es spricht nichts dafür, dass es sich dabei um eine über eine reine Freizeitbeschäftigung hinausgehende, geldwerte Tätigkeit gehandelt hat (vgl. zu Art. 5 Abs. 1 IVG, gültig gewesen bis 31. Dezember 2002: BGE 130 V 360 E. 3.3.2 S. 364 ff.).

4.2 Bei der Festsetzung des Erwerbseinkommens, welches der Beschwerdeführer erzielen könnte, wenn er nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen), hat die Vorinstanz auf das vor dem Unfall effektiv erzielte Einkommen abgestellt und ist vom Durchschnitt der laut IK-Auszug in den Jahren 1998 und 1999 erzielten Einkommen von Fr. 42'175.50 ausgegangen. Unter Berücksichtigung der Nettolohnentwicklung im Baugewerbe ermittelte sie für das Jahr 2001 (Rentenbeginn) ein Valideneinkommen von Fr. 44'180.-. Der Beschwerdeführer macht geltend, wegen des von ihm ausgeübten Boxsportes sei von einem Arbeitspensum von lediglich 75 % auszugehen. Die in den Akten enthaltenen Angaben zum Beschäftigungsgrad sind widersprüchlich. Während die Arbeitgeberin der IV-Stelle am 3. Juni 2003 mitteilte, der Versicherte sei seit dem 12. August 1996 halbtags angestellt gewesen, gab der Versicherte gegenüber dem psychiatrischen Gutachter an, jeweils vor Wettkämpfen die Arbeitszeit auf 50 % reduziert zu haben. Wie es sich damit verhielt, bedarf keiner weiteren Abklärung, weil die Invalidenversicherung nicht dafür einzustehen hat, wenn die versicherte Person das Arbeitspensum aus freien Stücken, insbesondere um mehr Freizeit zu haben, reduziert hat (BGE 131 V 51
Erw. 5.1.2 S. 53). Dies hat auch dann zu gelten, wenn sie - wie hier - wegen einer Sporttätigkeit ein reduziertes Arbeitspensum wählt, selbst wenn die Tätigkeit auf eine spätere berufsmässige Ausübung des Sportes gerichtet ist. Die Vorinstanz ist somit zu Recht vom effektiv erzielten Einkommen ausgegangen. Nicht zu beanstanden ist auch, dass sie auf den Durchschnitt aus den Jahren 1998 und 1999 und damit auf die Einkommen aus der Zeit vor dem Unfall vom 5. September 2000 abgestellt hat.

4.3 Das massgebende Vergleichseinkommen (Invalideneinkommen) bestimmt sich nach dem, was die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte. Dabei ist von dem vom Arzt festzulegenden zumutbaren Arbeitspensum auszugehen, welches unter Umständen grösser sein kann als das ohne die gesundheitliche Beeinträchtigung geleistete (BGE 131 V 51 E. 5.1.2 S. 54). Die vorinstanzliche Festsetzung des Invalideneinkommens unter Annahme einer Arbeitsfähigkeit von 50 % im Rahmen eines vollen Arbeitspensums besteht demnach zu Recht. Weil kein tatsächlich erzieltes Erwerbseinkommen gegeben ist, hat das kantonale Gericht richtigerweise Tabellenlöhne gemäss der vom Bundesamt für Statistik periodisch herausgegebenen Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) herangezogen. Die gestützt darauf erfolgte Festsetzung des Invalideneinkommens entspricht den von der Rechtsprechung für die Invaliditätsbemessung mit Tabellenlöhnen aufgestellten Regeln (BGE 126 V 75 E. 3b/bb S. 77 mit Hinweis). Der Beschwerdeführer bringt hiegegen lediglich vor, es sei ein leidensbedingter Abzug vom Tabellenlohn von 25 % vorzunehmen.
Unter Berücksichtigung der im konkreten Fall zu würdigenden Umstände und im Hinblick darauf, dass der

Abzug rechtsprechungsgemäss höchstens 25 % betragen darf (BGE 126 V 75 ff.; vgl. auch BGE 129 V 472 E. 4.2.3 S. 481), hat das kantonale Gericht sein Ermessen nicht rechtsfehlerhaft ausgeübt, wenn es vom Tabellenlohn einen Abzug von 20 % vorgenommen hat. Nach den im Rahmen von Art. 105 Abs. 2 OG verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz ergibt sich damit ein Invalideneinkommen von Fr. 22'758.- für das Jahr 2001. Gemessen am Valideneinkommen von Fr. 44'180.- resultiert ein Invaliditätsgrad von 48 %, weshalb der Beschwerdeführer gemäss Art. 28 Abs. 1 IVG ab 1. September 2001 Anspruch auf eine Viertelsrente hat. Ob für die Zeit bis Ende 2003 Anspruch auf eine halbe Rente im Härtefall besteht (Art. 28 Abs. 1bis IVG, aufgehoben durch Ziff. I des Bundesgesetzes vom 21. März 2003, 4. IV-Revision), wird von der Verwaltung zu prüfen sein.
5.
Dem Begehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung (Art. 152 Abs. 2 OG) kann entsprochen werden, weil die Bedürftigkeit aufgrund der eingereichten Unterlagen zu bejahen ist, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht als aussichtslos erscheint und die Vertretung durch einen Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin geboten war (BGE 125 V 371 E. 5b S. 372 mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer wird indessen darauf aufmerksam gemacht, dass er gemäss Art. 152 Abs. 3 OG der Gerichtskasse Ersatz zu leisten haben wird, wenn er später dazu im Stande ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege werden sie einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
3.
Zufolge Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung wird Rechtsanwalt Hans Ulrich Würgler, Winterthur, aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 2000.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) ausgerichtet.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, der Ausgleichskasse des Kantons Zürich und dem Bundesamt für Sozialversicherungen zugestellt.
Luzern, 29. Juni 2007

Im Namen der I. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: