Tribunale federale
Tribunal federal

{T 7}
I 305/06

Urteil vom 22. Mai 2007
II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter U. Meyer, Präsident,
Bundesrichter Lustenberger, Seiler,
Gerichtsschreiber Fessler.

Parteien
K._____, 1944, Beschwerdeführer,
vertreten durch lic. iur. Pollux L. Kaldis,
Solistrasse 2a, 8180 Bülach,

gegen

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

Gegenstand
Invalidenversicherung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 16. Februar 2006.

Sachverhalt:
A.
Nachdem ein erstes Rentengesuch abgelehnt worden war (Verfügung vom 5. September 1997), meldete sich der 1944 geborene K._____ im August 1999 erneut bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an. Nach Abklärungen sprach ihm die IV-Stelle des Kantons Zürich mit Verfügung vom 25. November 2003 ab 1. Januar 2003 aufgrund einer Erwerbsunfähigkeit von 41 % eine Viertelsrente samt Zusatzrente für seine Ehefrau und eine Kinderrente zu. Zur Ausrichtung gelangte bis Ende 1993 eine halbe Härtefallrente. Mit Einspracheentscheid vom 29. September 2004 bestätigte die IV-Stelle die Rentenzusprechung.
B.
Die Beschwerde des K._____ wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 16. Februar 2006 ab.
C.
K._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, Gerichtsentscheid und Einspracheentscheid seien aufzuheben und die Sache sei an die IV-Stelle zurückzuweisen, damit sie nach zusätzlichen medizinischen Abklärungen erneut über den Rentenanspruch befinde.
Die IV-Stelle beantragt die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherungen verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Der angefochtene Entscheid erging am 16. Februar 2006. Das Verfahren richtet sich somit nach dem Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG). Das am 1. Januar 2007 in Kraft getretene Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG [AS 2006 1205 ff.]) ist insoweit nicht anwendbar (Art.

132 Abs. 1 BGG). Da die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor dem 1. Juli 2006 anhängig gemacht worden ist, bestimmt sich die Überprüfungsbefugnis im vorliegenden Streit um eine (höhere) Rente der Invalidenversicherung nach Art. 132 OG, in der bis 30. Juni 2006 gültig gewesenen Fassung (lit. c der Übergangsbestimmungen zur Änderung des IVG vom 16. Dezember 2005 [AS 2006 2003 f.]). Das Bundesgericht (bis 31. Dezember 2006: Eidgenössisches Versicherungsgericht) kann somit auch die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheides prüfen und es ist an die vorinstanzliche Feststellung des Sachverhalts sowie die Parteianträge nicht gebunden.
2.
Das kantonale Gericht hat durch Einkommensvergleich (alt Art. 28 Abs. 2 IVG und Art. 16 ATSG sowie BGE 128 V 29 E. 1 S. 30 und BGE 130 V 343) einen Invaliditätsgrad von 43 % ([[Fr. 66'882.- - Fr. 38'400.-]/Fr. 66'882.-]x 100 %; zum Runden BGE 130 V 121) ermittelt. Dies ergibt Anspruch auf eine Viertelsrente, bis Ende 2003 allenfalls auf eine halbe Härtefallrente (vgl. Art. 28 Abs. 1 IVG und alt Art. 28 Abs. 1bis IVG). Das Valideneinkommen (Fr. 66'882.-) ist unbestritten. Es besteht kein Anlass zu einer näheren Prüfung von Amtes wegen (BGE 125 V 413 E. 1b und 2c S. 415 ff; BGE 110 V 48 E. 4a S. 53). Das Invalideneinkommen (Fr. 38'400.-) hat die Vorinstanz auf der Grundlage der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung 2002 des Bundesamtes für Statistik (LSE 02) bestimmt (BGE 129 V 472 E. 4.2.1 S. 475 f.; BGE 124 V 321). Dabei hat sie den Tabellenlohn (Fr. 4557.-; LSE 02 S. 43 [Monatlicher Bruttolohn von Männern für einfache und repetitive Tätigkeiten im privaten Sektor]) im Sinne von BGE 126 V 75 um 5 % gekürzt. Weiter ist sie von einer trotz gesundheitlicher Beeinträchtigung zumutbaren Arbeitsfähigkeit von 70 % für körperlich leichte, adaptierte Tätigkeiten gemäss der Expertise des Ärztlichen Begutachtungsinstituts X._____ vom 21. November 2002 ausgegangen.
3.
In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird in erster Linie vorgebracht, der medizinische Sachverhalt sei nicht richtig und vollständig festgestellt. Entgegen dem kantonalen Gericht erlaube das Gutachten des Ärztlichen Begutachtungsinstituts X._____ keine zuverlässige Umschreibung der zumutbaren Arbeitsfähigkeit weder aus somatischer noch psychiatrischer Sicht. Ein Obergutachten sei notwendig. Im Weitern beanstandet der Beschwerdeführer, das kantonale Gericht habe nicht begründet, weshalb lediglich ein Leidensabzug von 5 % gerechtfertigt sei. In Anbetracht, dass die frühere Arbeit als Flachdachisoleur körperlich sehr schwer gewesen sei und gesundheitsbedingt auch eine leichte Arbeit nicht mehr zu 100 % ausgeübt werden könne, sei ein Abzug von 20 % angemessener. Der Invaliditätsgrad betrage somit mehr als 51 %, was Anspruch auf eine halbe Rente gebe.
3.1 Die Gutachter des Ärztlichen Begutachtungsinstituts X._____ diagnostizierten im Wesentlichen ein chronisches lumboradikuläres Syndrom S1 rechts (ICD-10 M51.1), eine chronische Schmerzverarbeitungsstörung sowie ein subacromiales Impingement links. Die Arbeitsfähigkeit schätzten sie aus rheumatologischer Sicht in körperlich nicht schwer wirbelsäulenbelastenden Tätigkeiten, insbesondere ohne Heben, Ziehen und Stossen von Lasten, vereinzelt über 15 kg und repetitiv über 5 bis 10 kg und ohne Arbeiten repetitiv über Kopf und in gebückter Stellung auf mindestens 70 %. Eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit aus psychiatrischer Sicht verneinten sie. Insbesondere massen sie der Schmerzverarbeitungsstörung keinen Krankheitswert zu. Darauf ist entgegen den Vorbringen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde abzustellen (vgl. zum Beweiswert ärztlicher Berichte BGE 125 V 351 E. 3a S. 352 mit Hinweis). Es trifft zwar zu, dass gemäss dem Bericht der Orthopädischen Klinik Y._____ vom 18. Januar 2002 die neurophysiologische Abklärung vom 18. April 2001 Zeichen einer leichten Wurzelkompression L5/S1 rechts ergab. Sodann zeigte das MRI der Lendenwirbelsäule vom 8. Mai 2001 u.a. auf dem Segment L5/S1 einen Anulus-Riss mit leicht ausladender Diskushernie mediolateral mit Kontakt zur Nervenwurzel S1 rechts. Schliesslich ergab auch das im Rahmen der Begutachtung durch das Ärztliche Begutachtungsinstituts X._____ am 16. August 2002 erstellte MRI der LWS eine kleine mediolaterale Diskushernie L5/S1 rechts mit möglicher Irritation der Nervenwurzel S1 rechts. Mit diesem Befund steht indessen nicht im Widerspruch, dass in der aktuellen klinischen Untersuchung vom 27. August 2002 eine akute lumboradikuläre Reizung nicht nachgewiesen werden konnte. Daran ändert nichts, dass die Orthopäden der Orthopädischen Klinik Y._____ die Arbeitsfähigkeit für leichte körperliche Arbeiten in wechselnden Tätigkeiten, sitzend, stehend, und gehend lediglich auf 50 % festlegten. Es fehlen Hinweise, dass diese Einschätzung von einem anderen klinischen Untersuchungsergebnis herrührt. Gegen diese Annahme spricht, dass im Bericht der Orthopädischen Klinik Y._____ vom 18. Januar 2002 neurologische Ausfälle ausdrücklich verneint wurden. Im Übrigen ist die abweichende Einschätzung der Arbeitsfähigkeit allein auch

bei im Wesentlichen gleichen Befund und Diagnose kein hinreichender Grund für die Einholung eines Obergutachtens, zumal die Experten des Ärztlichen Begutachtungsinstituts X._____
nachvollziehbar die möglichen Gründe für diese Diskrepanz dargelegt haben.
3.2 In psychiatrischer Hinsicht wird insoweit richtig vorgebracht, dass Ziel der ärztlichen Abklärungen eine möglichst genaue Diagnose anhand eines anerkannten Klassifikationssystems sein muss (Hans Kind, So entsteht ein medizinisches Gutachten, in: René Schaffhauser/ Franz Schlauri [Hrsg.], Rechtsfragen der medizinischen Begutachtung in der Sozialversicherung, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen/Band 42 S. 56). Damit ist indessen zumindest in den Fällen nichts gewonnen, in welchen sich aufgrund einer Untersuchung lege artis keine Diagnose stellen lässt. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass Gutachter die in Betracht fallenden psychiatrischen Beschwerdebilder diskutieren und die Gründe angeben, weshalb eine bestimmte Diagnose zu stellen oder aber zu verwerfen ist. Es besteht kein Grund zur Annahme, dass es sich vorliegend anders verhält. Der psychiatrische Konsiliararzt des Ärztlichen Begutachtungsinstituts X._____ hätte unzweifelhaft eine (krankheitswertige) Depression erörtert, bestanden Anzeichen für dieses Beschwerdebild. Ebenso hätte er Tests durchgeführt, wenn und soweit er solche zur genauen Diagnosestellung als notwendig erachtete. Dies war indessen
offensichtlich nicht der Fall. Dass schliesslich der psychiatrische Konsiliararzt des Ärztlichen Begutachtungsinstituts X._____ keine Fremdanamnese erhob, mindert den Beweiswert der Expertise nicht. Eine Fremdanamnese mag häufig wünschenswert sein, ist aber nicht zwingend erforderlich (vgl. auch Renato Marelli, Psychiatrie, in: Hermann Fredenhagen, Das ärztliche Gutachten, 4. Aufl., S. 256). Es besteht somit auch in psychiatrischer Hinsicht kein Abklärungsbedarf.
Die vorinstanzliche Feststellung einer zumutbaren Arbeitsfähigkeit von 70 % in dem Rücken- und Schulterleiden angepassten Tätigkeiten ist nicht zu beanstanden.
4.
4.1 Wird das Invalideneinkommen auf der Grundlage von statistischen Durchschnittswerten ermittelt, ist der entsprechende Ausgangswert (Tabellenlohn) allenfalls zu kürzen. Damit soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass persönliche und berufliche Merkmale einer versicherten Person, wie Art und Ausmass der Behinderung, Lebensalter, Dienstjahre, Nationalität oder Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad (vgl. LSE 94 S. 51) Auswirkungen auf die Lohnhöhe haben können (BGE 124 V 321 E. 3b/aa S. 323). Der Abzug hat nicht automatisch, sondern dann zu 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 erwerblichem Erfolg verwerten kann. Bei der Bestimmung der Höhe des Abzugs vom Tabellenlohn sodann ist nicht in der Weise vorzugehen, dass für jedes in Betracht fallende Merkmal separat eine Reduktion vorgenommen wird, weil damit Wechselwirkungen ausgeblendet würden. Vielmehr ist der Einfluss aller Merkmale auf das Invalideneinkommen (leidensbedingte Einschränkung, Alter, Dienstjahre, Nationalität, Aufenthaltskategorie und
Beschäftigungsgrad) unter Würdigung der Umstände im Einzelfall nach pflichtgemässem Ermessen gesamthaft zu schätzen. Dabei ist der Abzug auf insgesamt höchstens 25 % zu begrenzen (BGE 126 V 75 E. 5b/aa-cc S. 79 f.; Urteil I 97/00 vom 29. August 2002 E. 1.3.2).
Die IV-Stelle hat kurz zu begründen, warum sie einen Abzug vom Tabellenlohn gewährt, insbesondere welche Merkmale sie bei ihrer Schätzung berücksichtigt hat (BGE 126 V 75 E. 5b/dd in fine S. 80). Im Beschwerdefall hat das kantonale Versicherungsgericht zu beachten, dass die Frage nach der Höhe des (im konkreten Fall grundsätzlich angezeigten) Abzugs vom Tabellenlohn eine typische Ermessensfrage darstellt. Seine Korrekturbefugnis ist daher insofern beschränkt, als es sein Ermessen nicht ohne triftigen Grund an die Stelle desjenigen der Verwaltung setzen darf (BGE 126 V 75 E. 6 S. 81). Diese Grundsätze gelten auch im Verhältnis zwischen kantonalem Versicherungsgericht und Bundesgericht (vgl. zur Rechtslage seit 1. Juli 2006 BGE 132 V 393 E. 3.3 S. 399).
4.2 Die IV-Stelle zog zur Bestimmung des Invalideneinkommens DAP-Löhne heran. Das kantonale Gericht hat richtig erkannt, dass die verfahrensmässigen Anforderungen hiefür nicht erfüllt sind (vgl. BGE 129 V 472), und demzufolge diese hypothetische Einkommensgrösse auf der Grundlage der LSE 02 bestimmt. Dabei hat es einen leidensbedingten Abzug von 5 % berücksichtigt. Die Höhe des Abzugs hat die Vorinstanz jedoch nicht begründet, wie in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu Recht gerügt wird.
Ein Abzug vom Tabellenlohn von lediglich 5 % ist klar zu tief. Der Beschwerdeführer verrichtete unbestrittenermassen in seiner letzten Tätigkeit als Flachdachisoleur schwere wirbelsäulenbelastende Arbeit. Aufgrund

der gesundheitlichen Beeinträchtigung ist er auch für leichtere Arbeiten nicht mehr voll einsatzfähig. Dies zusammen mit der Erfahrungstatsache, dass teilzeitbeschäftigte Männer in der Regel überproportional weniger als ihre vollzeitlich angestellten männlichen Kollegen verdienen, rechtfertigt einen (leidensbedingten) Abzug vom Tabellenlohn von 15 % (vgl. BGE 126 V 75 E. 5a/aa S. 78 und AHI 2002 S. 71 E. 5 [I 82/01]). In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit nicht nur wegen Rückenbeschwerden, sondern auch aufgrund eines Schulterleidens (subacromiales Impingement links) eingeschränkt ist. Auch Überkopfarbeiten fallen daher grundsätzlich ausser Betracht. Schliesslich stellt die Tatsache, dass der Versicherte am 1. Januar 2003 (Zeitpunkt des Rentenbeginns) bereits im 59. Altersjahr stand, angesichts der eingeschränkten Leistungsfähigkeit eine zusätzliche Benachteiligung gegenüber gesunden, insbesondere jüngeren und bei gleicher Qualifikation in der Regel billigeren Arbeitnehmern dar,
zumal gleichzeitig die langjährige berufliche Erfahrung (Dienstjahre) dadurch relativiert wird, dass er zeitlebens als Hilfsarbeiter im Baubereich tätig gewesen war. Unter diesen Umständen erscheint ein Abzug vom Tabellenlohn von insgesamt 20 % angemessen. Daraus ergibt sich bei im Übrigen gleichen Bemessungsfaktoren (vgl. E. 2) ein Invaliditätsgrad von 52 % ([Fr. 66'882.- - [Fr. 38'400.- x 0.8/0.95]]/Fr. 66'882.- x 100 %). Der Beschwerdeführer hat somit Anspruch auf eine halbe Invalidenrente (Art. 28 Abs. 1 IVG; Art. 132 lit. c OG).
5.
Das Verfahren ist kostenlos (Art. 134 OG in der bis 30. Juni 2006 gültig gewesenen Fassung). Dem Prozessausgang entsprechend hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine u.a. nach dem Vertretungsaufwand bemessene Parteientschädigung (Art. 159 OG in Verbindung mit Art. 135 OG, Art. 2 Abs. 1 des Tarifs über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht, in Kraft gestanden bis 31. Dezember 2006, und Art. 160 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass in Abänderung des Entscheids des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 16. Februar 2006 festgestellt wird, dass der Beschwerdeführer ab 1. Januar 2003 Anspruch auf eine halbe Rente der Invalidenversicherung hat.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Die IV-Stelle des Kantons Zürich hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesgericht eine Parteientschädigung von Fr. 1800.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4.
Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich hat die Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses festzusetzen.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, der Ausgleichskasse des Kantons Zürich und dem Bundesamt für Sozialversicherungen zugestellt.
Luzern, 22. Mai 2007

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: