Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess {T 7}
I 424/05

Urteil vom 22. August 2006
III. Kammer

Besetzung
Präsident Ferrari, Bundesrichter Lustenberger und Seiler; Gerichtsschreiber Jancar

Parteien
K._____, 1944, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt David Husmann, c/o Sidler & Partner, Untermüli 6, 6300 Zug,

gegen

IV-Stelle Zug, Baarerstrasse 11, 6304 Zug, Beschwerdegegnerin

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Zug, Zug

(Entscheid vom 28. April 2005)

Sachverhalt:
A.
K._____, geboren 1944, war zuletzt bis 30. November 1995 bei der Firma P._____ AG in X._____ als Bauarbeiter tätig. Ab. 1. Dezember 1995 war er arbeitslos. Am 13. März 1998 meldete er sich wegen eines Rückenleidens (Diskushernie) bei der IV-Stelle Zug zum Leistungsbezug (medizinische Eingliederungsmassnahmen, Invalidenrente) an. Die IV-Stelle Zug holte einen Arbeitgeberbericht ein, zog die SUVA-Akten zu einem am 3. September 1994 erlittenen Verkehrsunfall (mit multiplen Quetschungen und Hämatomen sowie Meniskusläsion rechts) bei, klärte die medizinische Situation u.a. durch Einholung eines Gutachtens der Klinik Y._____, vom 18. November 1998 ab und tätigte berufsberaterische Abklärungen. Mit Vorbescheid vom 20. April 2000 teilte sie dem Versicherten mit, dass er bei einem Invaliditätsgrad von 58 % mit Wirkung ab 1. März 1998 Anspruch auf eine halbe Invalidenrente habe. Mit Stellungnahme vom 23. Mai 2000 liess K._____ die Ausrichtung einer ganzen Rente bereits ab März 1997 beantragen; eventualiter sei ein interdisziplinäres Gutachten einzuholen oder er sei einer beruflichen Massnahme (BEFAS) zuzuführen. Die IV-Stelle erteilte einen weiteren Gutachterauftrag an die Rheumapoliklinik des Universitätsspitals A._____.
Weil der Anspruch auf mindestens eine halbe Rente unbestritten war, sprach sie dem Versicherten mit Verfügung vom 21. September 2000 vorerst eine halbe Rente ab 1. März 1998 zu. Das Universitätsspital A._____ stellte im Gutachten vom 15. September 2001 folgende Diagnosen: lumbospondylogenes Syndrom linksbetont bei degenerativen Veränderungen mit Osteochondrose L4/5, Diskushernie L4/5 mit Einengung des Rezessus links und Kompression der Wurzel L5 ohne klinisches Korrelat sowie möglicher Spinalkanalstenose, muskulärer Dekonditionierung mit Haltungsinsuffizienz; Gonalgien, betont rechts unklarer Ätiologie DD: beginnende Gonarthrose, Status nach arthroskopischer medialer Hinterhorn-Resektion rechts am 9. November 2004; Verdacht auf Schmerzverarbeitungsstörung. Als Bauarbeiter sei der Versicherte zu 100 % arbeitsunfähig; für mittelschwere körperliche Belastungen bestehe eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit; für eine angepasste, körperlich leichte rückenschonende Tätigkeit ohne lange Zwangshaltungen und Heben von Lasten über 15 kg bestehe

aus rheumatologischer Sicht keine Einschränkung. Eine Verbesserung der Arbeitsfähigkeit sei nicht möglich. Nachdem die IV-Berufsberater weitere Abklärungen vorgenommen hatten und inzwischen im parallelen UV-Verfahren die Ablehnung der Leistungspflicht der SUVA für die vorliegenden Beschwerden mangels Kausalität zum Unfall vom 3. September 1994 vom Eidgenössischen Versicherungsgericht bestätigt worden war (Urteil vom 21. Februar 2003, Prozess U 306/02), hielt die IV-Stelle mit (Wiedererwägungs-)Verfügung vom 20. November 2003 am seinerzeit errechneten Invaliditätsgrad von 58 % fest. Die dagegen erhobene Einsprache, womit vor allem die jeweilige Berechnung von Validen- und Invalideneinkommen bemängelt wurde, wies sie mit Einspracheentscheid vom 9. August 2004 ab.

B.

K._____ erhob dagegen Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug mit dem Antrag, in Aufhebung des Einspracheentscheides sei ihm ab 1. Januar 2004 mindestens eine Dreiviertelsrente zuzusprechen. Die IV-Stelle beantragte, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen. Mit Entscheid vom 28. April 2005 wies das kantonale Gericht die Beschwerde ab.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt der Versicherte, in Aufhebung des kantonalen Entscheides seien ihm die gesetzlichen Leistungen zuzusprechen und die IV-Stelle zu verpflichten, für einen Invaliditätsgrad von über 60 % eine Dreiviertelsrente auszurichten.

D. Die IV-Stelle schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, ebenso sinngemäss das kantonale Gericht. Das Bundesamt für Sozialversicherungen verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf eine Dreiviertelsrente.

Der Beschwerdeführer hat sich bereits im März 1998 bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug angemeldet. Seit März 1998 bezieht er eine halbe Invalidenrente. Der Einspracheentscheid erging am 9. August 2004. Damit ist teilweise ein Sachverhalt zu beurteilen, der sich vor dem Inkrafttreten des ATSG und der ATSV am 1. Januar 2003 sowie der Änderungen des IVG vom 21. März 2003 und der IVV vom 21. Mai 2003 (4. IV-Revision) am 1. Januar 2004 (Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG) verwirklicht hat. Daher und auf Grund dessen, dass der Rechtsstreit eine Dauerleistung betrifft, über welche noch nicht rechtskräftig verfügt wurde, ist entsprechend den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln für die Zeit bis 31. Dezember 2002 sowie bis 31. Dezember 2003 auf die damals geltenden Bestimmungen und ab diesen Zeitpunkten auf die neuen Normen des ATSG bzw. der 4. IV-Revision und deren Ausführungsverordnungen abzustellen (BGE 130 V 445 ff.; vgl. auch Urteil M. vom 3. Januar 2006 Erw. 1, I 633/05).

2.

Die Vorinstanz hat die Bestimmungen und Grundsätze über die Invalidität (Art. 8 Abs. 1 ATSG; vgl. auch Art. 4 IVG), die Invaliditätsbemessung bei erwerbstätigen Versicherten nach der Einkommensvergleichsmethode (Art. 16 ATSG in Verbindung mit Art. 28 Abs. 2 IVG in der seit 1. Januar 2004 geltenden Fassung; BGE 130 V 348 Erw. 3.4 mit Hinweisen), die Voraussetzungen und den Umfang des Rentenanspruchs (Art. 28 Abs. 1 IVG in der bis 31. Dezember 2003 gültig gewesenen sowie in der ab 1. Januar 2004 geltenden Fassung), die Ermittlung des ohne Invalidität erzielbaren Einkommens (Valideneinkommen; BGE 129 V 224 Erw. 4.3.1 mit Hinweisen) und die Bestimmung des trotz Gesundheitsschädigung zumutbarerweise noch erzielbaren Einkommens (Invalideneinkommen) nach Tabellenlöhnen sowie die von diesen zulässigen Abzüge (BGE 129 V 475 Erw. 4.2.1 und 481 Erw. 4.2.3, je mit Hinweisen) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

3.

3.1 Die IV-Stelle hat im Einspracheentscheid vom 9. August 2004 festgehalten, dass der Beschwerdeführer für leichte und mittelschwere Arbeiten zu 50 % arbeitsfähig ist. Davon gehen - zu Recht - auch der Beschwerdeführer und die Vorinstanz aus. Umstritten sind einzig noch die beiden hypothetischen Einkommen im Zeitpunkt des Einspracheentscheides.

3.2

3.2.1 Zum als zu tief beanstandeten Valideneinkommen macht der Beschwerdeführer geltend, das Bau-Hauptgewerbe sei durch einen allgemein verbindlichen Gesamtarbeitsvertrag geregelt. Diese Lohnvorgaben oder Durchschnittslöhne seien präziser als ein Referenzwert und das nachgängige Aufrechnen von Teuerungsfaktoren. Die vor-

instanzliche Methode berücksichtige nicht, dass im Bauhauptgewerbe im Zeitraum 1995 bis heute mehrere über der Nominallohnerhöhung liegende Lohnzuschläge aufgerechnet worden seien. Auch könne nicht vom Referenzlohn bei der Firma P._____ AG ausgegangen werden, da diese den Versicherten seinerzeit aus Restrukturierungsgründen entlassen habe. Entsprechend sei auf die Durchschnittslöhne im Bau-Hauptgewerbe auf dem Platz Zug abzustellen. Sodann beruft sich der Beschwerdeführer auf den sog. Lohnrechner, den der Schweizerische Gewerkschaftsbund (SGB) zusammen mit der Universität Genf ins Internet (www.lohn-sgb.ch) gestellt habe. Dieser beruhe auf den Lohnstrukturerhebungs(LSE)-Zahlen des Bundesamtes für Statistik, Ausgangswert 2002. Der Lohnrechner gehe individuell vor, indem er einerseits das Alter, alsdann das Dienstalter, im Weiteren die Ausbildung, die Tätigkeit, das Anforderungsniveau sowie die hierarchische
Stellung und die Wochenstundenzahl berücksichtige. In Anwendung der verschiedenen Faktoren, die auf der schweizerischen LSE 2002 beruhten und für spätere Jahre teuerungsbedingt hochgerechnet würden, produziere der Lohnrechner für den Versicherten per 2004 ein Valideneinkommen von Fr. 62'734.-.
3.2.2 Mit dem Lohnrechner des SGB und der Universität Genf lassen sich die ortsüblichen Löhne für 7 Grossregionen (Genfersee; Espace Mittelland; Nord-West; Zürich, Zug; Ostschweiz; Zentralschweiz; Tessin) oder die Löhne nach Geschlecht in über 40 Branchen der Privatwirtschaft bestimmen. Gestützt darauf wird auch der gesamtschweizerische Lohn angegeben. Die Löhne sind mit den Daten der LSE 2002 berechnet worden (vgl. www.lohn-sgb.ch).

Die Ergebnisse des im Internet figurierenden Lohnrechners sind in der von der Universität Genf verfassten und vom SGB im Jahre 2004 herausgegebenen Dokumentation Löhne, Ortsübliche Branchenlöhne in 7 Schweizer Regionen (nachfolgend Lohn-Dokumentation) enthalten. Diese Informationsquelle basiert grundsätzlich auf den Daten der LSE 2002 (Erläuterungen S. VII Ziff. 1). Als Vorteile des angewandten Verfahrens der Lohngleichung werden die methodologische Solidität, einfache Anwendbarkeit und unparteilichen Kriterien angegeben. Diese überwögen den wichtigsten Nachteil, die Komplexität (Einleitung S. V). Zudem wird ausgeführt, dass der Begriff des ortsüblichen Lohnes für die Arbeitsmarktpolitik von zentraler Bedeutung sei. Die Lohn-Dokumentation und der Lohnrechner seien im Rahmen der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit als Arbeitsinstrument gegen Lohndumping aufgebaut worden. Weiter wird dargelegt, die Dokumentation sei unter anderem für den Bereich der Invalidität (Rentenberechnung) hilfreich (Vorwort S. III und Einleitung S. V).
3.2.3 Der Lohnrechner bzw. die Lohn-Dokumentation können aus folgenden Gründen nicht für die Bestimmung des hypothetischen Validen- oder Invalideneinkommens eingesetzt werden. Abgesehen davon, dass sie nicht alle Branchen für die Berechnung der üblichen Löhne berücksichtigen (Erläuterungen S. XI), handelt sich es sich nicht um amtliche und neutrale Datensammlungen wie jene des Bundesamtes für Statistik. Weiter werden im Lohnrechner und in der Lohn-Dokumentation der Faktor Nationalität/Aufenthaltsstatus, in der Letzteren auch der Faktor Geschlecht lohnmässig nicht erfasst (Erläuterungen S. X). Diese beiden Kriterien sind indessen für die Bestimmung von Validen- und Invalideneinkommen relevant (vgl. BGE 129 V 410 Erw. 3.1.2 , 481 Erw. 4.2.3 und 483 Erw. 4.3.2). Schliesslich ist zu beachten, dass das Gesamtgericht mit Beschluss vom 10. November 2005 die Berücksichtigung regionaler Löhne von Grossregionen gemäss TA 13 der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) abgelehnt hat. Dies ist eine Grundsatzfrage, die für den Lohnrechner und die Lohn-Dokumentation, welche von 7 Schweizer Lohnregionen als Grundlage ausgehen, gleich zu beantworten ist.
4.
In Frage kommt weiter das Abstellen auf den Lohn gemäss Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe vom 25. März 2002 (2003-2005, LMV 2005).

Nach der Rechtsprechung ist zu beachten, dass gesamtarbeitsvertraglich festgelegte Arbeitsentgelte mehr oder weniger stark unter den in einer Branche durchschnittlich ausbezahlten Löhnen liegen können; diesfalls sind letztere für die Festlegung des Valideneinkommens repräsentativ (ZAK 1986 S. 413 Erw. 3b; Urteil B. vom 15. April 2003 Erw. 2, I 410/02).

Im LMV sind Basislöhne im Sinne eines Minimallohnes geregelt (Art. 41 Abs. 1 LMV 2005), weshalb darauf nicht abzustellen ist. Denn es ist davon auszugehen, dass der Versicherte nach mehrjähriger Berufserfahrung entsprechende Lohnerhöhungen erhalten hätte (vgl. auch SVR 2000 IV Nr. 1 S. 2 Erw. 3a).

5.
5.1
5.1.1 Bezüglich des Valideneinkommens ist der Referenzlohn daher entweder im Lohn zu suchen, den der Versicherte heute noch als Bauarbeiter bei der Firma P._____ AG verdienen würde in der Annahme, er würde ohne Gesundheitsschaden heute noch den gleichen Arbeitsplatz besetzen. Hievon ist die Vorinstanz ausgegangen und hat, der Lohnentwicklung bis 2004 angepasst, ein hypothetisches Valideneinkommen von Fr. 58'198.90 berechnet. Wenn diese Grundlage fragil ist, muss auf die LSE-Zahlen abgestellt werden.
5.1.2 In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gegen die vorinstanzliche Annahme erstmals eingewendet, der Versicherte sei von der Firma P._____ AG aus Restrukturierungsgründen und nicht aus gesundheitlichen Gründen per 30. November 1995 entlassen worden.

Demgegenüber vertritt die Vorinstanz in der letztinstanzlichen Vernehmlassung die Auffassung, aufgrund der medizinischen Aktenlage dürfe mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass das Ausscheiden aus dieser Firma die Folge der bereits damals bestandenen gesundheitlichen Probleme gewesen sei.
5.2 Selbst wenn beim Valideneinkommen nicht der mutmassliche Lohn bei der Firma P._____ AG, sondern der LSE-Tabellenlohn herangezogen wird, resultiert - wie die folgenden Erwägungen zeigen - kein für eine Dreiviertelsrente relevanter Invaliditätsgrad.
5.2.1 Gemäss der Tabelle TA1 für das Jahr 2004 betrug der Lohn für Männer im Baugewerbe im Anforderungsniveau 4 (einfache und repetitive Tätigkeiten) monatlich Fr. 4829.- (bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden, inkl. 13. Monatslohn). Bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 41,7 Stunden im Baugewerbe im Jahre 2004 (vgl. die Volkswirtschaft, 3/2006, S. 90 Tabelle B9.2) ergibt sich ein Validenlohn von monatlich Fr. 5034.- bzw. jährlich Fr. 60'408.-. Die Wahl des Anforderungsniveaus 3 (Berufs- und Fachkenntnisse vorausgesetzt) ist trotz der langen Tätigkeit des Beschwerdeführers im Bau nicht gerechtfertigt, vor allem auch nicht gestützt auf die Berichte des Berufsberaters, der auf die erschwerenden Faktoren für die Vermittelbarkeit/Verwertbarkeit - schlechte Sprachkenntnisse, keine Schul- und Berufsbildung - hingewiesen hat. Der Versicherte hat gemäss eigenen Angaben nicht nur keine berufliche Ausbildung absolviert, sondern auch keine Schulen besucht.
5.2.2 Hinsichtlich des Invalideneinkommens hat die Vorinstanz zu Recht auf den LSE-Tabellenlohn abgestellt, da kein tatsächlich erzieltes Erwerbseinkommen als Grundlage für die Invaliditätsbemessung dienen kann (BGE 129 V 475 Erw. 4.2.1 mit Hinweisen). Gestützt hierauf hat sie bei einer 50%igen Einsatzfähigkeit des Versicherten ein Invalideneinkommen von Fr. 29'134.- ermittelt, was unbestritten ist. Die diesbezüglichen eingehenden Erwägungen der Vorinstanz überzeugen. Wenn sie den von der Verwaltung eingesetzten Tabellenlohnabzug von 15 % geschützt hat, hält dies einer Angemessenheitskontrolle stand (Art. 132 lit. a OG; BGE 126 V 81 Erw. 6 mit Hinweis). Dies gilt namentlich mit Rücksicht auf den Umstand, dass nicht von einer medizinisch grundsätzlich zumutbaren 100%-igen Arbeitsfähigkeit für leichte Tätigkeiten ausgegangen wird, sondern von der erwerblichen Verwertbarkeit eines 50%-igen Pensums in einer mittelschweren Tätigkeit. Unter diesen Umständen ist der geforderte Maximalabzug von 25 % auch mit Blick auf die zur Diskussion stehenden Abzugsfaktoren weit überrissen. Das Invalideneinkommen beläuft sich beim Abzug von 15 % auf Fr. 24'764.-.
5.2.3 In Gegenüberstellung von Validen- (Fr. 60'408.-) und Invalideneinkommen (Fr. 24'764.-) resultiert ein Invaliditätsgrad von gerundet 59 %, was zum Anspruch auf eine halbe Invalidenrene führt. Der angefochtene Entscheid und der Einspracheentscheid der IV-Stelle sind daher Rechtens.
6.
Das Verfahren ist kostenlos (Art. 134 OG). Dem unterliegenden Versicherten steht keine Parteientschädigung zu (Art. 135 in Verbindung um Art. 159 Abs. 1 und 2 OG).
Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Zug, Sozialversicherungsrechtliche Kammer, der Ausgleichskasse des Kantons Zug und dem Bundesamt für Sozialversicherungen zugestellt.
Luzern, 22. August 2006

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der III. Kammer: Der Gerichtsschreiber: