

Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicurances

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
I 754/02

Urteil vom 3. Februar 2004
III. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Rüedi und Lustenberger; Gerichtsschreiberin Hofer

Parteien
C._____, 1944, Beschwerdeführer, vertreten durch die P._____ AG,

gegen

IV-Stelle Bern, Chutzenstrasse 10, 3007 Bern, Beschwerdegegnerin

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

(Entscheid vom 25. September 2002)

Sachverhalt:

A.

Der 1944 geborene C._____ ist seit 1967 im familieneigenen Unternehmen R._____ AG angestellt, für welches er ursprünglich in den Bereichen Transport, Tiefbau und Büro tätig war. Seit 1996 arbeitet er in dieser Firma aus gesundheitlichen Gründen nur noch im Büro, übernahm aber im Unternehmen T._____ AG die Aufgabenbereiche Unterhalt und Verwaltung, wobei er seit 1999 nur noch die Verwaltung inne hat. In beiden Gesellschaften gehört er dem Verwaltungsrat an.

Wegen fortschreitender Beschwerden der Fussgelenke, Knie, Ellbogen und Daumen meldete sich der Versicherte am 4. September 2000 bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an. Die IV-Stelle Bern holte die Berichte des Hausarztes Dr. med. D._____, vom 16. September 2000, des Orthopäden Dr. med. H._____, vom 4. Dezember 2000 und vom 22. Februar 2001 und des Dr. med. S._____, vom 3. Mai 2001 ein. Zudem zog sie die Arbeitgeberausskünfte vom 5. und 16. Oktober 2000 bei und veranlasste das Gutachten des Dr. med. A._____, Facharzt für Orthopädische Chirurgie, vom 2. Juli 2001 und die Stellungnahme des Dr. med. B._____, Spezialarzt für Handchirurgie, vom 16. Oktober 2001. Nach Durchführung des Vorbescheidverfahrens verneinte sie mit Verfügung vom 6. Dezember 2001 den Leistungsanspruch.

B.

Die dagegen erhobene Beschwerde, welcher eine Stellungnahme des Dr. med. D._____ vom 28. Dezember 2001 beilag, wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 25. September 2002 ab.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt C._____ beantragen, es sei ihm rückwirkend ab wann rechters eine halbe Invalidenrente zuzusprechen.

Die IV-Stelle schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während das Bundesamt für So-

zialversicherung auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das kantonale Gericht hat die Bestimmungen über die Voraussetzungen und den Umfang des Rentenanspruchs (Art. 28 Abs. 1 und 1bis IVG, je in der bis Ende 2003 gültig gewesenen Fassung) und die Bemessung des Invaliditätsgrades bei Erwerbstätigen nach der Einkommensvergleichsmethode (Art. 28 Abs. 2 IVG) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

Zu ergänzen ist, dass das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist, da nach dem massgebenden Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (hier: 6. Dezember 2001) eingetretene Rechts- und Sachverhaltsänderungen vom Sozialversicherungsgericht nicht berücksichtigt werden (BGE 127 V 467 Erw. 1, 121 V 366 Erw. 1b).

1.2 Als Erwerbseinkommen im Sinne von Art. 28 Abs. 2 IVG gelten mutmassliche jährliche Erwerbseinkommen, von denen Beiträge gemäss AHVG erhoben würden. Nicht dazu gehören indessen Leistungen des Arbeitgebers für den Lohnausfall infolge Unfall oder Krankheit bei ausgewiesener Arbeitsunfähigkeit (Art. 25 Abs. 1 lit. a IVV) sowie Lohnbestandteile, für die der Arbeitnehmer nachgewiesenermassen wegen beschränkter Arbeitsfähigkeit keine Gegenleistung erbringen kann (Art. 25 Abs. 1 lit. b IVV).

2.

Gemäss Gutachten des Dr. med. A. _____ vom 2. Juli 2001 leidet der Beschwerdeführer an radiologisch dokumentierten fortgeschrittenen degenerativen Veränderungen im Bereich beider Daumengrundgelenke, des Ellenbogens links, des linken Knies und des rechten oberen Sprunggelenkes. Diese gingen deutlich über das altersentsprechende Mass hinaus und objektivierte die vorgebrachten Beschwerden. Da sie zur Progredienz neigten, könne eine Prognose nur mit Zurückhaltung gestellt werden. Im Zeitpunkt der Beurteilung war eine reine Bürotätigkeit (sitzende Tätigkeiten) im Umfang von 80 % bis 90 % zumutbar, während eine weitergehende Belastung aufgrund der beidseitigen Rhizarthrose nicht möglich erschien. Die Beschwerden würden vor allem beim Schreiben auftreten, weshalb mittels Umstellung auf Computer unter Umständen eine Besserung der Arbeitsfähigkeit erreicht werden könnte. Falls die Daumen aus der Bewegungskette herausgehalten würden, sei eine 80 %ige Tätigkeit durchaus zumutbar. Die bisherige Tätigkeit im Büro sei bei manuellen Arbeiten in reduziertem Umfang von 50 % und bei Zuhilfenahme eines Computers für die Schreibarbeiten zu 80 % möglich. Tätigkeiten, bei denen der Versicherte umhergehen müsse, könne er wegen der Veränderungen im Sprunggelenk und im Kniebereich nicht mehr ausüben. In Würdigung der medizinischen Unterlagen und im Wesentlichen gestützt auf das Gutachten des Dr. med. A. _____ hat das kantonale Gericht zu Recht geschlossen, dass dem Beschwerdeführer die bisherigen Tätigkeiten auf dem Bau und als Lastwagenfahrer nicht mehr möglich seien, dass hingegen für eine vorwiegend sitzende Tätigkeit eine Arbeitsfähigkeit von 50 % bestehe, welche mit Hilfe eines Computers auf 80 % bis 90 % gesteigert werden könne. Dem Vorbringen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, es sei von einer durchschnittlichen Arbeitsfähigkeit von 65 % auszugehen, da auch an einem computerunterstützten Arbeitsplatz manuelle Arbeiten anfallen würden, kann nicht gefolgt werden, da sich die Einschränkung aus medizinischer Sicht nicht auf sämtliche manuellen Bürotätigkeiten, sondern vor allem auf die Schreibarbeiten beziehen.

3.

Streitig und zu prüfen ist weiter die Höhe des hypothetischen Validen- und Invalideneinkommens als Elemente der Bemessung des Invaliditätsgrades.

3.1 Mit Bezug auf das ohne invalidisierenden Gesundheitsschaden erzielbare Einkommen (Valideneinkommen) hat das kantonale Gericht erwogen, aufgrund der Einträge im Individuellen Konto (IK) sei der Beschwerdeführer bis ins Jahr 1995 einzig für die R. _____ AG tätig gewesen und habe dabei zwischen 1990 und 1995 Einkommen von zwischen Fr. 107'778.- (1990) und Fr. 65'715.- (1992) erzielt. Im Jahre 1996 habe dieses Fr. 71'523.- und seither konstant Fr. 65'000.- betragen. Dazu seien ab 1996 noch Fr. 30'000.- von der T. _____ AG bezahlt worden. Wegen der stark schwankenden Verdienstverhältnisse vor 1997 erachtete es die Vorinstanz als unwahrscheinlich, dass seither ein gleichmässiges Einkommen von jährlich insgesamt Fr. 95'000.- erzielt worden sei. Unklar sei zudem, ob der Beschwerdeführer ein 100 % überschreitendes Pensum geleistet habe, ob für gewisse Arbeitsstunden eine Doppelentschädigung vorliege und ob es sich grösstenteils um

Verwaltungsratshonorar handle. Das kantonale Gericht zog daher zur Ermittlung des Valideneinkommens die Schweizerische Lohnstrukturerhebung (LSE) des Bundesamtes für Statistik heran und setzte dieses für das Jahr 2000 auf Fr. 67'562.- fest. Dabei nahm es an, dass der Versicherte zu rund 30 % im Büro und während der restlichen 70 % im Tiefbau beschäftigt wäre.

3.2 Dieser Betrachtungsweise kann nicht beigespflichtet werden. Bei der Ermittlung des Valideneinkommens ist entscheidend, was die versicherte Person aufgrund ihrer beruflichen Fähigkeiten und persönlichen Umstände im Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ohne den Gesundheitsschaden aber bei sonst unveränderten Verhältnissen verdienen würde (RKUV 1993 Nr. U 168 S. 100 Erw. 3b mit Hinweis). Die Einkommensermittlung hat so konkret wie möglich zu erfolgen. Es ist daher in der Regel vom letzten Lohn vor Eintritt des Gesundheitsschadens auszugehen (BGE 129 V 224 Erw. 4.3.1; ZAK 1980 S. 593 mit Hinweisen). Bei sehr starken und verhältnismässig kurzfristig in Erscheinung tretenden Einkommensschwankungen ist auf den während einer längeren Zeitspanne erzielten Durchschnittsverdienst abzustellen (ZAK 1985 S. 466 Erw. 2c). Auch ein überdurchschnittlicher Lohn ist der Beurteilung zugrunde zu legen, wenn besondere Umstände dafür sprechen, dass die versicherte Person tatsächlich einen solchen erzielt hat und weiterhin erzielen würde (ZAK 1980 S. 593 Erw. 3a). Ebenso ist ein Nebenerwerbseinkommen beim Valideneinkommen zu berücksichtigen, sofern es mit überwiegender Wahrscheinlichkeit weiterhin erzielt worden wäre, wenn die versicherte Person gesund geblieben wäre, und zwar ohne Rücksicht auf den hierfür erforderlichen zeitlichen oder leistungsmässigen Aufwand (RKUV 2003 Nr. U 476 S. 108 Erw. 3.2.1). Einkünfte, die im Rahmen einer oberhalb eines bestimmten Durchschnitts liegenden Arbeitszeit erzielt werden, sind ebenfalls mit einzubeziehen (vgl. auch Peter Omlin, Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung, 2. Aufl., S. 182). Ein Verwaltungsratshonorar stellt Erwerbseinkommen im Sinne von Art. 28 Abs. 2 IVG dar (vgl. Art. 25 Abs. 1 IVV in Verbindung mit Art. 7 lit. h AHVV).

3.3 Gemäss den Angaben in den Arbeitgeberfragebogen vom 5. und 16. Oktober 2000 verdient der Beschwerdeführer bei der R. _____ AG seit 1997 Fr. 65'000.- und bei der T. _____ AG Fr. 30'000.-, insgesamt somit Fr. 95'000.- im Jahr, wobei die für die T. _____ AG aufgewendeten Arbeitsstunden grösstenteils in der bei der R. _____ AG geleisteten Arbeitszeit enthalten sind. Bei der R. _____ AG ist der Beschwerdeführer seit 1996 ausschliesslich im Büro tätig und zwar laut den Angaben im Fragebogen während 9 Stunden im Tag. Ohne den Gesundheitsschaden würde er in dieser Firma im Transport, Tiefbau und Büro beschäftigt sein und dabei seit 1996 Fr. 95'000.- im Jahr verdienen. Mit dem seit 1996 neu hinzugekommenen Verdienst aus der Tätigkeit bei der T. _____ AG von Fr. 30'000.- wurde die von der R. _____ AG vorgenommene Lohnreduktion somit wieder ausgeglichen, so dass von einem konstanten Einkommen von insgesamt Fr. 95'000.- ausgegangen werden kann.

3.4 Für ein Abweichen vom seit 1996 ausgerichteten Einkommen von Fr. 95'000.- besteht kein Anlass. Denn es ist nicht anzunehmen, dass der Versicherte seine langjährige Stelle im familieneigenen Betrieb im Gesundheitsfall aufgegeben hätte und bei einem anderen Arbeitgeber ein höheres Einkommen hätte erzielen können. Solches wird im vorliegenden Verfahren denn auch nicht geltend gemacht. Bezüglich der Jahre 1990 bis 1996 bringt der Beschwerdeführer vor, es seien wiederholt unfall- oder krankheitsbedingte Ausfälle zu verzeichnen gewesen, für welche Taggelder ausgerichtet worden seien. Von August bis Dezember 1994 und von Februar bis Ende Mai 1995 habe er zudem aus privaten Gründen die Arbeitszeit vorübergehend reduziert und unbezahlte Ferien bezogen. In den eingereichten Lohnblättern der Jahre 1994 und 1995 sind für die erwähnten Monate denn auch geringere Lohnzahlungen aufgeführt. Da für den Einkommensvergleich die Verhältnisse im Zeitpunkt des allfälligen Rentenbeginns massgebend sind (vgl. BGE 129 V 222; SVR 2003 IV Nr. 11 S. 31), braucht nicht weiter geprüft zu werden, wie es sich bezüglich dieser weit zurückliegenden Gegebenheit verhält, weil sie für die hier zu berücksichtigende Zeit ohnehin nicht repräsentativ ist. Keinesfalls kann mit der Vorinstanz daraus geschlossen werden, der Beschwerdeführer hätte ohne Invalidität ein weit geringeres Einkommen erzielt, als dies seit 1996 effektiv der Fall ist.

4.

4.1 Was das trotz der Gesundheitsschädigung zumutbarerweise noch realisierbare Einkommen (Invalideneinkommen) anbelangt, ging das kantonale Gericht davon aus, aufgrund der konkreten Umstände müsse angenommen werden, dass der Versicherte Soziallohn beziehe, weshalb nicht auf den bei den Firmen T. _____ AG und R. _____ AG erzielten Verdienst abgestellt werden könne. Da nicht festgestellt werden könne, wie hoch der Leistungslohn zu veranschlagen sei, sei für die Bestimmung des Invalideneinkommens die LSE heranzuziehen. Gestützt darauf ermittelte die Vorinstanz ausgehend von einer 80 %igen Arbeitsfähigkeit bei einer

computergestützten Tätigkeit im Büro im Tätigkeitsbereich "Immobilienwesen/Vermietung bewegl. Sachen" ein jährliches Einkommen von Fr. 60'929.-, nahm einen Abzug von 15 % vor, und setzte das Invalideneinkommen auf Fr. 51'248.- fest.

4.2 Beim Einkommensvergleich ist als Invalideneinkommen dasjenige Einkommen einzusetzen, welches die versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens und nach Durchführung allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte. Der von invaliden Versicherten tatsächlich erzielte Verdienst bildet für sich allein betrachtet grundsätzlich kein genügendes Kriterium für die Bestimmung der Erwerbsunfähigkeit, d.h. des Invaliditätsgrades. Das Mass der tatsächlichen Erwerbseinbusse stimmt mit dem Umfang der Invalidität vielmehr nur dann überein, wenn - kumulativ - besonders stabile Arbeitsverhältnisse eine Bezugnahme auf den allgemeinen Arbeitsmarkt praktisch erübrigen, wenn die versicherte Person eine Tätigkeit ausübt, bei der anzunehmen ist, dass sie die ihr verbliebene Arbeitsfähigkeit in zumutbarer Weise voll ausschöpft, und wenn das Einkommen aus der Arbeitsleistung als angemessen und nicht als Soziallohn erscheint (BGE 126 V 76 Erw. 3b/aa, 117 V 18 mit Hinweisen).

Wenn es einem Versicherten nach Eintritt des Gesundheitsschadens gelingt, im Rahmen des angestammten Betriebes zugewiesene Arbeiten zu verrichten, die sich zwar von den vorher ausgeübten unterscheiden, ihm aber das bisherige Einkommen einbringen und wenn überdies nicht anzunehmen ist, dass er ohne den Gesundheitsschaden anderweitig besser bezahlt beschäftigt worden wäre, so zählt eine solche Arbeitsgelegenheit ebenfalls zum allgemeinen Arbeitsmarkt (RKUV 1996 Nr. U 240 S. 95; Urteil U. vom 10. Juni 2002, I 556/00).

An den Nachweis von Soziallohn sind strenge Anforderungen zu stellen, da vom Grundsatz ausgegangen werden muss, dass ausbezahlte Löhne normalerweise das Äquivalent einer entsprechenden Arbeitsleistung sind (BGE 117 V 18). Bei der richterlichen Würdigung von Arbeitgeberbescheinigungen ist auch zu bedenken, dass ein Arbeitgeber ein eigenes Interesse daran haben kann, die Bezahlung von Soziallohn zu behaupten (BGE 110 V 277, 104 V 93; ZAK 1980 S. 345 Erw. 2b). Als Indiz für eine freiwillige Sozialleistung fallen insbesondere verwandtschaftliche Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber und der versicherten Person oder eine lange Dauer des Arbeitsverhältnisses in Betracht (RKUV 1996 Nr. U 240 S. 95).

4.3 Nach Eintritt des Gesundheitsschadens wurde der Beschwerdeführer betriebsintern weiterbeschäftigt, wobei eine Verlagerung weg von körperlich anspruchsvollen Tätigkeiten hin zum administrativen Bereich vorgenommen wurde. Wie dem Gutachten des Dr. med. A. _____ vom 2. Juli 2001 und dem Schreiben des Dr. med. D. _____ an die IV-Stelle vom 28. Dezember 2001 zu entnehmen ist, konnte ihm aus strukturellen Gründen keine ganztägige leidensangepasste Beschäftigung zugewiesen werden. Gemäss Bericht des Berufsberaters vom 8. November 2000 arbeitet der Beschwerdeführer nach wie vor im familieneigenen Betrieb, jedoch nur noch halbtags, wobei er für seine Leistung eigentlich überbezahlt sei. Er führe einen Teil der kaufmännischen Arbeiten aus, während der andere Teil von einem Treuhandbüro erledigt werde. Dafür erhalte er nach wie vor einen Lohn von jährlich Fr. 95'000.-, der nur gerade um das Krankentaggeld gekürzt werde. Infolge seiner behinderungsbedingten Einschränkungen müsse ein beträchtlicher Teil davon als Soziallohn qualifiziert werden. Wie hoch dieser Anteil sei, könne indessen nicht beurteilt werden. Verständlicherweise wolle der Versicherte diese Stelle nicht aufgeben, wobei es auch fraglich sei, ob nach einer Umschulung ein rententangleichendes Einkommen erzielt werden könnte. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2001 teilte die T. _____

AG der IV-Stelle mit, die Angaben im Fragebogen für den Arbeitgeber vom 16. Oktober 2000 seien insofern zu präzisieren, als der ahv-pflichtige Lohn von Fr. 30'000.- nicht der Arbeitsleistung entspreche. Der Leistungslohn betrage höchstens 25 %, während die restlichen 75 % infolge langjähriger Mitarbeit und aus verwandtschaftlichen Gründen als Soziallohn ausgerichtet würden. Die Arbeitsfähigkeit sei seit Mai 1999 auf 25 % gesunken. In einem weiteren Schreiben gleichen Datums liess die R. _____ AG die IV-Stelle wissen, dass die Angaben in Ziff. 12 und 13 des Fragebogens vom 5. Oktober 2000 falsch seien und der ahv-pflichtige Lohn von Fr. 65'000.- um die Krankentaggelder auf Fr. 39'352.- berichtigt werden müsse. Auch die Fr. 39'352.- würden jedoch nicht der Arbeitsleistung entsprechen, da auch für die Tätigkeit in dieser Firma der Leistungslohn höchstens 25 % betrage.

4.4 Indizien, welche im vorliegenden Fall für freiwillige Sozialleistungen der Arbeitgeberin sprechen, sind die lange Dauer des Arbeitsverhältnisses und die familiären Beziehungen. Von ärztlicher Seite wird die medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit im derzeitigen Beruf auf 50 %, bei Benutzung eines Computers für die Schreibarbeiten auf 80 % bis 90 % geschätzt. Diese medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit lässt sich betriebsintern

mangels genügender leidensangepasster Arbeiten jedoch nicht voll realisieren. Wenn der Versicherte trotzdem den vollen Lohn erhält, so liegt darin zweifellos eine Soziallohnkomponente.

Fraglich ist, wie hoch diese zu veranschlagen ist. Die Arbeitgeberfirma macht dazu widersprüchliche Angaben. Während sie im Fragebogen für den Arbeitgeber die Ausrichtung von Soziallohn verneint, veranschlagt sie diesen im Schreiben vom 13. Februar 2001 auf 75 %. Zu berücksichtigen ist, dass der Beschwerdeführer keine körperliche Schwerarbeit mehr leisten kann. Dieser Umstand vermag jedoch die Gewährung eines Soziallohnes im behaupteten Umfang von 75 % nicht zu rechtfertigen. Bereits im Jahre 1996 stellte der Beschwerdeführer nämlich in der R. _____ AG betriebsintern auf Büroarbeit um. Eine Lohnreduktion war damit nicht verbunden, weil er zum gleichen Zeitpunkt eine Tätigkeit bei der T. _____ AG für Unterhalt und Verwaltung aufnehmen konnte, welche allerdings ab 1999 auf reine Verwaltungsarbeiten reduziert werden musste. Wenn für eine nochmals leichtere Arbeit weiterhin der volle Lohn bezahlt wird, so kann darin durchaus ebenfalls eine Soziallohnkomponente liegen. Gewisse Anhaltspunkte für Soziallohn ergeben sich auch aufgrund der ärztlichen Befunde. Unzulässig wäre jedoch der Schluss, der Soziallohn entspreche der Differenz zum Lohn, welcher der attestierten Arbeitsunfähigkeit entspricht, wovon offenbar Dr. med. D. _____ im

Schreiben vom 28. September 2001 ausgeht, wenn er eine 50 %ige Invalidenrente als angebracht bezeichnet. Um einen Rentenanspruch zu begründen, müsste die effektive Entlohnung den Leistungslohn um wenigstens 40 % übersteigen (vgl. Art. 28 Abs. 1 IVG). Auf einen Invaliditätsgrad von 40 % könnte nur unter Annahme eines Soziallohnes von Fr. 38'000.- geschlossen werden; für den geltend gemachten Anspruch auf eine halbe Invalidenrente müsste er sogar Fr. 47'500.- ausmachen. Um dies bejahen zu können, müssten indessen schon ganz besondere Umstände vorliegen. Solch ausserordentliche Verhältnisse sind jedoch nicht ersichtlich. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der Beschwerdeführer als Präsident des Verwaltungsrates der T. _____ AG und Mitglied des Verwaltungsrates der R. _____ AG eine verantwortungsvolle Position belegt und aus gesundheitlichen Gründen auch ausüben kann, welche normalerweise auch entsprechend entlohnt wird. Selbst ein Soziallohn von 40 % der seit Jahren gleichgebliebenen Lohnsumme erschiene daher unglaublich. Ohne dass die Soziallohnkomponente genau beziffert werden muss, kann die vorinstanzliche Verneinung des Rentenanspruchs daher im Ergebnis bestätigt werden.

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 Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, der Ausgleichskasse des Kantons Bern und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.

Luzern, 3. Februar 2004

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Die Präsidentin der III. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: