

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 200 2023 389 vom 5. September 2023**

BE Verwaltungsgericht, 2023-09-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_200\\_2023\\_389](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_200_2023_389)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 200 2023 389 du 5 septembre 2023

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 200 2023 389 del 5 settembre 2023

## **Regeste**

Verfügung vom 19. April 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom

### **E. 1.2**

Anfechtungsobjekt bildet die Verfügung vom 19. April 2023 (AB 42). Streitig und zu prüfen ist der Rentenanspruch.

### **E. 1.3**

Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG).

### **E. 1.4**

Das Gericht überprüft den angefochtenen Entscheid frei und ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 61 lit. c und d ATSG; Art. 80 lit. c Ziff. 1 und Art. 84 Abs. 3 VRPG). 2. 2.1 Am 1. Januar 2022 sind die Änderungen vom 19. Juni 2020 des IVG (Weiterentwicklung der IV) und weiterer Erlasse (insbesondere des ATSG)

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 4 in Kraft getreten (AS 2021 705). Vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen sind in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgeblich, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 148 V 162 E. 3.2.1 S. 166, 144 V 210 E. 4.3.1 S. 213). Die Anmeldung zum Leistungsbezug erfolgte im Januar 2022 (AB 1), womit gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG (vgl. hinten E. 2.3) der frühestmögliche Zeitpunkt eines allfälligen Rentenbeginns der 1. Juli 2022 ist (so auch die angefochtene Verfügung [AB 42/1 und 5]). Mithin steht unbestritten (vgl. Beschwerde S. 4; AB 42/7) ein erst nach dem 1. Januar 2022 entstandener Rentenanspruch zur Diskussion, weshalb der Rentenanspruch nach dem seit diesem Zeitpunkt geltenden Recht zu prüfen ist. 2.2 Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf

dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 7 Abs. 1 ATSG). 2.3 Nach Art. 28 Abs. 1 IVG haben Versicherte Anspruch auf eine Rente, wenn sie ihre Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern können (lit. a), während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40 % arbeitsunfähig (Art. 6 ATSG) gewesen sind (lit. b) und nach Ablauf dieses Jahres zu mindestens 40 % invalid (Art. 8 ATSG) sind (lit. c). Eine Rente nach Abs. 1 wird nicht zugesprochen, solange die Möglichkeiten zur Eingliederung im Sinne von Art. 8 Abs. 1bis und 1ter nicht ausgeschöpft sind (Art. 28 Abs. 1bis IVG). Gemäss Art. 28b Abs. 1 IVG wird die Höhe des Rentenanspruchs in prozentualen Anteilen an einer ganzen Rente festgelegt. Bei einem Invaliditätsgrad von 50 bis 69 % entspricht der prozentuale Anteil dem Invaliditätsgrad (Art. 28b Abs. 2 IVG), bei einem Invaliditätsgrad ab 70 % besteht Anspruch auf eine ganze Rente (Art. 28b Abs. 3 IVG). Bei einem Invaliditätsgrad zwischen 40 und 49 % gelten die prozentualen An-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 5 teile nach Massgabe von Art. 28b Abs. 4 IVG. Der Rentenanspruch entsteht gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG frühestens nach Ablauf von sechs Monaten nach Geltendmachung des Leistungsanspruchs nach Art. 29 Abs. 1 ATSG. 2.4 Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Art. 16 ATSG; allgemeine Methode des Einkommensvergleichs; BGE 128 V 29 E. 1 S. 30, 104 V 135 E. 2b S. 136; SVR 2019 BVG Nr. 16 S. 64 E. 4.4.2). Gemäss Art. 28a Abs. 1 IVG richtet sich die Bemessung des Invaliditätsgrades von erwerbstätigen Versicherten nach Art. 16 ATSG. Der Bundesrat umschreibt die zur Bemessung des Invaliditätsgrades massgebenden Erwerbseinkommen sowie die anwendbaren Korrekturfaktoren. 3. 3.1 Die angefochtene Verfügung vom 19. April 2023 (AB 42) basiert in medizinischer Hinsicht im Wesentlichen auf der versicherungsmedizinischen Aktenbeurteilung des RAD-Arztes Dr. med. E. \_\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, vom 10. August 2022 (AB 26). Darin diagnostizierte der RAD-Arzt im Wesentlichen ein lumbospondylogenes Syndrom links, subakut seit dem 9. Juli 2021, mit sensibler lumboradikulärer Ausstrahlung links Dermatome L5 (AB 26/7). Es bestünden seit Juli 2021 nach einem Verhebetauma rezidivierende LWS-Beschwerden mit unterschiedlicher Ausstrahlung in unterschiedlich dokumentierte Nervenwurzelsegmente. Eine eindeutige pathologische Sensomotorik sei bis anhin nicht beschrieben worden. Ursächlich seien deutlich degenerative Veränderungen im LWS-Bereich. Durch die verschiedenen therapeutischen Massnahmen (Physiotherapie, Medikamente, wiederholte Infiltrationen) hätten nur Teilerfolge zur Beschwerdebesserung erreicht werden können. Eine Wiedereingliederung in die selbstständige Tätigkeit als ... sei maximal zu 50 %

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 6 gelungen, mit anschliessender Verschlechterung, sodass seit dem 17. Februar 2022 wieder eine Arbeitsunfähigkeit von 80 % attestiert worden sei (AB 26/8). Betreffend die medizinisch-theoretisch zumutbare Arbeitsfähigkeit hielt der RAD-Arzt fest, die letzte selbstständige Tätigkeit als ..., welche als mittel-schwer bis schwer anzusehen sei, könne

aufgrund einer anhaltenden Min- derbelastbarkeit der Wirbelsäule allenfalls in einem sehr eingeschränkten Pensum (weniger als 50 %) zugemutet werden, oder wenn die Kriterien des Zumutbarkeitsprofils erfüllt werden sollten, was eher unrealistisch sei. Kör- perlich angepasste, leichte bis ausnahmsweise mittelschwere und wech- selbelastende Tätigkeiten seien ganztags über achteinhalb Stunden ohne zusätzliche Leistungsminderung zumutbar. Zu vermeiden seien Zwangshal- tungen des Oberkörpers (z.B. längeres Verharren in vorüber geneigter Hal- tung, ob stehend oder sitzend), Arbeiten mit repetitiven Rotationsbewegun- gen des Oberkörpers, Rotation des Oberkörpers im Sitzen/Stehen unter Gewichtsbelastung, das Heben von Lasten körperfern, repetitives Heben von Lasten über Brusthöhe, Überkopfarbeiten, das Besteigen von Leitern, repetitives Kauern, Bücken oder Tätigkeiten in nach vorne geneigter Hal- tung, repetitive und stereotype Bewegungsabläufe im Bereich der LWS sowie unerwartete, asymmetrische Lasteinwirkungen. In Ausnahmefällen und in nicht repetitiver Weise könnten Gewichte von 10 bis 15 kg gehoben und getragen werden. Dieses Zumutbarkeitsprofil gelte durchgehend mit möglichen kurzen Unterbrüchen im Rahmen der Schmerz-Exazerbationen von maximal wenigen Wochen (AB 26/9 f.). 3.2 Der Beweiswert eines ärztlichen Berichts hängt davon ab, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersu- chungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kennt- nis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen begründet sind. Aus- schlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Her- kunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten, sondern

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 7 dessen Inhalt (BGE 143 V 124 E. 2.2.2 S. 126, 134 V 231 E. 5.1 S. 232, 125 V 351 E. 3a S. 352). Den Berichten und Gutachten versicherungsinterner Ärzte kommt Beweis- wert zu, sofern sie als schlüssig erscheinen, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sind und keine Indizien gegen ihre Zuverläs- sigkeit bestehen (BGE 125 V 351 E. 3b ee S. 354; SVR 2022 UV Nr. 3 S. 8 E. 3.2). Auch reine Aktengutachten können beweiskräftig sein, sofern ein lückenloser Befund vorliegt und es im Wesentlichen nur um die fachärztli- che Beurteilung eines an sich feststehenden medizinischen Sachverhalts geht, mithin die direkte ärztliche Befassung mit der versicherten Person in den Hintergrund rückt. Dies gilt grundsätzlich auch in Bezug auf Berichte und Stellungnahmen Regionaler Ärztlicher Dienste (SVR 2020 IV Nr. 38 S. 134 E. 4.3). Urteilt das Gericht indessen abschliessend gestützt auf Be- weisgrundlagen, die aus dem Verfahren vor dem Sozialversicherungsträger stammen, sind an die Beweiswürdigung strenge Anforderungen zu stellen. Bestehen auch nur geringe Zweifel an der Zuverlässigkeit und Schlüssig- keit der ärztlichen Feststellungen, sind ergänzende Abklärungen vorzu- nehmen (BGE 142 V 58 E. 5.1 S. 65, 135 V 465 E. 4.4 S. 470, 122 V 157 E. 1d S. 162). 3.3 Die Aktenbeurteilung des RAD vom 10. August 2022 (AB 26) erfüllt die Anforderungen der Rechtsprechung an den Beweiswert einer versiche- rungsinternen medizinischen Expertise (vgl. E. 3.2 hiervor) und überzeugt. Die Beurteilung erfasst den gesamten massgebenden medizinischen Sachverhalt und der RAD-Arzt Dr. med. E.\_\_\_\_\_ stützte sich im Beur- teilungszeitpunkt auf den vollständigen rheumatologischen Befund bzw. Behandlungsverlauf und er hatte Kenntnis von den durch die behandelnden Fachärzte im zeitlichen Verlauf attestierten Arbeitsunfähigkeiten (vgl. dazu AB 22.3, 17). Damit sind die Voraussetzungen für einen rechtsgenügenden Aktenbericht erfüllt (vgl. E. 3.2 hiervor), weshalb nicht zu beanstanden

ist, dass der RAD-Arzt auf eine eigene Untersuchung verzichtete. Der RAD- Arzt legte sodann nachvollziehbar und überzeugend begründet sowie ins- besondere im Wesentlichen übereinstimmend mit der von der behandelnden Rheumatologin, Dr. med. F. \_\_\_\_\_, Fachärztin für Allgemeine Innere Medizin und für Rheumatologie, in den Berichten vom 29. bzw. 30. Juni

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 8 2022 (vgl. AB 24/6 Ziff. 15.4; Akten des Beschwerdeführers, Beschwerde- beilage [BB] 15) beschriebenen Situation dar, dass in der angestammten Tätigkeit seit Juli 2021 von einer faktisch aufgehobenen Arbeitsfähigkeit auszugehen ist, während in einer angepassten Tätigkeit eine 100%ige Präsenzzeit ohne eine zusätzliche, über das qualitative Zumutbarkeitsprofil hinausgehende Einschränkung der Leistungsfähigkeit besteht (AB 26/9 f.). Anders als vom Beschwerdeführer vertreten (vgl. Beschwerde S. 13 f.), erweisen sich dabei die RAD-ärztlichen Ausführungen zum Gesundheitszustand und zur medizinisch-theoretisch zumutbaren Arbeits- und Leistungsfähigkeit weder als unklar noch als widersprüchlich. Vielmehr beschrieb der RAD-Arzt Dr. med. E. \_\_\_\_\_ gestützt auf die ausführlich dokumentierten Befunde der behandelnden Ärzte (vgl. dazu AB 26/4 ff.) sämtliche bestehenden Einschränkungen und gab ein detailliertes medizinisches Zumutbarkeitsprofil in einer angepassten Tätigkeit an (vgl. AB 26/9 f.). Diesbezüglich sind sodann keine massgeblichen Diskrepanzen zu den übrigen medizinischen Akten ersichtlich. Die davon abweichende skeptische Selbsteinschätzung des Beschwerdeführers (vgl. AB 24/6 Ziff. 15.5, BB 15/3) vermag keine auch nur geringen Zweifel an der RAD- ärztlichen Beurteilung zu wecken. Sodann ergeben sich auch aus den späteren Berichten des Spitals G. \_\_\_\_\_ vom 13. Oktober 2022 (BB 16) und von Dr. med. H. \_\_\_\_\_, Fachärztin für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, vom 24. März 2023 (BB 18) keine Anhaltspunkte für eine nachträglich eingetretene wesentliche Veränderung des medizinischen Sachverhaltes. Die besagten Berichte konzentrieren sich vielmehr darauf, weitere therapeutische Optionen für das bekannte lumbale Schmerzleiden anzuwenden bzw. zu diskutieren. Die vollständige Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit als ... – die bereits vom RAD-Arzt weitestgehend attestiert wurde – wurde dabei bestätigt (vgl. BB 18/2). Demnach vermögen die nachträglich eingegangenen medizinischen Unterlagen keine auch nur geringen Zweifel (vgl. E. 3.2 hiervor) an der Vollständigkeit und Schlüssigkeit der RAD-ärztlichen Beurteilung der Arbeits- und Leistungsfähigkeit zu begründen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 9 3.4 Dem Voranstehenden zufolge bildet der Bericht des RAD vom 10. August 2022 (AB 26) eine zuverlässige Grundlage für die Beurteilung des anspruchsrelevanten medizinischen Sachverhaltes. Gestützt darauf besteht eine vollständige Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit als ... und Geschäftsführer des eigenen ... und in einer angepassten Tätigkeit im Rahmen des medizinischen Zumutbarkeitsprofils eine Arbeitsfähigkeit von 100 % ohne zusätzliche Einschränkung der qualitativen Leistungsfähigkeit (vgl. AB 26/9 f.). Die Beschwerdegegnerin hat den medizinischen Sachverhalt hinreichend abgeklärt und von weiteren medizinischen Abklärungen sind keine entscheidungswesentlichen neuen Erkenntnisse zu erwarten, sodass darauf (vgl. Beschwerde S. 2 Subeventualbegehren und S. 14) verzichtet werden kann (antizipierte Beweiswürdigung; BGE 144 V 361 E.

Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes vom

### **E. 6.5**

S. 368, 124 V 90 E. 4b S. 94, 122 V 157 E. 1d S. 162; SVR 2019 IV Nr. 50 S. 163 E. 4). 4.1 Zu prüfen ist die Verwertbarkeit der medizinisch-theoretischen Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit. 4.1.1 Das trotz der gesundheitlichen Beeinträchtigung zumutbarerweise erzielbare Einkommen ist bezogen auf einen ausgeglichenen Arbeitsmarkt zu ermitteln. Dieser theoretische und abstrakte Begriff dient dazu, den Leistungsbereich der Invalidenversicherung von jenem der Arbeitslosenversicherung abzugrenzen. Ein ausgeglichener Arbeitsmarkt ist gekennzeichnet durch ein gewisses Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage nach Arbeitskräften und weist einen Fächer verschiedenster Tätigkeiten auf und zwar sowohl bezüglich der dafür verlangten beruflichen und intellektuellen Voraussetzungen wie auch hinsichtlich des körperlichen Einsatzes. Er umfasst auch sogenannte Nischenarbeitsplätze, also Stellen- und Arbeitsangebote, bei welchen Behinderte mit einem sozialen Entgegenkommen von Seiten des Arbeitgebers rechnen können. Dabei ist nicht von realitätsfremden Einsatzmöglichkeiten auszugehen. Es können nur Vorkehren verlangt werden, die unter Berücksichtigung der gesamten objektiven und subjektiven Gegebenheiten des Einzelfalles zumutbar sind. An die Konkretisierung

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 10 von Arbeitsgelegenheiten und Verdienstaussichten sind jedoch rechtsprechungsgemäss keine übermässigen Anforderungen zu stellen (BGE 148 V 174 E. 9.1 S. 188, 138 V 457 E. 3.1 S. 459; SVR 2019 IV Nr. 21 S. 66 E. 4.2). Nach diesen Gesichtspunkten bestimmt sich im Einzelfall, ob die invalide Person die Möglichkeit hat, ihre restliche Erwerbsfähigkeit zu verwerten und ob sie ein rentenausschliessendes Einkommen zu erzielen vermag oder nicht (BGE 110 V 273 E. 4b S. 276; ZAK 1991 S. 320 E. 3b). Bevor eine versicherte Person Leistungen der Sozialversicherung verlangt, hat sie aufgrund ihrer Schadenminderungspflicht alles ihr Zumutbare selber vorzukehren, um die Folgen der Invalidität bestmöglich zu mindern. Ein Rentenanspruch ist zu verneinen, wenn sie selbst ohne Eingliederungsmassnahmen – nötigenfalls mit einem Berufswechsel – zumutbarerweise in der Lage ist, ein rentenausschliessendes Erwerbseinkommen zu erzielen. Für die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der zumutbaren Tätigkeit sind die gesamten subjektiven und objektiven Gegebenheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen. Dies gilt auch, wenn es um den Wechsel von einer seit Jahren ausgeübten Erwerbstätigkeit zu einer bei der bestehenden körperlichen Beeinträchtigung unter Umständen besser geeigneten Beschäftigung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt oder gar um die Aufgabe einer als selbstständig Erwerbender ausgeübten Betätigung mit eigenem Betrieb geht. Im Vordergrund stehen bei den zu berücksichtigenden subjektiven Umständen die verbliebene Leistungsfähigkeit sowie weitere persönliche Merkmale wie etwa das Alter, die berufliche Stellung oder eine enge Verbundenheit mit dem bisherigen Wohnort. Bei den objektiven Umständen sind insbesondere die Verhältnisse auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt und die noch zu erwartende Aktivitätsdauer massgeblich (SVR 2018 IV Nr. 61 S. 197 E. 4.2, 2017 UV Nr. 45 S. 156 E. 3.3.1). Eine Betriebsaufgabe ist nur unter strengen Voraussetzungen unzumutbar, und es kann ein Betrieb selbst dann nicht auf Kosten der Invalidenversicherung aufrecht erhalten werden, wenn die versicherte Person darin Arbeit von einer gewissen erwerblichen Bedeutung leistet (SVR 2018 IV Nr.

61 S. 197 E. 4.2, Nr. 16 S. 49 E. 3.1.2). 4.1.2 Das fortgeschrittene Alter wird, obgleich an sich ein invaliditätsfremder Faktor, in der Rechtsprechung als Kriterium anerkannt, welches zu-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 11 zusammen mit weiteren persönlichen und beruflichen Gegebenheiten dazu führen kann, dass die einer versicherten Person verbliebene Resterwerbsfähigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt realistisch nicht mehr nachgefragt wird, und dass ihr deren Verwertung auch gestützt auf die Selbsteingliederungslast nicht mehr zumutbar ist. Der Einfluss des Lebensalters auf die Möglichkeit, das verbliebene Leistungsvermögen auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt zu verwerten, lässt sich nicht nach einer allgemeinen Regel bemessen, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Massgebend können die Art und Beschaffenheit des Gesundheitsschadens und seiner Folgen, der absehbare Umstellungs- und Einarbeitungsaufwand und in diesem Zusammenhang auch Persönlichkeitsstruktur, vorhandene Begabungen und Fertigkeiten, Ausbildung, beruflicher Werdegang oder Anwendbarkeit von Berufserfahrung aus dem angestammten Bereich sein. Fehlt es an einer wirtschaftlich verwertbaren Resterwerbsfähigkeit, liegt eine vollständige Erwerbsunfähigkeit vor, die einen Anspruch auf eine ganze Invalidenrente begründet (BGE 145 V 2 E. 5.3.1 S. 16, 138 V 457 E. 3.1 S. 460; SVR 2022 IV Nr. 32 S. 108 E. 5.3.2 und 5.3.3). Die Möglichkeit, die verbliebene Arbeitsfähigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt zu verwerten, hängt nicht zuletzt davon ab, welcher Zeitraum der versicherten Person für eine berufliche Tätigkeit und vor allem auch für einen allfälligen Berufswechsel noch zur Verfügung steht. Massgeblicher Stichtag für die Beantwortung der Frage nach der Verwertbarkeit der (Rest-)Arbeitsfähigkeit bei vorgerücktem Alter ist der Zeitpunkt, in welchem die medizinische Zumutbarkeit einer (Teil)Erwerbstätigkeit feststeht. Dies ist der Fall, sobald die medizinischen Unterlagen diesbezüglich eine zuverlässige Sachverhaltsfeststellung erlauben (BGE 146 V 16 E. 7.1 S. 25, 138 V 457 E. 3.2 S. 460 und E. 3.3 S. 462; SVR 2020 IV Nr. 5 S. 20 E. 7.1 und Nr. 44 S. 156 E. 4.2). 4.2 4.2.1 Gestützt auf die beweiskräftige Beurteilung des RAD vom 10. August 2022 (AB 26/8 ff.) besteht trotz der dauerhaften Minderbelastbarkeit der Wirbelsäule infolge deutlicher degenerativer Veränderungen im LWS-Bereich in einer körperlich angepassten, das heisst, einer leichten bis aus-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 12 nahmsweise mittelschweren wechselbelastenden Tätigkeit unter Vermeidung der im Zumutbarkeitsprofil genannten Körperhaltungen und Bewegungsabläufe eine vollschichtige Präsenzfähigkeit ohne zusätzliche Leistungsminderung (AB 26/9 in fine). Mit diesem Belastungsprofil, welches einzig eine reduzierte allgemeine Belastbarkeit der unteren Lendenwirbelsäule zum Gegenstand hat, und ohne anderweitige massgebliche somatische oder psychische Einschränkungen sowie angesichts der unter Beachtung des qualitativen Zumutbarkeitsprofils ansonsten uneingeschränkten Restarbeitsfähigkeit sind die zumutbaren Tätigkeiten nicht bloss noch in so eingeschränkter Form möglich, dass sie der hypothetische ausgeglichene Arbeitsmarkt (vgl. vorne E. 4.1.1) praktisch nicht kennen würde oder nur unter nicht realistischem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich wären (vgl. BGE 148 V 174 E. 9.1 S. 188; SVR 2022 IV Nr. 32 S. 108 E. 5.3.3). Dies gilt insbesondere für dem Beschwerdeführer ohne Weiteres zumutbare (einfache) Kontroll-, Überwachungs- und Prüftätigkeiten, welche meist keine lange Einarbeitungszeit voraussetzen (Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 25. November

2021, 8C\_535/2021, E. 5.4.1 mit Hinweis), so dass auch keine weitergehenden Anforderungen an die Konkretisierung von Arbeitsmöglichkeiten zu stellen waren bzw. sind (vgl. vorne E. 4.1.1). Es bestehen keine Hinweise dafür, dass der Beschwerdeführer in seiner Anpassungs- und Umstellungsfähigkeit massgeblich beeinträchtigt sein könnte, weshalb auch insoweit einer Umsetzung der Restarbeitsfähigkeit keine Hindernisse entgegenstehen. An der möglichen Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit auf dem hier massgebenden hypothetischen ausgeglichenen Arbeitsmarkt ändert auch der Umstand nichts, dass es für den Beschwerdeführer im Einzelfall schwierig oder gar unmöglich sein mag, auf dem tatsächlichen Arbeitsmarkt eine entsprechende Stelle zu finden (vgl. Entscheidung des BGer vom 1. Juni 2022, 8C\_239/2022, E. 4.2). Daran ändert ebenfalls nichts, dass der Beschwerdeführer vor Eintritt des Gesundheitsschadens als Selbstständigerwerbender in einem eigenen Unternehmen tätig war. Denn die mit der Verwertung der Restarbeitsfähigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt verbundene Betriebsaufgabe ist rechtsprechungsgemäss nur unter strengen Voraussetzungen unzumutbar und es kann ein Betrieb selbst dann nicht auf Kosten der Invalidenversicherung Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 13 aufrecht erhalten werden, wenn die versicherte Person – wie hier zumindest theoretisch der Fall (vgl. AB 26/8 f.) – darin noch Arbeit von einer gewissen erwerblichen Bedeutung leisten kann bzw. könnte (E. 4.1.1 hiervor; ebenso Entscheid des BGer vom 8. Februar 2023, 8C\_738/2021, E. 3.5.2 mit Hinweisen). 4.2.2 Unter diesen Umständen steht schliesslich auch das Alter des Beschwerdeführers (geb. ... 1961 [AB 9/2]) der Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit nicht entgegen. Ausgehend von der Beurteilung des RAD vom 10. August 2022 (AB 26) bestand im Zeitpunkt der zuverlässig festgestellten Arbeits- und Leistungsfähigkeit sowie des medizinischen Zumutbarkeitsprofils (vgl. vorne E. 4.1.2) beim dazumal knapp 61 Jahre und sechs Monate alten Beschwerdeführer eine verbleibende Aktivitätsdauer von dreieinhalb Jahren. Auch wenn es sich hierbei um eine eher kurze Aktivitätsdauer handelt, bestand gleichzeitig eine – unter Einhaltung des Zumutbarkeitsprofils – ansonsten uneingeschränkte Arbeits- und Leistungsfähigkeit und es lagen dem Beschwerdeführer aufgrund seiner beruflichen Ressourcen und des medizinischen Zumutbarkeitsprofils weiterhin ein breiter Fächer von Verweistätigkeiten mit minimalem oder nur geringem Einarbeitungsaufwand offen. Gerade solche (einfachen) Hilfsarbeiten werden auf dem massgebenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt altersunabhängig nachgefragt (BGer 8C\_535/2021, E. 5.4.3 in fine mit Hinweis). Die Rechtsprechung hat schliesslich für die Unverwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit älterer Menschen relativ hohe Hürden aufgestellt (BGer 8C\_535/2021, E. 5.6 mit Hinweisen) sowie in vergleichbaren Fällen – selbst bei deutlich kürzeren Aktivitätsdauern – wiederholt die Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit bejaht (vgl. etwa Entscheide des BGer vom 31. August 2018, 8C\_117/2018, E. 3.2 f. mit Hinweisen, vom 23. Januar 2018, 8C\_645/2017, E. 4.2.2 und 4.3.2, und vom 21. März 2016, 9C\_536/2015, E. 4.2). Bei einer Gesamtbetrachtung der konkreten Umstände sowie der weitreichenden Schadenminderungspflicht des Versicherten ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit erstellt.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 14 5.1 5.1.1 Für den Einkommensvergleich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des (hypothetischen) Beginns des Rentenanspruchs massgebend, wobei Validen- und

Invalideneinkommen auf zeitidentischer Grundlage zu erheben und allfällige rentenwirksame Änderungen der Vergleichseinkommen bis zum Verfügungserlass zu berücksichtigen sind (BGE 143 V 295 E. 4.1.3 S. 300, 129 V 222; vgl. auch Art. 25 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung [IVV; SR 831.201]). Die Anmeldung zum Leistungsbezug erfolgte im Januar 2022 (AB 1). Der frühestmögliche Rentenbeginn fällt somit unter Berücksichtigung der Karenzfrist gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG (vgl. vorne E. 2.3) auf Juli 2022. Angesichts der ab dem 9. Juli 2021 erstellten fortwährenden Arbeitsunfähigkeit von durchschnittlich mindestens 40 % in der bisherigen Tätigkeit (AB 26/8 f.) war auch das Wartejahr gemäss Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG (vgl. vorne E. 2.3) in diesem Zeitpunkt erfüllt (zu den verschiedenen Funktionen dieser Fristen vgl. BGE 142 V 547 E. 3.2 S. 550 f.). Der Einkommensvergleich ist daher per Juli 2022 vorzunehmen. 5.1.2 Soweit für die Bestimmung der massgebenden Erwerbseinkommen statistische Werte herangezogen werden, sind die Zentralwerte der Lohnstrukturerhebung (LSE) des Bundesamtes für Statistik (BFS) massgebend. Andere statistische Werte können beigezogen werden, sofern das Einkommen im Einzelfall nicht in der LSE abgebildet ist. Es sind altersunabhängige und geschlechtsspezifische Werte zu verwenden (Art. 25 Abs. 3 IVV). Die statistischen Werte nach Abs. 3 sind an die betriebsübliche Arbeitszeit nach Wirtschaftsabteilungen und an die Nominallohnentwicklung anzupassen (Art. 25 Abs. 4 IVV). Bezüglich der Anpassung an die Lohnentwicklung ist nach Geschlechtern zu differenzieren, d.h. es ist auf den Lohnindex für Frauen oder Männer abzustellen (BGE 129 V 408; SVR 2019 IV Nr. 88 S. 297 E. 4.1). 5.2 5.2.1 Für die Ermittlung des Einkommens ohne Invalidität (Valideneinkommen; Art. 16 ATSG) ist entscheidend, was die versicherte Person im

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 15 Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdient hätte (BGE 134 V 322 E. 4.1 S. 325). Das Valideneinkommen bestimmt sich anhand des zuletzt vor Eintritt der Invalidität tatsächlich erzielten Erwerbseinkommens. Unterlag das in den letzten Jahren vor Eintritt der Invalidität erzielte Erwerbseinkommen starken Schwankungen, so wird auf ein angemessenes Durchschnittseinkommen abgestellt (Art. 26 Abs. 1 IVV). Kann das tatsächlich erzielte Erwerbseinkommen nicht oder nicht hinreichend genau bestimmt werden, so wird das Einkommen ohne Invalidität nach statistischen Werten nach Art. 25 Abs. 3 IVV für eine Person bei gleicher Ausbildung und entsprechenden beruflichen Verhältnissen festgelegt (Art. 26 Abs. 4 IVV). Nicht massgebend ist, was sie bestenfalls verdienen könnte (BGE 135 V 58 E. 3.1 S. 59, 131 V 51 E. 5.1.2 S. 53; SVR 2021 IV Nr. 29 S. 91 E. 2.2). Angesichts der in Art. 25 Abs. 1 IVV vorgesehenen Gleichstellung der invalidenversicherungsrechtlich massgebenden hypothetischen Vergleichseinkommen mit den AHV-rechtlich beitragspflichtigen Erwerbseinkommen kann das Valideneinkommen von Selbstständigerwerbenden zumeist aufgrund der Einträge im Individuellen Konto bestimmt werden. Weist das bis zum Eintritt der Invalidität erzielte Einkommen starke und verhältnismässig kurzfristig in Erscheinung getretene Schwankungen auf, ist dabei auf den während einer längeren Zeitspanne erzielten Durchschnittsverdienst abzustellen (SVR 2020 IV Nr. 38 S. 135 E. 6.2; 2017 IV Nr. 6 S. 17 E. 4.6.2). 5.2.2 Der Beschwerdeführer war vor dem Eintritt des Gesundheitsfalls als selbstständigerwerbender ... tätig, wobei ohne Weiteres davon auszugehen ist, dass er diese Erwerbstätigkeit bzw. sein Einzelunternehmen im Gesundheitsfall weitergeführt hätte. Die Verwaltung hat daher zu Recht für die Bestimmung des Valideneinkommens auf die Einkünfte aus dieser Tätigkeit

abgestellt, was vom Beschwerdeführer im Grundsatz denn auch nicht bestritten wurde (vgl. Beschwerde S. 8). Entgegen seiner Auffassung ist dabei aber lediglich auf den Durchschnitt der Einträge aus dem Individuellen Konto (IK) der Jahre 2015 bis 2019 abzustellen (AB 7/1), wo- mit ein durchschnittliches Einkommen von Fr. 142'860.-- erstellt ist (vgl. AB 29/4 Ziff. 3). Demgegenüber hat das Einkommen des Geschäftsjahres

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 16 2020 unberücksichtigt zu bleiben, da gemäss der Erfolgsrechnung für die- ses – welche die Grundlage für die IK-Einträge bildet – der Beschwerdefüh- rer unter anderem auch Leistungen von Sozialversicherungen, namentlich aus beruflicher Vorsorge (vgl. AB 28.3/4), erhielt, welche das effektive aus der Erwerbstätigkeit stammende Einkommen insoweit verfälschen. Es ist deshalb auf das von der Beschwerdegegnerin herangezogene Validenein- kommen von Fr. 142'860.-- abzustellen (AB 42/5). Im Übrigen würde die Berücksichtigung des um die erhaltenen Sozialversicherungsleistungen bereinigte Geschäftsergebnis des Jahres 2020 zu Ungunsten des Be- schwerdeführers zu einem tieferen durchschnittlichen Einkommen führen. 5.3 5.3.1 Erzielt die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität ein Er- werbseinkommen, so wird ihr dieses als Einkommen mit Invalidität (Art. 16 ATSG) angerechnet, sofern sie damit ihre verbliebene funktionelle Leis- tungsfähigkeit in Bezug auf eine ihr zumutbare Erwerbstätigkeit bestmög- lich verwertet (Art. 26bis Abs. 1 IVV). Liegt kein anrechenbares Erwerbsein- kommen vor, so wird das Einkommen mit Invalidität nach statistischen Wer- ten gemäss Art. 25 Abs. 3 IVV bestimmt. Bei versicherten Personen nach Art. 26 Abs. 6 IVV sind in Abweichung von Art. 25 Abs. 3 IVV geschlechts- unabhängige Werte zu verwenden (Art. 26bis Abs. 2 IVV). Kann die versi- cherte Person aufgrund ihrer Invalidität nur noch mit einer funktionellen Leistungsfähigkeit nach Art. 49 Abs. 1bis IVV von 50 % oder weniger tätig sein, so werden vom statistisch bestimmten Wert 10 % für Teilzeitarbeit abgezogen (Art. 26bis Abs. 3 IVV). 5.3.2 Da der Beschwerdeführer die zumutbare Restarbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit nicht verwertet, sind für die Ermittlung des In- valideneinkommens die Tabellenlöhne der LSE heranzuziehen (vgl. vorne E. 5.1.2 und E. 5.3.1 hiervor). Unter diesen Umständen und mit Blick auf das RAD-ärztliche Zumutbarkeitsprofil (vgl. AB 26/9 f.) stellte die Be- schwerdegegnerin in der angefochtenen Verfügung zu Recht auf den ge- schlechtsspezifischen Totalwert der Tabelle TA1\_tirage\_skill\_level der LSE 2020 ab und ermittelte – hochgerechnet auf ein Jahr, angepasst an die wöchentliche Normalarbeitszeit und indexiert auf das Jahr 2022 – ein

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 17 massgebliches Valideneinkommen von Fr. 66'046.-- (vgl. AB 29/5 bzw. 42/5). 5.3.3 Soweit der Beschwerdeführer unter Verweis auf den in der SZS 6/2021 S. 287 ff. publizierten Beitrag "Der Weg zu einem invaliditätskon- formeren Tabellenlohn" von Prof. em. Riemer-Kafka und Dr. phil. Schweg- ler beantragt, es sei anstelle der von der Beschwerdegegnerin verwende- ten allgemeinen LSE-Tabelle auf die in der besagten Publikation vorgestell- te Tabelle "KN 1 light" abzustellen (vgl. Beschwerde S. 9 f.), ist ihm nicht zu folgen. Denn der Bundesrat hat im Rahmen seiner Stellungnahme vom 25. Mai 2022 zur parlamentarischen Motion "Invaliditätskonforme Tabellen- löhne bei der Berechnung des IV-Grads" (Curia Vista 22.3377; abrufbar: [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch) > Ratsbetrieb > Suche Curia Vista > Geschäfte > 22.3377) ausgeführt, dass die in der voranstehend genannten Publikation präsentierten Vorschläge zu invaliditätskonformerem Tabellenlöhnen noch nicht genügend ausgereift seien, die Praxistauglichkeit und

Dauerhaftigkeit der verwendeten Grundlagen (sog. "Job-Matching-Tool") bislang nicht geprüft worden seien sowie bislang keine Auswertung betreffend die Verwendung des Tools zur Erstellung von Tabellen für Personen mit psychischen Beeinträchtigungen bestünden. Unter diesen Umständen kann im vorliegenden Fall nicht von den aktuell massgebenden Lohntabellen abgewichen werden bzw. besteht kein ernsthafter sachlicher Grund für eine Praxisänderung. 5.3.4 Der Beschwerdeführer beantragt weiter die Vornahme eines Abzugs vom Tabellenlohn beim Invalideneinkommen von mindestens 15 % (Beschwerde S. 11 ff. Ziff. 4.2.2). 5.3.4.1 Bei dem auf der Grundlage von Art. 28a Abs. 1 Satz 2 IVG erlassenen Art. 26bis Abs. 3 IVV handelt es sich um unselbstständiges Verordnungsrecht, und zwar nicht vollziehender, sondern gesetzvertretender Art (zum Begriff statt vieler: PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl. 2021, N. 1969): In der Botschaft zur Weiterentwicklung der IV wurden die einzelnen Bereiche aufgelistet, in welchen dem Bundesrat Rechtsetzungsbefugnisse delegiert werden sollten (BBl 2017, 2535, 2724 f. Ziff. 5.5). In dieser Auflistung wird Art. 28a Abs. 1 IVG ausdrücklich erwähnt.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 18  
Verordnungsrecht ist gesetzeskonform auszulegen. Es sind die gesetzgeberischen Anordnungen, Wertungen und der in der Delegationsnorm eröffnete Gestaltungsspielraum mit seinen Grenzen zu berücksichtigen. Auch ist den Grundrechten und verfassungsmässigen Grundsätzen Rechnung zu tragen und zwar in dem Sinne, dass – sofern durch den Wortlaut (und die weiteren massgeblichen normunmittelbaren Auslegungselemente) nicht klar ausgeschlossen – der Verordnungsbestimmung jener Rechtssinn beizumessen ist, welcher im Rahmen des Gesetzes mit der Verfassung (am besten) übereinstimmt (verfassungskonforme oder verfassungsbezogene Interpretation; BGE 147 V 328 E. 4.1 S. 331). Bei unselbstständigen Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, geht es in erster Linie darum zu beurteilen, ob sie sich im Rahmen der Delegationsnorm halten. Besteht ein sehr weiter Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene, muss sich das Gericht auf die Prüfung beschränken, ob die umstrittenen Vorschriften offensichtlich aus dem Rahmen der im Gesetz delegierten Kompetenzen herausfallen oder aus andern Gründen verfassungs- oder gesetzwidrig sind (vgl. Art. 190 der Bundesverfassung [BV; SR 101]). Es kann jedoch sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle desjenigen des Bundesrats oder Departements setzen, und es hat auch nicht die Zweckmässigkeit zu untersuchen. Die vom Bundesrat verordnete Regelung verstösst allerdings dann gegen das Gebot der rechtsgleichen Behandlung oder das Willkürverbot (Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 BV), wenn sie sich nicht auf ernsthafte Gründe stützen lässt, wenn sie sinn- oder zwecklos ist oder wenn sie rechtliche Unterscheidungen trifft, für die sich ein vernünftiger Grund nicht finden lässt. Gleiches gilt, wenn die Verordnung es unterlässt, Unterscheidungen zu treffen, die richtigerweise hätten berücksichtigt werden sollen (BGE 145 V 278 E. 4.1 S. 282, 143 V 208 E. 4.3 S. 212, 136 V 24 E. 7.1 S. 30, 133 V 42 E. 3.1 S. 44; SVR 2021 AHV Nr. 17 S. 55 E. 3.3). 5.3.4.2 Vorab ist festzuhalten, dass angesichts der hier massgebenden Rechtslage (vgl. dazu vorne E. 2.1) nicht entscheidend ist, inwieweit die vom Beschwerdeführer geltend gemachten – allesamt nicht das Erwerbspensum betreffenden – Einschränkungen in einer angepassten Tätigkeit (vgl. Beschwerde S. 13) mit Blick auf die Praxis des Bundesgerichts zur bis

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 19  
zum 31. Dezember 2021 geltenden Rechtslage allenfalls einen leidensbedingten Abzug

begründet hätten. Daher ist auch der in diesem Zusammen- hang vom Beschwerdeführer zitierte Entscheid des Bundesgerichts vom

### **E. 11**

Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staats- anwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) Beschwerden gegen solche Entscheide. Der Beschwerdeführer ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträ- gen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb er zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 69 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung [IVG; SR 831.20]). Da auch die Bestimmungen über Frist (Art. 60 ATSG) sowie Form (Art. 61 lit. b ATSG; Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwal- tungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Be- schwerde einzutreten.

### **E. 16**

Februar 2023, 8C\_283/2022 (vgl. Beschwerde S. 11 f.), nicht einschlä- gig, weil er die bis 31. Dezember 2021 geltende Rechtslage betrifft (BGer 8C\_283/2022, E. 2). Ein Abzug vom Tabellenlohn (von 10 %) ist ab dem 1. Januar 2022 gemäss Art. 26bis Abs. 3 IVV allein dann vorgesehen, wenn die funktionelle Leistungsfähigkeit 50 % oder weniger beträgt (vgl. vorne E. 5.3.1). Eine solche Situation – bzw. selbst eine solche, die altrechtlich aufgrund des Beschäftigungsgrades einen Abzug gerechtfertigt hätte (vgl. T18 der LSE) – liegt hier nicht vor, weshalb keine Grundlage für die Vor- nahme eines Abzugs besteht. 5.3.4.3  
Andere Abzugsgründe wurden mit der Einführung des neuen Ren- tensystems im Rahmen der Weiterentwicklung der Invalidenversicherung per 1. Januar 2022 weder im IVG noch in der IVV vorgesehen. Dies ist – anders als vom Beschwerdeführer vertreten (vgl. Beschwerde S. 12) – nicht als eine echte Gesetzeslücke zu werten. Eine Lücke im Gesetz be- steht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt oder eine Antwort gibt, die aber als sachlich unhaltbar angesehen werden muss. Hat der Ge- setzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung (BGE 148 V 84 E. 7.1.2 S. 96, 134 V 182 E. 4.1 S. 185). In diesem Sinne hat das Bundesamt für Sozialversiche- rungen (BSV) im Nachgang zur Vernehmlassung in Bezug auf Art. 26bis Abs. 3 IVV ausdrücklich festgehalten, das Bundesgericht habe zur Berück- sichtigung invaliditätsbedingter lohnmindernder Faktoren den sogenannten leidensbedingten Abzug entwickelt. Dieser Abzug werde in der bisherigen Form neu nicht mehr angewendet. Vielmehr seien die leidensbedingten Einschränkungen im engeren Sinne, das seien medizinisch bedingte quan- titative und qualitative Einschränkungen bei der Ausübung einer Erwerbs- tätigkeit, konsequent bei der Einschätzung der funktionellen Leistungs- fähigkeit zu berücksichtigen. Wirtschaftliche Faktoren, die bereits vor dem Eintritt des Gesundheitsschadens vorgelegen und das erzielbare Einkom- men beeinflusst hätten, würden nur noch bei der Parallelisierung des Ein-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 20 kommens ohne Invalidität berücksichtigt. Die beiden Faktoren "Alter" – ausser im Rahmen der Prüfung der Verwertbarkeit – und "Dienstjahre" könnten künftig ohne Auswirkungen für die versicherten Personen wegge- lassen werden. Der einzig verbleibende Faktor

"Teilzeitarbeit", dem nicht an anderer Stelle Rechnung getragen werde, werde künftig mit einem pauschalen Teilzeitabzug von 10 % berücksichtigt, wenn die versicherte Person nur noch mit einer funktionellen Leistungsfähigkeit von 50 % oder weniger arbeiten könne (vgl. BSV, Ausführungsbestimmungen zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [Weiterentwicklung der IV], Erläuternder Bericht [nach Vernehmlassung] vom 3. November 2021 [nachfolgend: Erläuternder Bericht], S. 14 f. und S. 53 f.; abrufbar: [www.bsv.admin.ch](http://www.bsv.admin.ch) > Sozialversicherungen > Invalidenversicherung > Reformen & Revisionen > Weiterentwicklung der IV > Dokumentation > Erläuterungen). Die vom Bundesrat mit dem Erlass von Art. 26bis Abs. 3 IVV getroffene Regelung des Tabellenlohnabzugs erfolgte damit in Kenntnis der bundesgerichtlichen Praxis zum Tabellenlohnabzug und in Auseinandersetzung mit den einzelnen vom Bundesgericht entwickelten Abzugsfaktoren. Indem der Bundesrat hiervon bewusst abwich, hat er stillschweigend einem Abzug vom Tabellenlohn ausserhalb des neu einzig vorgesehenen Teilzeitabzugs die Anwendung versagt. Diese, gegenüber der früheren Bundesgerichtspraxis einschränkende, Verordnungsbestimmung ist – unabhängig davon, ob sie inhaltlich sinnvoll erscheint – gesetzes- und verfassungskonform. So bestimmen sowohl Art. 16 ATSG als auch Art. 28a IVG allein die anwendbare Bemessungsmethode bei erwerbstätigen Versicherten (sog. allgemeine Methode des Einkommensvergleichs; vgl. dazu vorne E. 2.4), während Art. 28a Abs. 1 Satz 2 IVG – in der hier massgebenden, ab 1. Januar 2022 in Kraft stehenden Fassung – dem Bundesrat die Aufgabe überträgt, die "zur Bemessung des Invaliditätsgrades massgebenden Erwerbseinkommen sowie die anwendbaren Korrekturfaktoren" ("les revenus déterminants pour l'évaluation du taux d'invalidité ainsi que les facteurs de correction applicables" bzw. "i redditi lavorativi determinanti per la valutazione del grado d'invalidità e i fattori di correzione applicabili") zu umschreiben. Der Gesetzgeber brachte demnach keinerlei Einschränkungen bezüglich der für den Invaliditätsgrad massgebenden Berechnungselemente an, sondern gewährte dem Bundes-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 21 rat ausdrücklich einen sehr weitgehenden Ermessensspielraum, namentlich auch betreffend die Modalitäten eines allfälligen Abzugs vom lohnstatistisch ermittelten Vergleichseinkommen. Dass der Bundesrat diesen Ermessensspielraum über- oder unterschritten hätte, ist nicht ersichtlich; vielmehr handelt es sich bei der begründet getroffenen Auswahl des Abzugskriteriums um einen rechtspolitischen Wertungsentscheid, der in Kenntnis, jedoch in Abweichung von der bundesgerichtlichen Abzugspraxis getroffen wurde (vgl. BSV, Erläuternder Bericht, S. 53 f.). Entgegen der von MEYER/REICHMUTH, Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum IVG, 4. Aufl. 2022, Art. 28a N. 104, S. 331 oben, vertretenen Auffassung hat die bisherige bundesgerichtliche Abzugspraxis nicht über den klaren Wortlaut von Art. 26bis Abs. 3 IVV hinaus weiterhin Bestand. So lässt sich der Botschaft des Bundesrates vom 15. Februar 2017 zur Änderung des IVG (Weiterentwicklung der IV; BBl 2017 2535) nicht entnehmen, dass in der Verordnung die bisherige Praxis des Bundesgerichts zu den Abzügen präzisiert werde, sondern, dass mit Art. 28a Abs. 1 IVG die Delegationsnorm an den Bundesrat zur Festlegung des massgebenden Erwerbseinkommens präzisiert werde. Gemäss Botschaft werde die in der Rechtsprechung definierte Praxis auf Verordnungsstufe geregelt, z.B. wann auf tatsächliche Werte und wann auf Tabellenlöhne abzustellen ist bzw. welche Tabelle anzuwenden sei. Ebenso solle der Bundesrat die bei diesen Einkommen nötigen von der Rechtsprechung entwickelten Korrekturen vornehmen, z.B. welche Kriterien für einen leidensbedingten Abzug zu berücksichtigen sind und in welcher Höhe ein

entsprechender Abzug erfolgen könne (BBl 2017 2668), das heisst, der Bundesrat wurde nicht beauftragt, die bisherige bundesgerichtliche Praxis unesehen integral in Verordnungsrecht zu überführen, sondern er war insoweit frei. Diese Ausführungen bestätigen den nunmehr gesetzlich verankerten weiten Ermessensspielraum des Bundesrates und sie verlangen insbesondere weder die Umsetzung der bisherigen bundesgerichtlichen Abzugspraxis noch die Aufnahme einzelner Abzugskriterien in die Verordnung. 5.3.4.4 Es kann schliesslich offen bleiben, ob und inwieweit die Regelung von Art. 26bis Abs. 3 IVV als unbefriedigend zu bezeichnen ist, zumal auch bei einer unechten oder rechtspolitischen Lücke deren Ausfüllung dem Ge-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 22 richt – wie bereits erwähnt – verwehrt wäre. Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende, zu entnehmen ist (BGE 147 V 2 E. 4.4.1 S. 9). Solche rechtspolitischen Mängel hat das Gericht im Allgemeinen jedoch hinzunehmen. Sie regelbildend zu schliessen, steht ihm dort zu, wo der Gesetz- oder Verordnungsgeber sich offenkundig über gewisse Tatsachen geirrt hat oder wo sich die Verhältnisse seit Erlass des Gesetzes oder der Verordnung in einem solchen Masse gewandelt haben, dass die Vorschrift unter gewissen Gesichtspunkten nicht oder nicht mehr befriedigt, so dass ihre Anwendung rechtsmissbräuchlich wird und die geltende Regelung zu Ergebnissen führt, die sich mit den Verfassungsgrundsätzen der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und des Willkürverbots (Art. 9 BV) nicht vereinbaren lassen (BGE 145 V 75 E. 5.2.1 S. 81; SVR 2018 FZ Nr. 4 S. 12 E. 3.2.1). Von solch extremen Fällen krass ungerechter Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung abgesehen, gibt es für das Gericht keine Möglichkeit, mittels richterlicher Rechtsfortbildung unbefriedigendes Recht zu berichtigen (BGE 129 V 381 E. 4.5 S. 386). Ein offensichtliches gesetzgeberisches Versehen oder eine anderweitige Planwidrigkeit ist dem Voranstehenden zufolge von vornherein ausgeschlossen, zumal die Praxis des Bundesgerichts zu den Abzügen berücksichtigt und die davon getroffene, bewusst abweichende Regelung vom Bundesrat auch entsprechend begründet wurde. Der Entscheid, einzig einen Teilzeitabzug vorzunehmen, orientiert sich sodann ausdrücklich an den Werten der LSE und damit an statistisch erklärbaren Unterschieden (vgl. BSV, Erläuternder Bericht, S. 54). Die Gestaltung der Abzugsmöglichkeit bzw. die Beschränkung auf den Teilzeitabzug stützt sich damit auf sachliche Gründe und bewegt sich im umschriebenen weiteren Gestaltungsspielraum (vgl. vorne E. 5.3.4.1), weshalb auch eine Verletzung des Grundsatzes der rechtsgleichen Behandlung (sog. Rechtsgleichheit; Art. 8 Abs. 1 BV) auszuschliessen ist. Eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) ist nicht ansatzweise ersichtlich. 5.3.5 Zusammenfassend besteht im Rahmen der hier massgebenden (vgl. vorne E. 2.1), seit dem 1. Januar 2022 in Kraft stehenden, verfassungsmässigen und deshalb zwingend anzuwendenden

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 23 Fassung von Art. 26bis Abs. 3 IVV kein Raum für die Vornahme eines Abzugs vom Tabellenlohn. Es hat damit bei dem von der Verwaltung ermittelten Invalideneinkommen von Fr. 66'046.-- (AB 29/5 bzw. 42/5) sein Bewenden. 5.4 Aus der Gegenüberstellung der Vergleichseinkommen resultiert ein Invaliditätsgrad von 54 % ([Fr. 142'860.-- / Fr. 66'046.--] / Fr. 142'860.-- x 100; zur Rundungspraxis siehe BGE 130 V 121 E. 3.2 und 3.3 S. 123). Folglich hat der Beschwerdeführer ab dem 1. Juli 2022 (vgl. vorne E. 5.1) Anspruch auf eine Invalidenrente von 54 % einer ganzen Rente (Art. 28b Abs. 2 IVG; vgl.

dazu vorne E. 2.3). 6. Nach dem Dargelegten ist die angefochtene Verfügung vom 19. April 2023 (AB 42) nicht zu beanstanden. Die dagegen erhobene Beschwerde ist abzuweisen. 7. 7.1 Gemäss Art. 69 Abs. 1bis IVG ist das Beschwerdeverfahren bei Streitigkeiten über IV-Leistungen vor dem kantonalen Versicherungsgericht kostenpflichtig. Die Kosten sind nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von Fr. 200.-- bis Fr. 1'000.-- festzulegen. Die Verfahrenskosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 800.--, sind entsprechend dem Ausgang des Verfahrens dem Beschwerdeführer zur Bezahlung aufzuerlegen und dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu entnehmen. 7.2 Ausgangsgemäss besteht gemäss Art. 1 Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG (Umkehrschluss) kein Anspruch auf eine Parteientschädigung.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. Sept. 2023, IV/23/389, Seite 24  
Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

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