

# **BGer 9C\_835/2007 vom 28. April 2008**

Bundesgericht, 2008-04-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_835\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_835_2007)

FR: TF 9C\_835/2007 du 28 avril 2008

IT: TF 9C\_835/2007 del 28 aprile 2008

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Da den beiden Beschwerden derselbe Sachverhalt zu Grunde liegt, sich die gleichen Rechtsfragen stellen und die Rechtsmittel den nämlichen vorinstanzlichen Entscheid betreffen, rechtfertigt es sich, die beiden Verfahren zu vereinigen und in einem einzigen Urteil zu erledigen ( BGE 128 V 124 E. 1 S. 126 mit Hinweisen).

### **E. 2.1**

Streitgegenstand bildet entsprechend den vom BSV und von der Pensionskasse gestellten Rechtsbegehren der Anspruch des Versicherten auf berufsvorsorgerechtliche Invalidenleistungen ab 17. März 2006. Dabei ist im letztinstanzlichen Verfahren nur noch streitig, wie das in der Überversicherungsberechnung gemäss Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2 anzurechnende "zumutbarerweise erzielbare Erwerbs- oder Ersatzeinkommen" zu ermitteln ist.

### **E. 2.2**

Nicht zum Streit- und Anfechtungsgegenstand gehört hingegen das von der Pensionskasse gestellte Rechtsbegehren, die von ihr ab 17. März 2006 ausgerichteten Invalidenleistungen seien zurückzuerstatten. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid über einen Rückerstattungsanspruch der Pensionskasse für bereits ausgerichtete berufsvorsorgerechtliche Invalidenrentenbetreffnisse weder entschieden noch hatte sie - mangels einen entsprechenden, im kantonalen Verfahren gestellten Rechtsbegehrens - Anlass, dies zu tun. Es fehlt hiefür an einer Sachurteilsvoraussetzung (vgl. BGE 131 V 164 E. 2.1; 125 V 413 E. 1a S. 414), weshalb insoweit auf die Beschwerde der Pensionskasse nicht einzutreten ist.

### **E. 2.3**

Mit ihrem Eventualbegehren, es sei die Berechnung des vom Versicherten zumutbarerweise noch erzielbaren Erwerbseinkommens gerichtlich festzusetzen, macht die Pensionskasse ein Element der Begründung des vom Bundesgericht zu treffenden Entscheides zum Inhalt eines selbstständigen Begehrens. Das ist unzulässig, weil mit einem Rechtsbegehren grundsätzlich nur verlangt werden kann, was das Gericht in das Dispositiv seines Urteils aufnehmen kann (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 191; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Zürich 2006, 7. Kap. Rz. 4-5a; Berger/Güngerich, Zivilprozessrecht, Bern 2008, Rz. 658). Auf dieses Rechtsbegehren der Pensionskasse ist daher ebenfalls nicht einzutreten.

### **E. 2.4**

Das Begehren der Pensionskasse, der Versicherte sei zu verpflichten, ihr die von der Vorinstanz zugesprochene Parteientschädigung von Fr. 1'681.55 zurückzuerstatten, dürfte -

gleich wie das Rückerstattungsbegehren für die ab 17. März 2006 ausgerichteten Invalidenleistungen - auf der Rechtsauffassung beruhen, mangels Vorliegen eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils habe mit der Beschwerde kein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt werden können. Das ist schon nach dem Wortlaut von Art. 103 Abs. 3 BGG rechtsirrtümlich. Da die Pensionskasse den Vollzug und die Vollstreckbarkeit des vorinstanzlichen Kostenentscheides mit einem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung hätte verhindern können, fehlt es an der Sachurteilsvoraussetzung des Rechtsschutzinteresses dafür, dass im Endurteil über die Rückerstattung der freiwillig und vorzeitig geleisteten Parteientschädigung entschieden werden könnte. Auf dieses Begehren ist ebenfalls nicht einzutreten.

### **E. 3**

Die Beschwerde kann wegen Rechtsverletzung gemäss Art. 95 und Art. 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGE 130 III 136 E. 1.4 S. 140). Gemäss Art. 42 Abs. 1 BGG ist die Beschwerde hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten ( Art. 108 Abs. 1 lit. b BGG ). Das Bundesgericht prüft grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen; es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu prüfen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen wurden. Es kann die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht nur insofern prüfen, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ).

### **E. 4.1**

Das kantonale Gericht ist zutreffend vom Wortlaut der seit 1. Januar 2005 anwendbaren gesetzlichen Bestimmung über die Verhinderung ungerechtfertigter Vorteile des Versicherten oder seiner Hinterlassenen beim Zusammentreffen mehrerer Leistungen ( Art. 34a Abs. 1 BVG in Verbindung mit Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2 ) ausgegangen, wonach Bezüglern von Invalidenleistungen in der Überentschädigungsberechnung nicht das weiterhin effektiv erzielte, sondern - im Gegensatz zur Rechtsprechung bezüglich der bis 31. Dezember 2004 in Kraft gewesenen Fassung von Art. 24 Abs. 2 BVV 2 ( BGE 123 V 88 E. 4 S. 94 f.) - auch das "zumutbarerweise noch erzielbare Erwerbs- oder Ersatzeinkommen" anzurechnen ist. Der Wortlaut von Ziff. 20.1 Abs. 2 des Reglementes der Pensionskasse vom 25. November 2004, welches ebenfalls auf den 1. Januar 2005 in Kraft getreten ist (Ziff. 32.2 des Reglementes), stimmt mit dem Wortlaut der gesetzlichen Überversicherungsregelung überein, enthält aber abweichend davon eine Kann-Formulierung. Sie stellt damit die Anrechnung des zumutbarerweise noch erzielbaren Erwerbs- oder Ersatzeinkommens in das pflichtgemässe, das heisst an die verfassungsmässigen Rechtsgrundsätze der Rechtsgleichheit ( Art. 8 Abs. 1 BV ), des Willkürverbotes und des Gebotes von Treu und Glauben ( Art. 9 BV ) gebundene Ermessen der Pensionskasse (vgl. BGE 123 V 150 E. 2 S. 152 mit weiteren Hinweisen; Haefelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 441).

### **E. 4.2.1**

Ausgehend vom Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung von Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2 (und von Ziff. 20.1 Abs. 2 des Kassenreglementes), in der seit 1. Januar 2005 geltenden Fassung, hat die Vorinstanz erwogen, für die Ermittlung des von vom Versicherten ab 17. März 2006 zumutbarerweise noch erzielbaren Erwerbs- oder Ersatzeinkommens könne nicht auf das invalidenversicherungsrechtlich massgebende Invalideneinkommen abgestellt werden, weil diesem ein ausgeglichener Arbeitsmarkt zu Grunde liege. Für die Belange der beruflichen Vorsorge sei vielmehr ausschlaggebend, welches Einkommen die betreffende Person angesichts der konkreten beruflichen Ausbildung unter Berücksichtigung der noch vorhandenen Arbeitsfähigkeit auf dem für die betreffende Person tatsächlich in Betracht kommenden Arbeitsmarkt wirklich erzielen könne. Demgemäss hat das kantonale Gericht - abweichend von der Invaliditätsschätzung der IV-Stelle - die Arbeitsfähigkeit des Versicherten für eine "körperlich einfache, wechselbelastende Tätigkeit halbtags" auf 50 % festgesetzt und das von ihm zumutbarerweise erzielbare Erwerbseinkommen nach Massgabe des Katalogs der Mindestlöhne des Kantons Aargau auf Fr. 1'593.- pro Monat berechnet. Die Tabellenlöhne der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) erachtete das kantonale Gericht als unmassgeblich, weil sie nicht den Lohn konkreter Arbeitstätigkeiten in einer bestimmten Region ausweisen, sondern statistische Durchschnittslöhne darstellen würden.

#### **E. 4.2.2**

Das BSV pflichtet den Rechtsauffassungen des kantonalen Gerichts bei, wonach sowohl das invalidenversicherungsrechtliche Invalideneinkommen als auch die LSE-Tabellenlöhne für die Ermittlung des zumutbarerweise noch erzielbaren Erwerbseinkommens im Sinne von Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2 irrelevant seien. Hingegen werde die Anwendung des Katalogs der kantonalen Mindestlöhne den tatsächlichen Umständen des vorliegenden Falles nicht gerecht. Damit bleibe ausser Acht, dass der Versicherte während der Rahmenfrist für den Bezug von Arbeitslosenentschädigungen (17. März 2004 bis 16. März 2006) offenbar keine zumutbare Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 16 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c AVIG gefunden habe. Zwischen dem zumutbarerweise erzielbaren Erwerbseinkommen (im Sinne von Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2 ) und demjenigen aus einer zumutbaren Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 16 AVIG bestünden keine nennenswerte Unterschiede. Für einen ausgesteuerten Versicherten sei die Hürde, eine neue Stelle zu finden, eher noch höher als für eine von der Arbeitslosenversicherung unterstützte Person; es sei denn, dass sich diese gar nicht mehr um eine Stelle bemüht habe. Wie es sich diesbezüglich im vorliegenden Fall verhalte, sei entweder durch das kantonale Gericht oder die Pensionskasse noch abzuklären. Erst danach sei über die Frage der Überversicherung zu entscheiden.

#### **E. 4.3.1**

In BGE 134 V 64 E. 4 hat sich das Bundesgericht eingehend mit der Frage befasst, was unter dem gemäss Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2 seit 1. Januar 2005 in der Überversicherungsberechnung anrechenbaren "zumutbarerweise noch erzielbaren Erwerbs- oder Ersatzeinkommen" zu verstehen ist:

##### **E. 4.3.1.1**

Den Zweck dieser Bestimmung hat es unter Bezugnahme auf die dazu vom BSV in seinen Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 75 vom 2. Juli 2004 kundgegebenen Erläuterungen dahingehend umschrieben, dass damit diejenigen teilinvaliden Versicherten,

welche die ihnen zumutbare Restarbeitsfähigkeit nicht verwerten, finanziell denjenigen gleichgestellt werden sollen, die das ihnen zumutbare Invalideneinkommen - in Erfüllung ihrer Schadenminderungspflicht - tatsächlich erzielen ( BGE 134 V 64 E. 4.1.1 S. 69).

#### **E. 4.3.1.2**

In systematischer Hinsicht hat das Bundesgericht sodann auf den in den Art. 23, 24 Abs. 1 und 26 Abs. 1 BVG positivrechtlich verankerten funktionalen Zusammenhang zwischen erster (Invalidenversicherung) und zweiter (berufliche Vorsorge) Säule abgestellt, womit einerseits eine weitgehende materiellrechtliche Koordination zwischen erster und zweiter Säule erreicht werden soll, andererseits die Organe der beruflichen Vorsorge von aufwändigen Abklärungen betreffend die Voraussetzungen, den Umfang und den Beginn der berufsvorsorgerechtlichen Invalidenleistungen möglichst entbunden werden sollen ( BGE 133 V 67 E. 4.3.2 S. 69, 132 V 1 E. 3.2. S. 4). Daraus hat das Bundesgericht - gleich wie für Valideneinkommen und mutmasslich entgangenen Verdienst (in SZS 2005 S. 321 zusammengefasstes Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] vom 2. September 2004, B 17/03) - den Grundsatz der Kongruenz von Invalideneinkommen und zumutbarerweise noch erzielbarem Erwerbseinkommen im Sinne von Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2 (in der seit 1. Januar 2005 geltenden Fassung) abgeleitet. Verfahrensrechtlich stellt der Kongruenzgrundsatz eine Vermutung dahingehend dar, dass das von der IV-Stelle festgelegte Invalideneinkommen dem zumutbarerweise noch erzielbaren Erwerbseinkommen nach Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2 entspricht ( BGE 134 V 64 E. 4.1.2 S. 70).

#### **E. 4.3.1.3**

Dabei hat das Bundesgericht nicht ausser Acht gelassen, dass das von den Organen der Invalidenversicherung festgelegte Invalideneinkommen auf der Grundlage eines ausgeglichenen Arbeitsmarktes ( Art. 16 ATSG ) und nicht nach Massgabe der den Teilinvaliden - unter Umständen in wirtschaftlich schwierigen Zeiten - tatsächlich zur Verfügung stehenden Stellenangebote ermittelt wird. Indessen kann nach dem in Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2 mit dem Adverb "zumutbarerweise" verbalisierten Zumutbarkeitsgrundsatz in arbeitsmarktlicher Hinsicht nicht einfach auf die subjektive Meinung des Versicherten über das ihm erwerblich noch Zumutbare abgestellt werden. Vielmehr ist auch bei der Würdigung der subjektiven Möglichkeiten und Gegebenheiten, die einer bestimmten versicherten Person auf dem Arbeitsmarkt tatsächlich offenstehen, ein objektiver Massstab anzulegen. Daraus folgt, dass die Vorsorgeeinrichtung, die eine Kürzung der obligatorischen Invalidenleistungen beabsichtigt, dem teilinvaliden Versicherten das rechtliche Gehör hinsichtlich jener arbeitsmarktbezogenen und persönlichen Umstände gewähren muss, die ihm die Erzielung eines Resterwerbseinkommens in der Höhe des von der Invalidenversicherung ermittelten Invalideneinkommens erschweren oder verunmöglichen. Diesem Gehörsanspruch steht freilich auf Seiten des Versicherten eine entsprechende Mitwirkungspflicht gegenüber. Er hat im Überentschädigungsverfahren alle im konkreten Einzelfall massgebenden persönlichen Umstände und tatsächlichen Arbeitsmarktchancen, welche der Erzielung eines dem Invalideneinkommen äquivalenten Resterwerbseinkommens entgegenstehen, zu behaupten, zu substantiieren und hiefür soweit möglich Beweise anzubieten, namentlich durch den Nachweis erfolglos gebliebener Stellenbemühungen ( BGE 134 V 64 E. 4.2.1 und 4.2.2 S. 71 f.).

### **E. 5.1**

Was die in E. 4.1 erwähnte reglementarische Abweichung gegenüber der gesetzlichen Regelung von Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BVV 2 in Form einer Kann-Formulierung (Ziff. 20.1 Abs. 2 des Reglementes der Pensionskasse vom 25. November 2004) betrifft, ist festzuhalten, dass sich daraus für den Versicherten kein anderer oder milderer Massstab bezüglich der Anrechenbarkeit des für ihn zumutbarerweise noch erzielbaren Erwerbseinkommens ergibt. Das wäre nur dann der Fall, wenn die Pensionskasse von ihrem Ermessen, die Bestimmung von Ziff. 20.1 Abs. 2 ihres Reglementes anzuwenden oder nicht, in geradezu missbräuchlicher oder willkürlicher Weise Gebrauch gemacht hätte. Davon kann keine Rede sein und der Versicherte hat solches auch nie geltend machen lassen.

### **E. 5.2**

Die IV-Stelle hat im Einspracheentscheid vom 5. April 2005 gestützt auf die Stellungnahmen der rheumatologischen Fachärzte des Spitals Z. \_\_\_\_\_ vom 14. Mai 2004 und des Psychiaters Dr. med. M. \_\_\_\_\_ zur Leistungsfähigkeit des Versicherten ein Arbeitspensum von 5 Stunden pro Tag in einer leichten Hilfsarbeitertätigkeit als zumutbar erachtet und das Invalideneinkommen nach den Tabellenlöhnen der LSE 2002 sowie unter Berücksichtigung eines Behindertenabzuges von 20 % auf Fr. 27'287.- pro Jahr festgesetzt. Das von der IV-Stelle ermittelte Invalideneinkommen hat die Pensionskasse als zumutbarerweise noch erzielbares Erwerbseinkommen für die Zeit ab 1. April 2006 ihrer Überversicherungsberechnung vom 19. Juni 2006 zu Grunde gelegt. Damit ist sie an sich bundesrechtskonform von der Vermutung ausgegangen, dass invalidenversicherungsrechtliches Invalideneinkommen und zumutbarerweise noch erzielbares Erwerbs- oder Ersatzeinkommen im Regelfall übereinstimmen.

### **E. 5.3**

Der Versicherte hat indessen bereits in der Klageschrift vom 9. Januar 2007 die arbeitslosenversicherungsrechtlich erforderlichen Stellenbemühungen während seines ALV-Taggeldbezuges zum Beweis offeriert. Die Vorinstanz sah von einer entsprechenden Editionsaufforderung ab, weil dies nach der von ihr vertretenen Rechtsauffassung unnötig war. Nach dem Gesagten kann indessen dieser Beweisofferte eine entscheidende Bedeutung zukommen, hat doch das Bundesgericht in BGE 134 V 64 E. 4.2.2 in fine S. 72 unter anderem lege artis durchgeführte, aber erfolglos gebliebene Bewerbungsbemühungen ausdrücklich als Gesichtspunkte anerkannt, mit denen der Rentenbezüger die objektive Nichterzielbarkeit des Invalideneinkommens dartun kann.

### **E. 5.4**

Hat der Versicherte damit konkrete, persönliche Umstände substantiiert, die ihm die Erzielung eines Resterwerbseinkommens in der Höhe des invalidenversicherungsrechtlichen Invalideneinkommens verunmöglichen oder erschweren, ist die Sache an die Vorinstanz zur Abnahme der anbotenen Beweise mittels Beizugs der Arbeitslosenversicherungs-Akten und allenfalls weiterer darin indizierter Beweise sowie zur Neubeurteilung des Rentenanspruchs ab 17. März 2006 nach Durchführung der notwendigen Abklärungen zurückzuweisen. Die Beschwerde des BSV ist damit ganz gutzuheissen. Diejenige der Pensionskasse hingegen nur teilweise, da auf mehrere ihrer Rechtsbegehren nicht eingetreten wird und die (nicht beantragte) Rückweisung in dieser Verfahrenslage lediglich einen Teilerfolg darstellt.

**E. 6**

Bei diesem Ausgang der Verfahren rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten der Pensionskasse zu  $\frac{2}{3}$  und dem Versicherten zu  $\frac{1}{3}$  aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Eine Parteientschädigung an den Versicherten entfällt, da ihm im Verfahren vor dem Bundesgericht kein ins Gewicht fallender Aufwand entstanden ist.

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