

VBE.2022.340 / nb / fi

Art. 36

Urteil vom 17. Mai 2023

Besetzung Oberrichterin Gössi, Präsidentin
 Oberrichter Kathriner
 Oberrichterin Peterhans
 Gerichtsschreiber Battaglia

Beschwerde- **A.**_____,
führer vertreten durch MLaw Nermin Zulic, Rechtsanwalt, Bernstrasse 8,
 Postfach, 3360 Herzogenbuchsee

Beschwerde- **SVA Aargau**, IV-Stelle, Bahnhofplatz 3C, Postfach, 5001 Aarau
gegnerin

Beigeladene **B.**_____

Gegenstand Beschwerdeverfahren betreffend IVG Renten
 (Verfügung vom 15. Juli 2022)

Das Versicherungsgericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Der am 25. Februar 1962 geborene Beschwerdeführer arbeitete als Gleisbauer bei der C. AG, Z. Am 26. Januar 2010 meldete er sich wegen Rückenbeschwerden bei der Beschwerdegegnerin zum Bezug von Leistungen der Eidgenössischen Invalidenversicherung (IV) an. Mit Verfügung vom 15. Dezember 2011 wies die Beschwerdegegnerin sein Rentenbegehren ab. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Versicherungsgericht mit Urteil VBE.2012.73 vom 31. Mai 2012 rechtskräftig ab.

1.2.

Am 13. August 2014 meldete sich der Beschwerdeführer erneut zum Bezug von Leistungen an. Die Beschwerdegegnerin tätigte in der Folge Abklärungen; insbesondere liess sie den Beschwerdeführer polydisziplinär begutachten (Gutachten der medaffairs ag, Basel, vom 16. Juni 2016). Nach Rücksprache mit dem Regionalen Ärztlichen Dienst (RAD) stellte sie den Gutachtern Ergänzungsfragen, welche am 17. Oktober 2016 beantwortet wurden. Nach neuerlicher Rücksprache mit dem RAD liess sie den Beschwerdeführer psychiatrisch und neurologisch erneut begutachten (Gutachten der Dres. med. D., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, und E., Fachärztin für Neurologie, vom 10. Juli 2017). Nach neuerlicher Rücksprache mit dem RAD, erneuten gutachterlichen Ergänzungsfragen sowie durchgeführtem Vorbescheidverfahren verneinte sie mit Verfügung vom 29. Mai 2019 den Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Rente. Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Versicherungsgericht mit Urteil VBE.2019.466 vom 11. März 2020 teilweise gut, hob die Verfügung vom 29. Mai 2019 auf und wies die Sache zur weiteren Abklärung und zur Neuverfügung an die Beschwerdegegnerin zurück.

1.3.

Die Beschwerdegegnerin aktualisierte in der Folge die medizinischen Unterlagen und holte ein neues polydisziplinäres Gutachten bei der Ärztliches Begutachtungsinstitut GmbH (ABI) ein. Nach mehrmaliger Rücksprache mit dem RAD, durchgeführtem Vorbescheidverfahren sowie Einholen zweier ergänzender gutachterlicher Stellungnahmen verneinte die Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 15. Juli 2022 einen Rentenanspruch des Beschwerdeführers erneut.

2.

2.1.

Gegen die Verfügung vom 15. Juli 2022 erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 14. September 2022 fristgerecht Beschwerde und stellte folgende Rechtsbegehren:

- " 1. Die Verfügung der SVA Aargau vom 15. Juli 2022 sei aufzuheben.
2. Die Beschwerdegegnerin sein [sic] anzuweisen, dem Beschwerdeführer die gesetzlichen Versicherungsleistungen aus der Invalidenversicherung zuzusprechen.
3. Eventualiter sei eine ergänzende medizinische Beurteilung einzuholen, welche sich zu den bestehenden Beschwerden des Beschwerdeführers äussert.
4. Subeventualiter sei die Sache an die Beschwerdegegnerin zwecks Abklärung und Neubeurteilung zurückzuweisen.

-Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen-

2.2.

Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Vernehmlassung vom 24. Oktober 2022 die Abweisung der Beschwerde.

2.3.

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 26. Oktober 2022 wurde die aus den Akten erkennbare berufliche Vorsorgeeinrichtung des Beschwerdeführers im Verfahren beigelegt und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Diese liess sich in der Folge nicht vernehmen.

2.4.

Der Instruktionsrichter unterbreitete dem ABL mit Verfügung vom 3. April 2023 eine Ergänzungsfrage zur zumutbaren Arbeitszeit des Beschwerdeführers in angepassten Tätigkeiten. Das ABL erstattete seine Stellungnahme am 19. April 2023.

Das Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin einen Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Rente mit Verfügung vom 15. Juli 2022 (Vernehmlassungsbeilage [VB] 270) zu Recht verneint hat.

2.

Am 1. Januar 2022 sind die Änderungen betreffend Weiterentwicklung der IV (WEIV) in Kraft getreten. Weder dem IVG noch der IVV sind besondere Übergangsbestimmungen betreffend die Anwendbarkeit dieser Änderungen im Hinblick auf nach dem 1. Januar 2022 beurteilte mögliche Ansprüche des Zeitraums bis zum 31. Dezember 2021 zu entnehmen. Es sind daher nach den allgemeinen übergangsrechtlichen Grundsätzen jene Bestimmungen anzuwenden, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden

oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestands Geltung haben beziehungsweise hatten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_136/2021 vom 7. April 2022 E. 3.2.1 mit Hinweis unter anderem auf BGE 144 V 210 E. 4.3.1 S. 213). Da vorliegend Leistungen mit Anspruchsbeginn vor dem 1. Januar 2022 streitig sind, ist für deren Beurteilung die bis zum 31. Dezember 2021 geltende Rechtslage massgebend.

3.

3.1.

Die Zusprechung einer Invalidenrente aufgrund einer Neuansmeldung, nachdem eine Rente wegen eines zu geringen Invaliditätsgrades verweigert wurde (vgl. Art. 87 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 IVV), bedarf, analog zur Rentenrevision (Art. 17 Abs. 1 ATSG), einer anspruchrelevanten Änderung des Invaliditätsgrades (vgl. BGE 133 V 108 E. 5 S. 110 ff.; 130 V 71; 117 V 198 E. 3 S. 198 f.; 109 V 108 E. 2 S. 114 f.; Urteil des Bundesgerichts 8C_29/2020 vom 19. Februar 2020 E. 3.1 f. mit Hinweisen).

Gemäss Art. 17 Abs. 1 ATSG wird die Rente von Amtes wegen oder auf Gesuch hin für die Zukunft entsprechend erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben, wenn sich der Invaliditätsgrad einer Rentenbezügerin oder eines Rentenbezügers erheblich ändert. Anlass zur Revision einer Invalidenrente im Sinne von Art. 17 Abs. 1 ATSG gibt jede wesentliche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen, die geeignet ist, den Invaliditätsgrad und damit den Rentenanspruch zu beeinflussen (BGE 134 V 131 E. 3 S. 132 f. mit Hinweisen).

3.2.

Den neuansmeldungsrechtlich massgeblichen Vergleichszeitpunkt (BGE 133 V 108 E. 5 S. 110 ff.; 130 V 71 E. 3 S. 73 ff.) in retrospektiver Hinsicht bildet vorliegend unbestrittenermassen die Verfügung vom 15. Dezember 2011 (VB 62). Unbestritten ist auch, dass sich in tatsächlicher Hinsicht seit dieser Verfügung Veränderungen ergeben haben; zu erwähnen ist die neu hinzutretende depressive Symptomatik. Damit ist der Rentenanspruch in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht umfassend ("allseitig") zu prüfen, wobei keine Bindung an frühere Beurteilungen besteht (BGE 141 V 9 E. 2.3 S. 11).

4.

4.1.

Die Beschwerdegegnerin stützte sich in der angefochtenen Verfügung in medizinischer Hinsicht im Wesentlichen auf das polydisziplinäre ABI-Gutachten vom 12. April 2021 in den Fachbereichen Allgemeine Innere Medizin, Psychiatrie, Rheumatologie, Otorhinolaryngologie, Ophthalmologie, Neurologie und Pneumologie. Die Gutachter stellten folgende Diagnosen mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit (VB 237/9 f.):

- "1. Chronisches thorakolumbospondylogenes Schmerzsyndrom (ICD-10 M54.5)
 - Status nach Fenestration, Rezessotomie, Sequestrektomie und Enukleation bei sequestrierter und luxierter Diskushernie L4/5 links am 07.09.2009
 - myostatische Insuffizienz mit den entsprechenden muskuloligamentären Überlastungsreaktionen
 - kernspintomographisch ausgeprägte Osteochondrose L5/S1, im Bereich L4/5 regelrechter postoperativer Befund ohne Nachweis einer Rezidivhernie, L2-L5 beginnende Osteochondrose und Spondylarthrose (MRI 12/2019)
2. Rezidivierende depressive Störung, ggw. leichte bis mittelgradige Episode (ICD-10 F33.0, F33.1)
3. Chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren (ICD-10 F45.41)
 - generalisiertes multilokulares Schmerzsyndrom (ICD-10 R52.9)
4. Schweres obstruktives Schlaf Apnoe Syndrom, ED 4/2014 (ICD-10 G47.31)
 - 3/2012 Plethysmographie i.N., NO, CO-Diffusion, ABGA i.N.
 - Bronchoprovokation mit Methacholin: keine bronchiale Hyperreagibilität, Thorax Rtg i.N.
 - 4/2014 respiratorischen Polygraphie: AHI 60/h, Beginn nächtlicher Ueberdruckbeatmung APAP mit 5-12 cm H2O
 - 11/2014 unter CPAP AHI 0,7/h, Nutzung 3,2 h/Tag
 - 11/2017 AHI 0,9/h, Nutzung 3,9h7rag
 - 11/2018 AHI 1/h, Nutzung 3,8h/Tag
 - 11/2019 AHI 0,5/h, Nutzung 3,6h/Tag
 - 11/2020 AHI 1/h, Nutzung 3,2h/Tag
 - 2/2021 Plethysmographie i.N.: TLC 8,47 l (108 %), VC 5,33 l (101 %), EEV1 4,22 l (104 %), BMI 24, Thorax Röntgen i.N.
5. Hochtonschallempfindungsschwerhörigkeit beidseits (ICD-10 H90.3)
6. Tinnitus beidseits (ICD-10 H93.1)
 - mittelgradig kompensiert
7. Periphere vestibuläre Funktionsstörung links (ICD-10 H81.3)
8. Ausgeprägte Benetzungsstörung (ICD-10 H04.1)"

Zusammenfassend könne aus polydisziplinärer Sicht seit 2009 eine Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit und in jeder anderen körperlich regelmässig mittelschweren oder schwer belastenden Tätigkeit festgestellt werden. In adaptierten Tätigkeiten (körperlich leichte bis gelegentlich mittelschwere, wechselbelastende Tätigkeit ohne Einnahme von wirbelsäulenbelastenden Zwangshaltungen, keine hohen Anforderungen an die psychische Belastbarkeit, keine fremd- und selbstgefährdenden Tätigkeiten, keine Tätigkeiten, welche ein gutes Sprachverständnis unter Störlärm voraussetzen, und unter gesteigertem Umgebungsgeräuschpegel, idealerweise nur mit durchschnittlichen Anforderungen an die Sehfähigkeit) bestehe hingegen "gemittelt" seit August 2014 eine Arbeitsfähigkeit von 80 % im Sinne einer Leistungsminderung wegen erhöhtem Pausenbedarf und etwas vermindertem Rendement (VB 237/11 f.).

4.2.

In der ergänzenden Stellungnahme vom 15. Dezember 2021 hielt das ABI fest, nach Durchsicht der zwei MRI-Untersuchungen vom 18. und 30. Juni 2021 des Knies und der Wirbelsäule des Beschwerdeführers könne am bestehenden Gutachten vollumfänglich festgehalten (VB 257).

4.3.

In einer weiteren ergänzenden Stellungnahme vom 2. Mai 2022 führte das ABI aus, die im Arthro-MRI vom 25. Februar 2022 festgehaltenen Befunde seien effektiv im Sinne der degenerativen, altersentsprechend zu erwartenden Veränderungen "grundsätzlich einordenbar". Rein aufgrund der Befunderhebung des MRI könne am Zumutbarkeitsprofil des Gutachtens, welches bereits auf leichte Tätigkeiten reduziert sei, festgehalten werden (VB 263).

4.4.

Auf die Rückfrage des Versicherungsgerichts nach der zumutbaren Arbeitszeit des Beschwerdeführers in angepassten Tätigkeiten (vgl. Verfügung vom 3. April 2023) führte das ABI mit Stellungnahme vom 19. April 2023 aus, die Beurteilung einer 80%igen Arbeitsfähigkeit in angepassten Tätigkeiten gelte auch bei einer höheren Präsenzzeit als den im Gutachten angegebenen acht Stunden; der entscheidende Faktor sei die Leistungsfähigkeit. Es mache grundsätzlich Sinn – auch hinsichtlich praktischer Umsetzung bei der beruflichen Reintegration – jeweils einen "Range" der möglichen Stundenzahl anzugeben. Die beeinträchtigte Leistungsfähigkeit je nach Stundenzahl sei dann bezogen auf diese Stunden relativ gesehen unterschiedlich, bleibe insgesamt aber konstant. Werde eine Arbeit über acht Stunden bei einer 70%igen Leistungsfähigkeit durchgeführt, gelte diese 70%ige Leistungsfähigkeit auch, wenn die Arbeit über sechs Stunden erledigt wird. Dies bedeute, dass weniger Pausen in kürzerer Zeit durchgeführt würden, was aber die Möglichkeit gäbe, nach der Arbeit eine längere Erholungsphase nutzen zu können.

5.

5.1.

Hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes ist entscheidend, ob dieser für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind (BGE 134 V 231 E. 5.1 S. 232; 125 V 351 E. 3a S. 352).

5.2.

Den von Versicherungsträgern im Verfahren nach Art. 44 ATSG eingeholten Gutachten von externen Spezialärzten, welche auf Grund eingehender Beobachtungen und Untersuchungen sowie nach Einsicht in die Akten Bericht erstatten und bei der Erörterung der Befunde zu schlüssigen Ergebnissen gelangen, ist bei der Beweismwürdigung volle Beweiskraft zuzuerkennen, solange nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen (BGE 135 V 465 E. 4.4 S. 470; 125 V 351 E. 3b/bb S. 353). Den Gutachten kommt somit bei Abklärungen im Leistungsbereich der Sozialversicherung überragende Bedeutung zu (UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 4. Aufl. 2020, N. 13 zu Art. 44 ATSG; vgl. auch BGE 132 V 93 E. 5.2.8 S. 105).

5.3.

Der Beschwerdeführer wurde zur Erstellung des ABI-Gutachtens fachärztlich umfassend untersucht (VB 237/27, 34 f., 44 ff., 53 ff., 60, 66 f., 73 ff.). Dabei beurteilten die Gutachter die medizinischen Zusammenhänge sowie die medizinische Situation in Kenntnis der Vorakten (VB 237/17 ff.) und unter Berücksichtigung der geklagten Beschwerden (vgl. VB 237/25 ff., 31 ff., 42 ff., 52 f., 59 f., 65 f., 73.) einleuchtend und gelangten zu nachvollziehbar begründeten Schlussfolgerungen. Das ABI-Gutachten und die dazu ergangenen ergänzenden Stellungnahmen sind damit im Sinne vorstehender Kriterien grundsätzlich geeignet, den Beweis für den anspruchserheblichen medizinischen Sachverhalt zu erbringen (vgl. E. 5.1.).

6.

6.1.

Der Beschwerdeführer bringt zusammenfassend vor, die Beschwerdegegnerin habe die Vorgaben des Versicherungsgerichts im Urteil VBE.2019.466 vom 11. März 2020 nicht umgesetzt und den Sachverhalt (insbesondere retrospektiv) ungenügend abgeklärt (Beschwerde Rz. 12 ff.). Zudem sei nicht nachvollziehbar, weshalb die gutachterlich attestierten Einschränkungen aus mehreren Fachbereichen sich nicht addieren sollten (Beschwerde Rz. 23). Sodann bleibe die aktuelle gesundheitliche Entwicklung nach der Begutachtung unberücksichtigt (Beschwerde Rz. 25).

6.2.

Das Versicherungsgericht wies die Sache mit Urteil VBE.2019.466 vom 11. März 2020 an die Beschwerdegegnerin zur weiteren Abklärung zurück, weil auf die gutachterlichen Schlussfolgerungen nicht abgestellt werden konnte, da keine zuverlässige psychiatrische Arbeitsfähigkeitsbeurteilung in retrospektiver Hinsicht sowie für den Zeitraum zwischen der Begutachtung und dem Verfügungserlass vorlag (E. 5.2.) und Unklarheiten betreffend die neurologische Einschätzung in Zusammenhang mit Rehabilitationsmassnahmen bestanden (E. 5.3. des nämlichen Urteils; VB 206/10 f.).

Der Beschwerdegegnerin wurden indes keine Anweisungen erteilt, wie sie diese Abklärungen vorzunehmen hätte. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, dass die ABI-Gutachter eine eigene retrospektive Beurteilung der Arbeitsfähigkeit vornahmen und die Beschwerdegegnerin auch auf diese abstellte.

6.3.

Dem Beschwerdeführer wurden 20%ige Leistungseinschränkungen in den Disziplinen Otorhinolaryngologie und Psychiatrie attestiert (VB 237/39, 69). Entgegen der diesbezüglichen Ausführungen des Beschwerdeführers (Beschwerde Rz. 23) ging der ophthalmologische Gutachter in einer angepassten Tätigkeit von einer uneingeschränkten Arbeitsfähigkeit in quantitativer Hinsicht aus (VB 237/77). In der Konsensbeurteilung hielten die Gutachter fest, die leicht reduzierte Leistungsfähigkeit in adaptierten Tätigkeiten resultiere aus den Diagnosen verschiedener Fachbereiche, welche sich jedoch ergänzten und nicht addiert werden könnten, da der Beschwerdeführer dieselben Zeitabschnitte zum Einlegen von Pausen und zur Erholung nutzen könne (VB 237/12). Anlässlich der ergänzenden Stellungnahme vom 15. Dezember 2021 führten sie zudem aus, die Einschränkungen aus verschiedenen Fachrichtungen bedeuteten nicht, dass Pausen für die Verbesserung der Sehfähigkeit oder der Schwindelproblematik einzulegen wären. Es gehe generell darum, dass ein erhöhter Pausenbedarf Erholungsphasen zulasse, was verschiedenen Organsystemen, die einer vermehrten Anstrengung bedürften, um funktionieren zu können, die Möglichkeit gebe, sich zwischenzeitlich auszuruhen und zu regenerieren. Die Einschränkungen der verschiedenen Fachrichtungen könnten über dieses Erholungsmodell abgegolten werden (VB 257/2). Bei der Beurteilung, ob sich die Leistungseinschränkungen aus den unterschiedlichen Bereichen addieren oder nicht, handelt es sich um eine Einschätzung der Arbeitsfähigkeit und somit um eine medizinische Frage, sodass die diesbezüglichen Ausführungen des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers unbehelflich sind (vgl. etwa Urteile des Bundesgerichts 8C_409/2020 vom 5. Oktober 2020 E. 4.2.1; 8C_794/2017 vom 27. März 2018 E. 4.2.2 mit Hinweisen). Darüber hinaus begründeten die Gutachter nachvollziehbar und schlüssig, wieso sich diese Arbeitsunfähigkeiten nicht addieren. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern es nicht möglich sein sollte, dass sich mehrere Organsysteme gleichzeitig in derselben Pause erholen können.

6.4.

6.4.1.

Der Beschwerdeführer liess am 18. Juni 2021 ein MRI der LWS und der unteren BWS anfertigen. Prof. Dr. med. F., Facharzt für Radiologie, führte im entsprechenden Bericht aus, als segmentaler Hauptbefund lägen Zeichen einer flachen bis intraforaminal links reichenden mediolateralen Bandscheibenprotusion in LWK 2/3 mit konsekutiver Tangierung der L3-Wurzel beidseits rezessal sowie der L2-Wurzel links foraminal vor. Ferner

gäbe es Zeichen einer flachen Bandscheibenprotusion in LWK 3/4 mit leichter Tangierung der L4-Wurzel beidseits rezessal. Ebenso bestünden mehrsegmentale degenerative Veränderungen der LWS in Form von Osteochondrosen (Punctum maximum und leicht erosiv verändert in LWK 5/S 1 und leicht weniger ausgeprägt in LWK 2/3) (VB 252/8 f.). Am 30. Juni 2021 wurde wegen eines Gelenkergusses ebenfalls ein MRI des rechten Knies angefertigt. Der dortigen Beurteilung ist zu entnehmen, dass "[b]is hochgradige Knorpelschäden femoropatellär, teilweise möglicherweise frischeren Datums", weniger ausgeprägte fokale Knorpelschäden femorotibial lateral sowie ein grosser Gelenkserguss vorlägen (VB 252/7).

Das ABI führte zu diesen beiden MRI am 15. Dezember 2021 aus, grundsätzlich könne aus MRI-Untersuchungen ohne entsprechende Anamnese und Klinik keine Ableitung gemacht werden, da Menschen mit gravierenden Befunden im MRI nicht automatisch subjektive Beschwerden spüren müssten oder automatisch eine Funktionseinschränkung vorliege. Dementsprechend sei die Wertigkeit einer bildgebenden Befunderhebung ohne Kontextinformation gering. Unbesehen davon sei im Vergleich zur bei der Begutachtung vorliegenden MRI-Untersuchung aus dem Jahr 2019 bezüglich BWS und LWS festzustellen, dass sich in der Zwischenzeit keine wesentliche Veränderung ergeben habe. Somit könne aufgrund der Bildgebung auch keine Veränderung beziehungsweise Verschlechterung abgeleitet werden. Bezüglich MRI-Untersuchung des Knies sei anzumerken, dass der Beschwerdeführer weder bei der Untersuchung noch in früheren fachärztlichen Berichten *spezifische* Beschwerden an den Knien angegeben habe: er habe praktisch überall Beschwerden genannt, unter anderem auch in den Knien. Die klinische Untersuchung der Knie sei jedoch unauffällig gewesen. Gemäss der Notiz auf der MRI-Anmeldung habe der Beschwerdeführer als Indikation der Untersuchung einen Erguss angegeben, wobei dann erhebliche degenerative Veränderungen festgestellt worden seien. Diese könnten zwischenzeitlich aktiviert werden und Beschwerden verursachen und dann wieder zur Ruhe kommen. Dies sei auch ein natürlicher Alterungsprozess mit zunehmenden degenerativen Veränderungen im Alter. Hierzu müsse der Verlauf der nächsten Jahre abgewartet werden, ob daraus eine gravierende Einschränkung resultiere, die über die bereits zuerkannten Einschränkungen mit Reduktion auf vor allem leichte bis selten mittelschwere, wechselbelastende Tätigkeiten mit Leistungseinbusse von 20% hinausgehe. An der bestehenden Beurteilung könne daher festgehalten werden (VB 257).

6.4.2.

Wegen Verdacht auf eine Rotatorenmanschettenruptur sowie aktivierte Arthrose wurde am 25. Februar 2022 ein Arthro-MRT der rechten Schulter durchgeführt. Gemäss der entsprechenden radiologischen Beurteilung liege ein Befund passend zu einer (überwiegend intramuralen) Partialläsion

der Supraspinatussehne vor, jedoch keine transmurale Ruptur und kein Abriss. Ebenso bestehe eine diskrete begleitende Bursitis, eine insbesondere superiore Limbusdegeneration sowie AC-Gelenksarthrose (VB 259/3).

Dazu nahm das ABI mit Eingabe vom 2. Mai 2022 Stellung und führte aus, es sei allgemein anzumerken, dass bei fast allen 60-jährigen Menschen, insbesondere solchen, die körperlich jahrelang auch belastende Arbeiten ausgeübt hätten, an verschiedenen Orten des Bewegungsapparates degenerative Veränderungen nachweisbar seien, was ein durchaus physiologischer Prozess sei. Aus der rein bildgebenden MRI-Untersuchung sei ohne klinische Untersuchung und Beschwerdevalidierung wenig abzuleiten. Die im Arthro-MRI festgehaltenen Befunde seien effektiv im Sinne der degenerativen, altersentsprechend zu erwartenden Veränderungen "grundsätzlich einordenbar". Rein aufgrund der Befunderhebung des MRI könne jedenfalls am Zumutbarkeitsprofil des Gutachtens, welches bereits auf leichte Tätigkeiten reduziert sei, festgehalten werden (VB 263).

6.4.3.

Bei Gesundheitsschäden im Bereich der Orthopädie ist bei den Bewegungsprüfungen die Brauchbarkeit eines Gelenks, die praktische Leistungsfähigkeit bzw. die Behinderung im täglichen Leben ausschlaggebend (Urteil des Bundesgerichts 9C_93/2019 vom 10. April 2019 E. 4.1.2). Bei Gesundheitsschäden an der Wirbelsäule stellt zudem die klinische Untersuchung (Inspektion) die wichtigste und feinste Prüfung dar (Urteile des Bundesgerichts 9C_234/2021 vom 13. August 2021 E. 3.2; 8C_839/2019 vom 12. Mai 2020 E. 3.2.1). Die lediglich bildgebend festgestellten degenerativen Veränderungen vermögen daher für sich alleine keine seit der Begutachtung eingetretene Verschlechterung des Gesundheitszustandes zu belegen. Die MRI-Befunde der Schulter und des Knies stellen gemäss der ABI-Stellungnahmen degenerative und erwartbare Veränderungen dar, welche somit nicht erst seit der Begutachtung entstanden sein konnten. Die rheumatologische ABI-Gutachterin untersuchte die Wirbelsäule (VB 237/44 f.), das rechte Knie sowie die Schultern (VB 237/45) des Beschwerdeführers klinisch eingehend, war sich der vom Beschwerdeführer diesbezüglich geklagten Beschwerden (VB 237/43) bewusst und würdigte diese in nachvollziehbarer Art und Weise. Berichte über im Zusammenhang mit der veranlassten Bildgebung durchgeführte klinische Untersuchungen finden sich nicht in den Akten. Vor diesem Hintergrund sind die MRIs nicht geeignet, die gutachterlichen Schlussfolgerungen in Zweifel zu ziehen bzw. eine zwischenzeitlich eingetretene Änderung des Gesundheitszustandes zu belegen. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass eine fachärztliche gutachterliche Beurteilung des Gesundheitszustandes und der Arbeitsfähigkeit grundsätzlich nur gestützt auf eine ebenfalls fachärztlich abweichende Beurteilung entkräftet werden kann (vgl. etwa SVR 2019 IV Nr. 29 S. 91, 8C_584/2018 E. 4.1.1.2 mit Hinweisen). Eine solche liegt in casu nicht vor.

6.5.

Zusammenfassend ergeben sich demnach keine konkreten Indizien, die gegen die Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit des ABI-Gutachtens sprechen würden, weshalb von einer 80%igen Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers in angepassten Tätigkeiten seit 2014 auszugehen ist. Der rechtserhebliche medizinische Sachverhalt erweist sich vor diesem Hintergrund als rechtsgenügend abgeklärt; auf weitere Beweisvorkehren ist zu verzichten (BGE 144 V 361 E. 6.5 S. 368 f.).

7.

7.1.

Für die Bemessung der Invalidität von erwerbstätigen Versicherten ist Art. 16 ATSG anwendbar (Art. 28a Abs. 1 IVG; vgl. auch Art. 25 und 26 IVV). 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 (Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen; Art. 16 ATSG; sogenannte allgemeine Methode des Einkommensvergleichs). Der Einkommensvergleich hat in der Regel in der Weise zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmässig möglichst genau ermittelt und einander gegenübergestellt werden, worauf sich aus der Einkommensdifferenz der Invaliditätsgrad bestimmen lässt (BGE 130 V 343 E. 3.4 S. 348 f.; 128 V 29 E. 1 S. 30; 104 V 135 E. 2a und b S. 136 f.).

Für den Einkommensvergleich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des (potentiellen) 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 129 V 222; 128 V 174).

7.2.

Die Beschwerdegegnerin ermittelte das Valideneinkommen des Beschwerdeführers in der angefochtenen Verfügung aufgrund des (auf das Jahr 2015 aufindexierten) Durchschnittswertes der Jahre 2004 bis 2008 gemäss Auszug aus dem Individuellen Konto (IK) und gelangte auf ein solches von Fr. 77'080.00. Dem Invalideneinkommen legte sie den Totalwert der Männer des Kompetenzniveaus 1 der Lohnstrukturhebung (LSE) 2014 zugrunde, passte diesen an die betriebsübliche Arbeitszeit, die Nominallohnentwicklung bis 2015 und die eingeschränkte Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers an und gelangte auf ein Invalideneinkommen von

Fr. 53'317.00. Einen Abzug vom Tabellenlohn nahm sie nicht vor und verneinte bei einem Invaliditätsgrad von 31 % einen Rentenanspruch des Beschwerdeführers (VB 270/3).

Der Beschwerdeführer anerkennt im vorliegenden Fall die Notwendigkeit einer Durchschnittsberechnung für die Berechnung des Valideneinkommens, bemängelt jedoch, dass das Jahr 2005 darin miteinbezogen wurde, da er in diesem länger lediglich Krankentaggelder bezogen hätte (Beschwerde Rz. 30). Betreffend das Invalideneinkommen sei auf die LSE 2018 abzustellen (Beschwerde Rz. 28) und aufgrund des Gutachtens des Büros BASS eine Reduktion vorzunehmen (Beschwerde Rz. 29). Ferner hätte die Beschwerdegegnerin das Invalideneinkommen aufgrund der gutachterlichen Ausführungen nicht auf 41.7 Wochenstunden aufrechnen dürfen (Beschwerde Rz. 24) und es sei ein Abzug vom Tabellenlohn in der Höhe von mindestens 10 % zu gewähren (Beschwerde Rz. 31 f.).

7.3.

7.3.1.

Das Valideneinkommen ist dasjenige Einkommen, das die versicherte Person erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Art. 16 ATSG; Art. 28a Abs. 1 IVG). Für die Ermittlung des Valideneinkommens ist rechtssprechungsgemäss entscheidend, was die versicherte Person im Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdienen würde, und nicht, was sie bestenfalls verdienen könnte (BGE 131 V 51 E. 5.1.2 S. 53; Urteil des Bundesgerichts 9C_190/2019 vom 14. Mai 2019 E. 4.2).

Weist das zuletzt erzielte Einkommen starke und verhältnismässig kurzfristig in Erscheinung getretene Schwankungen auf, ist auf den während einer längeren Zeitspanne erzielten Durchschnittsverdienst abzustellen (Urteile des Bundesgerichts 9C_308/2020 vom 3. November 2020 E. 3.1; 8C_443/2018 vom 30. Januar 2019 E. 2.1 mit Hinweisen).

7.3.2.

Zur Forderung des Beschwerdeführers, die Einkünfte des Beschwerdeführers aus dem Jahr 2005 seien nicht in die Durchschnittsberechnung miteinzubeziehen, ist Folgendes festzuhalten: Rechtssprechungsgemäss wird ein Durchschnittswert über eine längere Zeitspanne herangezogen. Es kann nicht angehen, einzelne Jahre (mitten) im Betrachtungszeitraum gänzlich unberücksichtigt zu lassen, da diesfalls der Sinn der Durchschnittsberechnung ausgehöhlt würde. Die schwankenden Einkommen führen gerade zur Vornahme einer Durchschnittsberechnung; folglich können Jahre mit extremen Schwankungen nicht aus der Berechnung ausgeklammert werden, da ohne diese unter Umständen gar keine solche Berechnung vorzunehmen gewesen wäre. Die Beschränkung des Betrachtungszeitraum auf lediglich drei Jahre erscheint vor dem Hintergrund der geforderten längeren

Zeitspanne sodann nicht zielführend (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_329/2021 vom 27. Oktober 2021 E. 4.3.3). Wie die Beschwerdegegnerin zudem treffend ausführte (vgl. VB 270/5), würde sowohl bei einer Ausweitung der Berechnungsperiode auf zehn Jahre als auch bei der Bemessung des Einkommens gestützt auf die LSE 2014 (Position 41-43 Baugewerbe [vgl. <https://www.kubb-tool.bfs.admin.ch/de/code/4212>; zuletzt besucht am: 11. Mai 2023]) ein tieferes Valideneinkommen resultieren, weshalb es zugunsten des Beschwerdeführers beim von der Beschwerdegegnerin errechneten Valideneinkommen von Fr. 77'080.00 sein Bewenden hat.

7.4.

7.4.1.

Für die Festsetzung des Invalideneinkommens ist nach der Rechtsprechung primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht. Ist kein tatsächlich erzielltes Erwerbseinkommen gegeben, namentlich weil die versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder jedenfalls keine ihr an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, so können nach der Rechtsprechung die LSE-Tabellenlöhne herangezogen werden (BGE 135 V 297 E. 5.2 S. 301 mit Hinweis unter anderem auf BGE 129 V 472 E. 4.2.1 S. 475). Dabei wird praxisgemäss auf die standardisierten Bruttolöhne (Tabellengruppe A) abgestellt, wobei jeweils vom Zentralwert (Median) auszugehen ist (BGE 129 V 472 E. 4.2.1 S. 476 mit Hinweis auf BGE 124 V 321 E. 3b/aa S. 323).

Diese Praxis wurde vom Bundesgericht im März 2022 bestätigt, wobei sich dieses explizit mit den Anregungen des Büros BASS auseinandergesetzt hatte (BGE 148 V 174, insbesondere E. 9.2 S. 189 ff.). Darauf wird verwiesen.

7.4.2.

Für den Einkommensvergleich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des Beginns des Rentenanspruchs massgebend (BGE 143 V 295 E. 4.1.3 S. 300). Validen- und Invalideneinkommen sind auf zeitidentischer Grundlage zu erheben (BGE 129 V 222 E. 4.1 f. S. 223 f.). Wird auf Tabellenlöhne abgestellt, sind grundsätzlich die aktuellsten statistischen Daten zu verwenden (BGE 143 V 295 E. 2.3 S. 297 mit Hinweisen). Damit sind indes nicht die im Verfügungszeitpunkt aktuellsten Tabellenwerte generell, sondern die im Verfügungszeitpunkt bezogen auf den Zeitpunkt des (potentiellen) Rentenbeginns aktuellsten veröffentlichten Daten gemeint (Urteile des Bundesgerichts 8C_202/2021 vom 17. Dezember 2021 E. 6.2.2; 8C_132/2020 vom 18. Juni 2020 E. 4.1 und 4.2.1).

Der frühestmögliche Rentenbeginn liegt vorliegend im Jahr 2015. Entsprechend sind sowohl das Validen- als auch das Invalideneinkommen für

das Jahr 2015 zu ermitteln. Demnach hat die Beschwerdegegnerin für die Bestimmung des Invalideneinkommens zu Recht auf die LSE 2014 abgestellt.

7.4.3.

Bei der Anwendung der Tabellengruppe A gilt es zu berücksichtigen, dass ihr generell eine Arbeitszeit von 40 Wochenstunden zugrunde liegt, welche tiefer ist, als die betriebsübliche durchschnittliche Arbeitszeit (BGE 124 V 321 E. 3b/aa S. 323; Urteil des Bundesgerichts 8C_1030/2009 vom 2. März 2010 E. 7.1). Die dem statistischen Invalidenlohn zugrunde liegende Wochenarbeitszeit ist somit grundsätzlich auf eine betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit umzurechnen (Urteil des Bundesgerichts 9C_422/2015 vom 7. Dezember 2015 E. 3.3).

Die Gutachter legten dar, dass der Beschwerdeführer in einer angepassten Tätigkeit bei einer Einschränkung der Leistungsfähigkeit bei gering erhöhtem Pausenbedarf und etwas vermindertem Rendement zu 80 % arbeits- und leistungsfähig sei (VB 237/12). In der ergänzenden gutachterlichen Stellungnahme vom 19. April 2023 wurde bestätigt, dass diese Leistungsfähigkeit unabhängig von der exakten Präsenzzeit zu verstehen sei (vgl. E. 4.4.). Die Beschwerdegegnerin hat das Invalideneinkommen des Beschwerdeführers demnach zu Recht an die betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit aller Wirtschaftszweige angepasst.

7.4.4.

Wird das Invalideneinkommen auf der Grundlage von lohnstatistischen Angaben ermittelt, ist der entsprechende Ausgangswert allenfalls zu kürzen. Die Frage, ob und in welchem Ausmass Tabellenlöhne herabzusetzen sind, hängt von sämtlichen persönlichen und beruflichen Umständen des konkreten Einzelfalles ab (leidensbedingte Einschränkung, Alter, Dienstjahre, Nationalität/Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad), welche nach pflichtgemäßem Ermessen gesamthaft zu schätzen sind. Ein Abzug soll aber nicht automatisch, sondern nur dann erfolgen, wenn im Einzelfall Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die versicherte Person wegen eines oder mehrerer dieser Merkmale ihre gesundheitlich bedingte (Rest-)Arbeitsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem Einkommen verwerten kann. Bei der Bestimmung der Höhe des Abzuges ist der Einfluss aller in Betracht fallenden Merkmale auf das Invalideneinkommen unter Würdigung der Umstände im Einzelfall gesamthaft zu schätzen und insgesamt auf höchstens 25 % des Tabellenlohnes zu begrenzen (BGE 135 V 297 E. 5.2 S. 301; 134 V 322 E. 5.2 S. 327 f. 129 V 472 E. 4.2.3 S. 481; 126 V 75 [insbesondere E. 5 S. 78 ff.]). Allfällige bereits in der Beurteilung der medizinischen Arbeitsfähigkeit enthaltene gesundheitliche Einschränkungen dürfen dabei nicht zusätzlich in die Bemessung des leidensbedingten Abzuges einfließen und so zu einer doppelten Anrechnung desselben Gesichtspunkts führen (BGE 146 V 16 E. 4.1 S. 20

mit Hinweis). Die Gewährung oder Verweigerung des Abzuges im Grundsatz ist eine Rechtsfrage, die Festlegung des Abzuges bis 25 % eine Ermessensfrage (MEYER/REICHMUTH, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung [IVG], 4. Aufl. 2022, N. 104 ff. zu Art. 28a IVG).

Der von der Beschwerdegegnerin beigezogene LSE-Tabellenlohn des Kompetenzniveaus 1 basiert auf einer Vielzahl (auch) leichter Tätigkeiten (vgl. statt vieler Urteil des Bundesgerichts 8C_799/2021 vom 3. März 2022 E. 4.3.2 mit Hinweis). Die gesundheitlichen Einschränkungen des Beschwerdeführers wurden bereits (grösstenteils) im Belastungsprofil und der reduzierten Leistungsfähigkeit berücksichtigt und können in diesem Umfang – wie bereits erwähnt – nicht zusätzlich zu einem leidensbedingten Abzug führen. Hilfsarbeiten werden auf dem massgebenden hypothetisch ausgeglichenen Arbeitsmarkt sodann nach ständiger Rechtsprechung altersunabhängig nachgefragt (vgl. statt vieler: Urteil des Bundesgerichts 9C_702/2020, 9C_703/2020 vom 1. Februar 2021 E. 6.3.2). Im Kompetenzniveau 1 vermag eine lange Betriebszugehörigkeit ferner keinen Abzug zu rechtfertigen (SVR 2019 IV Nr. 28 S. 88, 9C_401/2018 E. 5.2.3). Wenn einer versicherten Person eine ganztägige Arbeit zumutbar ist, besteht rechtsprechungsgemäss unter dem Aspekt Teilzeitbeschäftigung kein Raum für einen Abzug vom Tabellenlohn. Dies gilt unabhängig davon, ob dabei eine reduzierte Leistungsfähigkeit besteht oder nicht (Urteil des Bundesgerichts 9C_708/2017 vom 23. Februar 2018 E. 9.2 mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer verfügt über eine Niederlassungsbewilligung (VB 86/5) und hatte daher im Jahr 2014 mit einem rund 5 % tieferen Salär zu rechnen (LSE 2014, Tabelle T12_b, Monatlicher Bruttolohn [Zentralwert und Quartilbereich], Schweizer/innen und Ausländer/innen, nach beruflicher Stellung und Geschlecht, Privater und öffentlicher Sektor [Bund, Kantone, Bezirke, Gemeinden, Körperschaften] zusammen, ohne Kaderfunktion, Männer, Median, Total = Fr. 6'057.00, Niedergelassene [Kat. C] = Fr. 5'757.00).

Angesichts bestimmter leidensbedingter Einschränkungen und des Aufenthaltsstatus käme vorliegend in Gesamtwürdigung der Umstände allenfalls ein Abzug vom Tabellenlohn in der Höhe von 10 % in Frage. Dies kann aber offenbleiben, da auch bei Gewährung eines solchen kein rentenbegründender Invaliditätsgrad von mindestens 40 % resultieren würde (Invalideneinkommen von Fr. 47'985.00, Erwerbseinbusse von Fr. 29'095.00, Invaliditätsgrad von 38 %).

8.

8.1.

Nach dem Dargelegten hat die Beschwerdegegnerin einen Anspruch des Beschwerdeführers auf eine Rente mit Verfügung vom 15. Juli 2022 zu

Recht verneint. Die dagegen erhobene Beschwerde ist folglich abzuweisen.

8.2.

Gemäss Art. 69 Abs. 1^{bis} IVG ist das Verfahren – entgegen der Annahme des Beschwerdeführers (Beschwerde Rz. 34) – kostenpflichtig. Die Kosten werden nach dem Verfahrensausgang und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von Fr. 200.00 bis Fr. 1'000.00 festgesetzt. Für das vorliegende Verfahren betragen diese Fr. 800.00. Sie sind gemäss dem Verfahrensausgang dem Beschwerdeführer aufzuerlegen.

8.3.

Dem Beschwerdeführer steht nach dem Ausgang des Verfahrens (Art. 61 lit. g ATSG) und der Beschwerdegegnerin aufgrund ihrer Stellung als Sozialversicherungsträgerin (BGE 126 V 143 E. 4 S. 149 ff.) keine Parteientschädigung zu.

Das Versicherungsgericht erkennt:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 800.00 werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen** seit der Zustellung beim **Bundesgericht Beschwerde** eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Aarau, 17. Mai 2023

Versicherungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Die Präsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Gössi

Battaglia