

Zürcher Hochschule
für Angewandte Wissenschaften



Fachstelle für Sozialrecht
Gertrudstrasse 15
8400 Winterthur

Gutachten
Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit
Masstäbe und Werturteile

zuhanden

Coop Rechtsschutz AG

Entfeldstrasse 2

5000 Aarau

Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften

Zentrum für Unternehmensrecht

Fachstelle für Sozialrecht

Prof. FH Dr. iur. Philipp Egli

Dr. iur. Martina Filippo

Winterthur, 31. Oktober 2023

Inhaltsverzeichnis

A. Gutachtensauftrag	1
B. Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit	2
I. Definition.....	2
II. Interdisziplinäre Abklärung.....	5
1. Rechtsprechung.....	5
2. Lehre.....	7
3. Verwaltungspraxis.....	11
III. Tendenz zur Abstraktion und Fiktion.....	12
C. Begriffswandel im Lauf der Zeit?	14
I. Gesetzliches Konzept des ausgeglichenen Arbeitsmarktes.....	14
1. Vor und bei Erlass des IVG.....	14
2. Wegdefinieren des Arbeitsmarktes?.....	18
3. Zwischenfazit.....	21
II. Arbeits- und Erwerbsfähigkeit zwischen Abklärung und Fiktion.....	22
1. Schaffung und Aufgaben der RAD.....	22
2. «Medikalisierung» der Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit?.....	25
a) Arbeitsfähigkeit – (nur) eine medizinische Frage?.....	26
b) «Optimal angepasste Tätigkeit» – Massstab?.....	29
3. Zwischenfazit.....	32
III. Legislatorische Ansätze für eine realitätsgerechte Beurteilung.....	33
1. Berufliche Abklärungsstellen (BEFAS).....	33
2. Interprofessionelles Assessment (IV-Revision 6b).....	35
D. Standortbestimmung und Lösungsansätze	38
I. «Verwertbarkeitsvermutung» und ihre Grenzen.....	38
1. Grundlagen.....	38
2. Realitätsnähe der Vermutung.....	40
3. Abweichung im Einzelfall.....	44
4. Zwischenfazit.....	46
II. Lösungsansätze.....	48
1. Verfahrensvorschlag für interdisziplinäre Zusammenarbeit.....	48
2. Invaliditätskonforme Tabellenlöhne (<i>Riemer-Kafka/Schwegler</i>).....	51

3. Eingliederungsorientiertes Abklärungsverfahren.....	53
E. Schluss.....	55
I. Beantwortung des Gutachtensauftrags.....	55
II. Wesentliche Erkenntnisse	58
F. Literatur- und Materialienverzeichnis	61

A. Gutachtensauftrag

Die Coop Rechtsschutz AG (Auftraggeberin) ist im Alltag immer wieder mit Einschätzungen von IV-Stellen, Regionalen Ärztlichen Diensten (RAD) und medizinischen Fachpersonen zur Arbeitsunfähigkeit konfrontiert, die für die Auftraggeberin, ihre Versicherter und deren Anwältinnen und Anwälte nicht nachvollziehbar erscheinen. 1

Die Auftraggeberin hat den Beauftragten folgendes Fallbeispiel vorgelegt (Auszug aus einem Vorbescheid einer kantonalen IV-Stelle):¹ 2

«Unsere Abklärungen haben ergeben, dass Ihnen aus medizinisch-theoretischer Sicht gem. der Beurteilung des Regionalärztlichen Dienstes folgendes Zumutbarkeitsprofil attestiert werden kann: In einer angepassten Tätigkeit sind Sie in der Lage, leichte, mittelschwere und gelegentlich schwere Arbeiten bevorzugt im Sitzen zu verrichten. Ausschliesslich stehende und gehende Tätigkeiten sind auf Grund der Veränderungen am rechten Sprunggelenk ungeeignet. Auf Grund der Epilepsie müssen alle Tätigkeiten mit erhöhter Verletzungsgefahr, z.B. drehende und ungeschützte Teile, gefährliche Spannungen und infektiöses Material vermieden werden. Alle Tätigkeiten mit Absturzgefahr, z.B. auf Leitern und Gerüsten sind nicht möglich. Nachtschicht bzw. Arbeiten im Schichtsystem, die Schlafentzug oder eine wesentliche Störung des Schlaf-Wach-Rhythmus zur Folge haben, sollten vermieden werden. Alle Tätigkeiten, die eine gute Kraft und/oder gute motorische Fähigkeiten der Hände voraussetzen sind nicht möglich. Sie sind in der Lage, einfache praktische Tätigkeiten mit immer wiederkehrenden gleichen oder sehr ähnlichen Anforderungen, welche dementsprechend geringe Anforderungen an das Aufnehmen und Umsetzen von Instruktionen, an die Handlungsplanung und das Problemösen stellen auszuführen. Somit sind z.B. auch Tätigkeiten mit Überwachungs- und Steuerungsaufgaben nicht möglich. Der Gesamtgesundheitsschaden bedingt eine Einschränkung der Leistungsfähigkeit von 40%. Es liegen keine zeitlichen Einschränkungen vor (Arbeitspensum 100%).»

Die Auftraggeberin hat uns beauftragt, die Massstäbe und Werturteile von Arbeitsunfähigkeitseinschätzungen im vorliegenden Gutachten zu untersuchen. Dazu sind zunächst die Begriffe der Arbeits- und der Erwerbsunfähigkeit zu klären (B.), anschliessend ist der Wandel dieser Begriffe im Lauf der Zeit aufzuzeigen (C.), bevor eine Standortbestimmung vorgenommen werden kann und Lösungsansätze entworfen werden können (D.). Diese Lösungsansätze sind darauf angelegt, in einem interdisziplinären Team diskutiert und vertieft zu werden. Abschliessend wird das soeben erwähnte Fallbeispiel gestützt auf die Erkenntnisse des Gutachtens kurz eingeordnet. Zudem werden die Ergebnisse des Gutachtens zusammengefasst (E.). 3

Die Ausführungen beziehen sich – soweit nicht anders vermerkt – auf die *Invalidenversicherung*. Das vorliegende Gutachten schliesst an unser Gutachten am 1. Weissenstein Symposium an, das als Buchpublikation *open access* für die Öffentlichkeit verfügbar ist.² 4

¹ Der Auszug wurde nicht formell redigiert.

² EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER 2021, passim.

Für allgemeine Ausführungen zur Invaliditätsbemessung wird auf diese Publikation verwiesen. Sie werden nachfolgend vorausgesetzt.

⁵ Stand der Ausführungen ist Mitte Oktober 2023.

B. Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit

I. Definition

- ⁶ Gemäss Art. 6 ATSG ist *Arbeitsunfähigkeit* die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt.
- ⁷ Gemäss Art. 7 ATSG ist *Erwerbsunfähigkeit* 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 (Abs. 1). Für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit sind gemäss Art. 7 Abs. 2 ATSG ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen; eine Erwerbsunfähigkeit liegt zudem nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist.
- ⁸ Gemäss Art. 8 ATSG ist *Invalidität* die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit. «Invalidität» ist demnach ein Kompositum von Erwerbsunfähigkeit und einem zeitlichen Element.³ Die Invalidität bemisst sich bei unselbständig erwerbstätigen Versicherten anhand eines *Einkommensvergleichs*: Dazu wird – vereinfacht gesagt – das nach Eintritt der Invalidität erzielbare Einkommen verglichen mit dem Einkommen, das die betroffene Person ohne Eintritt der Invalidität erzielen könnte (Art. 28a IVG i.V.m. Art. 16 ATSG). Die Einkommensdifferenz in Prozenten ergibt den sog. Invaliditätsgrad.
- ⁹ Eine *Arbeitsunfähigkeit* ist wesentliches *Anspruchselement einer Erwerbsunfähigkeit*. Das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) hat sich im Urteil *Herensperger* (EVGE 1960 S. 249) – dem ersten Entscheid zur Invalidenversicherung überhaupt⁴ – mit dem *Begriff der Erwerbsunfähigkeit* befasst, ihn in den Kontext der früheren Rechtsprechung zur Unfall- und Militärversicherung gestellt und für die Invalidenversicherung

³ MOSIMANN 2023, S. 125.

⁴ Zur Einordnung und Tragweite des Entscheids siehe RÜEDI 1980, S. 158.

geprägt. Demnach beruht der Begriff der Erwerbsunfähigkeit «auf zwei Komponenten: der *Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit* einerseits und der *mangelnden wirtschaftlichen Verwertbarkeit der Arbeitsfähigkeit* andererseits».⁵

Erwerbsunfähigkeit bedeutet in den Worten des EVG im vorgenannten Entscheid «die voraussichtliche künftige und durchschnittliche Beeinträchtigung der Erwerbsmöglichkeiten auf dem gesamten für den Versicherten in Betracht fallenden Arbeitsmarkt».⁶ Hieraus folge, dass die Erwerbsunfähigkeit nach *objektiven Kriterien* bemessen werde, und zwar nach der Einbusse, «welche der Versicherte auf dem ausgeglichenen allgemeinen Arbeitsmarkt bei der *zumutbaren Verwertung seiner ihm verbleibenden Arbeitsfähigkeit* erleidet».⁷

Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit hat im Sozialversicherungsrecht ein «Janusgesicht».⁸ Die Lehre unterscheidet teilweise zwischen der Arbeitsunfähigkeit als *eigenständigem sozialen Risiko* nach Art. 6 ATSG sowie der Arbeitsunfähigkeit als *Anspruchselement einer Erwerbsunfähigkeit* nach Art. 7 ATSG.⁹ Während die Arbeitsunfähigkeit nach Art. 6 ATSG hauptsächlich auf vorübergehende Leistungen wie Taggelder zugeschnitten ist, ist die Erwerbsunfähigkeit nach Art. 7 ATSG namentlich für Rentenleistungen relevant.¹⁰

- Versichert ist bei der Arbeitsunfähigkeit nach Art. 6 ATSG die *bisherige Tätigkeit*, d.h. die gesundheitsbedingte Unfähigkeit im bisherigen Beruf (oder Aufgabenbereich).¹¹ Die Arbeitsunfähigkeit nach Art. 6 ATSG bemisst sich daher nach der funktionalen Einschränkung in der bisherigen Tätigkeit (Satz 1), wobei bei langer Dauer – als Ausfluss der *Schadenminderungspflicht*¹² – ein Einkommensvergleich zwischen dem in der bisherigen (versicherten) Tätigkeit erzielbaren Einkommen und dem Einkommen in einer anderen zumutbaren Tätigkeit vorzunehmen ist (Satz 2).¹³
- Die Arbeitsunfähigkeit als Anspruchselement einer Erwerbsunfähigkeit nach Art. 7 ATSG entspricht der Unfähigkeit, zumutbare Arbeit zu leisten. Bezugspunkt bilden dabei grundsätzlich die *Erwerbsmöglichkeiten auf dem gesamten für die versicherte*

⁵ EVGE 1960 S. 249, 251, zu aArt. 4 und 28 Abs. 2 IVG (1959) (Hervorhebung beigefügt).

⁶ EVGE 1960 S. 249, 251; so auch Expertenkommission 1956, S. 25.

⁷ EVGE 1960 S. 249, 251 (Hervorhebung beigefügt).

⁸ MEYER-BLASER 1994, S. 27.

⁹ BSK ATSG-TRAUB, Art. 6 N 4. Die Arbeitsunfähigkeit nach Art. 6 ATSG ist auch für den Rentenanspruch nach Art. 28 ff. IVG relevant (Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG).

¹⁰ BSK ATSG-TRAUB, Art. 6 N 4. Die Erwerbsunfähigkeit ist teilweise auch (ungeschriebene) Anspruchsvoraussetzung bei Eingliederungsmassnahmen, insb. bei der Umschulung nach Art. 17 IVG.

¹¹ BSK ATSG-TRAUB, Art. 6 N 19; siehe auch WITTWER 2017, S. 74 f., 193 ff.

¹² WITTWER 2017, S. 62, zur Kritik an der Legaldefinition: S. 73 ff.

¹³ BGer, 8C_489/2021, 8.2.22, E. 5 mit Hinweis auf BGE 114 V 281 E. 3c; WITTWER 2017, S. 72 f., zur *Verwischung mit der Erwerbsunfähigkeit* durch den Wechsel der Bemessungsmethode (von Funktions- zu Erwerbseinbusse) *kritisch* WITTWER 2017, S. 74.

*Person in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt.*¹⁴ Arbeitsunfähigkeit als Anspruchselement einer Erwerbsunfähigkeit resultiert aus der Beurteilung, ob und allenfalls in welchem Umfang die versicherte Person trotz des ärztlich diagnostizierten Leidens auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt einer angepassten, zumutbaren Arbeit ganz oder teilweise nachgehen kann.¹⁵

- 14 Ausgangspunkt bildet in beiden Konstellationen eine *gesundheitliche Beeinträchtigung*, welche zur Folge hat, dass eine Einschränkung in einer bestimmten Fähigkeit besteht (Einschränkung der funktionellen Leistungsfähigkeit).¹⁶ Unterschiedlich ist der *Kreis der zu berücksichtigenden Tätigkeiten*: bei der Arbeitsunfähigkeit nach Art. 6 ATSG ist es grundsätzlich die bisherige Tätigkeit, bei der Erwerbsunfähigkeit nach Art. 7 ATSG der offene Fächer der infrage kommenden Tätigkeiten auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt.¹⁷ Wenn es um die Arbeitsunfähigkeit als Anspruchselement der Erwerbsunfähigkeit geht, werden «*Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit*» oft in einem Zug genannt.¹⁸
- 15 Mit der Invalidität nach Art. 8 ATSG als *voraussichtlich bleibender* oder *längere Zeit dauernder* Erwerbsunfähigkeit ist demnach nicht die Gesundheitsbeeinträchtigung an sich Gegenstand der Invalidenversicherung. Vielmehr hat die Gesundheitsbeeinträchtigung nur und erst dann IV-rechtliche Bedeutung, wenn sie sich – über die Arbeitsfähigkeit – auf die Erwerbsfähigkeit in andauernder und erheblicher Weise negativ auswirkt.¹⁹ Die Erwerbsunfähigkeit bemisst sich nach dem Erwerbsausfall bzw. der Erwerbsbeeinträchtigung, die aus einer gesundheitlich bedingten Einschränkung der Leistungsfähigkeit innerhalb leidensangepasster (Verweisungs-)Tätigkeiten nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung resultiert. Graphisch lässt sich dies *vereinfacht* wie folgt darstellen:

(Abbildung folgt auf nächster Seite.)

¹⁴ Dazu und zum Folgenden: BSK ATSG-TRAUB, Art. 6 N 49; siehe auch WITTMER 2017, S. 78 (Erwerbsunfähigkeit); SK ATSG-KIESER, Art. 6 N 69 und Art. 7 N 11.

¹⁵ Vgl. BGE 141 V 281 E. 3.7.3.

¹⁶ SK ATSG-KIESER, Art. 7 N 8.

¹⁷ SK ATSG-KIESER, Art. 6 N 69; WITTMER 2017, S. 78; siehe bereits Botschaft 1958, S. 1161 ff., 1161.

¹⁸ BSK ATSG-TRAUB, Art. 6 N 49 mit Hinweisen aus der Gerichtspraxis.

¹⁹ MEYER/REICHMUTH 2022, Art. 4 N 2.



Abbildung: Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit

II. Interdisziplinäre Abklärung

1. Rechtsprechung

In der Rechtsprechung wird die *Aufgabenteilung bei der Abklärung der Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit* zwischen Ärztinnen und Ärzten, rechtsanwendenden Stellen und Fachpersonen der beruflichen Integration und Berufsberatung wie folgt umschrieben: 16

- a) Im Urteil *IV-Stelle des Kantons St. Gallen gegen A.* (BGE 140 V 193) führt das Bundesgericht zur Arbeits(un)fähigkeit Folgendes aus: 17

«Sache des (begutachtenden) *Mediziners* ist es erstens, den *Gesundheitszustand* zu beurteilen und wenn nötig seine Entwicklung im Laufe der Zeit zu *beschreiben*, d.h. mit den Mitteln fachgerechter ärztlicher Untersuchung unter Berücksichtigung der subjektiven Beschwerden die *Befunde* zu erheben und gestützt darauf die *Diagnose* zu stellen. Hiermit erfüllt der Sachverständige seine genuine Aufgabe, wofür Verwaltung und im Streitfall Gericht nicht kompetent sind (...)

Bei der *Folgenabschätzung* der erhobenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen für die Arbeitsfähigkeit kommt der Arztperson hingegen *keine abschliessende Beurteilungskompetenz* zu. Vielmehr *nimmt die Arztperson zur Arbeitsunfähigkeit Stellung*, d.h. sie gibt eine *Schätzung* ab, welche sie aus ihrer Sicht so substantziell wie möglich begründet. Schliesslich sind die *ärztlichen Angaben eine wichtige Grundlage* für die juristische Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen der Person *noch zugemutet werden können* (...) Nötigenfalls sind, in Ergänzung der medizinischen Unterlagen, für die Ermittlung des erwerblich

nutzbaren Leistungsvermögens die Fachpersonen der beruflichen Integration und Berufsberatung einzuschalten (...)»²⁰

Bemerkung: Zentral ist die Aussage, dass der Arztperson bei der *Folgenabschätzung* der erhobenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen keine abschliessende Beurteilungskompetenz zukommt. Die Ermittlung des *erwerblich* nutzbaren Leistungsvermögens ist keine rein medizinische Aufgabe.

- 18 b) Bereits im Urteil *Leonardelli* (BGE 107 V 17) äusserte sich das EVG zur «Arbeitsteilung» zwischen medizinischen Fachpersonen und Fachpersonen der beruflichen Integration und der Berufsberatung bei der Einschätzung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit wie folgt:

«Im neu eingeholten Bericht vom 5. Februar 1979 wird vom Chefarzt der MEDAS gerügt, dass man ihm die Funktion eines Berufsberaters zumute. Dazu ist zunächst zu bemerken, dass die Aufgabe des Arztes der MEDAS eine arbeitsmedizinische und keine berufsberatende ist; letztere ist der Regionalstelle vorbehalten (...) *Zwischen Mediziner und Berufsberater ist aber eine enge, sich gegenseitig ergänzende Zusammenarbeit erforderlich.*

- Der Arzt sagt, inwiefern der Versicherte *in seinen körperlichen bzw. geistigen Funktionen* durch das Leiden eingeschränkt ist, wobei es als selbstverständlich gilt, dass sich der Arzt vor allem zu jenen Funktionen äussert, welche für die nach seiner Lebenserfahrung im Vordergrund stehenden Arbeitsmöglichkeiten des Versicherten wesentlich sind (so etwa, ob der Versicherte sitzend oder stehend, im Freien oder in geheizten Räumen arbeiten kann oder muss, ob er Lasten heben und tragen kann usw.).
- Der Berufsberater dagegen sagt, welche *konkreten beruflichen Tätigkeiten* aufgrund der ärztlichen Angaben und unter Berücksichtigung der übrigen Fähigkeiten des Versicherten in Frage kommen, wobei unter Umständen entsprechende Rückfragen beim Arzt erforderlich sind.»²¹

Bemerkung: Das Urteil unterstreicht die Wichtigkeit der *interdisziplinären Zusammenarbeit* zwischen medizinischen Fachpersonen und Fachpersonen des Arbeitsmarktes und der Berufsberatung. Es ist ein Abgleich vorzunehmen zwischen dem Funktionsfähigkeitsprofil der versicherten Person und den Anforderungsprofilen von beruflichen Tätigkeiten. Hier taucht also bereits der Gedanke eines *job matching*-Ansatzes auf, wobei das EVG auf die Bedeutung fortlaufender interdisziplinärer Zusammenarbeit hinweist («Rückfragen»).

- 19 c) In nicht publizierten Urteilen schränkt das Bundesgericht die interdisziplinäre Zusammenarbeit bei der Folgenabschätzung gesundheitlicher Beeinträchtigungen mitunter tendenziell eher ein:

«Zwar obliegt die abschliessende Beurteilung der sich aus einem Gesundheitsschaden ergebenden funktionellen Leistungsfähigkeit in der Hauptsache dem Arzt oder der Ärztin, nicht den Fachleuten der Berufsberatung/beruflichen Eingliederung. Mit Blick auf die rechtsprechungsgemäss enge, sich gegenseitig ergänzende Zusammenarbeit zwischen der Ärzteschaft und der Berufsberatung ist jedoch einer konkret leistungsorientierten beruflichen Abklärung nicht jegliche Aussagekraft für die Beurteilung der Restarbeitsfähigkeit abzusprechen.»²²

²⁰ BGE 140 V 193 E. 3.2 (Hervorhebungen teilweise beigefügt).

²¹ BGE 107 V 17 E. 2b (Hervorhebungen und Gliederung beigefügt).

²² Statt vieler jüngst BGer, 8C_266/2022, 8.3.23, E. 2.3, mit Hinweis (Hervorhebungen beigefügt), und BGer, 8C_217/2023, 1.9.23, E. 4.1.1.

Bemerkung: Mit Blick auf BGE 140 V 190 und BGE 107 V 17 ist anzumerken, dass die «abschliessende Beurteilung» der (erwerblichen) Folgenabschätzung nicht den medizinischen Fachpersonen obliegt. Zutreffend ist, dass sie die funktionellen Folgen der Gesundheitsbeeinträchtigung aus medizinischer Sicht qualitativ erfassen und quantitativ einschätzen.²³ Damit lässt sich aber das *erwerblich* nutzbare Leistungsvermögen nicht abschliessend beurteilen.

In den publizierten Entscheiden BGE 140 V 193 und BGE 107 V 17 wird die «Interdisziplinarität von Rechtsanwender, Arztperson und Spezialist für die berufliche Integration»²⁴ bei der Ermittlung des *erwerblich* nutzbaren Leistungsvermögens unterstrichen. Das gilt bei der Arbeitsunfähigkeit als eigenständig versichertem Risiko (Art. 6 ATSG) und – noch verstärkt – bei der Arbeitsunfähigkeit als Grundlage der Erwerbsunfähigkeit (Art. 7 ATSG). 20

Für die Ermittlung des *erwerblich* nutzbaren Leistungsvermögens sind nötigenfalls die Fachpersonen der beruflichen Integration und der Berufsberatung beizuziehen.²⁵ Das (Funktions-)Fähigkeitsprofil der versicherten Person ist mit dem Anforderungsprofil der bisherigen Tätigkeit (Art. 6 ATSG) oder von zumutbaren Verweisungstätigkeiten (Art. 7 ATSG) abzugleichen.²⁶ Die beiden Aspekte sind auseinanderzuhalten. Es sei – so das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid – nicht Aufgabe der Arztperson, sich zu den *erwerblichen* Auswirkungen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen, namentlich zu den aufgrund des Fähigkeitsprofils in Betracht fallenden Stellen, oder zur Integration in den ersten Arbeitsmarkt zu äussern.²⁷ 21

2. Lehre

Die Lehre weist seit je her auf den konkreten und praktischen Charakter der Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit hin, wie ein Blick in die ältere und jüngere Lehre zeigt.²⁸ Zusammenfassend hat es *Franz Schlauri* als «etwas vom Wichtigsten» bezeichnet, «dass die Arbeitsunfähigkeitsschätzung vor einem konkreten, realistischen, dem Versicherten als individuelle Person gerecht werdenden erwerblichen Hintergrund vorgenommen wird».²⁹ 22

a) Nach *Susanne Bollinger* «wird die Beurteilung der funktionellen Leistungsfähigkeit richtigerweise nicht als eine rein medizinische Aufgabe verstanden, vielmehr sind 23

²³ BGE 141 V 281 E. 3.1.

²⁴ MEYER/REICHMUTH 2022, Art. 28a N 207.

²⁵ BGE 140 V 193 E. 3.2 mit Verweis auf u.a. BGE 107 V 17.

²⁶ BSK ATSG-TRAUB, Art. 6 N 72.

²⁷ BGer, 8C_783/2020, 17.2.21, E. 7.3.1.

²⁸ Siehe auch HÜRZELER 2006, Rz. 150 ff. (zur älteren Literatur).

²⁹ SCHLAURI 2000, S. 187 (Hervorhebung beigefügt); dazu unten Rz. 76.

auch Fachpersonen aus dem Bereich der beruflichen Eingliederung und/oder Arbeitgebende bzw. Verantwortliche von Eingliederungsstätten beizuziehen».³⁰

- 24 b) *Alexander Burkhard* und *Christoph Müller-Pfeiffer* äussern sich wie folgt:

«Gehören die Befunderhebung und die darauf basierende Diagnostik zu den Kernkompetenzen des medizinischen Sachverständigen, so reicht für die *Einschätzung der Arbeitsfähigkeit*, wie sie vom medizinischen Sachverständigen verlangt wird, die medizinische Expertise für sich alleine streng genommen nicht aus. Während die funktionellen Einschränkungen auf den medizinischen Befunden basieren und daher der medizinischen Expertise bedürfen, zählt die *Einschätzung der funktionellen Anforderungen am Arbeitsplatz weder zu den medizinischen Kernkompetenzen noch verlangt sie eine medizinische Expertise.*»³¹

«Der medizinische Experte sieht sich in der Position, basierend auf den vorliegenden qualitativen Informationen eine quantitative Einschätzung der Leistungsbeeinträchtigung und der Arbeitsfähigkeit abzugeben, *ohne über die dazu notwendige fachfremde Expertise bzgl. funktioneller Anforderungen am Arbeitsplatz zu verfügen.* Infolgedessen erfolgt die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit durch den versicherungsmedizinischen Experten heute *weitgehend heuristisch-intuitiv* auf dem Hintergrund seines persönlichen Erfahrung- und Wertesystems. Der unverhältnismässig grosse Schritt von der ärztlichen Beurteilung der gesundheitlichen Beeinträchtigung hin zur Einschätzung der Arbeitsfähigkeit verschliesst sich somit beinahe gänzlich *jeglicher Nachvollziehbarkeit.*»³²

- 25 c) *Andreas Traub* führt in seinen Kommentierungen zu Art. 6 und Art. 7 ATSG aus:

«In vielen Fällen sind die ärztliche Einschätzung der funktionalen Folgen und die Identifizierung leidensangepasster Tätigkeiten *durch berufskundliche und eingliederungsorientierte Berichte*, ggf. gestützt auf Arbeitsversuche oder auf Abklärungsverfahren wie die «Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit» (EFL), *zu ergänzen und abzusichern* (s. BGE 140 V 193 E. 3.2).»³³

«Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit ist zuerst festzustellen, inwiefern die komplementäre Teilarbeitsfähigkeit arbeitsmarktlich verwertbar ist. Konkret gilt es zu prüfen, in welchen Tätigkeiten die intakten Funktionen (Restarbeitsfähigkeit) am besten umgesetzt werden können. Dies stellt eine *interdisziplinäre, nach (arbeits-)medizinischen und berufskundlichen Gesichtspunkten zu beantwortende Frage* dar (...).»³⁴

- 26 d) *Gabriela Riemer-Kafka et al.* äussern sich im interdisziplinären juristisch-medizinischen Leitfaden für versicherungsmedizinische Gutachten zu einer gutachterlichen Herleitung der Arbeitsunfähigkeit nach ICF-Methodik³⁵ wie folgt:

«Im Rahmen der Leistungsfähigkeit wird das Anforderungsprofil für leidensangepasste Arbeiten beschrieben, die den erwerbsbezogenen Eigenschaften (z.B. sprachliche und andere Fertigkeiten, Ausbildung) der betreffenden Person entsprechen. Aufzuzeigen ist, welche Tätigkeiten (im Beruf oder sog. Aufgabenbereich) funktionell möglich und welche leidensbedingt nicht mehr möglich sind.

Freilich ist es nicht Sache der medizinischen Sachverständigen, konkrete Berufsbilder und Einsatzmöglichkeiten im Arbeitsmarkt aufzuzeigen.» Dazu die einschlägige Fussnote: «Für die Zwecke der Invaliditätsbemessung müssen mögliche Verweisungstätigkeiten durch Fachleute des Arbeitsmarktes

³⁰ BOLLINGER 2023, S. 282.

³¹ BURKHARD/MÜLLER-PFEIFFER 2021, S. 17 (Hervorhebungen beigefügt).

³² BURKHARD/MÜLLER-PFEIFFER 2021, S. 18 (Hervorhebungen beigefügt).

³³ BSK ATSG-TRAUB, Art. 6 N 55 (Hervorhebungen teilweise beigefügt).

³⁴ BSK ATSG-TRAUB, Art. 7 N 17 (Hervorhebungen beigefügt).

³⁵ Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit, siehe unten Rz. 156.

substantiiert werden. Sie identifizieren angepasste Tätigkeiten, in denen sich die Gesundheitsschädigung möglichst wenig auswirkt («*job-machting*».)³⁶

- e) Gemäss *Peter Omlin* werde die Arbeitsunfähigkeit oft als *medizinischer Begriff* gesehen, was aber «*zu eng*» sei.³⁷ Die funktionellen Beeinträchtigungen seien mit den beruflichen Anforderungen zu vergleichen, was über eine streng medizinische Betrachtungsweise hinausgehe.³⁸ Mit Blick auf die Unfallversicherung dränge sich eine ärztliche Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit aus «*verwaltungsökonomischen Gründen*» auf, da sich der Aufwand vertiefter Abklärungen bei der vorübergehenden Leistung des Taggeldes nicht lohne.³⁹ Anders sei es bei der der Erwerbsunfähigkeit (Rentenleistungen), bei welcher, «*in Berücksichtigung der individuellen Fähigkeiten und Verhältnisse, vom Versicherer Arbeitsmöglichkeiten aufzuzeigen [sind], die für den Versicherten noch in Betracht fallen*».⁴⁰ Nötigenfalls sei eine stationäre Abklärung, etwa in einer beruflichen Abklärungsstelle (BEFAS), durchzuführen.⁴¹ 27
- f) *Roland Schaer* führte zum sozialversicherungsrechtlichen Begriff der Arbeitsunfähigkeit prägnant aus: 28
- «Während die *medizinisch-theoretische Invaliderität* von standardisierten Schätzungen ausgeht, wird bei der sogenannten *Arbeitsunfähigkeit* ein Schritt weitergegangen, indem hier die Beeinträchtigung bereits bezogen wird auf das *funktionale Leistungsvermögen* im bisherigen Beruf oder Arbeitsbereich, die wirtschaftlichen Folgen aber noch unberücksichtigt bleiben. Bereits hier ist eine «*interdisziplinäre Beurteilung*» vorzunehmen, also die Beziehung zwischen Gesundheitsbeeinträchtigung und Arbeitswelt zu berücksichtigen.»⁴²
- g) 1979/1980 hielt *Rudolf Rüedi* zur Arbeitsunfähigkeit fest, sie dürfe «weder abstrakt noch medizinisch theoretisch erfolgen», und führte weiter aus: 29
- «Die *Arbeitsunfähigkeit* wird manchmal als medizinischer Begriff bezeichnet. Dies ist jedoch ungenau, weil es bei deren Feststellung um mehr geht als um die Beschreibung des Gesundheitsschadens. *Denn neben der rein medizinischen Beurteilung der gesundheitlichen Beeinträchtigung hat der Begriff auch in wirtschaftlich-arbeitsmässiger Hinsicht etwas auszusagen.* So darf die Fähigkeit, noch arbeiten zu können, nicht abstrakt beurteilt werden. Vielmehr muss geprüft werden, ob der Versicherte in seinem funktionellen Leistungsvermögen eingeschränkt ist.
- Zu beschreiben sind mithin erstens die dem gesundheitlich geschädigten Versicherten verbleibenden Fähigkeiten in seinem Beruf oder Aufgabenbereich.
 - Zweitens ist aber auch anzugeben, ob für den Versicherten andere – zumutbare – Arbeitsmöglichkeiten in Frage kommen.

³⁶ RIEMER-KAFKA 2017, S. 168 mit Fn. 18 (Gliederung beigefügt).

³⁷ OMLIN 1995, S. 68 (Hervorhebung beigefügt).

³⁸ OMLIN 1995, S. 68.

³⁹ OMLIN 1995, S. 69.

⁴⁰ OMLIN 1995, S. 302 (Hervorhebung beigefügt).

⁴¹ OMLIN 1995, S. 302.

⁴² SCHAER 1984, Rz. 132 (Hervorhebungen teilweise beigefügt).

- Drittens ist es gegebenenfalls für Verwaltung und Gericht wertvoll, wenn dazu Stellung genommen wird, welche konkreten Tätigkeiten vom Versicherten nicht mehr oder nur in beschränktem Masse verrichtet werden können.

Über die rein medizinische Begutachtung des Gesundheitsschadens hinaus ist daher bereits auf dieser Stufe eine «arbeitsmedizinische» Abklärung des Einzelfalls notwendig.»⁴³

- 30 h) Nach *Karl Achermann*, ehemaliger Chef der Abteilung Beiträge und Leistungen AHV/IV/EO im BSV, sind bei der Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit «*nicht nur medizinische Kenntnisse notwendig*»:⁴⁴

«Von wesentlicher Bedeutung ist, dass in der IV-Kommission, der bekanntlich ein Arzt, ein Jurist und je eine Fachperson der Eingliederung, des Arbeitsmarktes und der Fürsorge angehören muss, eine *interdisziplinäre Beurteilung* stattfinden kann. Gerade hier sieht man, dass das Beurteilungsorgan der IV in seiner theoretischen Konzeption modernen Grundsätzen einer Begutachtung im Team voll entspricht (...) Es ist sehr wichtig, dass die *interdisziplinäre Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit* auch in der Abklärung zum Zuge kommt.»⁴⁵

Zur Erwerbsunfähigkeit weiter: «Dies zeigt, dass der Arzt nicht über die Erwerbsunfähigkeit Auskünfte zu geben hat, wozu er mit der erforderlichen Kompetenz und Vollständigkeit in vielen Fällen gar nicht in der Lage wäre. Allerdings deckt sich die Arbeitsunfähigkeit offensichtlich mit der Erwerbsunfähigkeit, wenn die Krankheit jede auf Erwerb gerichtete Arbeit unmöglich macht. In den anderen Fällen aber, die ebenfalls verhältnismässig zahlreich sind, beginnt erst nach der medizinischen Begutachtung die schwierige Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit und des Invaliditätsgrades. Die IV-Kommission kann sich diesen Entscheid weder durch den Arzt noch durch eine Abklärungsperson abnehmen lassen (...) Die Beurteilung, welche die IV-Kommissionen gestützt auf die verschiedenen Abklärungen vorzunehmen haben, erfordert hier noch mehr als im Bereich der Arbeitsunfähigkeit eine sorgfältige *interdisziplinäre Beratung*, bei der alle der IV-Kommission angehörenden Fachpersonen mitzuwirken haben. Aus Zeitnot oder Bequemlichkeit besteht immer wieder die Gefahr, dass dort, wo die Erhebung der für die Invaliditätsbemessung nötigen Einkommensangaben (...) auf Schwierigkeiten stösst, auf die medizinischen Angaben über die Arbeitsunfähigkeit oder gar auf medizinisch-theoretische Grundlagen abgestellt wird, die zwar wichtige und entscheidende Hinweise geben können, aber nicht allein ausschlaggebend sein dürfen.»⁴⁶

- 31 i) *Gabriele Vetsch-Lippert* vertrat in ihrer Dissertation «Die Bemessung der Invalidität» (1968) die Auffassung, die Arbeitsfähigkeit sei kein medizinischer Begriff. Vielmehr komme ihr die *Funktion eines Verbindungsgliedes zwischen der rein medizinischen Beurteilung eines Gesundheitsschadens und der Bestimmung der wirtschaftlichen Auswirkungen desselben* zu:

«Als solches stellt sie innerhalb der wirtschaftlichen Begriffselemente dasjenige dar, das die medizinische Seite beinhaltet (dadurch unterscheidet sie sich von der Erwerbs- und der Berufsunfähigkeit), diese jedoch gleichzeitig auf wirtschaftliche Weise deutet, indem sie zwar noch nicht auf einen speziellen Beruf oder Erwerb, aber allgemein auf eine Arbeitstätigkeit ausgerichtet ist (...) Arbeitsunfähigkeit in

⁴³ RÜEDI 1980, S. 162 (Hervorhebungen und Gliederung beigefügt).

⁴⁴ ACHERMANN 1980, S. 72.

⁴⁵ ACHERMANN 1980, S. 73 (Hervorhebungen teilweise beigefügt).

⁴⁶ ACHERMANN 1980, S. 77 (Hervorhebung im Original).

unserem Zusammenhang ist somit ein sozialversicherungsrechtlicher Begriff vorwiegend wirtschaftlichen Charakters, basierend auf den im Einzelfall bestehenden medizinischen Tatsachen.»⁴⁷

3. Verwaltungspraxis

Im Jahr 1985 umschrieb das BSV die Bemessung des Invalideneinkommens in der Wegleitung über Invalidität und Hilflosigkeit (WIH) wie folgt: 32

«Aufgabe des Arztes ist es, den Gesundheitszustand zu beschreiben und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten der Versicherte arbeitsfähig ist. Im weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen dem Versicherten noch zugemutet werden können.

Der Arzt sagt, inwiefern der Versicherte in seinen körperlichen bzw. geistigen Funktionen durch das Leiden eingeschränkt ist, wobei er sich vor allem zu jenen Funktionen äussert, welche für die nach seiner Lebenserfahrung im Vordergrund stehenden Arbeitsmöglichkeiten des Versicherten wesentlich sind, so etwa, ob der Versicherte sitzend oder stehend, im Freien oder in geheizten Räumen arbeiten kann oder muss, ob er Lasten heben und tragen kann usw.

Die Regionalstelle hat zu prüfen, welche konkreten beruflichen Tätigkeiten aufgrund der ärztlichen Angaben und unter Berücksichtigung der übrigen Fähigkeiten des Versicherten grundsätzlich in Frage kommen und wie sich die invaliditätsbedingten Faktoren auf die Vermittlungsfähigkeit und die Erwerbsmöglichkeiten auswirken.»⁴⁸

Das einschlägige Kreisschreiben über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH) hielt im Jahr 2000 Folgendes fest: 33

«Die Ärztin/der Arzt nimmt Stellung zur Arbeitsfähigkeit in Bezug auf den Gesundheitszustand der versicherten Person. Sie/er äussert sich vor allem dazu, ob eine Person sitzend oder stehend, im Freien oder in geheizten Räumen arbeiten kann oder muss, ob sie Lasten heben und tragen kann usw. (ZAK 1982 S. 34 [= Urteil *Leonardelli* (BGE 107 V 17)], 1962 S. 478). Die Ärztin/der Arzt hat sich nicht zu Fragen der Erwerbsfähigkeit bzw. des Invaliditätsgrades zu äussern.»⁴⁹

«Die IV-Stelle prüft, welche konkreten beruflichen Tätigkeiten aufgrund der ärztlichen Angaben und unter Berücksichtigung der übrigen Fähigkeiten der versicherten Person grundsätzlich in Frage kommen.»⁵⁰ Die zweckmässige Ausnützung der verbliebenen Arbeitsfähigkeit hänge beispielsweise ab von der beruflichen Ausbildung, von den physischen und geistigen Fähigkeiten, vom Alter, von der beruflichen und sozialen Stellung, vom Wohnort, von familiären Gründen.⁵¹

Nach Inkrafttreten der 5. IV-Revision lautete die KSIH wie folgt: 34

«Die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit in Bezug auf den Gesundheitszustand der versicherten Person, d.h. die Feststellung, ob eine Person sitzend oder stehend, im Freien oder in geheizten Räumen

⁴⁷ VETSCH-LIPPERT 1968, S. 48, wobei sie dann detailliert auf die damit verbundenen Herausforderungen bei der Abklärung der Arbeitsunfähigkeit eingeht (S. 48 ff.).

⁴⁸ WIH (1.1.85), Rz. 66.1 und 66.2.

⁴⁹ KSIH (1.1.01), Rz. 3048.

⁵⁰ KSIH (1.1.01), Rz. 3049.

⁵¹ KSIH (1.1.01), Rz. 3049 ff.

arbeiten kann oder muss, ob sie Lasten heben und tragen kann usw., ist eine ärztliche Aufgabe (ZAK 1982 S. 34 [= Urteil *Leonardelli* (BGE 107 V 17)], 1962 S. 478). Diesbezüglich ist auf den Bericht des RAD abzustellen (...) Äusserungen zu Fragen der Erwerbsfähigkeit bzw. des Invaliditätsgrades hingegen sind weder Sache der Ärztinnen und Ärzte noch des RAD.

Die IV-Stelle prüft, welche konkreten beruflichen Tätigkeiten aufgrund der Angaben des RAD und unter Berücksichtigung der übrigen Fähigkeiten der versicherten Person grundsätzlich in Frage kommen.»⁵²

- 35 Heute wird im Kreisschreiben über Invalidität und Rente in der Invalidenversicherung (KSIR) ausgeführt:

«Die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit in Bezug auf den Gesundheitszustand der versicherten Person, d.h. die Feststellung, ob eine Person sitzend oder stehend, im Freien oder in geheizten Räumen arbeiten kann oder muss, ob sie Lasten heben und tragen kann usw., ist eine ärztliche Aufgabe (ZAK 1982 S. 34 [= Urteil *Leonardelli* (BGE 107 V 17)]; ZAK 1962 S. 478). Diesbezüglich ist insbesondere auf die Einschätzung des RAD abzustellen (vgl. Art. 49 Abs. 1^{bis} IVV).

Die IV-Stelle prüft, welche konkreten beruflichen Tätigkeiten aufgrund der Angaben des RAD und unter Berücksichtigung der übrigen Fähigkeiten der versicherten Person grundsätzlich in Frage kommen.»⁵³

III. Tendenz zur Abstraktion und Fiktion

- 36 Die in den Kreisschreiben angesprochene Prüfung der «konkreten beruflichen Tätigkeiten» durch die IV-Stellen und die dazu erforderliche enge, sich gegenseitig ergänzende Zusammenarbeit zwischen Ärztinnen und Ärzten und Fachpersonen der beruflichen Integration und Berufsberatung werden im Alltag teilweise vermisst (siehe Gutachtensauftrag). Vielmehr scheinen Verwaltungs- und Gerichtspraxis mitunter vom medizinischen (Funktions-)Fähigkeitsprofil der versicherten Person auf dessen *erwerbliche* Verwertbarkeit auf dem Weg der Selbsteingliederung zu schliessen. Das Bundesgericht spricht teilweise ausdrücklich von der «Fiktion einer zumutbaren Verwertung der – vorerst noch – rein medizinisch-theoretischen Arbeitsfähigkeit», sofern keine Eingliederungsmassnahmen nach Art. 8 ff. IVG angezeigt sind.⁵⁴
- 37 Diese Tendenz zu einer abstrakten und fiktiven Betrachtung führt dazu, dass sich *interdisziplinäre* Abklärungen der Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit zu einem erheblichen Teil erübrigen, da die erwerbliche Verwertbarkeit einer medizinisch-theoretischen Restarbeitsfähigkeit pauschal unterstellt («fingiert») statt im Einzelfall abgeklärt wird. Damit verlieren *berufliche* Abklärungen an Bedeutung, während der Stellenwert *medizinischer*

⁵² KSIH (1.1.08), Rz. 3047 f.

⁵³ KSIR (1.7.23), Rz. 3403 f.

⁵⁴ BGer, 9C_755/2020, 8.3.2021 E. 5.3, mit Hinweisen (Hervorhebung beigefügt), dazu auch KOSS IVG-GERBER, Art. 28 N 266. Dabei geht die Selbsteingliederungspflicht dem gesetzlichen Eingliederungsanspruch vor, BGE 148 V 397, unten Rz. 113.

Abklärungen zunimmt – eine Entwicklung, die wir als «Medikalisierung» bezeichnen werden (unten Rz. 75 ff.).

Gerechtfertigt werden diese Entwicklungen regelmässig mit der Figur des ausgeglichenen Arbeitsmarktes und seinen Auswirkungen auf den Abklärungsprozess (sogleich Rz. 39 ff.): Medizinische Fachpersonen haben eine «optimal leidensangepasste Tätigkeit» zu umschreiben, deren Anforderungsprofil dem Funktionsfähigkeitsprofil der versicherten Person entspricht. Das Vorhandensein solcher optimal leidensangepasster Tätigkeiten wird auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt *fingiert* (unten Rz. 84 ff.). Diese Entwicklungen werden im nachfolgenden Abschnitt vertieft.

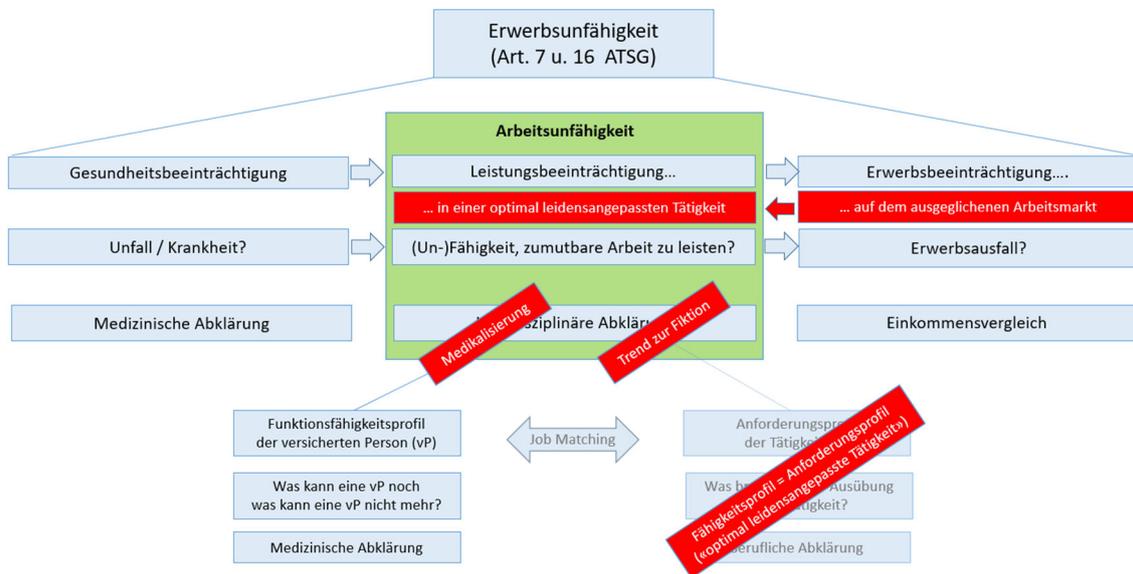


Abbildung: Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit (Trend zur Abstraktion und Fiktion)

C. Begriffswandel im Lauf der Zeit?

- 39 Das Bundesgericht rechtfertigt die soeben erwähnte Tendenz zu einer abstrakten und fiktionalen Beurteilung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit mit dem «*gesetzlich vorgegebenen Konzept des ausgeglichenen Arbeitsmarktes*», das eine weitgehend fiktive Betrachtung erfordere.

«Mit dem Konzept des ausgeglichenen Arbeitsmarktes geht der Gesetzgeber somit grundsätzlich davon aus, dass auch gesundheitlich eingeschränkten Personen ein ihren (verbleibenden) Fähigkeiten entsprechender Arbeitsplatz offensteht. Selbst wenn sich der Fächer an Stellen- und Arbeitsangeboten im Laufe der letzten Jahrzehnte namentlich infolge der Desindustrialisierung und des Strukturwandels verändert hat, darf vom *gesetzlich vorgegebenen Konzept des ausgeglichenen Arbeitsmarktes* nicht abgewichen werden, indem stattdessen *konkret existierende Erwerbsmöglichkeiten* oder *konkrete Arbeitsmarktverhältnisse* beigezogen werden.»⁵⁵

- 40 Diese (vermeintliche) gesetzliche Fundierung einer abstrakten und fiktionalen Betrachtungsweise ist in der Literatur auf Kritik gestossen. Gemäss *Hans-Jakob Mosimann* ist lediglich der Begriff des ausgeglichenen Arbeitsmarktes gesetzlich vorgegeben: «Wie dieser zu verstehen ist, wie er konkretisiert wird, ist damit keineswegs vorgegeben, sondern klärungsbedürftig.»⁵⁶

- 41 Im Rahmen des 1. Weissenstein Symposiums haben wir – zusammen mit *Thomas Gächter* und *Michael E. Meier* – die Entwicklung der Figur des ausgeglichenen Arbeitsmarktes detailliert dargestellt. Darauf kann verwiesen werden.⁵⁷ Nachfolgend werden ausgewählte Punkte zusammengefasst und vertieft, wobei sowohl auf das gesetzliche Konzept des ausgeglichenen Arbeitsmarktes einzugehen ist (sogleich Rz. 42 ff.), wie auch die Auswirkungen einer zunehmend abstrakten Betrachtungsweise des ausgeglichenen Arbeitsmarktes auf die Bemessung der Arbeits- und Erwerbs(un)fähigkeit näher darzulegen sind (insb. Rz. 67 ff.).

I. Gesetzliches Konzept des ausgeglichenen Arbeitsmarktes

1. Vor und bei Erlass des IVG

- 42 Hervorzuheben sind bei der Invaliditätsbemessung zwei wichtige Anliegen, welche das EVG bereits *vor der Schaffung der Invalidenversicherung* in seiner Rechtsprechung zur Unfallversicherung (Art. 76 ff. aKUVG) herausgearbeitet hat:

⁵⁵ BGE 148 V 174 E. 9.1 (Hervorhebungen beigegefügt).

⁵⁶ MOSIMANN 2023, S. 121.

⁵⁷ EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER 2021, Rz. 11 ff.

- *Abstellen auf Durchschnittsverdienst:*⁵⁸ Der Invaliditätsgrad entsprach nach der Rechtsprechung des EVG bei unselbständig erwerbstätigen Versicherten «*der Differenz zwischen dem (durchschnittlichen) Lohn, welchen der Versicherte, wäre er nicht verunfallt, verdienen könnte, und dem (durchschnittlichen) Verdienst, den er – sei es als voll, sei es als nur teilweise Arbeitsfähiger – in einem für ihn passenden neuen Beruf voraussichtlich noch zu erzielen vermag*».⁵⁹ Das Abstellen auf eine «*durchschnittliche, d.h. von momentanen Zufälligkeiten (wie z.B. Betriebseinstellung oder -einschränkung, oder umgekehrt Hochkonjunktur), unabhängige Entlohnung*»⁶⁰ war Ursprung und Rechtfertigung der Figur des ausgeglichenen Arbeitsmarktes, die mit Erlass des IVG gesetzlich verankert worden ist.⁶¹ 43
- *Abstellen auf wirklich zugängliche Arbeitsgelegenheiten:* Die Erwerbsunfähigkeit war nach der Beeinträchtigung der Erwerbsmöglichkeiten «auf dem gesamten für den Versicherten in Betracht fallenden Arbeitsmarkt zu bemessen».⁶² Dabei «dürfen dem Versicherten nur solche neuen Erwerbstätigkeiten zugemutet werden, die ihm angesichts seiner beruflichen Ausbildung sowie seiner physischen und intellektuellen Eignung auf dem für ihn praktisch in Betracht kommenden Arbeitsmarkt *erfahrungsgemäss wirklich zugänglich sind*».⁶³ 44

Die Expertenkommission für die Einführung der Invalidenversicherung, der Gesetzgeber wie auch die Praxis des EVG zur Invalidenversicherung knüpften ausdrücklich an diese Rechtsprechung zur Unfallversicherung an.⁶⁴ Massgeblich seien die *erfahrungsgemäss wirklich zugänglichen Arbeitsgelegenheiten* bei ausgeglichener (konjunkturell bereinigter) Arbeitsmarktlage.⁶⁵ Die Rechtsprechung des EVG lasse – so die Expertenkommission – einen weiten Spielraum zur Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls und eigne sich auch für die IV.⁶⁶ Die Botschaft unterstrich unter ausdrücklichem Verweis 45

⁵⁸ EVGE 1960, S. 249 E. 1 S. 252.

⁵⁹ EVGE 1955, S. 150 E. 1 S. 153 (zu Art. 77 aKUVG [Unfallversicherung]; Hervorhebung beigefügt).

⁶⁰ EVGE 1940, S. 120 E. 1a S. 125.

⁶¹ Siehe Botschaft 1958, S. 1197.

⁶² EVGE 1940, S. 120 E. 1b S. 126.

⁶³ EVGE 1940, S. 120 E. 1b S. 126 (Hervorhebung beigefügt).

⁶⁴ Expertenkommission 1956, S. 113 ff., insb. S. 115, Botschaft 1958, S. 1197; EVGE 1960, S. 249.

⁶⁵ aArt. 28 Abs. 2 IVG (1959): «Für die Bemessung der Invalidität wird das Erwerbseinkommen, das der Versicherte nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihm zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das er erzielen könnte, wenn er nicht invalid geworden wäre.»; Bericht Expertenkommission 1956, insb. 27 f., S. 113 ff. (insb. S. 114); Botschaft 1958, S. 1197.

⁶⁶ Bericht Expertenkommission 1956, insb. S. 114.

auf die Ausführungen der Expertenkommission die Massgeblichkeit der «Verhältnisse des Einzelfalls».⁶⁷

46 Das Abstellen auf die «erfahrungsgemäss wirklich zugänglichen Arbeitsgelegenheiten» und der damit verbundene Abklärungsbedarf spiegeln sich auch in der *Organisation der Invalidenversicherung* wider. Bei Inkrafttreten des IVG im Jahr 1960 war vorgesehen, dass *jeder* Leistungsfall durch eine kantonale Invalidenversicherungs-Kommission (IV-Kommission) zu beurteilen war.⁶⁸ Namentlich waren die IV-Kommissionen zuständig für die Feststellung, ob im konkreten Fall Eingliederungsmassnahmen durchzuführen waren oder ob ein Rentenanspruch bestand.⁶⁹

47 Bemerkenswert ist aus heutiger Sicht die *interdisziplinäre Zusammensetzung* der IV-Kommissionen, in welchen fünf unterschiedliche Disziplinen vertreten waren.

Der einschlägige aArt. 56 Abs. 1 IVG (1959) lautete wie folgt: «*Jede Invalidenversicherungs-Kommission besteht (...) aus fünf Mitgliedern, nämlich einem Arzt, einem Fachmann für die Eingliederung, einem Fachmann für Fragen des Arbeitsmarktes und der Berufsbildung, einem Fürsorger und einem Juristen. Mindestens ein Kommissionsmitglied muss weiblichen Geschlechts sein.*»

48 Der Bundesrat begründete diese interdisziplinäre Zusammensetzung mit den Aufgaben der IV-Kommissionen, die für die Abklärung der Versicherungsfälle hinsichtlich der Invalidität und der Eingliederungsfähigkeit zuständig waren.⁷⁰ Die Aufgaben der Kommissionsmitglieder wurden im Bericht der Expertenkommission wie folgt umrissen:⁷¹

- «*Ein Arzt.* Dieser wird sowohl bei der Invaliditätsbemessung als auch bei der Anordnung der medizinischen Massnahmen für die Eingliederung eine entscheidende Rolle spielen. Er wird insbesondere die Gutachten anderer Ärzte würdigen, kann aber in besonderen Fällen auch selbst Invalide untersuchen. Ferner werden dem Arzt die vom Kanton zu bezeichnenden Spezialisten (...) zur Verfügung stehen, von denen er nötigenfalls weitere Gutachten einholen kann.
- *Ein Fachmann für die Eingliederung.* Dieser hat in erster Linie die Kommission über alle Fragen der beruflichen Eingliederung zu unterrichten und den Kontakt mit den Regionalstellen zu pflegen. Ihm stehen Eingliederungsstätten und Beobachtungsstationen zur Verfügung, auf deren Gutachten er sich in den meisten Fällen wird stützen können, ohne genötigt zu sein, selbst jeden Einzelfall zu prüfen.
- *Ein Fachmann für Fragen des Arbeitsmarktes und der Berufsbildung.* Diesem obliegt eine wichtige Aufgabe bei der Schätzung des Invaliditätsgrades. Er muss Bescheid wissen über die Beschäftigungsmöglichkeiten und die an den verschiedenen Orten zu erzielenden Löhne. Ihm wird auch ein massgebendes Wort zustehen bei der Beurteilung der Frage, ob die Ausübung einer bestimmten Beschäftigung zumutbar ist. Diese Funktion kann zum Beispiel dem Chef eines kantonalen Arbeitsamtes oder dem Vertreter einer Wirtschafts- oder Berufsorganisation übertragen werden.
- *Ein Jurist.* Der IV-Kommission werden sich zahlreiche Rechtsfragen stellen, obliegt ihr doch die Anwendung eines der wichtigsten Teile des IV-Gesetzes. Auch für die Ausfertigung der materiellen

⁶⁷ Botschaft 1958, S. 1197.

⁶⁸ Siehe aArt. 60 IVG (1959), zu den IV-Kommissionen des Bundes vgl. aArt. 59 IVG (1959).

⁶⁹ Botschaft 1958, S. 1208.

⁷⁰ Botschaft 1958, S. 1272.

⁷¹ Bericht Expertenkommission 1956, S. 155 f. (Hervorhebungen beigelegt).

Entscheide zu Handen der Ausgleichskassen, für die Abfassung von Mitberichten zu Handen der Beschwerdeinstanzen sowie für die Befragung der Versicherten und allfälliger Zeugen werden juristische Kenntnisse von Gutem sein. Aus diesen Gründen scheint die ständige Mitarbeit eines Juristen unerlässlich.

- *Ein Fürsorger.* Da viele Invalide auch nach Einführung der JV der fürsorgerischen Betreuung bedürfen und diese bei Jugendlichen sogar ausgesprochen im Vordergrund stehen wird, sollte den JV-Kommissionen auch ein Fürsorger angehören. Dieser hat die fürsorgerischen Belange der Invaliden wahrzunehmen und den Kontakt zwischen JV-Kommissionen und Fürsorgestellen aufrechtzuerhalten.»

Die Organisation der IV-Kommissionen war Ausdruck davon, dass die Bemessung der Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit nicht nur medizinische Kenntnisse voraussetzt, sondern eine *interdisziplinäre* Beurteilung unter Einbezug von Kenntnissen der Arbeitsmarktsituation und der Berufsbildung erfordert. Allerdings erwies sich eine interdisziplinäre Abklärung in *jedem* einzelnen Fall – selbst «in dringlichen Fällen oder in Bagatellfällen» – angesichts der unerwartet hohen Geschäftslast der IV-Kommissionen als zu schwerfällig und zu zeitaufwendig.⁷² 49

Mit der ersten IV-Revision wurde daher per 1. Januar 1968 die Möglichkeit von *Präsidialbeschlüssen in offensichtlichen Fällen* eingeführt.⁷³ In der Folge wurden mehr als 90 Prozent (sic!) aller Beschlüsse im Präsidialverfahren erledigt.⁷⁴ Im Gegenzug verminderte sich die Bedeutung der IV-Kommission als Kollegialorgan erheblich, nachdem ihm in den ersten Jahren der IV eine zentrale Rolle zugekommen war. In gewissen Kantonen trat das Plenum nur noch ein- oder zweimal jährlich zusammen.⁷⁵ 50

Die Sekretariate der IV-Kommissionen führten die Geschäfte, wobei (erst) mit der zweiten IV-Revision per 1. Juli 1987 die Möglichkeit von Sekretariatsbeschlüssen eingeführt wurde.⁷⁶ Kurze Zeit später, per 1. Januar 1992, wurden die IV-Stellen eingeführt und die IV-Kommissionen (formell) abgeschafft. Gemäss aArt. 59 IVG (1991) mussten die IV-Stellen über die notwendigen Dienste verfügen, damit sie ihre Aufgaben fachgerecht und beförderlich durchführen konnten. Dafür war nach der Botschaft eine «*Equipe nötig, die ein umfassendes Leistungsangebot ermöglicht, und zwar in rechtlicher, medizinischer, beruflicher, sozialer und verwaltungsmässiger Hinsicht*».⁷⁷ Die Bestimmung gilt – mit gewissen Anpassungen – bis heute.⁷⁸ 51

Zusammenfassend: Vor und bei Erlass des IVG ist kein Wille des historischen Gesetzgebers erkennbar, die Bemessung der Arbeits- und Erwerbs(un)fähigkeit über ein 52

⁷² Botschaft 1967, S. 653, 692.

⁷³ aArt. 60^{bis} IVG (1967).

⁷⁴ Botschaft 1988, S. 1381.

⁷⁵ Botschaft 1988, S. 1382.

⁷⁶ aArt. 60^{bis} Abs. 1 IVG (1987).

⁷⁷ Botschaft 1988, S. 1385 (Hervorhebung beigelegt).

⁷⁸ Art. 59 Abs. 1 IVG.

weitgehend fiktionales Verständnis des ausgeglichenen Arbeitsmarktes von den realen Verhältnissen zu lösen.

2. Wegdefinieren des Arbeitsmarktes?⁷⁹

- 53 Die Tendenz zur abstrakten und fiktiven Bemessung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit über ein «Wegdefinieren des Arbeitsmarktes» war eine *schleichende Entwicklung* in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis.⁸⁰ Parallel zur schweren Wirtschaftskrise der 1970-er Jahre ging die Verwaltungspraxis zu einem zunehmend fiktionalem Verständnis des ausgeglichenen Arbeitsmarktes über.⁸¹
- 54 Das BSV führte 1975 und 1976 zwei Konferenzen über rezessionsbedingte Probleme Behinderter durch und behandelte dort namentlich auch die «Grenzfälle» zwischen Erwerbsunfähigkeit und Erwerbslosigkeit. Der Vertreter des BSV umschrieb dabei den ausgeglichenen Arbeitsmarkt wie folgt:
- «Wir betrachten jenen Arbeitsmarkt als ausgeglichen, auf dem jedermann ein seinen geistigen und körperlichen Fähigkeiten und seiner Ausbildung entsprechender Arbeitsplatz offensteht.»⁸²
- 55 Während die Rechtsprechung zuvor zufällige Schwankungen auf dem Arbeitsmarkt und damit *Konjunkturlinien* als invaliditätsfremd ausgeschieden hatte, wurde nun tendenziell vom Arbeitsmarkt als solchem bzw. von den gesamten wirtschaftlichen Verhältnissen abstrahiert. Erschwernisse bei der Stellensuche von Menschen mit Behinderungen – sei es aufgrund ihrer Gesundheitsbeeinträchtigung, sei es aufgrund übriger persönlicher Verhältnisse – wurden ausgeblendet, und zwar auch dann, wenn sie sich unter «normalen» bzw. «durchschnittlichen» Arbeitsmarktverhältnissen negativ auswirkten. Wie soeben erwähnt, fingierte die Verwaltungspraxis einen Arbeitsmarkt, «auf dem jedermann ein seinen geistigen und körperlichen Fähigkeiten und seiner Ausbildung entsprechender Arbeitsplatz offensteht» (soeben Rz. 54).
- 56 In zwei Leitentscheiden «präzisierte» das EVG Anfang der 1980-er Jahre zunächst die Abgrenzung zwischen Erwerbsunfähigkeit und fehlender Erwerbsmöglichkeit (Erwerbslosigkeit) (BGE 107 V 17) und ging anschliessend dazu über, von den *wirtschaftlichen Verhältnissen* auf dem Arbeitsmarkt (BGE 110 V 273) stark zu abstrahieren und eine beruflich-praktische Verwertbarkeit der verbleibenden Arbeitsfähigkeit vermehrt zu fingieren.
- 57 Das bereits erwähnte *Urteil Leonardelli* (BGE 107 V 17) von Anfang des Jahres 1981 fiel insofern differenziert aus, als das EVG nochmals klar auf die Bedeutung einer «enge[n],

⁷⁹ Die nachfolgenden Ausführungen stammen teilweise aus EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER 2021, Rz. 35 ff.

⁸⁰ EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER 2021, Rz. 43.

⁸¹ EGLI 2020, S. 98.

⁸² WYSS 1976, S. 488.

sich gegenseitig ergänzende[n] Zusammenarbeit» zwischen Mediziner und Berufsberater hinwies (oben Rz. 18). Der Berufsberater habe auszuführen, «welche konkreten beruflichen Tätigkeiten aufgrund der ärztlichen Angaben und unter Berücksichtigung der übrigen Fähigkeiten des Versicherten» in Frage kommen.⁸³ Im Rahmen der Zumutbarkeit weiterer Erwerbstätigkeit seien die persönlichen Verhältnisse wie die berufliche Ausbildung, die physischen und geistigen Fähigkeiten oder das Alter des Versicherten zu berücksichtigen; «indessen sind die genannten Gesichtspunkte keine zusätzlichen Faktoren, welche neben der Zumutbarkeit weiterer Erwerbstätigkeit das Ausmass der Invalidität mitbestimmen würden».⁸⁴ Dies lag auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung einer Abgrenzung von (versicherter) Erwerbsfähigkeit und (nicht versicherter) Erwerbslosigkeit.

Im Urteil *Bey* (BGE 110 V 273) erklärte das EVG Ende des Jahres 1984 den ausgeglichenen Arbeitsmarkt zum *theoretischen und abstrakten Begriff* («une notion théorique et abstraite»): «Er beinhaltet einerseits ein gewisses Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage nach Arbeitskräften und andererseits einen Arbeitsmarkt, der einen Fächer verschiedener Tätigkeiten aufweist.»⁸⁵ Die Tragweite dieses Entscheids zeigt sich in der späteren Rechtsprechung: So führt das Bundesgericht in einer etablierten Praxislinie bis heute aus, der ausgeglichene Arbeitsmarkt «umfasst in wirtschaftlich schwierigen Zeiten auch tatsächlich nicht vorhandene Stellenangebote und sieht von den fehlenden oder verringerten Chancen gesundheitlich Beeinträchtigter ab, tatsächlich eine zumutbare und geeignete Arbeitsstelle zu finden».⁸⁶ Der Trend hin zu einem «Wegdefinieren des Arbeitsmarktes» wird damit bis in die jüngste Zeit fortgeführt. 58

Verwaltungs- und Gerichtspraxis sind indes nicht derart konsistent, wie man auf den ersten Blick meinen könnte. Von einem konsequenten Wechsel hin zu einem (problematischen) Verständnis einer *fiktiven* Erwerbsfähigkeit auf einem *fiktiven* Arbeitsmarkt kann auch bei der rentenbegründenden Invalidität nicht die Rede sein. Noch im Jahr 1985 umschrieb das BSV den ausgeglichenen Arbeitsmarkt in der Wegleitung über Invalidität und Hilflosigkeit (WIH) wie folgt: 59

«Die Erwerbsmöglichkeiten des Versicherten müssen soweit als möglich *unabhängig von konjunkturellen Schwankungen* auf Grund der Verhältnisse auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt in einem zumutbaren Umkreis und innerhalb der für den Versicherten in Frage kommenden Branchen, in denen eine Erwerbstätigkeit zumutbar ist, beurteilt werden. *In der Regel dürften die Stellenangebote den Arbeitsmarkt widerspiegeln.* Zeigt sich jedoch, dass ein Angebot einzig auf Grund einer sehr günstigen Arbeitsmarktlage möglich ist, so kann (...) die zumutbare Erwerbstätigkeit nicht danach

⁸³ BGE 107 V 17 E. 2b (Hervorhebung beigelegt).

⁸⁴ BGE 107 V 17 E. 2c (Hervorhebung beigelegt).

⁸⁵ BGE 110 V 273 E. 4b, zitiert nach Pra 74 (1985) Nr. 198.

⁸⁶ BGE 148 V 174 E. 9.1.

beurteilt werden. In diesem Fall ist von den *wirklichen Möglichkeiten* bei ausgeglichenem Arbeitsmarkt auszugehen.»⁸⁷

- 60 Das EVG führte im Jahr 1989 aus, im Rahmen der Selbsteingliederung der Versicherten dürfe nicht von *realitätsfremden Einsatzmöglichkeiten* ausgegangen werden. Von Arbeitsgelegenheiten könne nicht mehr gesprochen werden, wenn die zumutbare Tätigkeit nur in so eingeschränkter Form möglich sei, dass sie der allgemeine Arbeitsmarkt nicht kenne oder nur unter nicht realistischem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich wäre und das Finden einer solchen Stelle deshalb von vornherein als ausgeschlossen erscheine.⁸⁸ Das Bundesgericht führt diese Rechtsprechungslinie bis heute und *parallel* zur zunehmend fiktiven Betrachtung der Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit im Allgemeinen sowie des ausgeglichenen Arbeitsmarktes im Besonderen fort.⁸⁹ Auf diese (scheinbare) Widersprüchlichkeit wird noch näher einzugehen sein (unten Rz. 110 ff.).
- 61 Das Gesetz bot mit seinem Ansatz einer *individuell-konkreten Invaliditätsbemessung* weder früher (aArt. 28 Abs. 2 IVG) noch heute (insb. Art. 7 ATSG u. Art. 16 ATSG) eine Grundlage zur Loslösung von der Wirklichkeit.⁹⁰ Leitschnur blieb stets das einleitend erwähnte Abstellen auf Durchschnittsverhältnisse einerseits und auf die der versicherten Person erfahrungsgemäss wirklich zugänglichen Arbeitsgelegenheiten andererseits. Massgebend ist in den Worten des Gesetzes der «*Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem [für die versicherte Person] in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt*».⁹¹
- 62 Meyer/Reichmuth führen dazu Folgendes aus:
- «Der Begriff des allgemeinen ausgeglichenen Arbeitsmarktes erfährt für die Invaliditätsbemessung insofern eine *Einschränkung*, als dem Versicherten *nicht* sämtliche gesundheitlich zumutbaren Erwerbsmöglichkeiten zugerechnet werden können, sondern nur diejenigen, welche *für ihn* – allenfalls nach einer Eingliederung (Art. 8 ff. IVG) – *nach seinen persönlichen Verhältnissen* infrage kommen (BGE 130 V 343 E. 3.3). Über die Zumutbarkeit, die Restarbeitsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt zu verwerfen, ist *im konkreten Einzelfall* zu befinden (BGE 113 V 22 E. 4a).»⁹²
- 63 Zu verweisen ist weiter auf die differenzierten Ausführungen in den Kreisschreiben über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH) bzw. über Invalidität und Rente in der Invalidenversicherung (KSIR) (oben Rz. 32 ff.).

⁸⁷ WIH (1.1.85), Rz. 73 (Hervorhebungen beigefügt).

⁸⁸ EVG, 25.1.89, in: ZAK 1989, S. 319, S. 321; BGer, 8C_370/2012, 12.9.12, E. 4.2.4.1; EVG, I 824/02, 16.6.04, E. 2.2.1; HOOP 2013, S. 96.

⁸⁹ BGE 148 V 174 E. 9.1.

⁹⁰ Vgl. auch MOSIMANN 2023, S. 121 ff.

⁹¹ Art. 7 Abs. 1 ATSG; siehe auch Art. 16 ATSG.

⁹² MEYER/REICHMUTH 2022, Art. 28a N 143.

3. Zwischenfazit

Zusammenfassend folgt aus den vorstehenden Ausführungen: Bei Erlass des IVG ist kein 64
Wille des Gesetzgebers erkennbar, die Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit *abstrakt* oder gar
fiktiv zu bemessen, auch nicht über den mit dem IVG eingeführten Begriff des ausgegli-
chenen Arbeitsmarktes.

Der Begriff des ausgeglichenen Arbeitsmarktes dient(e) dazu, «zufällige» konjunkturelle 65
Einflüsse (z.B. Rezession oder Hochkonjunktur) auf dem realen Arbeitsmarkt zu berei-
nigen. Mit Erlass des ATSG wurde dieser gesetzgeberische Wille erneut bekräftigt.⁹³

Botschaft IVG: «Konjunktureinflüsse sind bei der Invaliditätsbemessung grundsätzlich auszuschal-
ten. In Zeiten wirtschaftlicher Depression wird ein Invalidler häufig mehr Mühe haben, eine Stelle
zu finden als ein voll Erwerbsfähiger. Die Invalidenversicherung würde jedoch Aufgaben der Ar-
beitslosenversicherung übernehmen, wenn sie diesem Umstand besonders Rechnung trüge. Wir
sehen daher vor, dass bei der Invaliditätsbemessung auf eine ausgeglichene Arbeitsmarktlage ab-
zustellen ist.»⁹⁴

Kommissionsbericht ATSG: «Der Ständerat geht davon aus, dass der bleibende Verlust der Er-
werbsmöglichkeit an den Erwerbsgelegenheiten auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt gemessen
werden sollte. Damit wird der Verlust gewissermassen objektiviert und nicht von den Zufälligkeiten
der Arbeitsmarktschwankungen abhängig. Es wäre stossend, wenn der Grad der Erwerbsun-
fähigkeit bei gleicher Beeinträchtigung je nach Arbeitsmarktsituation unterschiedlich hoch ange-
setzt würde.»⁹⁵

Zufälligkeiten der Arbeitsmarktschwankungen sind mit dem Abstellen auf Tabellen- 66
löhne weitgehend ausgeschaltet.⁹⁶ Davon abgesehen ist der reale Arbeitsmarkt seit Jahr-
zehnten nach anerkannten Massstäben auch ein ausgeglichener.⁹⁷ Verwaltungs- und Ge-
richtspraxis tendieren zwar zu einem fiktionalen Verständnis des ausgeglichenen
Arbeitsmarktes. Doch unterstreicht das Bundesgericht zugleich das Verbot realitäts-
fremder Einsatzmöglichkeiten und stellt damit den Bezug zur Wirklichkeit wieder her.
Insofern setzen Verwaltungs- und Gerichtspraxis *gemischte Signale*, die einer vertieften
juristischen Einordnung bedürfen (Rz. 110 ff.).

⁹³ EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER 2021, Rz. 60.

⁹⁴ Botschaft 1958, S. 1197; siehe auch VETSCH-LIPPERT 1968, S. 135 ff. («Nichtberücksichtigung von Schwan-
kungen der Arbeitsmarktlage»).

⁹⁵ Bericht 1999, S. 4547.

⁹⁶ OMLIN 1995, S. 181.

⁹⁷ MOSIMANN 2023, S. 121 ff., insb. S. 124.

II. Arbeits- und Erwerbsfähigkeit zwischen Abklärung und Fiktion

- ⁶⁷ Die Rechtsprechung im Anschluss an das Urteil *Bey* (BGE 110 V 273) zeigt, dass mit dem «Wegdefinieren des Arbeitsmarktes» durch den theoretischen und abstrakten Begriff eines ausgeglichenen (fiktiven) Arbeitsmarktes von der individuell-konkreten Arbeits- und Erwerbsfähigkeit *abstrahiert* wird. Die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit bestimmt sich tendenziell nicht (mehr) danach, welche Erwerbsmöglichkeiten einer versicherten Person im Einzelfall zumutbar sind. Vielmehr erübrigt sich eine Abklärung der persönlichen und erwerblichen Verhältnisse, wenn ein «Arbeitsmarkt» fingiert wird, «auf dem jedermann ein seinen geistigen und körperlichen Fähigkeiten und seiner Ausbildung entsprechender Arbeitsplatz offensteht».⁹⁸
- ⁶⁸ Die erforderliche *interdisziplinäre* Abklärung zur Einschätzung des *erwerblich* nutzbaren Leistungsvermögens einer versicherten Person – man könnte auch von der «*Mehrdimensionalität*» der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit sprechen – droht verloren zu gehen, wenn die erwerbliche Verwertbarkeit einer medizinisch-theoretisch festgestellten Restarbeitsfähigkeit unterstellt statt abgeklärt wird. Dies zeigt: Die Beurteilung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit bewegt sich in einem Spannungsfeld zwischen Abklärung und Fiktion. Besonders deutlich wird dies am Beispiel der *regionalen ärztlichen Dienste (RAD)*, denen bei der Beurteilung der funktionellen Leistungsfähigkeit spätestens seit der 5. IV-Revision und verdeutlicht mit der 7. IV-Revision (WEIV) eine *Schlüsselstellung* und damit eine hohe Verantwortung zukommt.

1. Schaffung und Aufgaben der RAD

- ⁶⁹ Mit der 4. IV-Revision wurden per 1. Januar 2004 die regionalen *ärztlichen Dienste (RAD)* eingeführt (aArt.59 Abs. 2 IVG [2003]). Ihre Aufgaben wurden mit der 5. IV-Revision per 1. Januar 2008 näher umschrieben: «Die regionalen ärztlichen Dienste stehen den IV-Stellen zur Beurteilung der *medizinischen* Voraussetzungen des Leistungsanspruchs zur Verfügung. Sie setzen die für die Invalidenversicherung nach Artikel 6 ATSG massgebende *funktionelle Leistungsfähigkeit* der Versicherten fest, eine zumutbare Erwerbstätigkeit oder Tätigkeit im Aufgabenbereich auszuüben.»⁹⁹
- ⁷⁰ In der Botschaft führte der Bundesrat dazu aus:

⁹⁸ Oben Rz. 54 f.; BGE 148 V 174 E. 9.1: «Mit dem Konzept des ausgeglichenen Arbeitsmarktes geht der Gesetzgeber somit grundsätzlich davon aus, dass auch gesundheitlich eingeschränkten Personen ein ihren (verbleibenden) Fähigkeiten entsprechender Arbeitsplatz offensteht.»

⁹⁹ Art. 59 Abs. 2^{bis} IVG (2006) (Hervorhebungen beigefügt).

«Bei langer Dauer einer Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf – d.h. nach mehreren Monaten – kann auch die Möglichkeit einer zumutbaren Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt werden (vgl. Art. 6 ATSG, zweiter Satz). Zumutbar ist eine Tätigkeit dann, wenn diese dem Leiden angepasst ist. Es handelt sich dabei gewissermassen um eine «Restarbeitsfähigkeit». *In solchen Fällen ist nicht die Arbeitsunfähigkeit in Prozenten zu schätzen, sondern qualitativ mittels Leistungsprofil (zumutbare Tätigkeiten: Was kann die versicherte Person noch?) bzw. Behindertenprofil (unzumutbare Funktionen: Was kann die versicherte Person nicht mehr?) sowie medizinisch begründeter zeitlicher Schonung anzugeben.* Diese Aufgabe sollen die RAD für die IV übernehmen. Eine objektivere Festlegung der massgebenden funktionellen Leistungsfähigkeit der Versicherten ermöglicht eine wesentlich bessere und auch schnellere Beurteilung der in Frage kommenden Massnahmen im Hinblick auf eine erfolgreiche Eingliederung.»¹⁰⁰

Bemerkenswert an diesen Ausführungen ist, dass der Bundesrat von den RAD weniger ⁷¹ eine gesamthafte Prozenteinschätzung der Arbeitsfähigkeit («nicht die Arbeitsunfähigkeit in Prozenten zu schätzen») als eine *Einschätzung zum Funktionsfähigkeitsprofil* der versicherten Person («zumutbare Tätigkeiten» und «unzumutbare Funktionen») sowie zur medizinisch begründeten zeitlichen Schonung erwartet. Gestützt auf diese medizinischen Angaben zur funktionellen Leistungsfähigkeit hat die IV-Stelle die *erwerblichen* Auswirkungen abzuklären.¹⁰¹ Auch stellt der Bundesrat den Konnex zu einer erfolgreichen Eingliederung her – ein Anliegen, das er wenig später mit der (gescheiterten) IV-Revision 6b erneut aufnehmen sollte (unten Rz. 101 ff.).

In deutlichem Kontrast dazu stehen die Ausführungen des Bundesrates im Rahmen der ⁷² 7. IV-Revision (Weiterentwicklung der Invalidenversicherung, WEIV). Erwartet wird von den medizinischen Fachpersonen inzwischen eine *gesamthafte Prozenteinschätzung der Arbeitsfähigkeit* unter Berücksichtigung der erwerblichen Auswirkungen. So stellt der Bundesrat ausdrücklich einen Zusammenhang zwischen der erwerblichen Beurteilung (Wegfall Tabellenlohnabzug bzw. leidensbedingter Abzug) und der *Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit* her: Das Korrekturinstrument «leidensbedingter Abzug» soll namentlich durch eine konsequente Berücksichtigung leidensbedingter Einschränkungen bei der Einschätzung der funktionellen Leistungsfähigkeit (Schätzung der Arbeitsunfähigkeit) kompensiert werden:

«Zunächst sollen die leidensbedingten Einschränkungen im engeren Sinne (medizinisch bedingte quantitative und qualitative Einschränkungen bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit) konsequent bei der Einschätzung der funktionellen Leistungsfähigkeit der versicherten Person berücksichtigt werden (vgl. auch Art. 49 Abs. 1^{bis} E-IVV). Dies führt im Vergleich zur heutigen Lösung mit dem leidensbedingten Abzug zu einer Besserstellung der versicherten Personen, weil damit die Beschränkung des leidensbedingten Abzuges auf maximal 25 Prozent des Tabellenlohns wegfällt.»¹⁰²

¹⁰⁰ Botschaft 2005, S. 4572 (Hervorhebung beigegefügt).

¹⁰¹ KSIR (1.7.23), Rz. 3403 f.; siehe oben Rz. 32 ff.

¹⁰² Erläuternder Bericht WEIV, S. 53 f.

73 Auf Verordnungsstufe wird diese Aufgabe seit 1. Januar 2022 in Art. 49 Abs. 1^{bis} IVV konkretisiert: «Bei der Festsetzung der funktionellen Leistungsfähigkeit (Art. 54a Abs. 3 IVG) ist die medizinisch attestierte Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit und für angepasste Tätigkeiten unter Berücksichtigung sämtlicher physischen, psychischen und geistigen Ressourcen und Einschränkungen in qualitativer und quantitativer Hinsicht zu beurteilen und zu begründen.»¹⁰³ Im Erläuternden Bericht wird dazu ausgeführt:

«Die leidensbedingten Einschränkungen im engeren Sinne, also jegliche invaliditätsbedingten und medizinisch ausgewiesenen *quantitativen und qualitativen Einschränkungen* bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit nach Artikel 8 ATSG, sollen *neu konsequent bei der Einschätzung der funktionellen Leistungsfähigkeit berücksichtigt* werden.

Es geht dabei zum einen um die Einschätzung der *medizinisch begründeten Präsenzzeit* (quantitative Leistungsfähigkeit z.B. in Stunden pro Tag) und zum anderen um die Einschätzung, welche *qualitative Leistungsfähigkeit* in dieser Präsenzzeit gegeben ist (Belastungslimiten, qualitative Einschränkungen, Verlangsamung im Vergleich zu einer gesunden Person etc.). In der Regel werden diese beiden Komponenten dann zu einer *gesamthaften Prozenteinschätzung der Arbeitsfähigkeit*, eben der funktionellen Leistungsfähigkeit, zusammengefügt.

So ist etwa eine reduzierte Leistungsfähigkeit innerhalb der zumutbaren Anwesenheitszeit oder ein vermehrter Pausenbedarf konsequent bei der Angabe der verbleibenden funktionellen Leistungsfähigkeit in Abzug zu bringen. Auf diese Weise wird auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtes berücksichtigt, wonach die ärztlich attestierte Arbeitsfähigkeit eine Angabe über die effektiv zumutbare Leistung und keine solche über die allfällige Präsenz am Arbeitsplatz ist.»¹⁰⁴

74 Im Informationsschreiben an die medizinischen Sachverständigen sowie im Kreisschreiben über das Verfahren in der Invalidenversicherung (KSVI) führt das BSV zu Inhalt und Struktur eines medizinischen Gutachtens weiter Folgendes aus:

«Im Hinblick auf die Festlegung der funktionellen Leistungsfähigkeit durch den RAD (Art. 49 Abs. 1^{bis} IVV) ist es essentiell, dass in einem medizinischen Gutachten *alle qualitativen und quantitativen Einschränkungen der versicherten Person in die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit bzw. der zu erwartenden Leistung der versicherten Person einbezogen* werden.

Es muss dabei aus dem Gutachten hervorgehen, welche konkreten qualitativen und quantitativen Einschränkungen (z.B. zusätzlicher Pausenbedarf, notwendige enge Begleitung durch den Arbeitgeber, keine Überkopfarbeiten etc.) berücksichtigt wurden. Allerdings dürfen die einzelnen Einschränkungen nicht separat quantifiziert und addiert werden, sondern müssen im Rahmen einer *gesamthaften Einschätzung in die Quantifizierung der Arbeitsfähigkeit einfließen*.»¹⁰⁵

Die Gliederung eines medizinischen Gutachtens ist mit Bezug auf die Arbeits(un)fähigkeit in einer angepassten Tätigkeit wie folgt vorgesehen:¹⁰⁶

¹⁰³ Siehe auch KSIR, Rz. 3414.

¹⁰⁴ Erläuternder Bericht WEIV, S. 62 (Hervorhebungen und Gliederung beigefügt).

¹⁰⁵ Info SuisseMED@P 5/2021, S. 2 (Hervorhebungen beigefügt).

¹⁰⁶ KSVI, Anhang IV.

Arbeitsfähigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit in angepasster Tätigkeit

- Welche Merkmale müsste eine der Behinderung optimal angepasste Tätigkeit aufweisen?
- Welche maximale Präsenz wäre in einer solchen Tätigkeit möglich (in Stunden pro Tag)?
- Besteht während dieser Anwesenheitszeit auch eine Einschränkung der Leistung in einer solchen Tätigkeit? Wenn ja, in welchem Umfang und warum?
- Wie gross schätzen Sie insgesamt die Arbeitsfähigkeit bzw. die Arbeitsunfähigkeit (bitte beide Werte angegeben) in einer solchen Tätigkeit im freien Arbeitsmarkt, bezogen auf ein 100 %-Pensum?
- Wie ist der zeitliche Verlauf der Entwicklung dieser Arbeitsfähigkeit?

Abbildung: Gliederung Gutachten

2. «Medikalisierung» der Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit?

Die Ausführungen von Ordnungsgeber und Verwaltung zur 7. IV-Revision lassen eine zunehmende Tendenz hin zu einer «*Medikalisierung*» der *Einschätzung von Arbeits- und Erwerbsfähigkeit* erkennen:¹⁰⁷ Medizinische Fachpersonen (insb. RAD und externe medizinische Sachverständige) sollen Aufgaben übernehmen, die an sich in die Zuständigkeit von Fachpersonen des Arbeitsmarktes und der Berufsbildung oder anderer Disziplinen fallen. Das blendet die Inter- oder Mehrdimensionalität von Begriffen wie Arbeits- und Erwerbsfähigkeit aus und führt dazu, dass diese Begriffe *einseitig(er) ausgelegt und verstanden* werden. Medizinische Fachpersonen sollen *möglichst abschliessend* einschätzen, was richtigerweise eine interdisziplinäre Abklärung erfordern würde.

Hieran wird ersichtlich, wie *verzerrend* sich ein fiktionales Verständnis des ausgeglichenen Arbeitsmarktes auf die Bemessung der Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit auswirken kann. Dass dies keine neue Kritik ist, zeigt ein Auszug aus einem Beitrag von *Franz Schlauri* aus dem Jahr 2000, der die Festsetzung der Arbeitsunfähigkeit aufgrund der notwendigen Interdisziplinarität zu den *schwierigsten und komplexesten Aufgaben* in der Sozialversicherung zählte.¹⁰⁸ Im Einzelnen:

¹⁰⁷ Unter *Medikalisierung* wird allgemein ein Prozess verstanden, in dessen Verlauf ein gesellschaftliches Phänomen, das bis dahin nicht ausschliesslich als medizinisch relevant wahrgenommen worden ist, nunmehr *in medizinischen Termini definiert und/oder mit medizinischen Mittel behandelt* wird, WEHLING/VIEHÖVER/GÜNDEL 2012, 339. In der sozialversicherungsrechtlichen Diskussion tauchte der Begriff bislang vor allem im Zusammenhang mit einer befürchteten Inflation «sozialer Leiden» auf, vgl. EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER 2021, Rz. 62.

¹⁰⁸ SCHLAURI 2000, S. 179.

«Auf die Frage nach einer beschwerdegerechten Tätigkeit erhält die Verwaltung oft ungefragt auch noch eine diesbezügliche Arbeitsunfähigkeitsschätzung in Prozenten. Mit diesen Zahlen aus Arztbericht oder Gutachten lässt sich trefflich operieren. Dieser medizinische Wert wird ohne jeden Glaubenszweifel zum tragenden Rechenfaktor in der Quantifizierung des Invalideneinkommens, das zur andern Hälfte aus statistischen Tabellen abgelesen wird. Arbeitsunfähigkeit mal frankenmässiger ökonomischer Wert des Verweisungsberufes gleich zumutbares Invalideneinkommen.

Irgendeine konkrete Beziehung oder Verbindung zwischen dem ausgewählten Verweisungsberuf gemäss Tabelle und dieser besonderen Art der Arbeitsunfähigkeitsschätzung kann es nicht geben, denn der Arzt weiss ja nicht, was aus seiner Arbeitsunfähigkeitsschätzung für den idealen Job später gemacht wird. Es ist doch einigermassen erstaunlich, dass sich die Rechtspraxis an dieser Ungereimtheit nicht näher stört.»¹⁰⁹

«Indessen setzt die Verwaltung voraus, dass der Arzt die körperlichen Anforderungen im bisherigen Beruf kennt. Sie setzt ferner einfach voraus, dass der Arzt die körperlichen Anforderungen im umgeschulten neuen Beruf oder in einer der Behinderung angepassten Tätigkeit kennt. Ist dieser wirklich ausreichend informiert?»¹¹⁰

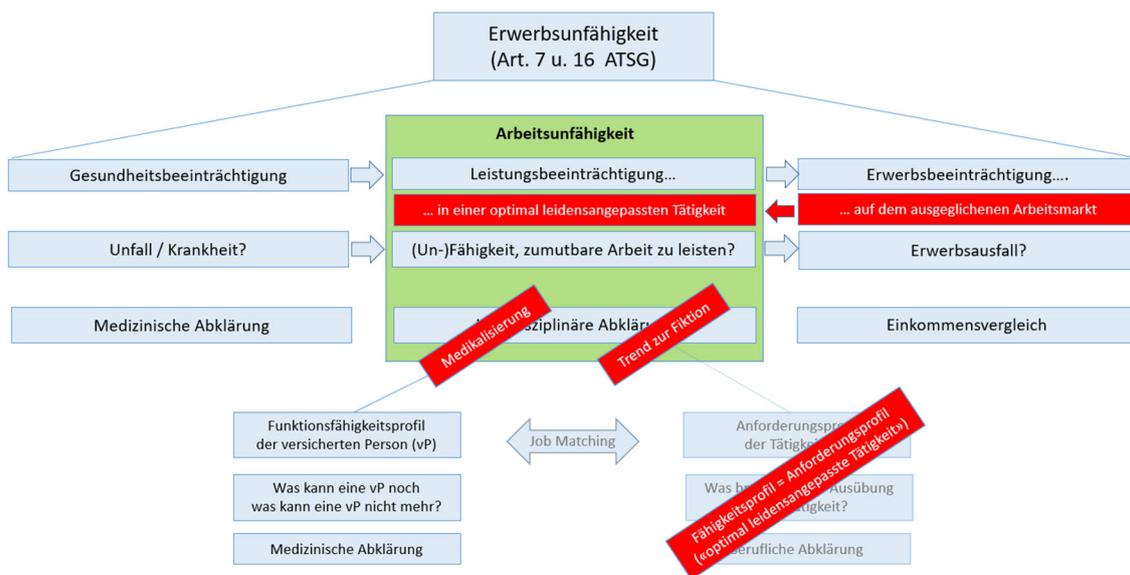


Abbildung: Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit (Trend zur Abstraktion und Fiktion)

a) Arbeitsfähigkeit – (nur) eine medizinische Frage?

⁷⁷ Wie bereits erwähnt, wird von den RAD und allfälligen weiteren medizinischen Fachpersonen seit 1. Januar 2022 nicht nur eine Festsetzung der funktionellen Leistungsfähigkeit,¹¹¹ sondern eine *gesamthafte Prozenteinschätzung der Arbeitsfähigkeit* erwartet. Im

¹⁰⁹ SCHLAURI 2000, S. 163 (Hervorhebungen beigefügt).

¹¹⁰ SCHLAURI 2000, S. 164 (Hervorhebung im Original).

¹¹¹ Art. 54a Abs. 3 IVG, Art. 49 Abs. 1^{bis} IVV.

Rahmen der 5. IV-Revision hat der Bundesrat hingegen auf eine solche Gesamtschätzung der Arbeitsfähigkeit noch ausdrücklich (!) verzichtet.¹¹²

Die Quantifizierung *qualitativer* Einschränkungen kann schwerfallen, etwa wenn gemäss BSV eine «notwendige enge Begleitung durch den Arbeitgeber» in eine Prozenteinschätzung der Arbeitsfähigkeit übersetzt werden soll (oben Rz. 74). Die Erwartung einer umfassenden Quantifizierung qualitativer Einschränkungen des *erwerblichen* Leistungsvermögens stellt an die medizinischen Fachpersonen (zu) hohe Anforderungen, zumal zurzeit kaum validierte Parameter vorliegen, aufgrund derer man die Arbeitsfähigkeit voraussagen kann.¹¹³ 78

Hans-Jakob Mosimann führt hierzu treffend aus: «Damit erwächst der begutachtenden Medizin eine neue und anspruchsvolle Aufgabe, soll sie doch Handicaps wie funktionelle Einarmigkeit, Angewiesensein auf stressarme Umgebung, geduldige Vorgesetzte oder das Fehlen von Kundenkontakt in Prozentwerte einer Arbeitsfähigkeitsreduktion übersetzen.»¹¹⁴

Nach *Susanne Bollinger* ist zu kritisieren, «dass mit der Neuregelung die medizinisch-theoretische Einschätzung der Arbeitsfähigkeit und die wirtschaftliche Bewertung der Arbeit vermischt werden».¹¹⁵

Thomas Gächter und *Michael E. Meier* führen dazu aus: «Gleich verhält es sich, wenn eine versicherte Person aufgrund ihrer psychischen Krankheit (z.B. einer Persönlichkeitsstörung) auf eine besondere Rücksichtnahme des Arbeitgebers angewiesen ist (z.B. stark reduzierter Kontakt zu Kunden und Mitarbeitern) oder keinerlei Zeitdruck ausgesetzt werden soll oder nur über eine sehr eingeschränkte Flexibilität (Umstellungsfähigkeit) verfügt. Solche Fälle werden die medizinischen Sachverständigen in ihren Gutachten kaum gesondert adressieren, weil es die funktionelle Leistungsfähigkeit in einer bestmöglich adaptierten Tätigkeit häufig nur untergeordnet beschlägt.»¹¹⁶

Wie das Beispiel «geduldiger Vorgesetzter» bzw. der notwendigen engen Begleitung durch den Arbeitgeber veranschaulicht, ist zweifelhaft, ob es sich dabei durchwegs um (rein) *medizinische* Fragen handelt oder nicht zumindest teilweise um Fragen einer allenfalls erschwerten *erwerblichen* Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt.¹¹⁷ Es ist keine rein medizinische Aufgabe, die *erwerblichen* Auswirkungen von 79

¹¹² Oben Rz. 71.

¹¹³ JEGER 2023, S. 54, mit Hinweis auf CANELA C. et al., Funktionsbeschreibung in der Begutachtung der Arbeitsfähigkeit – Was ist «evidence-based»? Psychiatr Prax 2016; S. 74 – 81: «Es existieren verschiedene Instrumente für die Messung der für eine Arbeit relevanten Funktionen. Bislang hat sich im deutschsprachigen Bereich kein Instrument etabliert, welches speziell für psychische Störungen konzipiert und für die Messung von Funktionseinschränkungen im gutachterlichen Bereich validiert ist. Aus Sicht der Autoren könnte die Ausarbeitung und Nutzung eines solchen Instruments die Qualität und Reliabilität des Gutachtenprozesses erheblich verbessern.».

¹¹⁴ MOSIMANN 2023, S. 116.

¹¹⁵ BOLLINGER 2023, S. 282 Fn. 10; siehe auch oben Rz. 23.

¹¹⁶ GÄCHTER/MEIER 2022, Rz. 62.

¹¹⁷ Siehe auch die Kritik bei GÄCHTER/MEIER 2022, Rz. 58 ff., insb. Rz. 64.

Funktionsausfällen auf den Arbeitsplatz zu prüfen.¹¹⁸ Die Quantifizierung des *erwerblich* nutzbaren Leistungsvermögens bzw. der *erwerblichen* Verwertbarkeit lässt sich daher nicht abschliessend medizinisch beurteilen.¹¹⁹

- 80 Das Bundesgericht unterscheidet denn auch die medizinische Festlegung der funktionellen Leistungsfähigkeit von den erwerblichen Auswirkungen auf dem (ausgeglichene(n) Arbeitsmarkt:

«Hinsichtlich des behinderungs- bzw. leidensbedingten Abzugs ist zu beachten, dass das *medizinische Anforderungs- und Belastungsprofil* eine zum zeitlich zumutbaren Arbeitspensum hinzutretende *qualitative oder quantitative Einschränkung der Arbeitsfähigkeit* darstellt, wodurch in erster Linie das Spektrum der erwerblichen Tätigkeiten (weiter) eingegrenzt wird, welche unter Berücksichtigung der Fähigkeiten, Ausbildung und Berufserfahrung der versicherten Person realistischerweise noch in Frage kommen.

Davon zu unterscheiden [!] ist die Frage, ob mit Bezug auf eine konkret in Betracht fallende Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage verglichen mit einem gesunden Mitbewerber *nur bei Inkaufnahme einer Lohneinbusse reale Chancen für eine Anstellung* bestehen (...).»¹²⁰

- 81 Das zeigt sich beim *Tabellenlohnabzug*: Mit ihm ist (bzw. war) zu prüfen, ob eine versicherte Person aufgrund leidensbedingter qualitativer und quantitativer Einschränkungen sowie weiterer persönlicher Umstände nur bei *Inkaufnahme einer Lohneinbusse* reale Chance auf eine Anstellung hat.¹²¹ Liegen solche Nachteile vor,¹²² drängt sich eine Korrektur lohnstatistischer Angaben (Lohntabellen der schweizerischen Lohnstrukturerhebung [LSE]) auf, da diese das tatsächlich erzielte Einkommen von zumeist nicht behinderten Personen erheben.¹²³ Ob und in welchem Umfang solche Nachteile bestehen und zu kompensieren sind, ist *keine (rein) medizinische Frage* und kann daher durch eine noch so präzisere Beurteilung der funktionellen Leistungsfähigkeit nicht ersetzt werden.
- 82 Nach dem Gesagten ist unseres Erachtens fraglich, ob eine juristisch eingeforderte «Übersetzungsleistung» – die möglichst *abschliessende* (!) Quantifizierung qualitativer Einschränkungen durch medizinische Fachpersonen – der sowieso prekären Validität

¹¹⁸ BGE 140 V 193 E. 3.2; oben Rz.16 ff.

¹¹⁹ Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung BGer, 9C_555/2022, 30.6.23, E. 4.3.1 (notwendige Arbeitsanleitung durch Arbeitgeber lässt erhebliche Lohneinbusse im Vergleich zum Medianlohn erwarten). Das Bundesgericht präzisiert damit seine frühere Rechtsprechung, wonach das Angewiesensein auf einen verständnisvollen Arbeitgeber keinen Tabellenlohnabzug rechtfertige, da dies «*in erster Linie die realen Chancen, auf dem freien Arbeitsmarkt eine (Teilzeit-)Arbeitsstelle zu finden[,]»* beschlage, so BGer, 9C_362/2008, 14.11.08, E. 3.2.4. Darin liegt aber geradezu die *Pointe des Tabellenlohnabzugs!* Dazu sogleich bei Fn. 120.

¹²⁰ BGer, 8C_48/2021, 20.5.21, E. 4.3. (Hervorhebungen und Gliederung beigelegt).

¹²¹ BGer, 8C_48/2021, 20.5.21, E. 4.3.3.

¹²² Dazu im Überblick GUGGISBERG 2022.

¹²³ BGE 148 V 174 E. 9.2.2. Der Abzug soll «*überragende Bedeutung*» haben (so BGE 148 V 174 E. 9.2.2), was sachgerecht wäre, aber bei genauerer Analyse der Gerichtspraxis (zurzeit) nur eine *Wortfassade* zu sein scheint, vgl. *kritisch* MEYER/REICHMUTH 2022, Art. 28a N 3, 104, 119; EGLI/FILIPPO 2022; GÄCHTER/MEIER 2022, Rz. 68.

und Reliabilität medizinischer Arbeitsunfähigkeitseinschätzungen zuträglich ist.¹²⁴ Sachgerechter wäre es, sich in Erinnerung zu rufen, dass einer medizinischen Fachperson bei der (erwerblichen) Folgenabschätzung der erhobenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen *keine abschliessende Beurteilungskompetenz* zukommt (oben Rz. 17).¹²⁵

Die medizinischen Fachpersonen haben die leidensbedingten Einschränkungen im engeren Sinn, also jegliche invaliditätsbedingten und medizinisch ausgewiesenen quantitativen und qualitativen Einschränkungen, bei der Einschätzung der funktionellen Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen und möglichst substanziiert zu beschreiben. Allerdings erfordert dies keine gesamthafte Prozenteinschätzung der Arbeitsfähigkeit, sondern ein Funktionsfähigkeitsprofil (Zumutbarkeitsprofil) der versicherten Person. Gestützt auf dieses Profil hat die IV-Stelle zu prüfen, welche konkreten beruflichen Tätigkeiten aufgrund der medizinischen Angaben und unter Berücksichtigung der übrigen Fähigkeiten der versicherten Person grundsätzlich infrage kommen.¹²⁶ 83

b) «Optimal angepasste Tätigkeit» – Massstab?

Es fällt auf, dass gemäss der Muster-Gliederung eines medizinischen Gutachtens (oben Rz. 74) leidensbedingte Einschränkungen nur einbezogen werden, wenn sie sich selbst unter den *günstigsten Voraussetzungen* einer *optimal* angepassten Tätigkeit auswirken: Präsenzzeit und Leistungsfähigkeit sowie eine daraus resultierende Arbeitsfähigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit (Arbeitsfähigkeit = Präsenzzeit x Leistungsfähigkeit) sind *in einer optimal angepassten Tätigkeit* einzuschätzen. 84

In die gesamthafte Prozenteinschätzung von Arbeitsfähigkeit und Arbeitsunfähigkeit soll mit anderen Worten nur einfließen, was sich auch in einer optimal angepassten Tätigkeit bzw. an einem *idealen Arbeitsplatz*¹²⁷ als Einschränkung in der Präsenzzeit und/oder Leistungsfähigkeit auswirkt. Zwar ist die optimal angepasste Tätigkeit gemäss Gutachtensauftrag möglichst substanziiert zu beschreiben (oben Rz. 74).¹²⁸ Doch die 85

¹²⁴ Oben Fn. 113.

¹²⁵ MOSIMANN/GEHRING 2023, S. 72.

¹²⁶ KSIR, Rz. 3403 f.

¹²⁷ JEGER 2023, S. 80.

¹²⁸ Das führt zu den bekannten ausführlichen Umschreibungen der optimal angepassten Tätigkeit. Als Beispiel: «Eine der Behinderung optimal angepasste Tätigkeit müsste folgende Merkmale aufweisen: Bis mittelgradig komplexe Aufgaben mit regelmässigen Wechseln und klaren Strukturen, in ablenkungsarmer Umgebung, keine monotonen Tätigkeiten, mit geringen Anforderungen an Teamfähigkeit und mittelgradigen Anforderungen an die Selbständigkeit, keine primär soziale Tätigkeit. Arbeiten an verletzungsträchtigen Maschinen wären eher ungeeignet. Personenbeförderung oder andere Tätigkeiten mit Anspruch an die Fahrtauglichkeit oder leichtem Zugang zu alkoholischen Getränken wären ebenfalls nicht geeignet (zum Beispiel Gastronomie). Aus psychiatrischer Sicht werde die Arbeitsfähigkeit des

derart umschriebenen (qualitativen) Einschränkungen wirken sich bei der Arbeitsunfähigkeitseinschätzung nicht aus. Vielmehr wird damit ein idealer Arbeitsplatz umschrieben, dessen Anforderungsprofil dem Funktionsfähigkeitsprofil der versicherten Person entspricht und dessen Vorhandensein auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt unterstellt wird.

86 Dieses Vorgehen erscheint insofern konsequent, als gemäss Rechtsprechung bei einem fiktionalen Verständnis des ausgeglichenen Arbeitsmarktes «*jedermann ein seinen geistigen und körperlichen Fähigkeiten und seiner Ausbildung entsprechender Arbeitsplatz offensteht*» (oben Rz. 68). Bei einer realitätsgerechten Betrachtung setzt dies indes voraus, dass Tätigkeiten mit einem auf das Funktionsfähigkeitsprofil der versicherten Person abgestimmten Anforderungsprofil auch tatsächlich in genügender Anzahl auf dem allgemeinen ausgeglichenen Arbeitsmarkt vorhanden sind. Auf die damit verbundenen Probleme wird noch näher einzugehen sein (unten Rz. 116 ff.).

87 Zudem fehlen klare Kriterien, wie die «optimal angepasste Tätigkeit» umschrieben und damit das Anforderungsprofil des «idealen» Arbeitsplatzes bestimmt wird. Es erscheint mitunter etwas *arbiträr*, ob sich z.B. eine verminderte Stressresistenz auch in einer optimal angepassten Tätigkeit leistungsmindernd auswirkt (= Einfluss auf Arbeitsunfähigkeit) oder ob die optimal angepasste Tätigkeit so umschrieben wird, dass die versicherte Person bei ihr keinem Zeit- und Leistungsdruck ausgesetzt ist (= kein Einfluss auf Arbeitsunfähigkeit). Dazu einige Beispiele aus der Rechtsprechung mit kurzen Bemerkungen:

88 Beispiel «Stressresistenz I»:

1. «Eine optimal angepasste Tätigkeit sollte nach Einschätzung der Expertin in keinem Fall einen Zeit- und Leistungsdruck für den Beschwerdeführer aufweisen.»¹²⁹
2. «Auch in einer optimal leidensangepassten Tätigkeit müsse aber von einer eingeschränkten Leistungsreserve in Situationen mit höherem Arbeitsanfall und von einer verminderten Stressresistenz ausgegangen werden. Deswegen sei die Leistungsfähigkeit auch dort um 20 % eingeschränkt.»¹³⁰

Bemerkung: In Beispiel 1.) fliesst die verminderte Stressresistenz (Zeit- und Leistungsdruck) in die Umschreibung der optimal angepassten Tätigkeit ein, während in Beispiel 2.) die verminderte Stressresistenz auch bei einer optimal angepassten Tätigkeit zur einer Leistungseinschränkung führt, die sich in der Arbeits(un)fähigkeit niederschlägt.

89 Beispiel «Stressresistenz II»:

1. «Es ist davon auszugehen, dass ruhige, stressarme und nicht monotone Tätigkeiten administrativer Art im ausgeglichenen Arbeitsmarkt ausreichend zu finden sind (...)»¹³¹

Beschwerdeführers in einer leidensadaptierten Tätigkeit mit 80 % eingeschätzt (...)» Urteil SVGer ZH, IV.2020.00303, 31.8.21, E. 3.2.3.

¹²⁹ VGer SO, VSBES.2019.177, 6.10.20, E. 9.4.4.

¹³⁰ VGer SG, IV 2018/382, 26.11.20, E. 3.3.

¹³¹ KSIH (1.1.21), Rz. 3067.3 (zum Tabellenlohnabzug).

2. «Gemäss den vorangehenden Erwägungen sind der Beschwerdeführerin ihrem Ausbildungs- und Kenntnisstand entsprechende Tätigkeiten zumutbar, jedoch ohne Zeitdruck, ohne besondere Stressoren und ohne besondere Anforderungen an die Konfliktfähigkeit in einem möglichst wertschätzenden Setting. Solche Bürotätigkeiten bietet der ausgeglichene Arbeitsmarkt an.»¹³²
3. «Wem heutzutage zeitlicher und leistungsmässiger Druck nicht zugemutet werden kann, muss auch bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage mit einer verglichen mit einem Gesunden tieferen Entlohnung rechnen, dies jedenfalls, wenn wie vorliegend weitere arbeitsplatzmässige Bedingungen zu beachten sind.»¹³³

Bemerkung: In den Beispielen 1.) und 2.) fliesst die verminderte Stressresistenz (Zeit- und Leistungsdruck) in die Umschreibung der optimal angepassten Tätigkeit ein, während in Beispiel 3.) die verminderte Stressresistenz auch bei einer optimal angepassten Tätigkeit zur einer Leistungseinschränkung führt, die nach damaliger Rechtsprechung einen Tabellenlohnabzug rechtfertigte (tiefere Entlohnung) und heute bei der Arbeits(un)fähigkeit zu berücksichtigen wäre.

Auch wirkt es mitunter etwas *theoretisch* und *abstrakt* («realitätsfremd»), wenn in medizinischen Stellungnahmen Arbeitsplätze und Berufe – und nicht Funktionen – umschrieben werden, ohne dass eine *interdisziplinäre* Abklärung unter Beizug entsprechender Fachpersonen des Arbeitsmarktes und der Berufsberatung stattgefunden hat:

1. «Aus interdisziplinärer Sicht kamen die Gutachter zum Schluss, dass der Beschwerdeführerin die angestammte Tätigkeit als ... aus orthopädischer Sicht vollzeitig und aus psychiatrischer Sicht zu 50% zumutbar sei (rund vier Stunden täglich an fünf Tagen in der Woche), wobei die Tätigkeit in Heimarbeit ausgeübt und angepasst werden müsse (kein Zeit- und Leistungsdruck, Pausen, sehr wohlwollender Arbeitgeber, der die Arbeitsaufträge bringe und abhole [sic!]).»¹³⁴
2. «Gutachter Dr. B. nannte dagegen als Diagnose eine ängstlich-vermeidende Persönlichkeitsstörung mit unreifen und haltlosen Zügen bei komplexer Traumatisierung (...) Dr. B. attestierte für die angestammte Tätigkeit als Recyclist eine Arbeitsunfähigkeit von 100 %. Für eine angepasste Tätigkeit sei erforderlich, dass der Beschwerdeführer diese alleine zu Hause durchführen könne. Als Beispiel gab er die Tätigkeit als Messerschleifer an, wobei der Beschwerdeführer jemanden benötige, der Aufträge akquiriere und die Messer abhole und zurückbringe [sic!]. Für eine solche Tätigkeit attestierte der Gutachter eine Arbeitsfähigkeit von 100 % (...).»¹³⁵
3. «Die IV-Stelle weist zu Recht darauf hin, dass der (theoretisch) ausgeglichene Arbeitsmarkt, der hier massgeblich ist (...), - gerade - im kaufmännischen Bereich diverse Arbeitsstellen vor sieht, welche grossmehrheitlich auch von zu Hause aus ausgeführt werden können, da sie nicht an einen bestimmten Arbeitsort gebunden sind. Die wirtschaftliche Verwertbarkeit der attestierten 80%igen Arbeitsfähigkeit ist demzufolge zu bejahen.»¹³⁶

Bemerkung: Gemäss der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE) 2019 und 2020 gaben im realen Arbeitsmarkt gerade einmal 3 % (2019) bzw. 4 % (2020) der Erwerbstätigen an, sie würden mehr als 50 %

¹³² BGer, 8C_735/2021, 17.3.22, E. 4.3.

¹³³ BGer, 9C_796/2013, 28.1.14, E. 3.4.

¹³⁴ VGer BE, 200 20 112 IV, 25.2.20, E. 3.2.3.

¹³⁵ SVGer ZH, IV.2021.00383, 11.11.21, E. 5.1.

¹³⁶ BGer, 9C_15/2020, 10.12.20, E. 6.2.3.

ihrer Arbeitszeit von zu Hause aus (sog. Teleheimarbeit) leisten.¹³⁷ Ausschliessliche Heimarbeit scheint demnach – ohne weitere Abklärungen im Einzelfall – im genannten Zeitraum eine realitätsfremde Einsatzmöglichkeit gewesen zu sein.¹³⁸

- 91 Die Definition des Anforderungsprofils von Tätigkeiten auf dem allgemeinen ausgeglichenen Arbeitsmarkt ist *keine medizinische Aufgabe*. Es überrascht daher nicht, dass die Umschreibung der optimal leidensangepassten Tätigkeiten in medizinischen Gutachten und Stellungnahmen teilweise arbiträr und abstrakt ausfällt: «Man operiert mit einem idealen, angepassten Arbeitsplatz, ohne diesen zu kennen, gibt also im Ergebnis eine Beurteilung ab, die gewissermassen notwendig "ins Blaue" zielen muss.»¹³⁹
- 92 An dieser Stelle wäre eine *interdisziplinäre* Zusammenarbeit zwischen medizinischen Fachpersonen und Fachpersonen anderer Disziplinen – etwa Fachpersonen der Analyse, Bewertung und Gestaltung von Arbeitstätigkeiten – besonders wichtig. Basierend auf realen Anforderungsprofilen von Tätigkeiten wären interdisziplinär Schlüsselanforderungen festzulegen, an denen sich medizinische Einschätzungen orientieren könnten (dazu unten Rz. 116 ff. und Rz. 146 ff.).

3. Zwischenfazit

- 93 Die mit der 7. IV-Revision vom Verordnungsgeber angestrebte weitgehende Abschaffung des Tabellenlohnabzugs¹⁴⁰ – nach der Rechtsprechung ein Korrekturinstrument von (vermeintlich) «überragender Bedeutung» bei einer Invaliditätsbemessung mittels Lohnstatistiken (Tabellenlöhnen)¹⁴¹ – soll namentlich durch eine konsequente Berücksichtigung leidensbedingter (qualitativer und quantitativer) Einschränkungen bei der Einschätzung der funktionellen Leistungsfähigkeit kompensiert werden. Diese Einschätzung erfolgt durch *medizinische* Fachpersonen, namentlich durch die RAD, und soll in einer gesamthaften Prozenteinschätzung der Arbeitsfähigkeit resultieren.
- 94 Dieser Ansatz des Verordnungsgebers ist nach zutreffender Auffassung von *Ulrich Meyer* und *Marco Reichmuth* nicht sachgerecht und (daher) nicht gesetzeskonform.¹⁴² Bei der Folgenabschätzung der erhobenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen für die Arbeitsfähigkeit kommt den medizinischen Fachpersonen keine abschliessende Beurteilungskompetenz zu.¹⁴³ Die medizinischen Arbeitsunfähigkeitseinschätzungen verlieren

¹³⁷ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kultur-medien-informationsgesellschaft-sport/informationsgesellschaft/gesamtindikatoren/volkswirtschaft/teleheimarbeit.html> (besucht am 15.10.23).

¹³⁸ MEIER 2021, Rz. 24 f.

¹³⁹ SCHLAURI 2000, S. 182.

¹⁴⁰ Zum per 1.1.24 eingeführten Pauschalabzug siehe unten Rz. 152 f.

¹⁴¹ BGE 148 V 174 E. 9.2.2.

¹⁴² MEYER/REICHMUTH 2022, Art. 28a N 3, 104.

¹⁴³ BGE 140 V 193 E. 3.2; oben Rz. 17.

an Qualität, wenn man von ihnen eine möglichst abschliessende Beurteilung des *erwerblichen* Leistungsvermögens erwartet. Gefragt ist vielmehr eine interdisziplinäre Zusammenarbeit von Ärztinnen und Ärzten mit Fachpersonen des Arbeitsmarktes und der Berufsberatung, orientiert an den «wirklichen Möglichkeiten bei ausgeglichenem Arbeitsmarkt».¹⁴⁴

III. Legislatorsische Ansätze für eine realitätsgerechte Beurteilung

Im Lauf der Zeit haben Gesetzgeber sowie Verwaltungs- und Gerichtspraxis mehrere Ansätze hin zu einer realitätsgerechten Beurteilung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit entwickelt. Zwei dieser Ansätze sollen nachfolgend kurz vorgestellt werden: die beruflichen Abklärungsstellen (BEFAS) (III./1.) und ein zwingendes interprofessionelles Assessment, welche im Rahmen der (gescheiterten) IV-Revision 6b diskutiert wurde (III./2.). Beide Ansätze können auch bei der Diskussion von Lösungsansätzen berücksichtigt werden (unten Rz. 132 ff.).⁹⁵

1. Berufliche Abklärungsstellen (BEFAS)¹⁴⁵

Der Wandel der Arbeits- und Erwerbsunfähigkeitseinschätzungen zeigt sich gut in der veränderten Stellung der berufspraktischen Abklärungen. Noch bis zum bereits mehrfach erwähnten Urteil *Leonardelli* unterstrich das EVG die hohe Bedeutung solcher Abklärungen: «Der Arzt sagt, inwiefern der Versicherte in seinen körperlichen bzw. geistigen Funktionen durch das Leiden eingeschränkt ist (...). Der Berufsberater dagegen sagt, welche konkreten beruflichen Tätigkeiten aufgrund der ärztlichen Angaben und unter Berücksichtigung der übrigen Fähigkeiten des Versicherten in Frage kommen (...)».¹⁴⁶ In aktuellen Entscheiden wird diese interdisziplinäre Zusammenarbeit auf Augenhöhe mitunter deutlich abgeschwächt oder gar infrage gestellt.¹⁴⁷⁹⁶

Bei der Schaffung beruflicher Abklärungsstellen (BEFAS) im Jahr 1980 umschrieb das BSV ihre Aufgabe wie folgt: «[W]as sind mögliche und zumutbare leichte Arbeiten, in welchem Umfange und mit welchen Lohnchancen können diese in der freien Wirtschaft⁹⁷

¹⁴⁴ WIH (1.1.85), Rz. 73, siehe oben Rz. 59.

¹⁴⁵ Dieser Teil des Gutachtens stammt weitgehend aus EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER 2021, Rz. 50 ff.

¹⁴⁶ BGE 107 V 17 E. 2b (Hervorhebung beigelegt).

¹⁴⁷ Statt vieler: BGer, 8C_334/2018, 8.1.19, E. 4.2.1; differenzierend: BGer, 9C_441/2019, 28.10.19, E. 3.1.

verrichtet werden?»¹⁴⁸ Geklärt werden sollte die «praktische Verwertbarkeit von noch vorhandener Arbeitsfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt».¹⁴⁹

- 98 Im Jahr 1985 hat *Karl Abegg*, der damalige Leiter der BEFAS in Horw (Luzern), darauf hingewiesen, dass die möglichst *genaue Kenntnis der wirklichen Arbeits- und Berufsanforderungen* «zentrale Grundvoraussetzung» für alle ist, die eine Arbeits- bzw. Erwerbsfähigkeit zu beurteilen haben.¹⁵⁰ Die berufliche Abklärung setzt genaue, objektive und zuverlässige Kenntnisse über die Bedingungen der Arbeits- und Berufswelt voraus,¹⁵¹ welche im Einzelfall abzuklären sind.
- 99 Hierzu umriss *Abegg* einen Ansatz, nach welchem, das (Funktions-)Fähigkeitsprofil der versicherten Person mit dem Anforderungsprofil der jeweiligen Tätigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt zu vergleichen ist (in heutiger Terminologie: «*job matching*»-Ansatz):¹⁵²

«Um diese Erwerbsfähigkeit beurteilen zu können, sind zwei Daten miteinander zu vergleichen.

Im *ersten Schritt* werden die *Voraussetzungen beim Versicherten abgeklärt*, d.h. seine körperliche Belastbarkeit, seine geistig-intellektuelle Leistungsfähigkeit und seine psychischen Reserven. Mit Tests, Arbeitsproben, beim Einsatz in der Produktion versuchen wir, möglichst objektiv die qualitative und quantitative Leistungsgrenze des Versicherten zu bestimmen.

Sie selbst wissen aus eigener Erfahrung, dass es bei solchen Abklärungen immer auch um die Frage geht: Kann der Versicherte wirklich nicht arbeiten? Oder will er nicht? Oder auch: Kann er nicht mehr arbeiten wollen? Diese sehr wichtigen Fragen versuchen wir durch Beobachtungen über längere Zeit, durch intensive Gespräche und nicht zuletzt durch eine psycho-analytische Testabklärung zu beantworten. Wir hoffen so, das echte psychische Unvermögen vom unechten, bewusst gesteuerten Verhalten zu unterscheiden.

Sind die Leistungsgrenzen eines Versicherten einigermaßen bekannt, d.h. sind die Daten über Einsatzmöglichkeiten und Grenzen festgelegt, so geht es in einem *zweiten Schritt* darum, diese Daten mit den *Anforderungsprofilen der Arbeitsplätze in der freien Wirtschaft* zu vergleichen. Gibt es konkrete Arbeits- und Einsatzmöglichkeiten, an denen der Versicherte noch ein Erwerbseinkommen realisieren könnte? Gibt es Arbeitgeber, die in ihrem Betrieb Arbeitsplätze anbieten, denen der Versicherte mit seinen Leistungsgrenzen gewachsen wäre? Welchen Verdienst könnte er noch erreichen? Dabei sind unseres Erachtens die auch sonst üblichen Massstäbe und Anforderungsprofile an neue Mitarbeiter anzuwenden.

Aus dem Vergleich zwischen den Voraussetzungen beim Versicherten und den Anforderungsprofilen der freien Wirtschaft resultiert dann unsere Beurteilung der Resterwerbsfähigkeit. Unberücksichtigt lassen wir dabei, ob solche Arbeitsplätze zur Zeit auch frei sind oder nicht.»

- 100 Je stärker indes Verwaltungs- und Gerichtspraxis den Arbeitsmarkt wegdefinieren, desto entbehrlicher werden berufliche bzw. berufspraktische Abklärungen («zweiter

¹⁴⁸ ZAK 1980, S. 550 ff., S. 550.

¹⁴⁹ ZAK 1980, S. 550 ff., S. 550.

¹⁵⁰ Dazu und zum Folgenden: ABEGG 1985, S. 250; daran anknüpfend EGLI 2020, S. 107.

¹⁵¹ ABEGG 1985, S. 250;

¹⁵² ABEGG 1985, S. 248 (Hervorhebungen und zusätzliche Gliederung beigefügt).

Schritt»). So rief das BSV bereits im Jahr 1986 in Erinnerung, dass die BEFAS nur «in besonderen Fällen» beizuziehen seien.¹⁵³

2. Interprofessionelles Assessment (IV-Revision 6b)

Massgeblich gestützt auf einen Forschungsbericht, der bei Invalidisierungen aus psychischen Gründen eine vertiefte Dossieranalyse vorgenommen hatte, führte der Bundesrat im Jahr 2010 aus, Rentenprüfungen würden häufig allein anhand medizinischer Diagnosen erfolgen, «ohne dass deren Folgen auf die für den Erwerbsprozess massgebliche funktionelle Leistungsfähigkeit systematisch untersucht und aufgezeigt worden wären».¹⁵⁴ Eine genaue Kenntnis der arbeitsrelevanten Krankheitsfolgen, also der funktionellen Einschränkungen, sei vor allem auch für rehabilitative Massnahmen (Eingliederung) entscheidend.¹⁵⁵

Für eine erfolgreiche Eingliederung sei eine integrierte Beurteilungspraxis unter Einbezug medizinischer und berufsbezogener Elemente notwendig.¹⁵⁶

«Es ist also zwingend, dass die IV in Zukunft zwingend auf eine ganzheitliche eingliederungs- und ressourcenorientierte Abklärung abzustellen ist, die unter Einbezug von Fachspezialistinnen und Fachspezialisten verschiedener Berufsrichtungen, insbesondere der behandelnden Ärztinnen und Ärzte, die medizinische, arbeitsmarktliche und soziale Situation der versicherten Person berücksichtigt.»¹⁵⁷

Der Vorentwurf zur IV-Revision 6b sah ein laufendes, arbeitsmarktlich-medizinisch orientiertes *interprofessionelles Assessment* zur Abklärung der Eingliederungsfähigkeit vor.¹⁵⁸ In der IV sei «zwingend ein ganzheitliches eingliederungsorientiertes Abklärungsverfahren einzuführen».¹⁵⁹ Ziele eines solchen Assessments seien eine ressourcenorientierte *Gesamtbeurteilung der medizinischen, arbeitsmarktlichen und sozialen Situation*, eine von den involvierten Fachspezialisten verschiedener Professionen gemeinschaftlich getragene Beurteilung der Situation der Versicherten sowie ein Entscheid zur anwendbaren Strategie: Rente, Eingliederung oder Rente und Eingliederung.¹⁶⁰

¹⁵³ BSV, BEFAS-Abklärungen, ZAK 1986, S. 324 ff.

¹⁵⁴ Bericht Vorentwurf 6b, S. 48 (Hervorhebung beigefügt).

¹⁵⁵ BAER/FRICK/FASEL 2009, S. XVII.

¹⁵⁶ Botschaft 2011, S. 5738.

¹⁵⁷ Botschaft 2011, S. 5750.

¹⁵⁸ Art. 7^{cquater} VE-IVG. «Die IV-Stelle bestimmt die Eingliederungsfähigkeit in der Regel anhand eines interprofessionellen Assessments. Dabei werden nur medizinische und berufliche Kriterien berücksichtigt.» (Abs. 1) «Das interprofessionelle Assessment dient dazu: a. den Eingliederungsbedarf zu erheben; b. den möglichen Erfolg der Frühinterventions- und Eingliederungsmassnahmen zu beurteilen; c. die für die versicherte Person angemessenen Eingliederungsmassnahmen zu planen.» (Abs 2).

¹⁵⁹ Bericht Vorentwurf 6b, S. 54.

¹⁶⁰ Bericht Vorentwurf 6b, S. 54.

- 104 Die Assessmentergebnisse sollten ebenfalls in den *Rentenentscheid* einfließen und überhaupt sollten die medizinischen Abklärungen parallel und insbesondere «verlinkt» mit der Eingliederung erfolgen müssen – etwa indem im Rahmen eines Arbeitsversuches die Festlegung der funktionellen Leistungsfähigkeit gestützt auf die konkreten Tätigkeiten an diesem «Testarbeitsplatz» und unter Einbezug der Einschätzungen des «Arbeitgebers» erfolge.¹⁶¹
- 105 Da eine ausdrückliche Regelung eines interprofessionelles Assessments in der Vernehmlassung abgelehnt worden war, verzichtete der Bundesrat in der Botschaft auf einen entsprechenden Vorschlag.¹⁶² Gleichzeitig hielt der Bundesrat an einer *ganzheitlichen* und *interprofessionell ausgerichteten Abklärung* im Hinblick auf die Eingliederung fest und unterstrich deren Bedeutung auch für die Rentenfrage.¹⁶³
- 106 In diesem Zusammenhang wollte der Bundesrat auch den Begriff der *Eingliederungsfähigkeit* ausdrücklich gesetzlich definieren.¹⁶⁴ Er begründete dies damit, dass der Begriff der Arbeitsunfähigkeit defizitorientiert ausgerichtet sei («medizinisch bedingte Unfähigkeit, in einer bisherigen Tätigkeit eine zumutbare Arbeit zu leisten»), während die Eingliederungsfähigkeit auf eine *ressourcenorientierte Gesamtbetrachtung* ziele.¹⁶⁵
- «Wie in Artikel 6 ATSG umschrieben, bezeichnet die Arbeitsunfähigkeit die medizinisch bedingte Unfähigkeit, im bisherigen Aufgabenbereich Arbeit zu leisten. Erst bei lang andauernder Arbeitsunfähigkeit wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf berücksichtigt. Weder in der ersten noch in der zweiten Phase ist eine mögliche Eingliederung Gegenstand der Begriffsdefinition. Entsprechend wird in den Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht auf für die Eingliederung wesentliche Aspekte Bezug genommen: So wird weder umschrieben, welche konkreten Aspekte einer Tätigkeit nicht mehr bewältigt werden können, noch welche konkreten Verrichtungen noch möglich wären. Auch fehlt jeglicher Hinweis darauf, wie die motivationale oder soziale Situation der versicherten Person aussieht und welche allenfalls sinnvollen rehabilitative Schritte eingeleitet werden sollten.»¹⁶⁶
- 107 Die Aussagen in der Botschaft stützten sich auf den bereits erwähnten Bericht «Dossieranalyse der Invalidisierungen aus psychischen Gründen» aus dem Jahr 2009, der solche Arbeits(un)fähigkeitsbeurteilungen allerdings deutlich kritisierte.¹⁶⁷ Das ärztliche Wissen werde vor allem für die Rentenprüfung verwendet statt prioritär für die

¹⁶¹ Bericht Vorentwurf 6b, S. 56.

¹⁶² Botschaft 2011, S. 5778.

¹⁶³ Botschaft 2011, S. 5749 ff.

¹⁶⁴ Art. 7a^{bis} E-IVG: «Ist eine versicherte Person objektiv in der Lage, an Frühinterventions- oder Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen, so gilt sie als eingliederungsfähig.» (Abs. 1) «Die Eingliederungsfähigkeit ist unabhängig von einer Arbeitsunfähigkeit nach Artikel 6 ATSG.» (Abs. 2) «Die IV-Stelle beurteilt die Eingliederungsfähigkeit der versicherten Person aufgrund von medizinischen und beruflichen Kriterien.» (Abs. 3).

¹⁶⁵ Botschaft 2011, S. 5783 ff.

¹⁶⁶ –Botschaft 2011, S. 5783.

¹⁶⁷ BAER/FRICK/FASEL 2009, S. XVII f., 214 ff.

Eingliederung. Es sollten *integrierte Abläufe* erarbeitet werden.¹⁶⁸ Die notwendige Funktionsdiagnostik fehle ebenso wie das rehabilitative Denken.¹⁶⁹ Der für die Eingliederung wie Rentenprüfung zentrale *Zusammenhang von Krankheit und Erwerbsunfähigkeit* bleibe meistens unklar.¹⁷⁰

«Eine Schizophrenie-Diagnose inklusive einer differenzierten Symptomschilderung bedeutet an sich weder eine Rentenbedürftigkeit noch eine Massnahmeunfähigkeit. Nur die *Konsequenzen* dieser Schizophrenieerkrankung geben darüber Aufschluss - und diese sind je nach Person, deren persönlichen und Umwelt-Ressourcen, der Art des Arbeitsplatzes, der sozialen Unterstützung, der Güte der psychiatrischen Behandlung etc. sehr unterschiedlich. Analysiert man die ärztliche Begutachtung vor Berentung so zeigt sich, dass die *Aussagen über die funktionellen Einschränkungen normalerweise nicht aussagekräftig* sind. Die meisten Darstellungen beinhalten Aussagen wie "ist nicht belastbar", "ist nicht stabil", "ist nicht leistungsfähig" oder ähnlich. (...)

Folgende Fragen bleiben unbeantwortet: Warum und in welchen Aktivitäten ist jemand nicht belastbar? Welche Situationen erlebt der Versicherte als belastend? Was könnte ihm zu mehr Belastbarkeit verhelfen? Welche konkreten Funktionseinschränkungen sind vorhanden und – vor allem bei psychisch Kranken – welche subjektiven Einschränkungen sind vorhanden (spezifische, Ängste, Phantasien, Misstrauen etc.)? Wesentlich wären auch Hinweise darauf, ob sich die festgestellten Funktionseinschränkungen beispielsweise durch Training beheben lassen (...). (...)

Berufliche Massnahmen können aber erst dann wirklich wirksam werden, wenn die Ärzte die *funktionellen Konsequenzen* der Erkrankung ausführen und aus psychiatrischer Sicht darlegen, welche *Arbeitsprobleme* vorhanden sind und *wie diese mit der Erkrankung zusammen hängen*. Dies würde die Rentenbeurteilung erleichtern und auch nachvollziehbarer machen und vor allem überhaupt erst eine rehabilitative Indikationsstellung ermöglichen. Ebenfalls problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass ärztlicherseits die Arbeitsbiografie selten in einem Mass erhoben wird, das Auskunft geben könnte, unter welchen Umständen welche Probleme aufgetreten und wohl auch künftig zu erwarten sind.»¹⁷¹

Die Beurteilung der funktionellen Leistungsfähigkeit gehört seit der 5. IV-Revision zum Auftrag des RAD (oben Rz. 69 ff.). Das im Gutachtensauftrag geschilderte Beispiel zeigt aber, dass bis heute Einschätzungen zur Arbeitsunfähigkeit vorliegen, die für die versicherten Personen und ihre Anwältinnen und Anwälte kaum nachvollziehbar sind und mitunter etwas arbiträr erscheinen (oben Rz. 1 ff.). Gleichzeitig hat das Bundesgericht mit BGE 141 V 281 (2015) anerkannt und unterstrichen, dass sich die Arbeitsunfähigkeit «gleichsam aus dem Saldo aller wesentlichen Belastungen und Ressourcen» ableitet,¹⁷² was die Notwendigkeit einer eigenen Legaldefinition der Eingliederungsfähigkeit zweifelhaft erscheinen lässt.¹⁷³

108

¹⁶⁸ BAER/FRICK/FASEL 2009, S. XXII

¹⁶⁹ BAER/FRICK/FASEL 2009, S. XXIII.

¹⁷⁰ BAER/FRICK/FASEL 2009, S. 215.

¹⁷¹ BAER/FRICK/FASEL 2009, S. 215 f. (Hervorhebungen beigefügt).

¹⁷² BGE 141 V 281 E. 3.4.2.1; dazu z.B. JEGGER 2023, S. 48.

¹⁷³ Auf sie wurde dann auch im Rahmen der 7. IV-Revision (WEIV) verzichtet, Botschaft 2017, S. 2630 f.

- 109 Für eine *ressourcenorientierte Gesamtbetrachtung* braucht es wohl weniger neue Legaldefinitionen als eine Verwaltungs- und Gerichtspraxis, welche den «mehrdimensionalen Invaliditätsbegriff»¹⁷⁴ nicht durch Abstraktionen und Fiktionen im erwerblichen Bereich seiner Mehrdimensionalität beraubt. Umso wichtiger erscheint eine *ganzheitliche* und *interprofessionell ausgerichtete Abklärung* als wichtiger Baustein für eine erfolgreiche Eingliederung, gerade bei Menschen mit psychischen Leiden sowie als Element für eine allfällige Rentenprüfung.

D. Standortbestimmung und Lösungsansätze

I. «Verwertbarkeitsvermutung» und ihre Grenzen

- 110 Aus dem geschichtlichen Rückblick ergibt sich, dass es – entgegen BGE 148 V 174 – *kein* gesetzliches Konzept für eine weitgehend fiktive Betrachtung des ausgeglichenen Arbeitsmarktes gibt.¹⁷⁵ Weiter hat sich gezeigt, dass das Bundesgericht *parallel* zur zunehmend fiktiven Betrachtung des allgemeinen Arbeitsmarktes und damit der Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit in ständiger Rechtsprechung hervorhebt, es dürfe nicht von *realitätsfremden Einsatzmöglichkeiten* ausgegangen werden (oben Rz. 60). Das erscheint auf den ersten Blick *widersprüchlich*, erklärt sich aber zumindest teilweise durch das gesetzliche Konzept der Erwerbsunfähigkeit nach Art. 7 ATSG.

1. Grundlagen

- 111 Versichert ist in der Invalidenversicherung die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise *Erwerbsunfähigkeit* und nicht die *Erwerbslosigkeit*.¹⁷⁶ Damit geht eine *Abstrahierung* von den tatsächlichen Verhältnissen einher: Unter Erwerbsfähigkeit ist das *Erwerbspotenzial* einer Person und nicht ihre konkrete Erwerbssituation zu verstehen: Es genügt daher, dass einer versicherten Person bei durchschnittlicher Konjunkturlage (= ausgeglichene Arbeitsmarktlage) eine realistische Erwerbchance verbleibt («Erwerbsfähigkeit»). Das Finden der Arbeitsstelle ist nicht versichert. Hingegen bedeutet die durch die Erwerbsunfähigkeit bedingte Abstrahierung nicht, dass von den persönlichen Verhältnissen der versicherten Person abgesehen werden darf. Versichert ist das *Erwerbspotenzial eines konkreten Menschen* und nicht das

¹⁷⁴ Botschaft 2011, S. 5785.

¹⁷⁵ Ebenso MOSIMANN 2023, S. 121 ff.; MOSIMANN/GEHRING 2023, S. 76; GÄCHTER/MEIER 2022, Rz. 35 ff.; siehe auch MEYER/REICHMUTH 2022, Art. 28a N 146, die auf eine «realistische Betrachtungsweise» hinweisen.

¹⁷⁶ Oben Rz. 15; dazu und zum Folgenden vertieft EGLI 2020, S. 100 ff.

Erwerbspotenzial einer Norm- oder «Durchschnittsperson». Es gilt: «Der konkrete Fall ist ins Auge zu fassen».¹⁷⁷

Massgebend ist für die Erwerbsunfähigkeit nach Art. 7 ATSG «die nach Behandlung und Eingliederung verbleibende Erwerbsmöglichkeit in *irgendeinem* für den Betroffenen auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt in Frage kommenden Beruf. Der volle oder bloss teilweise Verlust einer solchen Erwerbsmöglichkeit gilt als Erwerbsunfähigkeit».¹⁷⁸ Die versicherte Person wird auf den *gesamten* für sie in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwiesen.¹⁷⁹ Mit anderen Worten: Die versicherte Person hat sich *de lege lata* grundsätzlich branchenübergreifend und gesamtschweizerisch auf eine zumutbare Verweisungstätigkeit einzulassen.¹⁸⁰ 112

Dabei geht die Rechtsprechung vom Grundsatz der *Selbsteingliederungspflicht* aus. Die versicherte Person hat sich «in beruflicher Hinsicht primär selbst einzugliedern».¹⁸¹ Daher gilt, dass eine medizinisch attestierte Verbesserung der Arbeitsfähigkeit grundsätzlich auf dem Weg der Selbsteingliederung verwertbar ist.¹⁸² Allerdings dürfen (auch) im Rahmen der Selbsteingliederung von einer versicherten Person «nicht realitätsfremde und in diesem Sinne unmögliche oder unzumutbare Vorkehren» verlangt werden.¹⁸³ 113

Daraus folgt: Der Begriff der Erwerbsunfähigkeit nach Art. 7 ATSG sowie der Grundsatz der Schadenminderungspflicht bilden die rechtliche Basis für die Annahme der sofortigen wirtschaftlichen Verwertbarkeit einer medizinisch-theoretischen Restarbeitsfähigkeit auf dem Weg der Selbsteingliederung. Man könnte von einer «*Verwertbarkeitsannahme*» oder «*Verwertbarkeitsvermutung*» sprechen, wonach angenommen bzw. vermutet wird, es bestehe eine Nachfrage nach Arbeit (Verweisungstätigkeiten), wie sie die versicherte Person trotz ihres invalidisierenden Gesundheitsschadens noch zu leisten 114

¹⁷⁷ GLOOR 1968, S. 146; siehe auch Art. 59 Abs. 6 IVG.

¹⁷⁸ BGE 130 V 343 E. 3.2.1 S. 346 f. (Hervorhebung beigelegt) unter Hinweis auf BBl 1991 II 185, 249; vgl. auch SGVR, Bericht und Entwurf zu einem Allgemeinen Teil der Sozialversicherung, Bern 1984, S. 39 f.

¹⁷⁹ BGE 130 V 97 E. 3.2; BGE 97 V 226 E. 2.

¹⁸⁰ RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER 2021, S. 295, basierend auf den Tabellenlöhnen der schweizerischen Lohnstrukturhebung (LSE); siehe auch Art. 25 ff. IVV.

¹⁸¹ BGE 141 V 281 E. 4.3.1.2; siehe auch BGE 148 V 397 E. 7.2.3.

¹⁸² BGer, 9C_306/2021, 11.11.22, E. 4.3.

¹⁸³ EVG, 25.1.89, publ. in: ZAK 1989 S. 319; MEYER/REICHMUTH 2022, Art. 28a N 146. Dazu führte das EVG aus, «dass männliche Hilfsarbeiter, welche vor Eintritt der Behinderung manuell tätig waren, in der Regel für Handlangerarbeiten oder andere körperliche Tätigkeiten eingestellt werden. Dies ist der ausgeglichene, Hilfsarbeitern offenstehende allgemeine Arbeitsmarkt.» Diese Rechtsprechung gelte im konkreten Fall auch bei einem *gelernten* Maler, für den eine Tätigkeit als Goldschmied «offensichtlich» nicht in Betracht falle. Auch könne von ihm nicht verlangt werden, «dass er ohne jegliche Vorbereitung eine Stelle in einem Büro annimmt» (ZAK 1989, S. 319, E. 4a S. 321 f.). Siehe auch unten Fn. 204.

vermag.¹⁸⁴ In tatsächlicher Hinsicht setzt eine solche Vermutung namentlich voraus, «dass auch gesundheitlich eingeschränkten Personen ein ihren (verbleibenden) Fähigkeiten entsprechender Arbeitsplatz offensteht»¹⁸⁵. Ansonsten schlägt die Verwertbarkeitsvermutung in eine Verwertbarkeitsfiktion um, indem eine Nachfrage nach Arbeit unterstellt wird, die es tatsächlich gar nicht gibt.

- 115 Wie erwähnt, werden die versicherten Personen auf den *gesamten* für sie in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwiesen. Dass ihnen je nach Funktionsfähigkeitsprofil ein *genügend breites, ihnen wirklich zugängliches Spektrum an zumutbaren Verweisungstätigkeiten* offensteht – das Kompetenzniveau 1 der schweizerischen Lohnstrukturerhebung (einfache Tätigkeiten körperlicher oder handwerklicher Art) umfasst im privaten Sektor über 300 Tätigkeiten¹⁸⁶ – kann realitätsbezogene («tatsächliche») Grundlage einer Verwertbarkeitsvermutung sein. Eine solche Normhypothese hat aber nur unter den kumulativen Voraussetzungen der *Realitätsnähe* (sogleich Rz. 116 ff.) wie der *Möglichkeit der Abweichung im Einzelfall* (unten Rz. 124 ff.) ihre Berechtigung im Verwaltungsvollzug.¹⁸⁷

2. Realitätsnähe der Vermutung

- 116 Entscheidend ist und bleibt, welche Arbeitsgelegenheiten einer versicherten Person auf dem für sie in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt erfahrungsgemäss *wirklich zugänglich* sind. Nur zumutbare Tätigkeiten dürfen in die Invaliditätsbemessung einfließen. Welche Tätigkeiten zugänglich sind, darf nicht nur eine *Frage administrativer oder gerichtlicher Mutmassungen über die erwerblichen Perspektiven der Versicherten* sein,¹⁸⁸ sondern muss möglichst durch empirisch valide, wissenschaftlich geprüfte Erkenntnisse über die Arbeitsmarktverhältnisse und Verdienstmöglichkeiten erhärtet werden.¹⁸⁹ Hier setzt der Lösungsansatz der Arbeitsgruppe um *Gabriela Riemer-Kafka* an, der vom

¹⁸⁴ In Anlehnung an die Formulierung bei MEYER/REICHMUTH 2022, Art. 28a N 134, die aber von einer «*abs-trakten Annahme*» (Fiktion) ausgehen.

¹⁸⁵ BGE 148 V 174 E. 9.1.

¹⁸⁶ RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER 2021, S. 289 (Stand: LSE 2018).

¹⁸⁷ Vgl. allgemein EGLI 2013, S. 76; ferner MOSIMANN 2023, S. 121 ff.

¹⁸⁸ MOSIMANN 2023, S. 124 f.; siehe auch bereits LEUZINGER NAEF 2013, S. 28: «Ob der (ausgegliche) Arbeitsmarkt Arbeitsplätze aufweist, an welchen die versicherte Person unter Berücksichtigung ihrer Behinderung eingesetzt werden kann, wird von den Rechtsanwendenden in der Regel aufgrund der Notorität und kaum je aufgrund eines Fachberichtes entschieden.»

¹⁸⁹ BSK ATSG-TRAUB, Art. 7 N 25 f.: «Berufsbilder wandeln sich genauso wie Anforderungsprofile vieler Tätigkeiten. Ideal wäre daher, wenn eine zentrale Stelle bei einer repräsentativen Auswahl von Betrieben periodische Erhebungen über konkrete Arbeitsplätze durchführte und auf dieser Grundlage standardisierte Stellenbeschriebe zuhanden aller interessierten Versicherungsträger erstellte.» Siehe auch VGer BL, Entscheid vom 13.11.96, E. 5d/bb, in: SVR 1998 IV Nr. 2.

Anliegen invaliditätskonformer Tabellenlöhne getragen ist. Die Tabellenlöhne sollen sich aus Tätigkeiten zusammensetzen, deren Anforderungs- bzw. Belastungsprofile der versicherten Person wirklich zugänglich und zumutbar sind (unten Rz. 146 ff.).

Problematisch ist es, wenn Verwaltungs- und Gerichtspraxis die Verwertbarkeitsvermutung – sprich: die Vermutung, es gebe bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage genügend zumutbare Arbeitsplätze, die einer optimal leidensangepassten Tätigkeit entsprechen – von der Realität loslösen und als *unwiderlegbare Vermutung (Fiktion)* handhaben, die keinem Beweis zugänglich ist. Dies mag den Verwaltungsvollzug erleichtern. Doch damit fällt die Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit *abstrakt* und *theoretisch* aus, da sie sich an einem *fiktiv-idealen Arbeitsplatz* auf einem fiktiven Arbeitsmarkt orientiert. 117

Im Anschluss an BGE 148 V 174 fingiert das Bundesgericht in einem jüngeren, nicht publizierten Entscheid Arbeitsgelegenheiten (Überwachungs-, Prüf- und Kontrolltätigkeiten) und erklärt unter Hinweis auf die «allgemeine Lebenserfahrung» als unerheblich, ob solche Arbeitsgelegenheiten auf dem Arbeitsmarkt *tatsächlich* vorhanden sind oder nicht: «Das kantonale Gericht ging des Weiteren davon aus, dass auf dem massgeblichen ausgeglichenen Arbeitsmarkt solche Überwachungs-, Prüf- und Kontrolltätigkeiten zur Verfügung stünden. Dies hat das Bundesgericht in konstanter Praxis stets bestätigt (...). Entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerin handelt es sich dabei *nicht um eine Vermutung, die aufgrund weiterer Beweismassnahmen umgestossen werden könnte* (...), sondern um eine aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung beurteilte, vom Bundesgericht frei überprüfbare Rechtsfrage».¹⁹⁰

Damit nähert man sich einer theoretischen und abstrakten Bestimmung der Invalidität an, was u.E. der gesetzlichen Methode der individuell-konkreten Invaliditätsbemessung (Art. 7 ATSG u. Art. 16 ATSG) widerspricht.¹⁹¹ Pointiert formuliert: Der Versicherte darf nicht auf Tätigkeiten verwiesen werden, die es für ihn nicht gibt.¹⁹² 118

«Die Verwertbarkeit der in Frage kommenden Tätigkeiten ist davon abhängig, dass diese - konkret und objektiv substantiiert - auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt auch grundsätzlich vorhanden sind (...) Ist dies nicht der Fall, so besteht Anspruch auf eine Rente (...) *Insoweit* ist die Lage des realen und aktuellen Arbeitsmarktes bei der Invaliditätsbemessung durchaus von Bedeutung. Eine Arbeitsgelegenheit im Sinne von Art. 28 Abs. 2 IVG darf also nur angenommen werden, wenn auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt genügend Stellen zu finden sind, deren Anforderungsprofil mit den gesundheitlich bedingten Einschränkungen des Versicherten vereinbar ist.»¹⁹³

Hierin liegt das entscheidende Problem der mit BGE 110 V 273 eingeleiteten Praxislinie, wonach der ausgeglichene Arbeitsmarkt «*ein theoretischer und abstrakter Begriff*» sei und namentlich einen Arbeitsmarkt voraussetze, «der einen Fächer verschiedener Tätigkeiten aufweist».¹⁹⁴ Wie es sich auf dem Arbeitsmarkt tatsächlich verhält, bleibt offen. 119

¹⁹⁰ BGer, 8C_300/2022, 2.3.23, E. 6.2 (Hervorhebung beigefügt).

¹⁹¹ Zum Willen des historischen Gesetzgebers siehe oben Rz. 39 ff.; ebenso OMLIN 1995, S. 108.

¹⁹² VGer BL, Entscheid vom 13.11.96, in: SVR 1998 IV Nr. 2.

¹⁹³ VGer BL, Entscheid vom 13.11.96, E. 5b/aa, in: SVR 1998 IV Nr. 2.

¹⁹⁴ BGE 110 V 273 E. 4b, zit. Nach Pra 74 (1985) Nr. 198 (Hervorhebung beigefügt).

Vielmehr wird diese Annahme zur Norm erklärt – und hat daher nicht mehr Tatsachen zu weichen, die im konkreten Fall aus besonderen Umständen abweichend zur «Verwertbarkeitsvermutung» festgestellt werden.¹⁹⁵ So wird aus einer dem Beweis zugänglichen Annahme eine Norm, an der auch *kontrafaktisch* festzuhalten ist. Eine solche Norm bewegt sich im «luftleeren Raum». Sie ist weder durch die Tatsachen noch durch den Willen des Gesetzgebers gedeckt.

- Verwertbarkeitsvermutung
 - Normative Grundlagen
 - Grundsatz der Selbsteingliederung / Schadenminderung
 - «Erwerbsunfähigkeit bedeutet die voraussichtliche künftige und *durchschnittliche* Beeinträchtigung der Erwerbsmöglichkeiten auf dem gesamten für den Versicherten in Betracht fallenden Arbeitsmarkt» (EVGE 1960 S. 249 mit Hinweis auf EVGE 1940 S. 120; Hervorhebung beige; Art. 7 ATSG)
 - Tatsächliche Grundlagen
 - Breites Spektrum an Verweisungstätigkeiten (KN 1 umfasst über 300 Tätigkeiten)
 - Praktikabilität
 - Grenzen der Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit

BGE 110 V 273



Abbildung: Verwertbarkeitsvermutung

120 In der Folge verweist das Bundesgericht Versicherte teilweise auf die Arbeit als Parkplatzwächter oder Museumswärter,¹⁹⁶ also auf Berufe, die es in nennenswerter Anzahl wohl tatsächlich nur noch «im Museum», aber nicht mehr auf dem allgemeinen ausgeglichenen Arbeitsmarkt gibt. Der Leiter eines RAD hat dies wie folgt auf den Punkt gebracht:

««Wenn man jetzt ganz boshaft wäre», erläutert der Leiter eines Regionalärztlichen Dienstes dieses Prinzip [des ausgeglichenen Arbeitsmarktes], «könnte man sagen, es gibt den Beruf eines Matratzentesters und eines Museumswärters. Beim einen kannst du den ganzen Tag liegen, beim anderen kannst du sitzen, stehen, laufen, reden, ruhig sein, wie du willst. Jeder, der sich bewegen kann, kann das machen»».¹⁹⁷

121 Für die Zwecke der Invaliditätsbemessung sind mögliche Verweisungstätigkeiten durch Fachpersonen des Arbeitsmarktes und der Berufsbildung zu substantiieren. Sie haben angepasste Tätigkeiten zu identifizieren, in denen sich die Gesundheitsbeeinträchtigung möglichst wenig auswirkt («*job-machting*»)¹⁹⁸. Dabei dürfen an die Konkretisierung von Arbeitsgelegenheiten und Verdienstaussichten allerdings keine übermässigen

¹⁹⁵ Dazu BK-WALTER, Art. 8 N 106.

¹⁹⁶ MOSIMANN 2023, S. 118, mit Hinweisen.

¹⁹⁷ NADAI/CANONCIA/KOCH 2015, S. 36; siehe auch MOSIMANN 2023, S. 118 f.

¹⁹⁸ RIEMER-KAFKA 2017, S. 168 Fn. 18.

Anforderungen gestellt werden,¹⁹⁹ da die Versicherten auf den *gesamten* für sie in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwiesen werden. Nur sehr vereinzelt hat die Rechtsprechung bislang vorausgesetzt, dass beim Abstellen auf Lohnstatistiken die *Bezeichnung einer konkreten (Verweisungs-)Tätigkeit* erforderlich ist.²⁰⁰

Das erscheint aus verwaltungsökonomischen Gründen nachvollziehbar, setzt aber voraus, dass die stattdessen beigezogenen Lohnstatistiken auf Tätigkeiten beruhen, die der jeweiligen versicherten Person wirklich zugänglich und zumutbar sind. Daran fehlt es zurzeit, worauf die Lehre und auch die kantonale Rechtsprechung bereits *mehrfach* und *nachdrücklich* hingewiesen haben.²⁰¹ Auf den bereits erwähnten Lösungsvorschlag der Arbeitsgruppe um *Gabriela Riemer-Kafka* wird noch einzugehen sein (unten Rz. 146 ff.).

Vereinzelt hat die Rechtsprechung allgemeine Ausführungen zur erwerblichen Verwertbarkeit typischer Funktionsfähigkeits- bzw. Zumutbarkeitsprofile getroffen, die allerdings ebenfalls empirischer Validierung und wissenschaftlicher Abstützung bedürften:

- «Es ist davon auszugehen, dass das Bedienen von Computern und automatisierten Maschinen sowie deren Überwachung und Kontrolle, wenn sie im Einsatz stehen, gewisse minimale Kenntnisse und Fähigkeiten verlangen, über welche Ungelernte, wie die Beschwerdeführerin, die immer nur einfache Hilfsarbeitertätigkeiten ausgeübt haben, ohne entsprechende Ausbildung in der Regel nicht verfügen.»²⁰²
- «Der ausgeglichene, männlichen Hilfsarbeitern oder gelernten Arbeitern offenstehende allgemeine Arbeitsmarkt beschränkt sich in der Regel auf Handlangerstellen oder andere körperliche Tätigkeiten (ZAK 1989 319 E. 4a ...)»²⁰³ Wörtlich aus dem zitierten Entscheid: «So hat das EVG anerkannt, dass männliche Hilfsarbeiter, welche vor Eintritt der Behinderung manuell tätig waren, in der Regel für Handlangerarbeiten oder andere körperliche Tätigkeiten eingestellt werden. Dies ist der ausgeglichene, Hilfsarbeitern offenstehende allgemeine Arbeitsmarkt.»²⁰⁴
- «Zum Disput, ob es heutzutage überhaupt noch ausreichend Stellen mit reinen Überwachungs- und Kontrollfunktionen gebe, (...) ist der Beschwerdeführerin insofern zuzustimmen, dass in Folge des technologischen Fortschritts, der Automatisierung, der Verlagerung von Arbeitsprozessen ins Ausland sowie der Integration von Kontroll- und Überwachungsfunktionen in den Arbeitsprozess in Kombination mit neuen Instrumenten der Personalentwicklung (wie Job Rotation, Job Enlargement und Job Enrichment) die Anzahl an Arbeitsstellen mit reinen Kontroll- und Überwachungstätigkeiten, welche keine besonderen Berufsausbildungen und -kenntnisse erfordern und daher von Hilfskräften ausgeführt

¹⁹⁹ BGE 138 V 457 E. 3.1.

²⁰⁰ So namentlich für die Unfallversicherung EVG, U 34/2003, 28.1.04, E. 4.3, gefunden bei MOSIMANN/GEHRING 2023, S. 72; *anders* statt vieler: BGer, 8C_547/2019, 8.10.19, E. 5.2. («keine konkreten Arbeitsstellen nachzuweisen»), dazu EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER 2021, Rz. 78, mit weiteren Hinweisen.

²⁰¹ RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER 2021, *passim*; EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER 2021, Rz. 704 ff.; aus der Rechtsprechung: OGer SH, OGE 63/2021/28, 28.10.22, E. 7.4 (Minderheitsvotum).

²⁰² BGer, 9C_304/2018, 5.11.18, E. 5.2.3; MEYER/REICHMUTH 2022, Art. 28a N 146; dazu gibt es allerdings auch widersprechende Urteile siehe EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER 2021, Rz. 92, 204, 209 f.

²⁰³ MEYER/REICHMUTH 2022, Art. 28a N 146.

²⁰⁴ EVG, 25.1.89, publ. in: ZAK 1989, S. 319. Andere Akzente setzt dagegen – unter Hinweis auf BGE 110 V 273 – EVG, 30.4.91, publ. in: ZAK 1991, S. 318, E. 3b S. 321.

werden können, in den beiden letzten Jahrzehnten sukzessive abgenommen hat und auch noch weiter abnehmen dürfte (...)²⁰⁵

3. Abweichung im Einzelfall

124 Das Bundesgericht hat schon mehrfach Grenzen der Verwertbarkeitsvermutung *im konkreten Einzelfall* anerkannt.²⁰⁶ Wie bereits erwähnt, dürfen von einer versicherten Person «nicht realitätsfremde und in diesem Sinne unmögliche oder unzumutbare Vorkehren» verlangt werden.²⁰⁷ Etabliert ist folgender Grundsatz: Je enger umschrieben das Funktionsfähigkeitsprofil (Zumutbarkeitsprofil) der versicherten Person und damit der Kreis der geeigneten Verweisungstätigkeiten ist, desto weiter geht die Abklärungs- und Substantiierungspflicht der Verwaltung bei der Bezeichnung entsprechender Arbeitsgelegenheiten.²⁰⁸ Hierzu sind geeignete Abklärungsinstrumente erforderlich, die wissenschaftlichen Standards genügen und interdisziplinär (gesundheitlich/erwerblich) ausgerichtet sind.

125 In der jüngeren Rechtsprechung umschreibt das Bundesgericht die Grenzen der Verwertbarkeitsvermutung im konkreten Fall mitunter anhand folgender Kriterien:

«Die Möglichkeit einer versicherten Person, das verbliebene Leistungsvermögen auf dem allgemeinen ausgeglichenen Arbeitsmarkt zu verwerten, hängt von den *konkreten Umständen des Einzelfalles* ab. Massgebend sind rechtsprechungsgemäss

- die *Art und Beschaffenheit des Gesundheitsschadens und seiner Folgen*,
- der *absehbare Umstellungs- und Einarbeitungsaufwand* und in diesem Zusammenhang auch
 - die Persönlichkeitsstruktur,
 - vorhandene Begabungen und Fertigkeiten,
 - Ausbildung,
 - beruflicher Werdegang oder
 - die Anwendbarkeit von Berufserfahrung aus dem angestammten Bereich (...)

Beim ausgeglichenen Arbeitsmarkt handelt es sich um eine theoretische Grösse, so dass nicht leichthin angenommen werden kann, die verbliebene Leistungsfähigkeit sei unverwertbar (...) Unverwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit ist anzunehmen, wenn die zumutbare Tätigkeit in nur so eingeschränkter Form möglich ist, dass sie der ausgeglichene Arbeitsmarkt praktisch nicht kennt oder sie nur unter nicht realistischem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich wäre und das Finden einer entsprechenden Stelle daher zum Vornherein als ausgeschlossen erscheint (...)²⁰⁹

²⁰⁵ VGer SG, IV 2021/75, 16.3.22, E. 4.2.3.

²⁰⁶ Siehe auch LEUZINGER NAEF 2013, S. 30 f., 44.

²⁰⁷ EVG, 25.1.89, publ. in: ZAK 1989, S. 319; MEYER/REICHMUTH 2022, Art. 28a N 146.

²⁰⁸ Z.B. BGer, 8C_95/2020, 14.5.20, E. 5.2.2; BGer, 9C_898/2017, 25.10.18, E. 3.3.1; MEYER/REICHMUTH 2022, Art. 28a N 146.

²⁰⁹ BGer, 9C_403/2022, 15.3.23, E. 5.1 (Hervorhebungen und Gliederung beigefügt); ferner: BGer, 8C_52/2022, 2.6.22, E. 2.3.2.

Vereinzelt berücksichtigt das Bundesgericht auch die Erkenntnisse aus dem Eingliederungsverfahren: In einem ersten Fall war eine 53-jährige Versicherte betroffen, die nur über eine Anlehre verfügte und in ihrem Berufsleben vorwiegend als Betriebsmitarbeiterin mit der Fertigung von Schuhen beschäftigt war, wobei der Versicherten manuelle Belastungen gesundheitsbedingt nicht mehr zumutbar waren: 126

«Die Problematik wird allerdings dadurch entschärft, dass das kantonale Gericht einen Anspruch auf Arbeitsvermittlung (Art. 18 Abs. 1 IVG) anerkannt hat. Die soeben aufgeworfene Frage nach dem grundsätzlichen Vorhandensein geeigneter Verweisungstätigkeiten wird sich allenfalls im Zuge der Vermittlungsbemühungen der Invalidenversicherung klären. Erwiese es sich als nicht möglich, die Beschwerdeführerin im Arbeitsmarkt zu platzieren, so könnte dies eine negative Antwort implizieren, sofern die Versicherte ihren Mitwirkungspflichten bei der beruflichen Integration vollumfänglich nachgekommen ist und auch deutlich wird, dass der ausbleibende Eingliederungserfolg nicht der konjunkturellen, sondern der strukturellen Verfassung des Arbeitsmarktes geschuldet ist.»²¹⁰

In einem weiteren Entscheid nahm das Bundesgericht diese Erwägungen auf und hielt fest: 127

«Für die Invaliditätsbemessung ist somit grundsätzlich nicht darauf abzustellen, ob eine invalide Person unter den konkreten Arbeitsmarktverhältnissen vermittelt werden kann, sondern einzig darauf, ob sie die ihr verbliebene Arbeitskraft noch wirtschaftlich nutzen könnte, wenn die verfügbaren Arbeitsplätze dem Angebot an Arbeitskräften entsprechen würden (...). Massgebend ist der Arbeitsmarkt von seiner Struktur her, jedoch abstrahiert von den konjunkturellen Verhältnissen (...). Gleichwohl können für die Frage der Verwertbarkeit der verbliebenen Restarbeitsfähigkeit auf dem aus medizinisch-theoretischer Sicht grundsätzlich in Betracht fallenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt unter Umständen auch erfolglose Bemühungen um eine Anstellung trotz fachlicher Unterstützung insbesondere durch die Invalidenversicherung im Rahmen von Arbeitsvermittlung (Art. 18 Abs. 1 IVG) von Bedeutung sein. Voraussetzung ist, dass die versicherte Person ihren Mitwirkungspflichten bei der beruflichen Integration vollumfänglich nachgekommen ist und auch deutlich wird, dass der fehlende Eingliederungserfolg nicht der konjunkturellen, sondern der strukturellen Verfassung des Arbeitsmarktes geschuldet ist (Urteil I 56/07 vom 3. Oktober 2007 E. 3.2.1). Von Relevanz sind auch die Dauer und die Intensität der Bemühungen, ob lediglich lokal oder regional oder sogar in einem grösseren Gebiet gesucht wurde, ob die nachgefragten Stellen dem medizinischen Anforderungsprofil und den Ergebnissen der beruflichen Abklärung effektiv entsprachen und verschiedenste in Betracht fallende Tätigkeiten umfassten sowie die Gründe, weshalb es zu keiner Anstellung kam.»²¹¹

Diese Entscheide sind äusserst bemerkenswert, weil sie auf die Wichtigkeit von *Informationen aus dem konkreten Verfahren* hinweisen.²¹² Liegen keine gesicherten allgemeinen bzw. statistischen Informationen über die Zusammensetzung des Arbeitsmarktes vor, nimmt die Bedeutung solcher Abklärungsmassnahmen im Einzelfall zu. Dass das Bundesgericht auf die erfolglosen Bemühungen um eine Anstellung abstellt, ist ein 128

²¹⁰ BGer, I 56/07, 3.10.07, E. 3.2.1.

²¹¹ BGer, 9C_941/2012, 20.3.13, E. 4.1.2.

²¹² So BSK ATSG-TRAUB, Art. 7 N 25.

möglicher Weg, auch wenn der Arbeitsmarkt rechtsprechungsgemäss nicht leichthin für «verschlossen» erklärt werden kann.²¹³

- 129 Diese Hürde ist aber übersprungen, wenn die beruflichen Abklärungen ergeben, dass das Finden einer Stelle ein nicht realistisches Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers voraussetzt und damit zum «Glücksfall» wird,²¹⁴ beispielsweise aufgrund einer *Kumulation von limitierenden Faktoren* wie etwa geringer Beschäftigungsgrad, erhebliche gesundheitliche Beeinträchtigungen, Alter und fehlende Ausbildung.²¹⁵ In solchen Fällen sind die (rein theoretisch verfügbaren) Stellen auf dem für den Versicherten individuell in Betracht kommenden Arbeitsmarkt auch bei durchschnittlicher Konjunkturlage derart selten und zufällig, dass sie ihm praktisch nicht offenstehen.²¹⁶ Es wäre zu begrüssen, wenn das Bundesgericht diese individualisierte und realitätsbezogene Betrachtungsweise wieder vermehrt aufgreifen und bei der Einzelfallbeurteilung einen *realitätsgerechten Massstab* anlegen würde.

4. Zwischenfazit

- 130 Nach hier vertretener Auffassung bietet die Gerichtspraxis genügend Anknüpfungspunkte für eine realitätsgerechte Invaliditätsbemessung. Voraussetzung ist, dass das Bundesgericht eine *realitätsbezogene* Betrachtung der Erwerbsunfähigkeit (Art. 7 ATSG) unter Einschluss des ausgeglichenen Arbeitsmarktes zulässt und nicht daran festhält, dass das (angebliche) gesetzliche Konzept des ausgeglichenen Arbeitsmarktes eine fiktionale Betrachtung erfordere.
- 131 Das folgende (vereinfachte!²¹⁷) Prüfschema kann eine Orientierung ermöglichen, ohne eine abhakbare Checkliste zu sein:

(Prüfschema folgt auf nächster Seite.)

²¹³ Vgl. jüngst z.B. BGer, 8C_505/2022, 6.9.23, E. 6.2 (Lebensalter).

²¹⁴ So bereits EVG, 25.1.89, in: ZAK 1989, S. 319 ff.

²¹⁵ BGer, 9C_403/2022, 15.3.23, E. 5.1; MOSIMANN 2022, S. 90 f.; BGer, 8C_315/2009, 28.7.09, E. 5.3.2; siehe auch z.B. BGer, 9C_984/2008, 4.5.09, E. 6.2; BGer, 9C_830/2007, 29.7.08, E. 5.1.

²¹⁶ EVGE 1940, 120 ff., 129 f. (Arfini gegen Suva).

²¹⁷ Vgl. vertieft und präzisierend MOSIMANN 2022, passim; EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER 2021, Rz. 75 ff.

- **Verwertbarkeitsvermutung:** Vermutung der sofortigen wirtschaftlichen Verwertbarkeit der medizinisch-theoretischen Restarbeitsfähigkeit auf dem Weg der Selbsteingliederung²¹⁸
- **Absolute Grenzen der Verwertbarkeit:** Verbot *realitätsfremder* Verwertungsmöglichkeiten²¹⁹
 - *Unzumutbarkeit* der Verwertung einer Restarbeitsfähigkeit nach den gesundheitlichen und (weiteren) persönlichen Verhältnissen der versicherten Person,²²⁰ u.a.
 - (Vermutete) Unverwertbarkeit ab 60. Altersjahr?²²¹
 - (Vermutete) Unverwertbarkeit bei Kumulation von limitierenden Faktoren?²²²
 - *Unmöglichkeit* der Verwertung der Restarbeitsfähigkeit nach den Verhältnissen auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt
 - Rein theoretisch denkbare, aber praktisch nicht vorhandene Arbeitsmöglichkeiten
↔ Museumswärter, Parkplatzwächter, Matratzentester (oben Rz. 120)
 - Unrealistisches Entgegenkommen der Arbeitgebenden
↔ Nischenarbeitsplätze?²²³
- **Relative Grenzen der Verwertbarkeit**
 - Verwertbarkeit nur nach vorgängigen Eingliederungsmassnahmen (= 15/55-Fälle)²²⁴
 - [Bestehen nur bei Inkaufnahme einer Lohneinbusse reale Chancen auf eine Anstellung?] [(Tabellenlohnabzug)]²²⁵
- **Abklärungspflicht:** Je enger das Funktionsfähigkeitsprofil und damit der Kreis der geeigneten Verweisungstätigkeiten umschrieben werden, desto weiter geht die Abklärungs- und Substanziierungspflicht der Verwaltung bei der Bezeichnung entsprechender Arbeitsgelegenheiten

²¹⁸ BGer, 9C_306/2021, 11.11.22, E. 4.3.

²¹⁹ EVG, 25.1.89, in: ZAK 1989, S. 319; BGE 148 V 174 E. 9.1.

²²⁰ Das Bundesgericht hat die Prüfkriterien jüngst konsolidiert, vgl. oben Rz. 124 ff.

²²¹ *Bejahend:* EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER 2021, Rz. 277 ff.; MOSIMANN 2022, S. 106.

²²² *Bejahend:* MOSIMANN 2022, S. 90 f.

²²³ Gemäss Rechtsprechung umfasst der ausgeglichene Arbeitsmarkt auch sog. *Nischenarbeitsplätze*, also Stellen- und Arbeitsangebote, bei welchen Behinderte mit einem sozialen Entgegenkommen seitens des Arbeitgebers rechnen können, BGE 148 V 174 E. 9.1, kritisch MOSIMANN 2022, S. 105; EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER 2021, Rz. 291.

²²⁴ Die «15/55-Fälle» betreffen die Rentenherabsetzung oder -aufhebung bei Versicherten, die entweder seit 15 oder mehr Jahren eine Rente beziehen oder das 55. Altersjahr zurückgelegt haben. Bei ihnen sind in der Regel vorgängig zur Herabsetzung/Aufhebung Massnahmen zur Eingliederung durchzuführen, dazu MOSIMANN 2022, S. 100 ff.; ferner auch EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER 2021, Rz. 280 ff.

²²⁵ Der Ordnungsgeber will den Tabellenlohnabzug abschaffen und auf lohnstatistische Angaben abstellen, die nicht zwischen Menschen mit und ohne Behinderungen unterscheiden (LSE). Damit werden aber (Lohn-)Nachteile von Menschen mit Behinderungen auf dem Arbeitsmarkt ausgeblendet. Dazu und zur Kritik in der Lehre siehe oben Rz. 81; vertieft: EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER 2021, Rz. 314 ff.

II. Lösungsansätze

- 132 Lösungsansätze lassen sich *de lege lata* oder *de lege ferenda* auf verschiedenen Ebenen entwickeln. Nachfolgend werden im Interesse einer besseren Realisierbarkeit drei Ansätze vorgestellt, die auf das geltende Recht abgestimmt sind.
- 133 – Ein erster Ansatz (Rz. 136 ff.) macht einen konkreten *Verfahrensvorschlag für eine verstärkte interdisziplinäre Zusammenarbeit* zwischen Ärztinnen und Ärzten, IV-Sachbearbeitenden und Fachpersonen der Eingliederung und Berufsberatung. Dieser Vorschlag eignet sich besonders für Fälle, in denen zu prüfen ist, ob im Einzelfall von der Verwertbarkeitsvermutung abzuweichen ist (oben Rz. 124 ff.).
- 134 – Ein zweiter Ansatz (Rz. 146 ff.) zielt auf eine realitätsgerechte Invaliditätsbemessung und fokussiert damit die Rentenfrage. Zentrales Anliegen sind *invaliditätskonforme Tabellenlöhne*. Sie sollen sich aus Tätigkeiten zusammensetzen, deren Anforderungs- bzw. Belastungsprofil der versicherten Person wirklich zugänglich bzw. zumutbar ist. Dieser Ansatz soll die Realitätsnähe der Verwertbarkeitsvermutung sicherstellen (oben Rz. 116 ff.). Dazu dient ein auf wissenschaftlicher und interdisziplinärer Grundlage erarbeitetes Abklärungstool (Job Matching-Tool der Schweizer Paraplegiker-Forschung [SPF]).
- 135 – Ein dritter Ansatz (Rz. 154 ff.) greift weiter aus und bezieht sich auf ein *eingliederungsorientiertes Abklärungsverfahren* unter Einschluss eines interdisziplinären Assessments, wie es im Rahmen der IV-Revision 6b angedacht war. Das eben erwähnte Abklärungstool (Job Matching-Tool) ist wesentlicher Bestandteil dieses Ansatzes, der auf den Gesamtprozess der Invalidenversicherung abgestimmt ist.

1. Verfahrensvorschlag für interdisziplinäre Zusammenarbeit

- 136 Vor über 20 Jahren hat *Franz Schlauri* einen konkreten (Verfahrens-)Vorschlag gemacht, wie die interdisziplinäre Zusammenarbeit von medizinischen Fachpersonen, IV-Stellen und Fachpersonen anderer Disziplinen aussehen könnte:²²⁶
- 137 «Damit der Dialog Arzt - Sachbearbeiter/Berufsberater zum Ziel führt, sollte er – im Idealfall – wie folgt aussehen:»
- 138 – «Die *erste Anfrage* an den Arzt geht – abgesehen von der Frage nach der Diagnose – nach der *Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf*. Routinemässig fragt man gleichzeitig bereits nach einer der Behinderung angepassten Tätigkeit, d.h. nach einer *idealen noch möglichen Aktivität*.»

²²⁶ Alle Zitate aus SCHLAURI 2000, S. 180 f.

Erläuterung: Die Frage nach einer idealen noch möglichen Aktivität «ist in der ersten Phase des Dialogs an sich verfrüht, kann aber als Konzession an die herkömmliche Vorgehensweise und wegen der notwendigen Straffung des Dialoges konzediert werden».

- «Der ärztliche Bericht liefert – in einer *provisorischen Annäherung* – *erste ungefähre Angaben* zur Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf, ferner *in groben Umrissen* die Information über eine mögliche *beschwerdegerechte Tätigkeit*.» 139

Erläuterung: «Zu früh wäre es hingegen, bereits hier auch zur *Arbeitsfähigkeit in einer Verweisungstätigkeit* Stellung zu nehmen.»

- «Der Berufsberater/Sachbearbeiter formuliert auf diesem Boden *zusätzliche erwerblich-praktische Vorgaben*. Es sind dies – je nach Zielsetzung der Anfrage an den Arzt – ein *präziseres Belastungsprofil im bisherigen Beruf* oder *verschiedene konkret umrissene Belastungsprofile für neue Verweisungsberufe*.» 140

- «Es folgt eine *zweite, vertiefende Anfrage* an den Arzt: Welche Arbeitsfähigkeit kann – gestützt auf das näher konkretisierte Belastungsprofil des bisherigen Berufs bzw. in den vorgesehenen konkreten Verweisungstätigkeiten – bestätigt werden?» 141

- «Der Arzt wird anhand der neuen, vom Sachbearbeiter/Berufsberater präzisierten Anforderungsprofile (des bisherigen Berufs und der vorgeschlagenen spezifischen Verweisungsberufstätigkeiten) eine *neue präzisierende Arbeitsunfähigkeitsschätzung bzw. Leistungsfähigkeitsbeurteilung* vornehmen.» 142

Erläuterung: Der Arzt «muss dabei seine bis dahin eher verschwommenen Vorstellungen zum Belastungsprofil im bisherigen Beruf und zum Belastungsprofil in idealen Aktivitäten vergessen und sich, wo nötig, ohne jeden Skrupel korrigieren».

Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen hat diesen Ansatz in jüngeren Entscheidungen aufgenommen und führt dazu aus: 143

«Schon vor bald 20 Jahren ist deshalb in der Lehre das folgende Vorgehen zur Bestimmung der Arbeitsfähigkeit einer versicherten Person für leidensadaptierte Tätigkeiten vorgeschlagen worden: Eine erste Anfrage an einen Arzt ergibt in einer provisorischen Annäherung erste ungefähre Angaben zur Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf und liefert in groben Umrissen die Information über eine mögliche beschwerdegerechte Tätigkeit; ein Berufsberater formuliert auf diesem Boden zusätzliche erwerblich-praktische Vorgaben respektive ein präziseres Belastungsprofil im bisherigen Beruf oder verschiedene konkret umrissene Belastungsprofile für neue Verweisungsberufe; mittels einer zweiten, vertiefenden Anfrage an den Arzt wird die Arbeitsfähigkeit für die konkret umschriebenen Tätigkeiten genau eingeschätzt (...).»²²⁷

«In medizinischer Hinsicht hat der RAD-Arzt Dr. E. festgehalten (...), in der bisherigen Tätigkeit, sofern sie häufiges Gehen und Stehen sowie mittelschwere Arbeitsbelastungen und Zwangshaltungen umfasse, verfüge der Beschwerdeführer über keine Arbeitsfähigkeit mehr. Ein

²²⁷ VGer SG, IV 2017/283, 24.4.18, E. 2.1.

versicherungsmedizinisch verwertbares Profil hinsichtlich der bisherigen Tätigkeit liege allerdings nicht vor. Auch Dr. D. hat festgehalten, eine Arbeitsplatzbeschreibung fehle.

Diese Äusserungen zeigen eine Schwierigkeit bei der Arbeitsfähigkeitsschätzung auf: Für eine medizinisch-theoretisch überzeugende Arbeitsfähigkeitsschätzung können sowohl medizinische als auch berufliche beziehungsweise berufsberaterische Aspekte von Bedeutung sein. Ein medizinischer Sachverständiger kann sich nur dazu äussern, welche Belastungen einer versicherten Person in welchem Umfang trotz einer Gesundheitsbeeinträchtigung noch zumutbar sind respektive welche Belastungen einer versicherten Person wegen der Gesundheitsbeeinträchtigungen nicht mehr zugemutet werden können. In aller Regel verfügt ein medizinischer Sachverständiger aber über keine hinreichend genaue Kenntnis bezüglich der Belastungen in konkreten Berufen oder an konkreten Arbeitsplätzen. Einer berufsberaterischen Fachperson ist es dagegen problemlos möglich, sich sachkundig zur Frage zu äussern, welche Tätigkeiten einem bestimmten medizinischen Anforderungsprofil möglichst optimal gerecht werden.

Schon vor längerer Zeit ist deshalb im Schrifttum das folgende Vorgehen zur Bestimmung der Arbeitsfähigkeit einer versicherten Person vorgeschlagen worden: Eine erste Anfrage an einen Arzt ergibt in einer provisorischen Annäherung erste ungefähre Angaben zur Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf und liefert in groben Umrissen die Information über eine mögliche beschwerdegerechte Tätigkeit; ein Berufsberater formuliert auf diesem Boden zusätzliche erwerblich-praktische Vorgaben respektive ein präziseres Belastungsprofil im bisherigen Beruf oder verschiedene konkret umrissene Belastungsprofile für neue Verweisungsberufe; mittels einer zweiten, vertieften Anfrage an den Arzt wird die Arbeitsfähigkeit für die konkret umschriebenen Tätigkeiten genau eingeschätzt (...)»²²⁸

- 144 Dieser Vorschlag ist vor allem geeignet, um mögliche einzelfallbezogene Abweichungen von der Verwertbarkeitsvermutung zu prüfen. Da heute alle Fachpersonen – RAD, IV-Sachbearbeitende, Fachpersonen der Eingliederung und Berufsberatung – bei IV-Stellen tätig sind, sollte ein solches Vorgehen mit vertretbarem verwaltungsökonomischem Aufwand umsetzbar sein. Elektronische Tools können den interdisziplinären Austausch ebenfalls erleichtern. Gesetzliche Anpassungen sind nicht erforderlich.
- 145 Zudem sollte sich – idealerweise – bereits aus einem eingliederungsorientierten Abklärungsverfahren ergeben, welche beruflichen Schlüsselanforderungen mit Bezug auf das Funktionsfähigkeitsprofil versicherten Person medizinisch zu beurteilen sind (dazu sogleich Rz. 146 ff. und Rz. 154 ff.). Hierbei können auf wissenschaftlicher und interdisziplinärer Grundlage erarbeitete Abklärungsinstrumente wie z.B. das *Job Matching*-Tool wertvolle Dienste leisten. In diesem Zusammenhang lässt sich der Grundgedanke des «interdisziplinären Dialogs» von *Franz Schlauri* aufgreifen und das Verfahren situationsgerecht anpassen.

²²⁸ VGer SG, IV 2019/328, 10.9.20, E. 4.1.

2. Invaliditätskonforme Tabellenlöhne (*Riemer-Kafka/Schwegler*)²²⁹

Die Arbeitsgruppe unter der Leitung von *Gabriela Riemer-Kafka* hat eine wissenschaftlich fundierte Methode entwickelt, mithilfe welcher eine praxisrelevante Kategorie von vielfach unzumutbaren Tätigkeiten (körperlich belastende Tätigkeiten) aus den Lohnstatistiken herausgefiltert werden kann (Ansatz *Riemer-Kafka/Schwegler*²³⁰). Allgemein und subsidiär kann auf die lohnstatistischen Erkenntnisse des Büro BASS abgestellt werden, wonach das untere Quartil (0.25-Quartil) der LSE das realistischerweise erzielbare Einkommen von gesundheitlich beeinträchtigten Personen besser abbildet als die Median- bzw. Zentralwerte der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE).²³¹ Die LSE bildet bei beiden Ansätzen (*Riemer-Kafka/Schwegler* und Büro BASS) weiterhin die lohnstatistische Grundlage, wird aber stärker der Erwerbs- und Lohnsituation gesundheitlich beeinträchtigter Personen angenähert. 146

Der Ansatz *Riemer-Kafka/Schwegler* strebt invaliditätskonforme Tabellenlöhne an und fusst auf dem geltenden Recht, wenn auch auf einer verstärkt *interdisziplinären* und *qualitativen* Beurteilung anhand von Funktionsfähigkeitsprofilen der Versicherten, sprich: anhand von Leistungsprofilen (zumutbare Funktionen: Was kann die versicherte Person noch?) und Behindertenprofilen (unzumutbare Funktionen: Was kann eine versicherte Person nicht mehr?).²³² Die Lohntabellen der LSE sollen mittels eines sog. Job Matching-Tools behinderungsbedingt angepasst werden.²³³ 147

Konkret stellt der Ansatz *Riemer-Kafka/Schwegler* bei der Invaliditätsbemessung erwerbstätiger Versicherter weiterhin auf einem Einkommensvergleich ab (Art. 28a Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 16 ATSG). Das Einkommen mit Invalidität wird – bei Fehlen eines anrechenbaren *tatsächlichen* Erwerbseinkommens – nach *statistischen Werten* bestimmt, und zwar im Grundsatz nach den Zentralwerten der LSE (Art. 26^{bis} Abs. 2 i.V.m. Art. 25 Abs. 3 IVV). Auf dieser Basis soll eine valide, realitätsgerechte Invaliditätsbemessung neu dadurch erreicht werden, dass die lohnstatistischen Angaben der LSE auf Tätigkeiten beruhen, deren (körperliches, kognitives und psychisches) Anforderungsprofil dem jeweiligen Fähigkeitsprofil der versicherten Person entspricht (Job Matching-Ansatz).²³⁴ 148

Das zentrale Anliegen dieses Ansatzes lautet also: *Nur zumutbare Tätigkeiten sollen in die Invaliditätsbemessung einfließen*. Beispielhaft zeigt sich dies am eingangs erwähnten 149

²²⁹ Dazu auch MOSIMANN/GEHRING 2023, S. 73 ff.

²³⁰ RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER 2021, passim.

²³¹ MOSIMANN/GEHRING 2023, S. 76 f.; vgl. zu diesem Ansatz vertieft: EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER, Rz. 717 ff., 761 ff., 782 ff., mit Hinweis auf GUGGISBERG/SCHÄRRER/GERBER/BISCHOF.

²³² Siehe bereits VGer BL, Entscheid vom 13.11.96, E. 5ct, in: SVR 1998 IV Nr. 2.

²³³ Erläuternder Bericht Tabellenlöhne (nach Vernehmlassung), S. 2.

²³⁴ Aus rechtlicher Sicht vgl. BSK ATSG-TRAUB, Art. 6 N 72, Art. 7 N 29.

Vorschlag von Lohntabellen, die zwischen körperlich schwer, leicht-mittelschwer und leicht belastenden Tätigkeiten unterscheiden (Differenzierung nach körperlichem Anforderungsprofil).²³⁵ Ein solcher differenzierter Ansatz lässt sich auf *kognitive* und *psychische* Anforderungen übertragen. Dazu sind künftig «Schlüsselanforderungen» zu identifizieren, auf welche medizinische Begutachtungen auszurichten sind.

- 150 Diese Schlüsselanforderungen auf wissenschaftlicher Grundlage lösen die Figur der optimal leidensangepassten Tätigkeit ab, deren Umschreibung regelmässig durch medizinische Fachpersonen erfolgt, eine wissenschaftliche Validierung vermissen lässt und häufig etwas *arbiträr* erscheint (oben Rz. 87).²³⁶
- 151 Die Definition der genannten Schlüsselanforderungen wie das Erstellen differenzierter Tabellen bedingt interdisziplinäre Vorarbeiten, im Überblick:²³⁷
- Verlinkung von Job Matching-Tool und LSE
 - Definition von Schlüsselanforderungen/-kategorien für körperliche, geistige, psychische Leiden sowie für komplexe mehrschichtige Krankheitsbilder (Komorbiditäten)²³⁸
 - Neuberechnung differenzierter Tabellen nach Gesundheitsbeeinträchtigung und Belastungsgrad
 - Vorschläge Anpassung Gutachtensverfahren (Orientierung an Schlüsselanforderungen)
- 152 Eine Invaliditätsbemessung nach diesem differenzierten Ansatz berücksichtigt nicht alle *lohnbeeinflussenden Faktoren*. So basiert sie weiterhin auf den Daten der LSE und nicht spezifisch auf lohnstatistischen Angaben zum Einkommen von Menschen mit Behinderungen. Ergänzend greift der neu einzuführende Pauschalabzug von 10% auf den Tabellenlöhnen.²³⁹ Ein solcher Tabellenlohnabzug behält auch unter dem differenzierten Ansatz seine Berechtigung. Insofern sind der Ansatz *Riemer-Kafka/Schwegler* und der Pauschalabzug *kumulativ*, nicht alternativ zu verstehen.²⁴⁰
- 153 Mit der Einführung des Pauschalabzuges per 1. Januar 2024 hat der Bundesrat entschieden, den Ansatz *Riemer-Kafka/Schwegler* nicht weiterzuverfolgen.²⁴¹ Der Bundesrat begründet sein alternatives Vorgehen (Pauschalabzug *statt* Ansatz *Riemer-Kafka/Schwegler*)

²³⁵ RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER 2021, passim.

²³⁶ Dazu oben Rz. 86 und Rz. 87.

²³⁷ Erläuternder Bericht Tabellenlöhne, S. 3 f.; ANDRES EBERHARD, Rechenfehler der IV: Experten lassen Berets Bluff auffliegen, *infosperber* vom 29.6.22.

²³⁸ Die Schlüsselanforderungen auf wissenschaftlicher Grundlage ersetzen/erübrigen den Massstab «optimal leidensangepasste Tätigkeit».

²³⁹ Art. 26^{bis} Abs. 3 nIVV (ab 1.1.24). Kann die versicherte Person aufgrund ihrer Invalidität nur noch mit einer funktionellen Leistungsfähigkeit von 50% oder weniger tätig sein, so werden insgesamt 20% abgezogen (= Pauschalabzug von 10% + Teilzeitabzug von 10%).

²⁴⁰ MEIER 2023, S. 147 f.; EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER, Rz. 722.

²⁴¹ Erläuternder Bericht Tabellenlöhne (nach Vernehmlassung), S. 6.

primär verwaltungsökonomisch.²⁴² Zweifel an der Sachgerechtigkeit und Gesetzeskonformität eines solchen Vorgehens sind damit nicht ausgeräumt. Das Gesetz erfordert eine *individuell-konkrete* und *realitätsgerechte* Invaliditätsbemessung (insb. Art. 7 ATSG u. Art. 16 ATSG).²⁴³ Dazu zählen namentlich *invaliditätskonforme Tabellenlöhne*.²⁴⁴

3. Eingliederungsorientiertes Abklärungsverfahren

Der Job Matching-Ansatz hat das Potenzial, über die Rentenprüfung und die Bezeichnung von zumutbaren Verweisungstätigkeiten hinaus im *Gesamtprozess der Invalidenversicherung* einen wichtigen Beitrag zu leisten. 154
Erinnert sei an dieser Stelle an die ursprünglich interdisziplinäre Zusammensetzung der IV-Kommissionen (oben Rz. 47 ff.) sowie an die Ausführungen des Leiters einer BEFAS, der bereits im Jahr 1985 einen Job Matching-Ansatz umschrieben hat (oben Rz. 99).

Das Job Matching-Tool wurde denn auch ursprünglich zur Rehabilitation (Eingliederung) 155
und nicht zur Invaliditätsbemessung entwickelt.²⁴⁵ Eine interdisziplinäre Folgenabschätzung von Gesundheitsbeeinträchtigungen sollte am *Beginn des Gesamtprozesses* (Beurteilung der Eingliederungsfähigkeit²⁴⁶) und nicht erst an dessen Ende bei der Rentenprüfung stehen. Eine erfolgreiche Eingliederung erfordert nach zutreffender Auffassung des Bundesrates eine integrierte Beurteilungspraxis unter Einbezug medizinischer und berufsbezogener Elemente (oben Rz. 101 ff.).

Mit einer ganzheitlichen, interprofessionellen und potenzialorientierten Abklärung der 156
Arbeits- und Eingliederungsfähigkeit unter Bezug des Job-Matching-Ansatzes können mögliche Spielräume für berufliche Massnahmen sowie Grenzen der Schadenminderungspflicht und Zumutbarkeit aufgezeigt werden. Ein solcher Ansatz orientiert sich am Modell der Internationalen Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF).²⁴⁷ Daraus ergeben sich Potenziale für eine realitätsgerechte Beurteilung der Arbeits-, Eingliederungs- und Erwerbsfähigkeit, die auf den Gesamtprozess in der IV abgestimmt und anwendbar ist. Dies ermöglicht es, Erkenntnisse aus dem Einglie-

²⁴² Es wären – so der Bundesrat – innerhalb weniger Jahre zweimal ca. 30'000 Revisionen durchzuführen, vgl. Erläuternder Bericht Tabellenlöhne (nach Vernehmlassung), S. 6.

²⁴³ Oben Rz. 61.

²⁴⁴ Der Pauschalabzug soll in Kombination mit einem allfälligen Teilzeitabzug weitere Abzüge erübrigen, vgl. Art. 26^{bis} Abs. 3 nIVV (ab 1.1.24), vgl. Erläuternder Bericht Tabellenlöhne (nach Vernehmlassung), S. 13, mit Hinweis auf die Kritik von MEYER/REICHMUTH 2022, Art. 28a N 1-3 und N 104.

²⁴⁵ SCHWEGLER/STAUBLI 2023, S. 18 f.

²⁴⁶ Zum Begriff der Eingliederungsfähigkeit siehe oben Rz. 106; vgl. auch SHK IVG-MURER, Art. 8 N 63, gefunden bei WITWER 2017, S. 99 Fn. 568; Botschaft 2011, S. 5748 ff.

²⁴⁷ Dazu statt vieler RIEMER-KAFKA 2017, S. 140 ff.

derungsverfahrens in die allfällige Bestimmung der rentenrelevanten Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit einfließen zu lassen.

- 157 Ein solcher Lösungsansatz erinnert an den Vorentwurf zur IV-Revision 6b, der – verpflichtend – ein arbeitsmarktlich-medizinisch orientiertes *interprofessionelles Assessment* im Sinne einer Gesamtbeurteilung der medizinischen, arbeitsmarktlichen und sozialen Situation der versicherten Person vorsah (oben Rz. 101 ff.). Die Assessmentergebnisse sollten ebenfalls in den Rentenentscheid einfließen und überhaupt sollten die medizinischen Abklärungen parallel und insbesondere «verlinkt» mit der Eingliederung erfolgen.
- 158 In der Botschaft zur IV-Revision 6b verzichtete der Bundesrat auf ein interprofessionelles Assessment,²⁴⁸ hielt aber an einer *ganzheitlichen* und *interprofessionell ausgerichteten Abklärung* im Hinblick auf die Eingliederung fest und unterstrich deren Bedeutung auch für die Rentenfrage (oben Rz. 105). Die IV-Revision 6b scheiterte im Parlament. Eine *ressourcenorientierte Gesamtbetrachtung* ist indes im Rahmen der Abklärung der Eingliederungsfähigkeit (Art. 8 ff. IVG; Art. 43 ATSG) bereits heute rechtlich zulässig und im Sinne einer optimalen Prozessgestaltung weiterzuverfolgen.²⁴⁹
- 159 Um das Potenzial eines eingliederungsorientierten interdisziplinären Assessments auszuschöpfen, sollte die Verwaltungs- und Gerichtspraxis einen «mehrdimensionalen Invaliditätsbegriff»²⁵⁰ anerkennen, statt ihn durch zunehmende Abstraktionen und Fiktionen im erwerblichen Bereich seiner Mehrdimensionalität zu berauben. In seiner fiktionalen Ausprägung ist die Figur des ausgeglichenen Arbeitsmarktes nicht nur ein Hindernis für eine realitätsgerechte Invaliditätsbemessung, sondern auch für eine erfolgreiche berufliche Eingliederung. Eine ganzheitliche und interprofessionell ausgerichtete Abklärung erscheint uns als wichtiger Baustein für erfolgsversprechende Eingliederungsmassnahmen. Dies gilt namentlich bei Menschen mit psychischen Leiden.
- 160 Im Übrigen kann die Figur des ausgeglichenen Arbeitsmarktes (in seiner fiktionalen Ausprägung) den Zugang zu Eingliederungsmassnahmen erheblich einschränken. Erwähnt seien folgende Konstellationen:
- 161 – *Verwertbarkeitsvermutung mit Vorrang der Selbsteingliederung*
Die Selbsteingliederung als Ausdruck der allgemeinen Schadenminderungspflicht geht nicht nur dem Renten-, sondern auch dem gesetzlichen Eingliederungsanspruch vor.²⁵¹ Auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt (in seiner fiktionalen Ausprägung) ist die Selbsteingliederung quasi immer möglich, da auf ihm jedermann ein

²⁴⁸ Botschaft 2011, S. 5778.

²⁴⁹ KSBEM, Rz. 0701 ff.

²⁵⁰ Botschaft 2011, S. 5785.

²⁵¹ BGE 148 V 397 E. 7.2.3.

seinen geistigen und körperlichen Fähigkeiten und seiner Ausbildung entsprechenden Arbeitsplatz offensteht.

- *Umschulung nach Art. 17 IVG und Mindestberufseinbusse* 162
Der Umschulungsanspruch nach Art. 17 IVG setzt nach der Rechtsprechung grundsätzlich²⁵² eine Mindestberufseinbusse von 20% voraus, die nach den Verhältnissen auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt bemessen wird.²⁵³ Auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt findet aber jedermann ein seinen geistigen und körperlichen Fähigkeiten und seiner Ausbildung entsprechenden Arbeitsplatz. Die Lehre kritisiert die Berufung auf die Ausgeglichenheit des Arbeitsmarkts bei Eingliederungsmassnahmen denn teilweise auch als verfehlt.²⁵⁴
- *Arbeitsvermittlung nach Art. 18 IVG* 163
Ein Anspruch auf Arbeitsvermittlung setzt auch nach Inkrafttreten der 5. IV-Revision bei voller Zumutbarkeit leichter Tätigkeiten zusätzlich eine *spezifische Einschränkung gesundheitlicher Art* voraus.²⁵⁵ Massstab bildet der ausgeglichene Arbeitsmarkt: Eine gesundheitsbedingte Unterstützung der versicherten Person beim Arbeitsplatz-erhalt oder bei der Stellensuche ist unter anderem dann notwendig, wenn zumutbare Tätigkeiten *auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt* nur eingeschränkt vorhanden sind.²⁵⁶ Diese Voraussetzung sei etwa bei handschonenden Tätigkeiten (Hilfskräfte) nicht erfüllt, da «derartige Hilfsarbeiten – etwa als Verkäuferin, Museumswärterin oder Parkplatzwächterin – auf dem massgebenden ausgeglichenen Stellenmarkt altersunabhängig nachgefragt werden».²⁵⁷

E. Schluss

I. Beantwortung des Gutachtensauftrags

Der in der Einleitung zum vorliegenden Gutachten erwähnte Vorbescheid sei an dieser Stelle aufgrund der im Gutachten gewonnenen Erkenntnisse kurz gewürdigt – im Bewusstsein, dass für eine abschliessende Beurteilung eine vertiefte Prüfung des gesamten IV-Dossiers und allfälliger ergänzender Abklärungen nötig wäre. 164

²⁵² Zu den Ausnahmen vgl. z.B. BGer, 9C_15/2022, 19.12.22, E. 3.2, mit Hinweisen.

²⁵³ MEYER/REICHMUTH 2022, Art. 17 N 3; aus der Praxis statt vieler BGer, 9C_15/2022, 19.12.22, E.5.2.

²⁵⁴ KOSS IVG-GERBER, Art. 28 N 203; SK ATSG-KIESER, Art. 7 N 52; siehe auch die Übersicht bei BUCHER 2011, Rz. 718 Fn. 2068, die sich der Kritik aber nicht anschliesst.

²⁵⁵ MEYER/REICHMUTH 2022, Art. 18 N 6.

²⁵⁶ KSBEM, Rz.1805.

²⁵⁷ BGer, 8C_485/2021, 23.12.21, E. 5.3.

165 Der Auszug aus dem Vorbescheid lautet wie folgt (oben Rz. 2):

«Unsere Abklärungen haben ergeben, dass Ihnen aus medizinisch-theoretischer Sicht gem. der Beurteilung des Regionalärztlichen Dienstes folgendes Zumutbarkeitsprofil attestiert werden kann: In einer angepassten Tätigkeit sind Sie in der Lage, leichte, mittelschwere und gelegentlich schwere Arbeiten bevorzugt im Sitzen zu verrichten. Ausschliesslich stehende und gehende Tätigkeiten sind auf Grund der Veränderungen am rechten Sprunggelenk ungeeignet. Auf Grund der Epilepsie müssen alle Tätigkeiten mit erhöhter Verletzungsgefahr, z.B. drehende und ungeschützte Teile, gefährliche Spannungen und infektiöses Material vermieden werden. Alle Tätigkeiten mit Absturzgefahr, z.B. auf Leitern und Gerüsten sind nicht möglich. Nachtschicht bzw. Arbeiten im Schichtsystem, die Schlafentzug oder eine wesentliche Störung des Schlaf-Wach-Rhythmus zur Folge haben, sollten vermieden werden. Alle Tätigkeiten, die eine gute Kraft und/oder gute motorische Fähigkeiten der Hände voraussetzen sind nicht möglich. Sie sind in der Lage, einfache praktische Tätigkeiten mit immer wiederkehrenden gleichen oder sehr ähnlichen Anforderungen, welche dementsprechend geringe Anforderungen an das Aufnehmen und Umsetzen von Instruktionen, an die Handlungsplanung und das Problemlösen stellen auszuführen. Somit sind z.B. auch Tätigkeiten mit Überwachungs- und Steuerungsaufgaben nicht möglich. Der Gesamtgesundheitsschaden bedingt eine Einschränkung der Leistungsfähigkeit von 40%. Es liegen keine zeitlichen Einschränkungen vor (Arbeitspensum 100%).»

Im Vorbescheid wird das Einkommen mit gesundheitlicher Einschränkung anhand der schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) 2020, Tabelle 1 (Privater Sektor), Kompetenzniveau 1 Totalwert ermittelt. Daraus resultiert ein Invaliditätsgrad von 47% und ein Rentenanspruch in der Höhe von 42.5 % einer ganzen Invalidenrente.²⁵⁸

166 Der Vorbescheid umschreibt die leidensbedingten (qualitativen und quantitativen) Einschränkungen detailliert, um dann etwas unvermittelt eine gesamthafte Prozenteinschätzung der Arbeits(un)fähigkeit abzugeben: «*Der Gesamtgesundheitsschaden bedingt eine Einschränkung der Leistungsfähigkeit von 40%.*» Diese Quantifizierung der qualitativen Einschränkungen lässt sich nicht nachvollziehen. Es fehlen das Anforderungsprofil der (Verweisungs-)Tätigkeit(en) und der Vergleich mit dem (Funktions-)Fähigkeitsprofil der versicherten Person. Mit anderen Worten: In welchen Verweisungstätigkeiten sind welche beruflichen Anforderungen aufgrund welcher leidensbedingten Einschränkungen in welchem Umfang nicht oder nur eingeschränkt ausübbar? Diese Punkte bleiben offen.

167 Nun könnte man einwenden, dass der Versicherte auf den *gesamten* für ihn in Betracht fallenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwiesen wird – und nicht auf eine einzelne oder mehrere konkrete Verweisungstätigkeit(en). In der *fiktionalen* Ausprägung des ausgeglichenen Arbeitsmarktes läuft dies darauf hinaus, Arbeitsmarktverhältnisse zu fingieren, auf denen auch gesundheitlich eingeschränkten Personen ein ihren (verbleibenden) Fähigkeiten entsprechender Arbeitsplatz offensteht. Doch selbst wenn man diesem Ansatz folgen möchte, ist die Arbeitsunfähigkeitseinschätzung nicht nachvollziehbar.

²⁵⁸ Art. 28b Abs. 4 IVG.

Zwar wird die (optimal) «angepasste Tätigkeit» kurz erwähnt, aber nicht klar unterschieden zwischen der Umschreibung der optimal leidensangepassten Tätigkeit und leidensbedingten Einschränkungen, die sich auch in einer solchen leidensangepassten Tätigkeit auswirken. Überdies werden ins Gewicht fallende qualitative Einschränkungen im Vorbescheid nicht erwähnt (verlangsamtes Arbeitstempo, Kontrolle und Anleitung bei Arbeitstätigkeit).²⁵⁹ 168

Entsprechend scheint die Einschränkung der funktionellen Leistungsfähigkeit zwischen den Polen fehlender sozialpraktischer bzw. erwerblicher Verwertbarkeit (aufgrund der Kumulation von stark limitierenden Faktoren²⁶⁰) und voller Verwertbarkeit (aufgrund der Fiktion eines ausgeglichenen Arbeitsmarktes, in welchem sich leidensbedingte Einschränkungen nur sehr eingeschränkt auswirken) relativ *arbiträr* auf 40% festgelegt worden zu sein (warum nicht 0%, 10%, 20%, 30%, 50%, 60%, 70%, 80%, 90% oder 100%). Der Zusammenhang von Gesundheitsbeeinträchtigung und Einbusse an funktionellem Leistungsvermögen bleibt unklar. 169

Nur mit einer klaren Gliederung der Ausführungen (Beschrieb der optimal leidensangepassten Tätigkeit, Präsenzzeit in dieser Tätigkeit [Umfang, Begründung], Auswirkungen leidensbedingter Einschränkung in dieser Tätigkeit [Umfang, Begründung]) liesse sich beurteilen, ob ein genügend breites Spektrum von Verweisungstätigkeiten auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt vorhanden ist und auf die üblichen lohnstatistischen Angaben abgestellt werden kann (insb. Tabelle TA1_tirage_skill_level).²⁶¹ 170

Mit Blick auf das eng umschriebene Funktionsfähigkeitsprofil der versicherten Person und der daraus resultierenden Einschränkung des Kreises geeigneter Verweisungstätigkeiten drängen sich nähere Abklärungen der IV-Stelle auf. Sie hätte darzulegen, welche konkreten Verweisungstätigkeiten hier in welchem Umfang infrage kommen. Das ist die «traditionelle» Aufgabe von Fachleuten des Arbeitsmarktes, wie sie bereits in BGE 107 V 17 umschrieben worden ist. Diese beruflichen Abklärungen lassen sich nicht «einsparen», indem die Quantifizierung den medizinische Fachpersonen überlassen wird. 171

Der Berufsberater dagegen sagt, welche konkreten beruflichen Tätigkeiten aufgrund der ärztlichen Angaben und unter Berücksichtigung der übrigen Fähigkeiten des Versicherten in Frage kommen, wobei unter Umständen entsprechende Rückfragen beim Arzt erforderlich sind.»²⁶²

²⁵⁹ Sie ergeben sich aus den von der Auftraggeberin übergebenen Auszügen aus dem IV-Dossier.

²⁶⁰ Als Beispiel: BGer, 9C_291/2013, 25.2.14. Im Auszug aus dem Dossier wird zusätzlich festgehalten, dem Versicherten sei selbständiges Arbeiten aufgrund der kognitiven Störung nicht möglich.

²⁶¹ Künftig sollte der etwas arbiträre Massstab der «optimal leidensangepassten Tätigkeit» durch empirisch validierte Schlüsselanforderungen für körperlich, psychische und kognitive Tätigkeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt abgelöst werden (oben Rz. 146 ff.)

²⁶² BGE 107 V 17 E. 2b (Hervorhebungen und Gliederung beigefügt).

II. Wesentliche Erkenntnisse

- 172 Die Beurteilung und Bemessung der «Fähigkeit, zumutbare Arbeit zu leisten», ist eine interdisziplinäre Aufgabe. – Die Erkenntnis ist nicht neu. Im Gegenteil. Sie kam bei Inkrafttreten des IVG gesetzlich noch deutlicher zum Ausdruck als heute, gilt aber weiterhin.
- 173 Im Einzelnen: Arbeitsfähigkeit bedeutet die *Fähigkeit, zumutbare Arbeit zu leisten*. Dazu sind die funktionellen Folgen von Gesundheitsbeeinträchtigungen abzuschätzen. Dies ist eine *interdisziplinäre* Aufgabe. Medizinischen Fachpersonen kommt bei der Folgenabschätzung keine abschliessende Beurteilungskompetenz zu.²⁶³ Das gilt bei der Arbeitsunfähigkeit als eigenständig versichertem Risiko (Art. 6 ATSG) und – noch verstärkt – bei der Arbeitsunfähigkeit als Element der Erwerbsunfähigkeit (Art. 7 ATSG).²⁶⁴ Für die Ermittlung des *erwerblich* nutzbaren Leistungsvermögens sind nötigenfalls die Fachpersonen der beruflichen Integration und der Berufsberatung beizuziehen.²⁶⁵ Hervorzuheben ist die «Interdisziplinarität von Rechtsanwender, Arztperson und Spezialist für die berufliche Integration».²⁶⁶
- 174 Gleichzeitig ist dieser Ansatz bis heute nur teilweise umgesetzt. Das gilt besonders für die Bestimmung der Arbeitsunfähigkeit als Element der Erwerbsunfähigkeit (Art. 7 ATSG). Hier treten in der IV wohl die meisten juristischen Streitigkeiten um die Folgenabschätzung von Gesundheitsbeeinträchtigungen auf. Die Bestimmung der Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit wird beeinflusst durch den von der Rechtsprechung geprägten Massstab des ausgeglichenen (fiktiven) Arbeitsmarktes, der – entgegen der gesetzlichen Vorgaben in Art. 7 ATSG und Art. 16 ATSG²⁶⁷ – die tatsächlichen Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt ausblendet und von einer grundsätzlichen sofortigen Verwertbarkeit einer *medizinisch-theoretischen (Rest-)Arbeitsfähigkeit* auf dem Weg der Selbsteingliederung ausgeht.²⁶⁸ Dies wirkt sich auf die Folgenabschätzung von Gesundheitsbeeinträchtigungen aus. Sie wird auf eine «optimal leidensangepasste Tätigkeit» bezogen, deren wirtschaftliche Verwertbarkeit (erwerbliche Nutzbarkeit) regelmässig fingiert statt im Einzelfall abgeklärt wird. Dies mindert den Stellenwert der an sich geforderten interdisziplinären Abklärungen stark.

²⁶³ BGE 140 V 193 E. 3.2; oben Rz. 17.

²⁶⁴ Oben Rz. 20.

²⁶⁵ BGE 140 V 193 E. 3.2 mit Verweis auf u.a. BGE 107 V 17.

²⁶⁶ So MEYER/REICHMUTH 2022, Art. 28a N 207.

²⁶⁷ Art. 7 Abs. 1 ATSG: «Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem *in Betracht kommenden* ausgeglichenen Arbeitsmarkt» (Hervorhebung beigefügt). Gemeint ist damit der *für die versicherte Person in Betracht kommende* ausgeglichene Arbeitsmarkt. Art. 16 ATSG: «durch *eine ihr zumutbare Tätigkeit* bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage» (Hervorhebung beigefügt). Gemeint ist damit *eine für die versicherte Person zumutbare Tätigkeit* und damit keine Fiktion.

²⁶⁸ Z.B. BGer, 9C_487/2021, 8.3.22, E. 4.1.2.

Arbeits- und Erwerbs(un)fähigkeit sind realitätsgerecht zu bestimmen. Bezugspunkt der Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit sollte daher nicht ein fiktionales Verständnis des ausgeglichenen Arbeitsmarktes im «Gewand» einer optimal leidensangepassten Tätigkeit sein. Das erwerblich nutzbare Leistungsvermögen ist abzuklären, nicht zu fingieren. Dazu dient das Eingliederungsverfahren. Daher empfiehlt es sich, den – in der juristischen Lehre und Praxis – häufig etwas isolierten Blick von der Rentenprüfung auf ein *eingliederungsorientiertes Abklärungsverfahren* zu legen. Eine interdisziplinäre Folgenabschätzung von Gesundheitsbeeinträchtigungen sollte am Beginn des Gesamtprozesses (Beurteilung der Eingliederungsfähigkeit) und nicht erst an dessen Ende bei der Rentenprüfung stehen. 175

Mit einer ganzheitlichen, interprofessionellen und potenzialorientierten Abklärung der Arbeits- und Eingliederungsfähigkeit unter Beizug des *Job-Matching*-Ansatzes können mögliche Spielräume für berufliche Massnahmen sowie Grenzen der Schadenminderung und Zumutbarkeit aufgezeigt werden. Dies ermöglicht es, Erkenntnisse aus dem Eingliederungsverfahren in die allfällige Bestimmung der rentenrelevanten Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit einfließen zu lassen. Daraus ergibt sich ein Modell einer realitätsgerechten Beurteilung der Arbeits-, Eingliederungs- und Erwerbsfähigkeit, das auf den Gesamtprozess in der IV abgestimmt und anwendbar ist. 176

Bei der Bestimmung der Arbeitsunfähigkeit als Grundlage der Erwerbsunfähigkeit (Art. 7 ATSG) ist verstärkt auf eine *interdisziplinäre* und *qualitative* Beurteilung anhand von Funktionsfähigkeitsprofilen (Welche Funktionen kann eine versicherte Person noch ausüben? Welche Funktionen kann sie nicht mehr ausüben?) der versicherten Person zu achten. Abgelöst wird damit die zentrale Stellung einer medizinischen (Gesamt-)Schätzung der Arbeitsunfähigkeit in Prozenten, auch wenn die Angabe medizinisch begründeter zeitlicher Schonung wichtiger Bestandteil der Invaliditätsbemessung bleibt.²⁶⁹ Dies wird erreicht, indem die lohnstatistischen Angaben (Tabellenlöhne LSE) auf Tätigkeiten beruhen, deren (körperliches, kognitives und psychisches) Anforderungsprofil dem jeweiligen Fähigkeitsprofil der versicherten Person entspricht («*job matching*»-Ansatz).²⁷⁰ 177

Das zentrale Anliegen einer realitätsgerechten Beurteilung der Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit lautet: *Nur zumutbare Tätigkeiten sollen in die Invaliditätsbemessung einfließen.* Oder kurz und knapp: 178

Fakten statt Fiktion!

²⁶⁹ Dazu bereits Botschaft 5. IV-Revision, siehe oben Rz. 70; jüngst: BGer, 9C_389/2022, 3.5.23, E. 5.3.1.

²⁷⁰ Aus rechtlicher Sicht, BSK ATSG-TRAUB, Art. 6 N 72, Art. 7 N 29.

Winterthur, 31. Oktober 2023



Prof. FH Dr. iur. Philipp Egli



Dr. Martina Filippo

F. Literatur- und Materialienverzeichnis

I. Literatur

- ABEGG KARL, Aus der Praxis der beruflichen Abklärungsstellen der IV (BEFAS), ZAK 1985, S. 246 – 252 (zit. ABEGG 1985)
- ACHERMANN KARL, Die Arbeitsunfähigkeit und die Erwerbsunfähigkeit im Bereiche der Invalidenversicherung, ZAK 1980, S. 70 – 78 (zit. ACHERMANN 1980)
- BAER NIKLAS/FRICK ULRICH/FASEL TANJA, Dossieranalyse der Invalidisierungen aus psychischen Gründen, Bericht im Rahmen des Forschungsprogramms zu Invalidität und Behinderung (FoP-IV), Forschungsbericht Nr. 6/09, Bern 2009 (zit. BAER/FRICK/FASEL 2009)
- BOLLINGER SUSANNE, Recht und Medizin: RAD- zuständig und auch kompetent?, HAVE 2023, S. 281 – 286 (zit. BOLLINGER 2023)
- BUCHER SILVIA, Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung, Bern 2011 (zit. BUCHER 2011)
- BURKHARD ALEXANDER/MÜLLER-PFEIFFER CHRISTOPH, Die Funktionelle Beeinträchtigungs- und Anforderungsanalyse (FIRA), in: Kieser Ueli/Lendfers Miriam (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2020, Zürich/St. Gallen 2021, S. 15 – 26 (zit. BURKHARD/MÜLLER-PFEIFFER 2021)
- EGLI PHILIPP, «Invaliditätsfremde» Faktoren, Eine schwierige Abgrenzung, in: Kieser Ueli (Hrsg.), November-Tagung zum Sozialversicherungsrecht 2019, Zürich/St. Gallen 2020, S. 93 – 122 (zit. EGLI 2020)
- EGLI PHILIPP, Was soll das Verwaltungsverfahren?, recht 2013, S. 65 – 78 (zit. EGLI 2013)
- EGLI PHILIPP/FILIPPO MARTINA, Invaliditätskonforme Tabellenlöhne – ein Überblick, in: iusNet, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht 27. Juni 2022 (zit. EGLI/FILIPPO 2022)
- EGLI PHILIPP/FILIPPO MARTINA/GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E., Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung, Zürich 2021 (zit. EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER 2021)
- GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E., Dichtung und Wahrheit im Umgang mit LSE-Tabellenlöhnen, in: Jusletter vom 4. Juli 2022 (zit. GÄCHTER/MEIER 2022)

- GERBER KASPAR, IVG, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, Die Renten (Art. 28 – 41), Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht (KOSS), Bern 2022 (zit. KOSS IVG-GERBER)
- GLOOR FRITZ, Probleme der Invaliditätsbemessung in der sozialen Unfallversicherung, SZS 1968, S. 145 – 155 (zit. GLOOR 1968)
- GUGGISBERG JÜRIG/SCHÄRRER MARKUS/GERBER CÉLINE/BISCHOF SEVERIN, Nutzung Tabellenmedianlöhne LSE zur Bestimmung der Vergleichslöhne bei der IV-Rentenbemessung, Bern 8. Januar 2021 (zit. GUGGISBERG/SCHÄRRER/GERBER/BISCHOF 2021)
- GUGGISBERG JÜRIG, Diskussion Tabellenmedianlöhne LSE, Einkommensmöglichkeiten von Personen mit einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, Bern, 7. November 2022 (zit. Guggisberg 2022)
- HOOP ISABELLE, Ausgeglicherer Arbeitsmarkt – was ist die Bedeutung des Kriteriums, in: Kieser Ueli (Hrsg.), Validen- und Invalideneinkommen, Ecksteine, Kriterien und Elemente, St. Gallen 2013, S. 85 – 105 ff. (zit. HOOP 2013)
- HÜRZELER MARC, Invaliditätsproblematiken in der beruflichen Vorsorge: unter Berücksichtigung ihrer Stellung im Sozialversicherungs- und Schadenausgleichssystem, Basel 2006 (zit. HÜRZELER 2006)
- JEGER JÖRG, Invalidität – der Stellenwert der Medizin, in: Kieser Ueli (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2022, Zürich/St. Gallen 2023, S. 21 – 90 (zit. JEGER 2023)
- KIESER UELI, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, Schulthess Kommentar (SK), 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. SK ATSG-KIESER)
- LEUZINGER-NAEF SUSANNE, Der Einkommensvergleich – Rückblick und Ausblick, in: Kieser Ueli (Hrsg.), Validen- und Invalideneinkommen: Ecksteine, Kriterien und Elemente: Überlegungen zur Bestimmung des Invaliditätsgrades, St. Gallen 2013, S. 11 – 47 (zit. LEUZINGER-NAEF 2013)
- MEIER MICHAEL E., Nr. 16 Bundesgericht, I. sozialrechtliche Abteilung, Urteil 8C_256/2021 vom 9. März 2022 = BGE 148 V 174 (d), SZS 2023, S. 145 – 148 (zit. MEIER 2023)
- MEIER MICHAEL E., Homeoffice als leidensangepasste Tätigkeit – Comeback der Heimarbeit?, in: Jusletter vom 22. März 2021 (zit. MEIER 2021)
- MEYER ULRICH/REICHMUTH MARCO, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesgesetz über die Invalidenversicherung IVG, 4. Aufl., Zürich/Genf 2022 (zit. MEYER/REICHMUTH 2022)

- MEYER-BLASER ULRICH, 1.4 Sozialversicherungsrecht und Medizin, in: Fredenhagen Hermann (Hrsg.), Das ärztliche Gutachten, Leitfaden für die Begutachtung im Rahmen der sozialen und privaten Unfall-, Kranken- und Rentenversicherung, 3. Aufl., Bern et al. 1994, S. 21 – 34 (zit. MEYER-BLASER 1994)
- MOSIMANN HANS-JAKOB, Invalideneinkommen: Hypothetischer denn je?, in: Kieser Ueli (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2022, Zürich/St. Gallen 2023, S. 107 – 127 (zit. MOSIMANN 2023)
- MOSIMANN HANS-JAKOB/GEHRING KASPAR, Parallelisierung und Leidensabzug als Korrekturlemente, zit. nach Manuskript, in: Kieser Ueli (Hrsg.), November-Tagung zum Sozialversicherungsrecht 2022, Zürich/St. Gallen 2023, S. 55 – 77 (zit. MOSIMANN/GEHRING 2023)
- MOSIMANN HANS-JAKOB, Restarbeitsfähigkeit – Verwertung möglich?, in: Kieser Ueli (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2021, Zürich/St. Gallen 2022, S. 85 – 107 (zit. MOSIMANN 2022)
- MURER ERWIN, Invalidenversicherungsgesetz (Art. 1- 27^{bis} IVG), SHK – Stämpflis Handkommentar, Bern 2014 (zit. SHK IVG-MURER)
- NADAI EVA/CANONICA ALAN/KOCH MARTINA, ... und baute draus ein grosses Haus: Interinstitutionelle Zusammenarbeit (IIZ) zur Aktivierung von Erwerbslosen, 1. Aufl., Konstanz/München 2015 (zit. NADAI/CANONICA/KOCH 2015)
- OMLIN PETER, Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung, Freiburg 1995 (zit. OMLIN 1995)
- RIEMER-KAFKA GABRIELA (Hrsg.), Versicherungsmedizinische Gutachten, Ein interdisziplinärer juristisch-medizinischer Leitfaden, 3. Aufl., Bern 2017 (zit. RIEMER-KAFKA 2017)
- RIEMER-KAFKA GABRIELA/SCHWEGLER URBAN, Der Weg zu einem invaliditätskonformen Tabellenlohn, SZS 2021, S. 287 – 319 (zit. RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER 2021)
- RÜEDI RUDOLF, Arbeits- und Erwerbsfähigkeit aus der Sicht des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, ZAK 1980, S. 156 – 166 (zit. RÜEDI 1980)
- SCHAER ROLAND, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel/Frankfurt a.M. 1984 (zit. SCHAER 1984)
- SCHLAURI FRANZ, Erwerblich-praktische Vorgaben an eine medizinische Arbeitsunfähigkeitsschätzung, in: Schaffhauser René/Schlauri Franz (Hrsg.), Rechtsfragen der Eingliederung Behinderter, St. Gallen 2000, S. 159 – 187 (zit. SCHLAURI 2000)
- SCHWEGLER URBAN/STAUBLI STEFAN, Das Job-Matching-Tool, in: Paracontact, Frühling 2023, S. 18 – 19 (zit. SCHWEGLER/STAUBLI 2023)

- TRAUB ANDREAS, in: Frésard-Fellay Ghislaine/Klett Barbara/Leuzinger Susanne (Hrsg.), Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, 1. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK ATSG-TRAUB)
- VETSCH-LIPPERT GABRIELE, Die Bemessung der Invalidität nach dem Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959, Zürich 1968 (zit. VETSCH-LIPPERT 1968)
- WITTWER AMANDA, Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. WITTWER 2017)
- WALTER HANS PETER, Art. 8 ZGB, in: Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Bern 2012 (zit. BK-WALTER)
- WEHLING PETER/VIEHÖVER WILLY/GÜNDEL HARALD, Medikalisierung und Krankheitsidentität, in: Deutsches Ärzteblatt 18/2012, S. 339 – 340 (zit. WEHLING/VIEHÖVER/GÜNDEL 2012)
- WYSS F., Grenzprobleme bei der Beurteilung des Anspruchs auf IV-Renten, ZAK 1976, S. 486 – 490 (zit. WYSS 1976)

II. Materialien und Kreisschreiben

(nach Datum geordnet, aufsteigend)

- Bericht der Eidgenössischen Expertenkommission für die Einführung der Invalidenversicherung vom 30. November 1956, Bern 1956 (zit. Bericht Expertenkommission 1956)
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung und eines Bundesgesetzes betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 24. Oktober 1958 (BBl 1958 II 1137) (zit. Botschaft 1958)
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 27. Februar 1967 (BBl 1967 I 653) (zit. Botschaft 1967)
- Botschaft des Bundesrates über ein zweites Paket von Massnahmen zur Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen vom 25. Mai 1988 (BBl 1988 II 1333) (zit. Botschaft 1988)

- Parlamentarische Initiative Sozialversicherungsrecht, Bericht der Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 26. März 1999 (BBl 1999 IV 4523, 4547) (zit. Bericht 1999)
- Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (5. Revision) vom 22. Juni 2005 (BBl 2005 4459) (zit. Botschaft 2005)
- Erläuternder Bericht Invalidenversicherung 6. IV-Revision, zweites Massnahmenpaket (IV-Revision 6b), Bern 2010 (zit. Bericht Vorentwurf 6b)
- Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (6. IV Revision, zweites Massnahmenpaket) vom 11. Mai 2011 (BBl 2011 5691) (zit. Botschaft 2011)
- Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (Weiterentwicklung der IV) vom 15. Februar 2017 (BBl 2017 2535,) (Botschaft 2017)
- Erläuternder Bericht (nach Vernehmlassung) zu Ausführungsbestimmungen zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (Weiterentwicklung der IV), 3. November 2021 (zit. Erläuternder Bericht WEIV)
- Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV) Umsetzung der Motion SGK-N 22.3377 «Invaliditätskonforme Tabellenlöhne bei der Berechnung des IV-Grads», Bern 5. April 2023 (zit. Erläuternder Bericht Tabellenlöhne)
- Erläuternder Bericht (nach Vernehmlassung) zur Änderung der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV) Umsetzung der Motion SGK-N 22.3377 «Invaliditätskonforme Tabellenlöhne bei der Berechnung des IV-Grads», Bern 18. Oktober 2023 (zit. Erläuternder Bericht Tabellenlöhne (nach Vernehmlassung))
- Wegleitung über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (WIH), gültig ab 1. Januar 1985 (zit. WIH)
- Kreisschreiben über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH), gültig ab 1. Januar 2000, Stand 1. Januar 2001 (zit. KSIH (1.1.01))
- Kreisschreiben über die Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH), gültig ab 1. Januar 2008 (zit. KSIH (1.1.08))
- Kreisschreiben über die Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH), gültig ab 1. Januar 2015, Stand 1. Januar 2021 (zit. KSIH (1.1.21))

Kreisschreiben über die beruflichen Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung (KSBEM), gültig ab 1. Januar 2022, Stand 1. Januar 2023 (zit. KSBEM)

Kreisschreiben über das Verfahren in der Invalidenversicherung (KSVI), gültig ab 1. Januar 2022, Stand: 1. Februar 2023 (zit. KSVI)

Kreisschreiben über Invalidität und Rente in der Invalidenversicherung (KSIR), gültig ab 1. Januar 2022, Stand 1. Juli 2023 (zit. KSIR (1.7.23))