

Thomas Gächter / Michael E. Meier

Dichtung und Wahrheit im Umgang mit LSE-Tabellenlöhnen

Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 8C_256/2021 vom 9. März 2022 (zur Publikation vorgesehen)

Das öffentlich verhandelte Urteil 8C_256/2021 vom 9. März 2022 war mit Spannung erwartet worden. Die Fachwelt erhoffte sich Klärungen zur Frage, wie der Invaliditätsgrad realitätsnaher bestimmt werden kann. Die Praxisänderung blieb aus. Das Bundesgericht formulierte jedoch einige wichtige Leitplanken, an denen die erst seit dem 1. Januar 2022 geltenden Neuerungen in der Invalidenversicherung zu messen sein werden. Der Beitrag ordnet den Entscheid in die jüngere Entwicklung ein und zeigt auf, in welchen Bereichen die Neuregelungen in der revidierten IVV nicht überzeugen.

Beitragsart: Urteilsbesprechungen

Rechtsgebiete: Sozialversicherungsrecht, Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung

Zitiervorschlag: Thomas Gächter / Michael E. Meier, Dichtung und Wahrheit im Umgang mit LSE-Tabellenlöhnen, in: Jusletter 4. Juli 2022

Inhaltsübersicht

- I. Rechtlicher Kontext
 - A. Revision der IVV als Auslöser der Kontroverse
 - B. Breite Kritik in der Vernehmlassung
 - C. Keine Anpassungen an der IVV trotz der Kritik ...
 - D. ... dafür weitere Verschärfungen in Form eines fiktiven «Mindest-Invalideneinkommens»
- II. Urteil 8C_256/2021 vom 9. März 2022
 - A. Ausgangspunkt: Ausgeglichener Arbeitsmarkt
 - B. LSE-Tabellen: «Im Grundsatz Ja», aber nur mit Tabellenlohnabzügen als Korrekturinstrument
 - C. Keine Praxisänderung mehr für das «alte Recht»
- III. Würdigung
 - A. Kernfragen des Entscheides
 - B. Intertemporale Bedeutung des Entscheides
 - C. Ausgeglichener Arbeitsmarkt LSE-Medianlöhne?
 - D. Aktuelle Korrekturinstrumente (Tabellenlohnabzug)
 - 1. Parallelisierung als «Allheilmittel»?
 - 2. RAD als Hüter gesundheitsbedingter Abzugsgründe?
- IV. Fazit

I. Rechtlicher Kontext

A. Revision der IVV als Auslöser der Kontroverse

[1] Um die Tragweite des zur Publikation vorgesehenen Urteils 8C_256/2021 vom 9. März 2022 einordnen zu können, muss man auf der Zeitachse rund anderthalb Jahre zurück gehen: Am 4. Dezember 2020 eröffnete das Eidg. Departement des Inneren (EDI) unter Federführung des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV) das Vernehmlassungsverfahren für die Änderung der Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV; SR 831.201). Die Änderung der IVV war notwendig geworden, nachdem das Bundesparlament am 19. Juni 2020 unter dem Titel «Weiterentwicklung der IV» (WEIV¹) eine Revision des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) verabschiedet hatte.

[2] Die WEIV umfasste diverse grossen Änderungen, u.a. die Einführung eines stufenlosen Rentensystems (vgl. Art. 28b IVG) oder die Kodifizierung der Kriterien zur Definition von Geburtsgebrechen. Insgesamt wurden allein in der IVV über 100 Artikel angepasst.² Gewissermassen im Windschatten der grossen «Systemänderungen» der WEIV wurde dem Bundesrat in Art. 28a Abs. 1 IVG neu die Aufgabe übertragen, *die zur Bemessung des Invaliditätsgrades massgebenden Erwerbseinkommen sowie die anwendbaren Korrekturfaktoren zu umschreiben*.

[3] Hinter dieser kryptisch anmutenden Delegation verbirgt sich die Frage, *wie in der Invalidenversicherung der Invaliditätsgrad prozentgenau festgelegt werden kann (sog. Invaliditätsbemessung*

¹ AS 2021 705, BBl 2017 2535 ff.

² Sämtliche geplanten Änderungen der IVV abrufbar unter: https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6020/71/cons_1/doc_1/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6020-71-cons_1-doc_1-de-pdf-a.pdf (zuletzt besucht am 9. Juni 2022). Der erläuternde Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 4. Dezember 2020 umfasst 139 Seiten, abrufbar unter: https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6020/71/cons_1/doc_3/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6020-71-cons_1-doc_3-de-pdf-a.pdf (zuletzt besucht am 9. Juni 2022).

oder Bemessung des Invaliditätsgrades). Ein prozentgenauer Invaliditätsgrad ist notwendig, um davon die Höhe der Invalidenrente ableiten zu können (vgl. dazu Art. 28b IVG).

[4] Gemäss Art. 16 ATSG (SR 830.1) wird für die Bestimmung des Invaliditätsgrades im Grundsatz ein *Einkommensvergleich* durchgeführt. Dabei wird das Einkommen der versicherten Person vor Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung (sog. Valideneinkommen), dem Einkommen nach Eintritt des Gesundheitsschadens (sog. Invalideneinkommen) gegenübergestellt.³ Der Invaliditätsgrad drückt sodann die aus der Gegenüberstellung resultierende (gesundheitlich bedingte) *Erwerbseinbusse in Prozentpunkten* aus. Folgende Berechnungsformel zeigt den soeben beschriebenen Einkommensvergleich:

$$\frac{\text{Valideneinkommen} - \text{Invalideneinkommen}}{\text{Valideneinkommen}} \times 100 = \text{IV-Grad}$$

[5] In der Vernehmlassungsvorlage der IVV hatte das BSV den Auftrag gemäss Art. 28a Abs. 1 IVG umgesetzt und zur näheren Umschreibung des Validen- und Invalideneinkommens die Art. 25, 26 und 26^{bis} IVV angepasst. Für den vorliegenden Kontext entscheidend sind jeweils die Regelungen für den Fall, dass bei einer versicherten Person auf der Seite des Valideneinkommens oder (in der Praxis häufiger anzutreffen) auf der Seite des Invalideneinkommens *keine* tatsächlich erwirtschafteten Erwerbseinkommen vorliegen, z.B. weil die versicherte Person nach Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung nicht mehr gearbeitet hat.⁴ Das BSV hatte diesbezüglich folgende Konkretisierung des Einkommensvergleichs in die Vernehmlassung geschickt:

- E-Art. 25 Abs. 3 IVV (Allgemein Einkommensvergleich):

³ Soweit für die Festlegung der massgebenden Erwerbseinkommen statistische Werte herangezogen werden, sind die Zentralwerte der Lohnstrukturerhebung (LSE) des Bundesamtes für Statistik massgebend. Andere statistische Werte können beigezogen werden, sofern das Einkommen im Einzelfall nicht in der LSE abgebildet ist. Es sind altersunabhängige sowie geschlechtsspezifische Werte zu verwenden.

- E-Art. 26 Abs. 2 IVV (Valideneinkommen):

² Kann das Einkommen ohne Invalidität nicht oder nicht hinreichend genau bestimmt werden, so wird dieses Einkommen nach statistischen Werten für eine nicht invalide Person bei gleicher Ausbildung und entsprechenden beruflichen Verhältnissen herangezogen.

³ Vgl. zum Ganzen PHILIPP EGLI/MARTINA FILIPPO/THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER, Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung, Zürich 2021, Rz. 293 ff. (abrufbar unter: https://eizpublishing.ch/wp-content/uploads/2021/04/Grundprobleme-der-Invaliditaetsbemessung-in-der-Invalidenversicherung-V1_02-20210427-digital.pdf).

⁴ Zur grundsätzlichen Massgeblichkeit der tatsächlichen Verhältnisse vgl. BGE 135 V 58 E. 3.1 «[...] Dabei wird in der Regel am zuletzt erzielten, nötigenfalls der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung angepassten Verdienst angeknüpft, da erfahrungsgemäss die bisherige Tätigkeit ohne Gesundheitsschaden fortgesetzt worden wäre.»; sowie BGE 142 V 178 E. 2.5.7 «Die Verwendung der LSE im Rahmen der Invaliditätsbemessung nach Art. 16 ATSG war und ist nach ständiger Rechtsprechung, an der festzuhalten ist, ultima ratio. Der Griff zur Lohnstatistik ist demnach subsidiär, d.h. deren Beizug erfolgt nur, wenn eine Ermittlung des Validen- und/oder Invalideneinkommens aufgrund und nach Massgabe der konkreten Gegebenheiten des Einzelfalles nicht möglich ist.»; EGLI et al. (Fn. 3), Rz. 295 ff.

- E-Art. 26^{bis} Abs. 2 IVV (Invalideneinkommen):

² Erzielt sie nach Eintritt der Invalidität kein Erwerbseinkommen, so wird ihr Einkommen mit Invalidität nach statistischen Werten nach Artikel 25 Absatz 3 bestimmt.

[6] Mit den wiedergegebenen Normen sollte das massgebende Erwerbseinkommen auf Verordnungsstufe genauer umschrieben werden. Betreffend der in Art. 28a Abs. 1 IVG ebenfalls an den Bundesrat delegierten Konkretisierung der anwendbaren Korrekturfaktoren (der statistischen Werte im Einzelfall) war neu in E-Art. 26^{bis} Abs. 3 IVV vorgesehen, dass bei Versicherten, die nur noch in einem Pensum von 50 % oder weniger tätig sein können, ein Abzug von 10 % vom Tabellenwert für Teilzeit gewährt werde. Darüber hinaus hielt das BSV fest, dass «der leidensbedingte Abzug in der bisherigen Form [...] nicht auf Verordnungsstufe eingeführt und demnach nicht mehr angewendet» wird.⁵ Vom bisherigen, durch die Rechtsprechung zu berücksichtigenden leidensbedingten Abzug verbleibe damit einzig der Faktor «Teilzeitarbeit», der künftig mit dem beschriebenen pauschalen Abzug berücksichtigt werde.⁶ Diese Änderung solle letztlich zu einer leichten Senkung der Renten führen.⁷

B. Breite Kritik in der Vernehmlassung

[7] Die Vernehmlassung des Entwurfs der IVV dauerte bis zum 19. März 2021. Dem Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung vom 3. November 2021 kann entnommen werden, dass 204 Stellungnahmen zur WEIV eingegangen sind.⁸ Das BSV musste einräumen, dass sich eine breite Front aus Parteien jeglichen Spektrums, Verbänden, Gerichten und weiteren Vernehmlassungsteilnehmenden *gegen* die Anwendung der Tabellen der Schweizerischen Lohnstrukturerhebungen (LSE-Tabellen) bei der Invaliditätsbemessung aussprachen:

«Die Mehrheit sieht die Anwendung von LSE-Tabellen des Bundesamtes für Statistik (BFS) als problematisch, weil sie den spezifischen Anforderungen beim Invalideneinkommen nicht gerecht werden würden. Die Mehrheit lehnt die Aufhebung des leidensbedingten Abzugs ab, solange jene angewendet werden.»⁹ und weiter:

«Grundsätzlich erachten die Vernehmlassungsteilnehmenden es als sinnvoll, standardisierte Tabellen zu verwenden. Sie sind allerdings der Ansicht, dass die LSE-Tabellen des BFS den spezifischen Anforderungen beim Invalideneinkommen nicht gerecht werden.»¹⁰

⁵ Erläuternder Bericht Vernehmlassungsverfahren (Fn. 2), 47.

⁶ Erläuternder Bericht Vernehmlassungsverfahren (Fn. 2), 48.

⁷ Erläuternder Bericht Vernehmlassungsverfahren (Fn. 2), 95, dies als Ausgleich für andere, eher rentenerhöhende Änderungen im Zuge der WEIV.

⁸ Bericht des BSV über die Ergebnisse der Vernehmlassung zu den Ausführungsbestimmungen des IVG (Weiterentwicklung der IV) vom 3. November 2022, abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6020/71/cons_1/doc_8/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6020-71-cons_1-doc_8-de-pdf-a.pdf (zuletzt besucht am 12. Juni 2022), 4.

⁹ Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung (Fn. 8), 38.

¹⁰ Ebenda, 41.

[8] Der Grund für die grosse Ablehnung der LSE-Tabellen liegt darin, dass neuere Untersuchungen klar belegen konnten, dass die Medianlöhne dieser Tabellen *verschiedene strukturelle Schwächen aufweisen*, die sich negativ auf den Anspruch auf eine Invalidenrente und/oder gewisse berufliche Massnahmen (insbesondere die Umschulung nach Art. 17 IVG) der versicherten Person auswirken. Nachfolgend sollen nur die zentralen Schwachpunkte summarisch wiederholt werden.¹¹

- Die LSE-Medianlöhne werden in vier Kompetenzniveaus (KN) eingeteilt. Diese widerspiegeln in aufsteigender Folge (von KN 1 bis 4) eine zunehmende Berufserfahrung und -verantwortung sowie spezifisches Fachwissen und ein damit einhergehend höheres durchschnittliches Lohnniveau. Muss im Rahmen der Invaliditätsbemessung für eine versicherte Person ein fiktives Invalideneinkommen bestimmt werden, wird in der Regel richtigerweise auf das unterste Kompetenzniveau 1 der LSE abgestellt, weil die versicherte Person nach einem gesundheitsbedingten Stellen- oder Branchenwechsel in der neuen Tätigkeit nicht über Berufserfahrung oder Fachwissen verfügt. Die in der Praxis häufig verwendeten LSE-Tabellen im niedrigsten Kompetenzniveau 1 bilden aber Löhne für einfache Tätigkeiten *körperlicher und handwerklicher Art* ab. Im Gegensatz dazu stellt eine körperlich nur noch leichte, wechselbelastende Verweistätigkeit in der Praxis ein sehr häufig anzutreffendes Stellenprofil dar. Die verwendeten Lohndaten umfassen somit auch *eine Vielzahl ungeeigneter und unzumutbarer Stellenprofile*, die aufgrund der körperlich anstrengenden Arbeit tendenziell höher entlohnt werden, was zu einem überhöhten hypothetischen Invalideneinkommen und damit zu einem tieferen IV-Grad führt.¹²
- Ein weiteres Problem der Verwendung der LSE besteht darin, dass sich die in der LSE dargestellten Medianlöhne hauptsächlich aus Erhebungen bei *Gesunden* ergeben: «Tabellenmedianlöhne der LSE widerspiegeln nur sehr unzureichend das Lohnniveau von gesundheitlich beeinträchtigten Personen.»¹³ Die LSE unterscheidet nicht zwischen gesunden und kranken Arbeitnehmenden und lässt keine Aussage zu, wie viel versicherte Personen mit gesundheitlichen Einschränkungen tatsächlich verdienen können. Das Problem dabei ist, dass die Löhne von versicherten Personen mit gesundheitlichen Einschränkungen *signifikant tiefer sind als die Löhne gesunder Personen*.¹⁴ Weist die versicherte Person gesundheitliche Einschränkungen auf, deretwegen sie ihre angestammte Tätigkeit aufgeben musste, und wird das Invalideneinkommen infolgedessen gestützt auf einen LSE-Tabellenlohn (gesunder Personen) festgesetzt, führt dies unweigerlich zu einer *statistischen Lohndiskriminierung* und zu einem zu tieferen IV-Grad der beeinträchtigten Person.¹⁵

¹¹ EGLI et al. (Fn. 3); JÜRIG GUGGISBERG/MARKUS SCHÄRRER/CÉLINE GERBER/SEVERIN BISCHOF, «Nutzung Tabellenmedianlöhne LSE zur Bestimmung der Vergleichslöhne bei der IV-Rentenbemessung», Fakten oder Fiktion – Was sagen die Zahlen?, Bern 8. Januar 2021; GABRIELA RIEMER-KAFKA et al., Invalidenkonforme Tabellenlöhne, Ausgangslage, Problemstellung und Lösungsvorschläge, in: Jusletter 22. März 2021 (abrufbar unter: Jusletter – Invalidenkonforme Tabellenlöhne (weblaw.ch)); GABRIELA RIEMER-KAFKA/URBAN SCHWEGLER, Der Weg zu einem invaliditätskonformen Tabellenlohn, Präsentation der Ergebnisse der interdisziplinären Arbeitsgruppe «Tabellenlöhne LSE», SZS 6/2021, 287 ff.

¹² EGLI et al. (Fn. 3), Rz. 713 f. und S. 292 These 7.

¹³ GUGGISBERG et al. (Fn. 11), 36; BGE 139 V 592 E. 7.4.

¹⁴ GUGGISBERG et al. (Fn. 11), 34.

¹⁵ EGLI et al. (Fn. 3), S. 292, These 8.

- Die beiden oben kurz erläuterten Schwachpunkte führen dazu, dass das hypothetisch einer versicherten Person angerechnete Vergleichseinkommen in der IV unrealistisch hoch ausfällt. Männlichen versicherten Personen wird selbst für leichte Hilfstätigkeiten ohne spezifische Berufserfahrung ein noch mögliches Einkommen von rund CHF 67'000.– im Jahr angerechnet. Um mit diesem Tabelleneinkommen einen rentenbegründenden IV-Grad von mindestens 40 % zu erreichen, müsste die versicherte Person als Gesunde über CHF 9'350.– im Monat (rund CHF 112'000.–/Jahr) verdient haben.¹⁶
- Nicht zuletzt berücksichtigen die schweizweit erhobenen LSE-Tabellen die vorhandenen *regionalen Lohnunterschiede* nicht. Versicherte Personen aus eher strukturschwachen Regionen werden folglich hypothetische Einkommen angerechnet, die in ihrer (Gross-)Region so gar nicht erzielbar sind.¹⁷

[9] Die Kritik an den LSE-Tabellen ist keineswegs neu. Das Bundesgericht hat sich in den letzten zehn Jahren bereits mehrfach in Leitentscheiden zu ihrer Verwendung geäussert. Dabei hielt es fest: «Die LSE [...] ist nicht in Stein gemeisselt»¹⁸. Mit Blick auf die Verwendung der LSE-Tabellen in der Invalidenversicherung seien Schritte in Richtung eines «präziseren Settings» mit flankierenden Massnahmen im Gange. Mangels alternativer statistischer Lohndaten muss die Rechtsprechung in einer Übergangszeit jedoch weiterhin auf die LSE abstellen (können).¹⁹ Bereits früher führte das Bundesgericht aus, es fehle soweit ersichtlich *an Erhebungen über die Löhne gesundheitlich eingeschränkter Personen*. Im Interesse einer genaueren Bestimmung von Invalideneinkommen wären derartige Untersuchungen aber zu begrüssen.²⁰

[10] Ablehnung und teilweise klar spürbare Empörung der Vernehmlassungsteilnehmenden am Vorgehen des BSV fielen auch deshalb so deutlich aus, weil das BSV offensichtlich die Chance verstreichen lassen wollte, die Bemessungsgrundlagen sachgerecht zu konkretisieren. Statt ein präziseres Setting für die Invaliditätsbemessung gesundheitlich eingeschränkter Personen zu entwerfen, wie dies das Bundesgericht gefordert hatte, wollte das BSV die als Übergangslösung geduldeten LSE-Tabellen mit allen bekannten Mängeln unreflektiert in der Verordnung verankern.

C. Keine Anpassungen an der IVV trotz der Kritik ...

[11] Die massive Kritik am Vernehmlassungsentwurf beeindruckte den Ordnungsgeber aber offensichtlich nicht. Das ist insofern erstaunlich, als der Zweck einer Vernehmlassung gerade darin liegt, Aufschluss über die sachliche Richtigkeit, die Vollzugstauglichkeit und die Akzeptanz eines Vorhabens des Bundes zu erhalten (Art. 2 Abs. 2 Vernehmlassungsgesetz; SR 172.061). Sowohl die sachliche Richtigkeit als auch die Akzeptanz der Verwendung der LSE-Tabellen wurden in der Vernehmlassung schlüssig in Frage gestellt.

[12] Das BSV führte hierzu in seinem erläuternden Bericht zur definitiven Fassung der IVV (nach der Vernehmlassung) aus, dass zahlreiche Stellungnahmen u.a. die Regelung des leidensbe-

¹⁶ EGLI et al. (Fn. 3), vgl. das Berechnungsbeispiel in Rz. 742 f.

¹⁷ Vgl. zum Ganzen EGLI et al. (Fn. 3), Rz. 728 ff.

¹⁸ BGE 142 V 178 E. 2.5.8.1.

¹⁹ BGE 142 V 178 E. 2.5.8.1; EGLI et al. (Fn. 3), Rz. 704.

²⁰ BGE 139 V 592 E. 7.4.

dingten Abzuges sowie die vorgesehene Anwendung der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) beanstandet hätten. «Die vorgesehenen Grundsätze der Invaliditätsbemessung werden jedoch unverändert belassen. Diese orientieren sich zum einen am gesetzlich geregelten, ausgeglichenen Arbeitsmarkt und zum anderen soweit als möglich an den bisherigen, aktuell geltenden Regelungen.»²¹ Leider können dem erläuternden Bericht bis auf die zitierten spärlichen Ausführungen keine Erläuterungen dazu entnommen werden, weshalb entgegen einhelliger und dicht belegter Kritik keine Anpassungen am Entwurf vorgenommen wurden.

D. ... dafür weitere Verschärfungen in Form eines fiktiven «Mindest-Invalideneinkommens»

[13] Darüber hinaus wurde der Entwurf sogar noch verschärft. E-Art. 26^{bis} Abs. 1 IVV sah ursprünglich vor, dass immer dann, wenn eine versicherte Person nach Eintritt der Invalidität ein Erwerbseinkommen erzielt, ihr dieses als Invalideneinkommen angerechnet wird, sofern sie damit ihre verbliebene *funktionelle Leistungsfähigkeit* bestmöglich ausnützt.²² Dahinter stand die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach (wie beim Einkommen ohne Invalidität) zunächst auf tatsächlich erzielte Löhne abgestellt werden soll, sofern man davon ausgehen konnte, dass diese tatsächlich ausgeübte Tätigkeit über eine längere Zeit ausgeübt werden kann (genügende Stabilität).²³ Ist eine versicherte Person in einer leichten Verweistätigkeit bspw. medizinisch noch zu 60 % arbeitsfähig, so wird ein tatsächlich erwirtschaftetes Einkommen als Invalideneinkommen herangezogen, wenn mit der Anstellung die funktionelle Leistungsfähigkeit von 60 % ausgeschöpft wird, d.h. wenn eine Anstellung mit einem Arbeitspensum von 60 % vorliegt.

[14] Neu wurde Art. 26^{bis} Abs. 1 IVV um einen kleinen Passus ergänzt, der eine enorme Verschärfung für Versicherte darstellen könnte. Neu heisst es:

«¹ Erzielt die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität ein Erwerbseinkommen, so wird ihr dieses als Einkommen mit Invalidität (Art. 16 ATSG) angerechnet, sofern sie damit ihre verbliebene funktionelle Leistungsfähigkeit **in Bezug auf eine ihr zumutbare Erwerbstätigkeit** bestmöglich verwertet.» (Hervorhebung hinzugefügt)

[15] Dieser Bezug auf die *zumutbare Erwerbstätigkeit* wurde durch die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Suva) in der Vernehmlassung eingebracht, da sie im Entwurf des BSV die Schadenminderungspflicht (ihrer) Versicherten zu wenig stark betont sah. Die Suva hielt fest, es reiche nicht, die Leistungsfähigkeit bestmöglich auszunützen, sondern diese solle auch *erwerblich* bestmöglich verwertet werden.²⁴ Das BSV hat diesen Passus vollumfänglich übernommen.

²¹ Erläuternder Bericht des BSV (nach Vernehmlassung) zu den Ausführungsbestimmungen zur Änderung des IVG (Weiterentwicklung der IV) vom 3. November 2021, 6, abrufbar unter https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/de/dokumente/iv/gesetze/erlaeuterungen-weiv-gesetz.pdf.download.pdf/WEIV_IVV_Erl%C3%A4uternder%20Bericht_DE.pdf (zuletzt besucht am 13. Juni 2022).

²² E-Art. 26^{bis} Abs 1 IVV lautete wie folgt: «Erzielt die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität ein Erwerbseinkommen, so wird ihr dieses als Einkommen mit Invalidität angerechnet, sofern sie damit ihre verbliebene funktionelle Leistungsfähigkeit bestmöglich ausnützt.»

²³ Erläuternder Bericht Vernehmlassungsverfahren (Fn. 2), 46.

²⁴ Der nun geltende Verordnungstext in Art. 26^{bis} Abs. 1 IVV entspricht der von der Suva vorgeschlagenen Formulierung, vgl. Vernehmlassung zu den Ausführungsbestimmungen zur Weiterentwicklung der IV (WEIV): Stellungnahmen der Durchführungsstellen und Organisationen des Vollzugs vom 14. April 2021, 161 (Vernehmlassung).

[16] Was dies konkret bedeuten soll, hält das BSV in seinem erläuternden Bericht zu Art. 26^{bis} Abs. 1 IVV wie folgt fest:

«Nur wenn die versicherte Person mit der ausgeübten Tätigkeit ein Einkommen in der Höhe erzielt, wie es aufgrund der verbliebenen funktionellen Leistungsfähigkeit grundsätzlich zu erwarten wäre, kann dieses Einkommen als Grundlage für das Einkommen mit Invalidität herangezogen werden. Weil andernfalls auf statistische Werte (LSE) abgestellt wird, bedeutet dies, dass eine erwerblich bestmögliche Verwertung nur dann gegeben ist, wenn das damit erzielte Einkommen annähernd so hoch ausfällt wie der entsprechende statistische Zentralwert.»²⁵ (Hervorhebungen hinzugefügt)

[17] Neu soll es also nicht mehr ausreichen, dass die versicherte Person als Invalide das ihr noch zumutbare Pensum auch tatsächlich ausübt. Vielmehr müsse sie mit ihrer Erwerbstätigkeit auch annähernd den statistischen LSE-Medianlohn erreichen, andernfalls die IV-Stellen und Gerichte nicht auf das tatsächliche Invalideneinkommen, sondern auf ebendiesen (höheren) Tabellenlohn abstellen dürfen (womit sich der IV-Grad entsprechend reduziert).

[18] Der Verordnungsgeber verabschiedet sich mit dieser Auslegung von Art. 26^{bis} Abs. 1 IVV vollends vom bundesgerichtlich stets betonten Vorrang der tatsächlichen Verhältnisse, da nur (noch) auf den effektiven Lohn abgestellt werden soll, wenn dieser dem fiktiven Lohnniveau nach LSE entspricht. Diese Interpretation ist so dem Wortlaut von Art. 26^{bis} Abs. 1 IVV nicht zu entnehmen, weil weder in der Rechtsprechung noch im Gesetz festgelegt wird, dass eine bestmögliche Verwertung der Leistungsfähigkeit in einer zumutbaren Erwerbstätigkeit nur dann vorliegen kann, wenn damit annähernd der statistische LSE-Medianlohn erreicht wird. Wäre diese Ansicht zutreffend, so ginge dies weit über eine blossе Kodifizierung der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis hinaus. Der LSE-Medianlohn wäre nicht mehr ultima ratio für diejenigen Fälle, in denen keine tatsächlichen Lohndaten vorliegen, sondern der LSE-Tabellenlohn würde zum absoluten Richtwert erhoben, was einer völligen Verkehrung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gleichkommt.

[19] In der Praxis verhält es sich denn auch so, dass viele versicherte Personen, die den Beruf- oder Branchenwechsel aus gesundheitlichen Gründen tatsächlich geschafft und eine neue Tätigkeit im zumutbaren Pensum gefunden haben, weniger als den LSE-Medianlohn verdienen (was nicht weiter erstaunt, wenn man sich die strukturellen Schwächen der Anwendung der LSE-Tabellen im IV-Verfahren in Erinnerung ruft und was statistisch auch belegt ist). In all diesen Fällen soll es gemäss den Ausführungen des BSV nun nicht mehr so sein, dass der tatsächliche Lohn und damit die tatsächliche Lohneinbusse rechtlich relevant sind, sondern es gälte dann das fiktive Lohnniveau der LSE. Dies alles mit dem sehr pauschalen Verweis auf die Schadenminderungspflicht der invaliden Person. Das bedeutet nichts anderes, als dass jeder versicherten Person, die als Invalide weniger als den (aus den genannten Gründen überhöhten) Medianlohn gemäss LSE verdient, unterstellt wird, dass sie einfach zu wenig intensiv sucht oder sich zu wenig anstrengt und deshalb letztlich selbstverschuldet weniger als den Medianlohn verdient.

sung Suva, S. 20), abrufbar unter: <https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/de/dokumente/eo/vernehmlassungen/verordnung-weiv-weitere-durchfuehrung.pdf.download.pdf/verordnung-weiv-weitere-durchfuehrung.pdf> (zuletzt besucht am 13. Juni 2022; Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung (Fn. 8), 48.

²⁵ Erläuternder Bericht des BSV nach Vernehmlassung (Fn. 21), 52 f.

[20] De facto hat das BSV damit ein «Mindest-Invalideneinkommen» von jährlich CHF 67'767.– (Männer) bzw. CHF 54'681.– (Frauen) für ein 100 % Pensum in die Verordnung hineininterpretiert, da dies die aktuellen geschlechterspezifischen LSE-Zentralwerte auf ein Jahr hochgerechnet sind.²⁶ Wer als invalide versicherte Person in einer zumutbaren Erwerbstätigkeit weniger als CHF 67'767.– (Männer) bzw. CHF 54'681.– (Frauen) im Jahr verdienen würde, müsste eine fiktive «Aufrechnung» des tatsächlichen Lohnes auf die entsprechenden LSE-Zentralwerte hinnehmen, was immer mit einer Verminderung oder sogar dem Ausschluss von IV-Leistungen einhergehen würde (vgl. die rechtliche Würdigung dieser Sichtweise durch die Autoren in Rz. 44–46).

II. Urteil 8C_256/2021 vom 9. März 2022

A. Ausgangspunkt: Ausgeglichener Arbeitsmarkt

[21] Die beschriebene, konfliktreiche Entstehungsgeschichte der neuen Verordnungsbestimmungen in der IV erklärt, weshalb das Urteil 8C_256/2021 mit grosser Spannung erwartet worden war. Viele Vernehmlassungsteilnehmende hatten gehofft, dass wenigstens das Bundesgericht sich dezidiert zu den Kritikpunkten im Zusammenhang mit der Verwendung von LSE-Tabellen in der Invaliditätsbemessung äussern würde, nachdem die Thematik während mehr als einem Jahr politisch und wissenschaftlich diskutiert worden war.

[22] Das Bundesgericht rekapitulierte im Entscheid, dass bei der Invaliditätsbemessung im erwerblichen Bereich der hypothetisch als ausgeglichen unterstellte Arbeitsmarkt den Referenzpunkt bilde. Das Abstellen auf den ausgeglichenen Arbeitsmarkt diene dazu, den Leistungsbereich der Invalidenversicherung von jenem der Arbeitslosenversicherung abzugrenzen. *Der ausgeglichene Arbeitsmarkt sei ein theoretischer und abstrakter Begriff.* Er berücksichtige die konkrete Arbeitsmarktlage nicht, umfasse in wirtschaftlich schwierigen Zeiten auch tatsächlich nicht vorhandene Stellenangebote und sehe von den fehlenden oder verringerten Chancen gesundheitlich Beeinträchtigter ab, tatsächlich eine zumutbare und geeignete Arbeitsstelle zu finden. Er umschliesse einerseits ein bestimmtes Gleichgewicht zwischen dem Angebot von und der Nachfrage nach Stellen; andererseits bezeichne er einen Arbeitsmarkt, der von seiner Struktur her einen Fächer verschiedenartiger Stellen bereithalte. Mit dem Konzept des ausgeglichenen Arbeitsmarktes gehe der Gesetzgeber somit grundsätzlich davon aus, dass auch gesundheitlich eingeschränkten Personen ein ihren (verbleibenden) Fähigkeiten entsprechender Arbeitsplatz offenstehe. Selbst wenn sich der Fächer an Stellen- und Arbeitsangeboten im Laufe der letzten Jahrzehnte namentlich infolge der Desindustrialisierung und des Strukturwandels verändert habe, dürfe vom gesetzlich vorgegebenen Konzept des ausgeglichenen Arbeitsmarktes nicht abgewichen werden, indem stattdessen konkret existierende Erwerbsmöglichkeiten oder konkrete Arbeitsmarktverhältnisse beigezogen würden (E. 9.1).

²⁶ Vgl. die Berechnungsbeispiele im Hintergrunddokument «Bemessung des Invaliditätsgrades» des BSV (Stand 4. April 2022), 4 f., m.w.H. in Fn. 10 und 13, abrufbar unter: <https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/de/dokumente/iv/faktenblaetter/Weiterentwicklung%20IV/higru-weiv-bemessung-ivgrad.pdf.download.pdf/20220404%20d%20HiGru%20Bemessung%20Invaliditaetsgrad.pdf> (zuletzt besucht am 16. Juni 2022).

B. LSE-Tabellen: «Im Grundsatz Ja», aber nur mit Tabellenlohnabzügen als Korrekturinstrument

[23] Sodann hielt das Bundesgericht fest, die Ermittlung der Erwerbseinkommen für den Einkommensvergleich (Validen- und Invalideneinkommen) sei bis anhin nicht gesetzlich geregelt gewesen (Art. 16 ATSG regelt nur den Einkommensvergleich als solchen, nicht aber die nähere Bestimmung der Vergleichseinkommen). Es habe sich dazu aber eine langjährige Gerichtspraxis herausgebildet, die zum Ziel habe, die einander gegenüberzustellenden Erwerbseinkommen betragsmässig möglichst genau zu ermitteln. Die Verwendung der LSE im Rahmen der Invaliditätsbemessung nach Art. 16 ATSG ist in diesem Sinne gemäss ständiger Rechtsprechung *ultima ratio*. Der Medianlohn (Zentralwert gemäss LSE) liege in der Regel bei der Lohnverteilung tiefer als das arithmetische Mittel («Durchschnittslohn») und sei im Vergleich dazu gegenüber dem Einbezug von Extremwerten (sehr tiefe oder sehr hohe Lohnangaben) relativ robust. Er eigne sich daher grundsätzlich als *Ausgangswert für die Ermittlung des Invalideneinkommens* auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt (E. 9.2.1).

[24] Das Bundesgericht rechtfertigte damit im Grundsatz die Verwendung von LSE-Lohntabellen für die hypothetische Einkommensbestimmung. Für das Bundesgericht ist jedoch von zentraler Bedeutung, dass der verwendete LSE-Zentralwert *an den Einzelfall angepasst* werden kann: Um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass eine gesundheitlich beeinträchtigte Person die verbliebene Arbeitsfähigkeit *auch auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt* unter Umständen *nur mit unterdurchschnittlichem erwerblichem Erfolg* verwerten kann, gewährt die bisherige Rechtsprechung bei der Ermittlung des Invalideneinkommens anhand statistischer Werte die Möglichkeit eines Abzugs vom Tabellenlohn von bis zu 25 %. Mit diesem Abzug können diverse persönliche und berufliche Merkmale berücksichtigt werden, die im konkreten Fall eine Herabsetzung des Medianlohns rechtfertigen. *Dem Abzug kommt als Korrekturinstrument bei der Festsetzung eines möglichst konkreten Invalideneinkommens überragende Bedeutung* zu (E. 9.2.2).

[25] Das Bundesgericht argumentierte weiter, es habe es bisher *unter Hinweis auf die Möglichkeit eines leidensbedingten Abzugs explizit abgelehnt*, statt auf den LSE-Medianlohn auf das unterste Quartil Q1 des LSE-Tabellenwerts abzustellen,²⁷ dies weder zum Ausgleich behinderungsbedingter Einbussen noch zur Berücksichtigung regionaler Lohnunterschiede. Es werde darüber hinaus nicht geltend gemacht, dass die Ermittlung des Invalideneinkommens anhand der Medianwerte der LSE, korrigiert um einen leidensbedingten Abzug und/oder eine Parallelisierung, diskriminierend sein soll. Mit den heutigen Korrekturinstrumenten, namentlich mit der Möglichkeit eines Abzugs vom Medianwert von bis zu 25 %, *könne (bereits) ein Invalideneinkommen unterhalb des untersten Quartils Q1 ermittelt werden*. Es liegen somit keine ernsthaften sachlichen Gründe für eine Änderung der dargelegten Rechtsprechung zur Ermittlung des Invalideneinkommens anhand statistischer Werte vor (E. 9.2.3).

²⁷ Aufgrund der statistisch festgestellten Lohndiskriminierung (vgl. Rz. 8) von ca. 15 % bei der Verwendung des LSE-Zentralwertes wurde in der Lehre gefordert, anstelle des Zentralwertes (Median) das unterste Quartil (Q1) der jeweiligen LSE-Tabelle zu verwenden, da dadurch die verwendeten statistischen Lohn-Werte ca. 15 % nach unten korrigiert worden wären; vgl. dazu EGLI et al. (Fn. 3), Rz. 721.

C. Keine Praxisänderung mehr für das «alte Recht»

[26] Zuletzt hielt das Bundesgericht fest, eine Änderung der Rechtsprechung sei auch in Anbetracht der per 1. Januar 2022 in Kraft getretenen Revision des IVG und der IVV *nicht (mehr) opportun*. Die allseits geäußerte fundamentale Kritik richte sich im Kern vor allem gegen Teile der Revision im Bereich der WEIV. Diesbezüglich hätten das BSV und das BAG in ihren Stellungnahmen darauf hingewiesen, dass der Bundesrat einen diesbezüglichen Handlungsbedarf erkannt und dem BSV hierzu im Rahmen der WEIV den Auftrag erteilt habe, zu prüfen, ob die Entwicklung von spezifisch auf die Invalidenversicherung zugeschnittenen Bemessungsgrundlagen möglich sei.

[27] Es bestehe daher im vorliegenden Verfahren kein Raum, näher auf die per 1. Januar 2022 in Kraft getretene Revision einzugehen, da der vorliegende Fall nach bisherigem Recht zu entscheiden sei. Soweit sich die Kritik auf die bisherige Rechtsprechung beziehe, sei eine Änderung insbesondere auch in Anbetracht der durch die inzwischen in Kraft getretene Revision beschränkten Anwendungsdauer nicht angezeigt.

[28] Das Bundesgericht stellt aber auch klar, dass sich die Rechtsprechung – insbesondere auch unter revidierter Rechtslage – sehr wohl weiterentwickeln könne, habe es doch bereits festgehalten, dass mit Blick auf die Verwendung der LSE in der Invalidenversicherung Schritte in Richtung eines präziseren Settings mit flankierenden Massnahmen im Gange seien (BGE 142 V 178 E. 2.5.8.1). In diesem Sinne stelle die Prüfung von differenzierteren Tabellen zur Ermittlung namentlich des Invalideneinkommens anhand statistischer Werte einen Schritt in die richtige Richtung dar (E. 9.2.5).

III. Würdigung

A. Kernfragen des Entscheides

[29] Mit diesem Entscheid wurde der Geschichte der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung ein weiteres Kapitel hinzugefügt. Das Leiturteil beinhaltet wichtige Aussagen auf verschiedenen Ebenen mit jeweils unterschiedlicher rechtlicher Tragweite. Nachfolgend werden die Kernelemente kurz benannt, die in den folgenden Kapiteln vertieft werden:

- *Intertemporale Bedeutung*: Zunächst gilt es zu klären, welche Bedeutung dem Entscheid in zeitlicher Hinsicht zukommt. Dem Urteil lag aus heutiger Sicht ein *altrechtlicher* Sachverhalt zu Grunde, weil der Rentenanspruch (rückwirkend) auf einen Zeitpunkt hin beurteilt werden musste, in dem das revidierte IVG und die revidierte IVV (WEIV) noch nicht in Kraft standen (vor dem 1. Januar 2022). Wie das Bundesgericht aber richtig ausgeführt hat und zu Beginn dieses Beitrags aufgezeigt wurde (vgl. Rz. 1–12), richtet sich die wissenschaftliche Kritik zwar (auch) gegen altrechtliche Systemmängel, die nun aber im neuen Verordnungskleid zementiert wurden. Im Fokus steht damit das aktuelle Recht. Das wirft die grundsätzliche Frage auf, ob sich das Bundesgericht vorliegend lediglich rechtshistorisch zu einer rein altrechtlichen Konstellation geäußert hat und die Erwägungen folglich unter dem neuen, ab 1. Januar 2022 geltenden Verwaltungsrecht keinerlei Bedeutung mehr haben. Zumindest das BSV will anscheinend den Entscheid in zentralen Punkten so verstanden wissen.

- *Verhältnis von Ausgeglichenem Arbeitsmarkt und LSE-Tabellen:* Der Entscheid äussert sich sowohl zum ausgeglichenen Arbeitsmarkt (als Referenzpunkt der Invaliditätsbemessung) als auch zur Verwendung der LSE-Tabellen (zur Bestimmung von Vergleichseinkommen im Rahmen der Invaliditätsbemessung). Es bedarf einer grundsätzlichen Klarstellung, wie die Rechtsfigur des ausgeglichenen Arbeitsmarktes und die LSE zueinanderstehen.
- *Aktuelle Korrekturinstrumente der LSE-Tabellen:* Dass die LSE-Tabellen im Grundsatz (vor-erst) weiterhin zur Anwendung kommen, dürfte nach diesem Entscheid ausser Frage stehen. Viel Interpretationsspielraum und diverse offene Punkte bestehen u.E. aber bei der Frage, welche Korrekturinstrumente unter Geltung des neuen Verordnungsrechts bei der Verwendung der LSE-Tabellen noch zur Anwendung gelangen (dürfen). Namentlich Art und Umfang des vom Bundesgericht über Jahrzehnte gebildeten und weiterentwickelten Tabellenlohnabzugs wird kontrovers diskutiert.

B. Intertemporale Bedeutung des Entscheides

[30] Formal lag dem Urteil eine Verfügung zugrunde, die vor dem 1. Januar 2022 erlassen wurde. Nach den allgemeinen Grundsätzen des intertemporalen Rechts und des zeitlich massgebenden Sachverhalts sind daher die Bestimmungen des IVG und der IVV in der bis 31. Dezember 2021 gültig gewesenen Fassung anwendbar.

[31] Damit äusserte sich das Bundesgericht im konkreten Fall primär einmal zu seiner bisherigen Rechtsprechung, wie es sie unter dem alten Recht entwickelt und angewendet hat. Das Bundesgericht sah keinen Anlass mehr, diese (alte) Rechtsprechung zu ändern, u.a. weil seit dem 1. Januar 2022 das revidierte IVG und die revidierte IVV in Kraft stehen. Der Entscheid umfasst damit vordergründig unbestritten altrechtliche Erwägungen, die nicht unesehen auf die neu geltenden Bestimmungen zur Invaliditätsbemessung übertragen werden können.

[32] Es lohnt sich jedoch, die Erwägungen inhaltlich differenziert zu betrachten. Dies vor dem Hintergrund, dass es sich bei den revidierten Bestimmungen zur Invaliditätsbemessung in der IVV gemäss den Aussagen des BSV weitgehend um eine Kodifizierung, d.h. eine Übernahme der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis zur Invaliditätsbemessung, handeln soll. «Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Anwendung der Tabellenlöhne ist weiterhin zu berücksichtigen.»²⁸ Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, der dem Bundesrat in Art. 28a Abs. 1 IVG die Umschreibung der massgebenden Erwerbseinkommen sowie der anwendbaren Korrekturfaktoren delegiert hatte, damit dieser *die in der Rechtsprechung definierte Praxis* auf Verordnungsstufe regeln wird.²⁹

[33] Wenn sich das Bundesgericht im vorliegenden Leitentscheid somit in allgemeiner Art zu den Wesensmerkmalen und deren Zusammenwirken in der langjährigen Gerichtspraxis äussert, dann sind diese Erwägungen auch unter Geltung des neuen Rechts durchaus relevant, da dieses ja eine Fortführung des bisherigen Systems darstellen soll. Das Bundesgericht hätte sich denn auch kaum im März 2022 die Mühe gemacht, sich so ausführlich zum (von ihm gebildeten und über Jahrzehnte weiterentwickelten) System der möglichst genauen Invaliditätsbemessung zu äussern,

²⁸ Erläuternder Bericht Vernehmlassungsverfahren (Fn 2), 9, 40; Erläuternder Bericht des BSV nach Vernehmlassung (Fn. 21), 14, 47 f.

²⁹ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [Weiterentwicklung der IV] vom 15. Februar 2017, BBl 2017 2535 ff., 2668.

wenn es diese Erwägungen als eine rein rückwärtsgewandte Betrachtung ohne gegenwärtige Relevanz hätte verstanden haben wollen.

[34] Letztlich stellte das Bundesgericht in aller Deutlichkeit selbst klar, *dass sich aus der Zurückhaltung im vorliegenden Entscheid keinesfalls ableiten lasse, dass sich die Rechtsprechung, insbesondere auch unter revidierter Rechtslage, nicht weiterentwickeln kann.* Dieser Fingerzeig auf mögliche Entwicklungen durch die Rechtsprechung (für welche sich dem Bundesgericht sicherlich in absehbarer Zeit zahlreiche Gelegenheiten bieten werden), belegt die Bereitschaft des Gerichts, die Handhabung der revidierten IV-Bestimmungen genau zu beobachten und nötigenfalls zu intervenieren. *Der Fokus der künftigen Entwicklung muss dabei gemäss den Aussagen des Bundesgerichts auf einem (bereits vor sechs Jahren in einem Leitentscheid geforderten) präziseren Setting der Invaliditätsbemessung liegen, worunter insbesondere differenziertere Tabellen zur Ermittlung namentlich des Invalideneinkommens zu verstehen seien.*³⁰

C. Ausgeglicherer Arbeitsmarkt LSE-Medianlöhne?

[35] Das Bundesgericht erläuterte im vorliegenden Leitentscheid den (von der Rechtsprechung als Fiktion erschaffenen) ausgeglichenen Arbeitsmarkt in der Invalidenversicherung (vgl. Rz. 21 f.). An dieser Stelle interessiert nun das Zusammenwirken von ausgeglichenem Arbeitsmarkt und LSE-Tabellen. Um die Kernaussage vorwegzunehmen: *die beiden Begriffe beschreiben nicht dasselbe! Vielmehr beantworten sie zwei unterschiedliche Fragen auf dem Weg zur Bestimmung eines prozentgenauen IV-Grades.*

[36] Der ausgeglichene Arbeitsmarkt ist der (rechtlich konstruierte) Prüfmasstab für folgende Frage:

«Existiert für die versicherte Person in der Schweiz im Zeitpunkt der Rentenprüfung eine der medizinisch festgestellten Arbeitsfähigkeit entsprechende Arbeitsstelle?»

[37] Immer dann, wenn eine versicherte Person aus gesundheitlichen Gründen ihren angestammten Beruf aufgeben muss (z.B. ein Maurer mit starker Kniearthrose), prüft die IV, ob dieser Person aus medizinischer Sicht eine andere (häufig eine körperlich oder geistig weniger anspruchsvolle) Tätigkeit noch zumutbar wäre (z.B. eine Stelle in einem Büro). Wird dies aus medizinischer Sicht bejaht, muss die IV prüfen, ob davon auszugehen ist, dass die versicherte Person eine solche ihr noch zumutbare Tätigkeit finden wird oder nicht. Exakt an dieser Schnittstelle zwischen medizinisch-theoretischer Betrachtung der Arbeitsfähigkeit und effektiver Verwertbarkeit auf dem realen Arbeitsmarkt setzt die Fiktion des ausgeglichenen Arbeitsmarktes an.³¹ Dazu hat das Bundesgericht die bereits wiedergegebene Praxis (vgl. Rz. 22) entwickelt, wonach der ausgeglichene Arbeitsmarkt ein theoretischer Begriff ist, der die konkrete Arbeitsmarktlage (Konjunktur) nicht berücksichtigt und in wirtschaftlich schwierigen Zeiten auch tatsächlich nicht vorhandene Stellenangebote umfasst. Die IV muss der versicherten Person mit anderen Worten keine effektive Stelle aufzeigen, sondern es wird (mit wenigen Ausnahmen) unterstellt, dass es irgendwo eine entsprechende Stelle geben wird.³²

³⁰ Urteil 8C_256/2021 vom 9. März 2022 (zur Publ. vorgesehen) E. 9.2.5.

³¹ Vgl. EGLI et al. (Fn. 3), zur jüngeren Entstehungsgeschichte Rz. 57 ff.; zur konkreten Praxis Rz. 263 ff.

³² Zur umfassenden Kritik an dieser Fiktion sowie konkreten Korrekturvorschlägen vgl. EGLI ET AL. (Fn. 3), Rz. 269 ff.

[38] Von dieser Grundsatzentscheidung, ob die versicherte Person eine ihr entsprechende Tätigkeit finden können wird oder nicht, ist die folgende Frage zu trennen:

«Wie viel wird die versicherte Person überwiegend wahrscheinlich in einer dem medizinischen Arbeitsprofil entsprechenden Stelle noch verdienen?»

[39] Es leuchtet eigentlich sofort ein, dass mit der Beantwortung der Frage, ob die versicherte Person eine geeignete Arbeitsstelle finden wird, noch keine Aussage darüber getroffen worden ist, wie viel sie dort (im Vergleich zu gesunden Arbeitskollegen und -kolleginnen) verdienen wird.

[40] Das Bundesgericht hat diesbezüglich ein zweistufiges Vorgehen etabliert, das vom BSV in die IVV übernommen wurde. In einem ersten Schritt ist ein tatsächlich erwirtschaftetes Erwerbseinkommen in der neuen Tätigkeit als Invalideneinkommen massgeblich (vgl. Art. 26^{bis} Abs. 1 IVV).³³ Wird im Zeitpunkt der Rentenprüfung kein Einkommen realisiert, muss das Invalideneinkommen fiktiv hergeleitet werden. Dabei ist unbestritten, dass die IV dazu statistische Grundlagen benötigt, ansonsten eine Invaliditätsbemessung mangels hypothetisch herleitbarem Invalideneinkommen in vielen Fällen nicht möglich wäre. Umstritten ist aber, welche statistischen Werte dafür herangezogen werden. Die LSE-Tabellen sind dafür keineswegs besonders geeignet (vgl. die grob zusammengefasste Kritik an der Verwendung der LSE in Rz. 8), es sind einfach gegenwärtig die einzigen statistischen Grundlagen, über die das BSV verfügt.

[41] Keinesfalls darf man nun den ausgeglichenen Arbeitsmarkt mit dem Lohnniveau gemäss LSE gleichsetzen. *Dadurch entstünde eine für die versicherte Person absolut toxische Fiktion.* Es würde dann nämlich nicht nur fiktiv unterstellt, dass für die versicherte Person «da draussen» irgendwo eine Arbeitsstelle existiert, sondern auch, dass die versicherte Person nach dem Berufswechsel «gesichert» mindestens den LSE-Medianlohn verdienen kann (für Männer in Hilfstätigkeiten CHF 67'767.–). Letzteres ist weder eine rechtlich zwingende Vermutung noch eine empirisch gesicherte Annahme. Im Gegenteil weisen die neuesten Untersuchungen darauf hin, dass gesundheitlich beeinträchtigte Personen einen deutlich tieferen Medianlohn als gesunde Arbeitnehmer erwirtschaften können (vgl. Rz. 8).

[42] Es ist damit *schlicht falsch*, wenn das BSV im erläuternden Bericht zur Änderung der IVV festhält: «Ein Abstellen auf spezifisch für die IV geschaffene LSE-Tabellen würden eine Abkehr vom ausgeglichenen Arbeitsmarkt und damit von den gesetzlichen Vorgaben bedeuten (Art. 16 ATSG).»³⁴ Solche gesetzlichen Vorgaben existieren nicht. Es gibt keine Norm, dergemäss eine gesundheitlich beeinträchtigte versicherte Person – zusätzlich zur Fiktion, dass sie eine Arbeitsstelle finden wird (ausgeglicher Arbeitsmarkt gemäss Art. 16 ATSG) – auch noch gleich viel wie der Median der gesunden Mitarbeitenden verdienen muss. Die Rechtsfigur des ausgeglichenen Arbeitsmarktes sagt gerade noch nichts darüber aus, wie hoch ein fiktives Einkommen einer versicherten Person sein könnte. Dass das Bundesgericht damals wie heute auf die LSE als Ausgangspunkt zurückgreift, ist allein dem Umstand geschuldet, dass es keine spezifischen, für Laien einfach verständlichen, statistischen Lohndaten für die IV gibt. Und dass das BSV ebendiese LSE-Tabellen nun in der IVV als Referenz normierte, dürfte Ausdruck einer gewissen Bequem-

³³ Hintergrunddokument «Bemessung des Invaliditätsgrades» (Fn. 26), 1, «Dabei stützt sie [die IV] sich wenn immer möglich auf tatsächliche Einkommen ab, welche eine Person [...] mit gesundheitlicher Beeinträchtigung in einer neuen Tätigkeit erzielt».

³⁴ Erläuternder Bericht des BSV nach Vernehmlassung (Fn. 21), 6.

lichkeit sein, da die Mängel der LSE zwar spätestens seit der Vernehmlassung bekannt waren, die Erarbeitung spezifischer Lohn Tabellen aber aufwändig ist.

[43] Fest steht, dass es eine Fehlannahme des bisherigen Systems war, dass sich aus gesundheitlichen Gründen zu einem Berufswechsel gezwungene Personen in einer neuen (fiktiven) Tätigkeit im gleichen Lohnniveau wie der Median (der Gesunden) befinden. Um dieses strukturelle (in der Anwendung der LSE liegende) Problem systemisch zu lösen, wäre die Etablierung von spezifischeren Tabellen notwendig. Allerdings wurde im Nachgang zur Vernehmlassung auch immer deutlicher, dass *primär finanzielle Überlegungen* den Bundesrat von einer Korrektur der überhöhten statistischen Werte in der Invalidenversicherung abgehalten haben und abhalten.³⁵

[44] Damit ist ebenfalls gesagt, dass die Verwendung der LSE-Tabellen *weiterhin ultima ratio* sein muss. Das fiktive Anrechnen eines Invalideneinkommens ist nur dann zulässig (und notwendig), wenn kein tatsächliches Invalideneinkommen vorliegt. Wie bis anhin ist dabei erforderlich, dass ein tatsächliches Einkommen eine gewisse Stabilität aufweist. Nicht erforderlich ist aber, dass mit der tatsächlichen Verwertung der noch zumutbaren Arbeitsfähigkeit ein Lohn auf dem Niveau der LSE-Tabellen einhergeht, wie dies das BSV im erläuternden Bericht zu Art. 26^{bis} Abs. 1 IVV festhält (vgl. Rz. 13 ff.). Eine solche Ausweitung des fiktiven Lohnniveaus der LSE wäre durch das Gesetz nicht gedeckt, da Art. 16 ATSG und die bisher dazu ergangene Rechtsprechung stets davon ausgegangen sind, dass primär die tatsächliche Lohn einbusse (aufgrund der tatsächlich erwirtschafteten Einkommen) das Ausmass der Invalidität nach Art. 8 ATSG darstellt.

[45] Ein Verweis auf eine allgemeine Schadenminderungspflicht der versicherten Person (vgl. Rz. 15) geht dagegen nach unserer Einschätzung fehl. Damit würde suggeriert, dass eine versicherte Person die Obliegenheit trifft, besser (oder mindestens gleich gut) als die Hälfte des Totals der gesunden Erwerbsbevölkerung zu verdienen, wenn sie keine Nachteile in der Bestimmung des Invaliditätsgrads gewärtigen möchte. Statistisch betrachtet käme damit jede zweite versicherte Person³⁶ ihrer Schadenminderungspflicht nur ungenügend nach, was offensichtlich absurd ist.

[46] Auch die vom BSV skizzierte Gefahr, dass ein Arbeitgeber durch die Ausrichtung eines absichtlich tief gehaltenen Lohnes die eigenen Kosten im Wissen darum senkt, dass die versicherte Person zu Lasten der IV schadlos gehalten wird,³⁷ ist u.E. übertrieben und praxisfern. Einerseits bleibt der Bericht jegliche Evidenz für einen solchen Verdacht schuldig. Andererseits hat bereits die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung festgehalten, dass bei sehr tiefen Löhnen im Sinne eines «Soziallohns» ein Abweichen vom tatsächlichen Invalideneinkommen möglich ist,³⁸ was als Korrektiv ausreicht.

³⁵ Einer ersten Einschätzung des BSV zu Folge wären mit Mehrkosten in Höhe von ca. Sfr. 300 Mio. in der IV zu rechnen (Stellungnahme des BSV vom 21. Dezember 2021 zu Handen des Schweizerischen Bundesgerichts im Verfahren 8C_256/2021). Dies bei jährlichen Rentenleistungen von ca. 5.65 Mrd. Franken (IV Statistik 2021, 83 % von 6.8 Mrd. Ausgaben für Geldleistungen, abrufbar unter: <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/iv/statistik.html>).

³⁶ Vgl. zur Erläuterung des Medianwerts Urteil 8C_256/2021 vom 9. März 2022 E. 9.2.1, «[...] Zentralwert (Median) ausgeht, bedeutet dies, dass die eine Hälfte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer weniger und die andere Hälfte mehr verdient».

³⁷ Erläuternder Bericht des BSV nach Vernehmlassung (Fn. 21), 53.

³⁸ BGE 143 V 295 E. 2.2.

D. Aktuelle Korrekturinstrumente (Tabellenlohnabzug)

[47] Nach dem Inkrafttreten der IVV per 1. Januar 2022 und dem bundesgerichtlichen Verdikt ist klar, dass die LSE-Tabellen bis auf Weiteres im Rahmen der Invaliditätsbemessung auf Seiten des Valideneinkommens und/oder auf Seiten des Invalideneinkommens zur Anwendung kommen dürfen. Ebenfalls ist unbestritten, dass die Möglichkeit bestehen muss, die LSE-Tabellenwerte zu korrigieren, um das hypothetische Einkommen an den Einzelfall anzupassen und Verzerrungen im Einkommensvergleich zu vermeiden.³⁹ Die Frage ist nun, welche Instrumente dafür in Zukunft zur Verfügung stehen sollen.

[48] Das Bundesgericht stellte im vorliegenden Entscheid unmissverständlich klar, *dass es die LSE-Tabellen nicht als Referenzpunkt zugelassen hätte, wenn es nicht gleichzeitig die Möglichkeit geschaffen hätte, die LSE-Tabellen mittels Abzug um bis zu 25 % zu korrigieren*. Dem Abzug kommt als Korrekturinstrument bei der Festsetzung eines möglichst konkreten Invalideneinkommens überragende Bedeutung zu.⁴⁰ Es ist für die nachfolgende Darstellung deshalb wichtig, sich die Gründe vor Augen zu führen, die in der bisherigen Rechtsprechung je nach Einzelfall zu einem Abzug vom Tabellenlohn von max. 25 % (praxismässig in 5 %-Schritten) geführt haben:⁴¹

- gesundheitliche Einschränkungen somatischer Natur
- funktionelle Einarmigkeit bzw. Einhändigkeit
- psychische Beeinträchtigungen
- spezifische Arbeitsanforderungen
- Notwendigkeit besonderer Rücksichtnahme durch Vorgesetzte
- gesundheitlich bedingte Absenzen
- fortgeschrittenes Alter
- langjährige Betriebszugehörigkeit bzw. Dienstalster
- fehlende oder geringe Berufserfahrung
- langjährige Absenz vom Arbeitsmarkt
- Teilzeittätigkeit
- reduzierte Leistungsfähigkeit bei vollem Pensum
- Nationalität und Herkunft
- Sprachkenntnisse
- vermehrter Pausenbedarf
- Anpassungsaufwand
- Region

[49] Das BSV sieht im erläuternden Bericht nun vor, dass die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den leidensbedingten Abzügen durch ein neues, selbst erdachtes Korrektursystem ersetzt werden soll. Der bisherige leidensbedingte Abzug werde neu an unterschiedlichen Orten berücksichtigt. Die Eckpunkte skizziert das BSV wie folgt:⁴²

³⁹ Z.B. Hintergrunddokument «Bemessung des Invaliditätsgrades» (Fn. 26), 1.

⁴⁰ Urteil 8C_256/2021 vom 9. März 2022 E. 9.2.2.

⁴¹ EGLI et al. (Fn. 3); Rz. 356–684.

⁴² Erläuternder Bericht des BSV nach Vernehmlassung (Fn. 21), 53 f.

- *Konsequente Parallelisierung*: Wirtschaftliche Faktoren, die bereits vor dem Eintritt des Gesundheitsschadens vorlagen und das erzielbare Einkommen beeinflussten, sollen neu nur noch bei der Parallelisierung des Einkommens ohne Invalidität berücksichtigt werden. Weil die Parallelisierung neu grundsätzlich konsequenter und ohne Abklärung der Gründe für die Unterdurchschnittlichkeit des Einkommens erfolge, erleide die versicherte Personen im Vergleich zur heutigen Regelung keinen Nachteil. Mit der Parallelisierung will das BSV sämtliche invaliditätsfremden Gründe für leidensbedingte Abzüge ersetzen, namentlich sei dabei zu denken an Faktoren wie etwa ein regional tiefes Lohnniveau oder den Aufenthaltsstatus (inkl. Grenzgänger/in) und die Nationalität sowie auch persönliche Faktoren wie fehlende Sprachkenntnisse, fehlende Ausbildung oder das Alter.⁴³
- *Umfassendere Einschätzung der funktionellen Leistungsfähigkeit*: Jegliche invaliditätsbedingten und medizinisch ausgewiesenen quantitativen und qualitativen Einschränkungen bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit sollen neu konsequent bei der Einschätzung der funktionellen Leistungsfähigkeit berücksichtigt werden. Dies führe 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 entfalle.⁴⁴ Das BSV ist der Ansicht, dass die bisherige Bedeutung des leidensbedingten Abzuges seit dem 1. Januar 2022, auch nach dem klaren Verdikt des Bundesgerichts im vorliegenden Urteil, neu dieser umfassenden Einschätzung der funktionellen Leistungsfähigkeit zukomme.⁴⁵ *Mit anderen Worten habe das Urteil 8C_256/2021 nichts an der Ansicht und dem Vorgehen des BSV geändert.* Die Beurteilung allfälliger leidensbedingter Korrekturen an den LSE sollen gemäss BSV durch den RAD stattfinden. Dies bedinge «Rückfragen bei der behandelnden Ärztin oder beim behandelnden Arzt», damit der RAD eine nachvollziehbare, gesamthafte Einschätzung der verbleibenden funktionellen Leistungsfähigkeit unter Berücksichtigung aller beeinflussenden medizinisch bedingten Faktoren abgeben kann.⁴⁶ Dies werde voraussichtlich zu einem Mehraufwand für den RAD führen.⁴⁷
- *Teilzeitabzug*: Der Faktor Teilzeit wird neu in Art. 26^{bis} Abs. 3 IVV mit einem pauschalen Abzug von 10% geregelt, wenn einer versicherten Person nur noch eine Arbeitsfähigkeit von 50% oder weniger zumutbar ist.

[50] Da gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts den leidensbedingten Abzügen bisher (nebst der auch altrechtlich existierenden Parallelisierung) eine überragende Bedeutung als Korrekturinstrumente zukam, muss geprüft werden, ob das neue System des BSV in vergleichbarer Weise taugliche Korrekturen ermöglicht oder ob sich Schwierigkeiten ergeben.

⁴³ Hintergrunddokument «Bemessung des Invaliditätsgrades» (Fn. 26), 3.

⁴⁴ Erläuternder Bericht des BSV nach Vernehmlassung (Fn. 21), 54.

⁴⁵ Hintergrunddokument «Bemessung des Invaliditätsgrades» (Fn. 26), 4.

⁴⁶ Erläuternder Bericht des BSV nach Vernehmlassung (Fn. 21), 62.

⁴⁷ Erläuternder Bericht des BSV nach Vernehmlassung (Fn. 21), 102.

1. Parallelisierung als «Allheilmittel»?

[51] Das BSV will neu sämtliche invaliditätsfremden und persönlichen Faktoren mittels Parallelisierung korrigieren. Von den in der Rechtsprechung anzutreffenden rund 17 Kriterien werden vom BSV folgende sieben Gründe explizit genannt:

- regional tiefes Lohnniveau
- Nationalität und Herkunft (Aufenthaltsstatus inkl. Grenzgänger)
- fehlende oder schlechte Sprachkenntnisse
- fehlende Ausbildung
- fehlende oder geringe Berufserfahrung
- fortgeschrittenes Alter
- langjährige Betriebszugehörigkeit bzw. Dienstalster.

[52] Die Parallelisierung ist ein Korrekturinstrument eines (unterdurchschnittlichen) Valideneinkommens. Was auffällt ist, dass das BSV die obgenannten, bisher vom Bundesgericht als Korrekturfaktoren beim Invalideneinkommen angeführten, Gründe somit neu nur noch auf Seiten des Valideneinkommens berücksichtigt haben möchte. Das wirft die Frage auf, ob das für die versicherte Person zum selben Ergebnis führt oder eine Verschärfung der Korrekturpraxis darstellt.

[53] Tatsächlich ist es so, dass dann, wenn eine versicherte Person aufgrund invaliditätsfremder oder in der eigenen Person liegenden Faktoren bereits vor der Invalidität ein unterdurchschnittliches (Validen-)Einkommen erzielt hat, eine Korrektur mittels Parallelisierung möglich ist. Wird z.B. ein auf eine fehlende Ausbildung oder regional tieferes Lohnniveau zurückgeführtes tiefes Valideneinkommen mittels Parallelisierung erhöht, so ist es nicht mehr nötig (und wäre eine doppelte Berücksichtigung), vom hypothetischen Invalideneinkommen nochmals einen Abzug aufgrund der fehlenden Ausbildung oder der strukturschwachen Region vorzunehmen.

[54] Jedoch deckt diese Betrachtung u.E. nur die Konstellation ab, dass eine versicherte Person bereits vor Eintritt der Invalidität einen Nachteil aufgrund dieser Faktoren erlitten hatte. Das Bundesgericht hat sich erst jüngst detailliert zum Verhältnis von Korrekturen durch leidensbedingte Abzüge und durch eine Parallelisierung geäußert. Es hielt fest:

«Ein Leidensabzug [...] entfällt mit anderen Worten nicht schon deshalb, weil eine Parallelisierung geprüft, jedoch mangels Erheblichkeit der Einkommensdifferenz nicht durchgeführt wurde. Sind [...] bei der Parallelisierung immer die personenbezogenen Faktoren zu untersuchen, die bereits im Gesundheitsfall vorlagen, so stehen beim leidensbedingten Abzug die gesundheitsbezogenen Faktoren im Vordergrund, die in der Regel erst im Krankheitsfall massgebend werden und die Höhe des hypothetisch noch erzielbaren Lohnes beeinflussen. Beide Aspekte erfordern eine getrennte Prüfung je bei der Frage, ob eine Parallelisierung oder ein Leidensabzug vorzunehmen ist.»⁴⁸

[55] Das Bundesgericht weist hier auf einen zentralen Umstand bei der Korrektur statistischer Tabellenlöhne hin: Es ist durchaus denkbar – und in der Praxis ein häufig anzutreffendes Problem –, dass sich gewisse lohnmindernde Faktoren *erst im Zeitpunkt auswirken, wenn die versicherte Person*

⁴⁸ BGE 146 V 16 E. 6.2.1.

aus gesundheitlichen Gründen ihre angestammte Tätigkeit oder Berufsbranche wechseln muss.⁴⁹ Zu denken ist insbesondere an die Abzugsgründe der fehlenden/mangelhaften Sprachkenntnisse und der fehlenden/geringen Berufsausbildung sowie das fortgeschrittene Alter. Gerade in körperlich anstrengenden Berufen des Bauhauptgewerbes, Strassenbau, in der Landwirtschaft, Logistik/Schwerverkehr oder in der Gastronomie sind etwa mangelnde Kenntnisse der deutschen (oder je nach Landesteil französischen bzw. italienischen) Sprache und das Fehlen einer spezifischen Ausbildung nicht zwingend lohnmindernde Faktoren. Wenn eine solche versicherte Person jedoch aus gesundheitlichen Gründen nur noch leichte Tätigkeiten ausüben darf, rücken unweigerlich Büroberufe und Dienstleistungstätigkeiten sowie feinmechanische Arbeiten in den Vordergrund. In diesen Berufsbranchen sind adäquate Sprachkenntnisse und eine entsprechend auf die Tätigkeit zugeschnittene Berufsausbildung deutlich häufiger ein zentrales Qualifikationsmerkmal. *Streng genommen handelt es sich bei der fehlenden beruflichen Ausbildung und Erfahrung immer dann um einen invaliditätsbedingten (und nicht invaliditätsfremden) Faktor, wenn der Branchenwechsel (und damit der Verlust der Berufserfahrung bzw. die Entwertung der angestammten Ausbildung) gesundheitlich bedingt ist.* Wenn also ein Handwerker in seiner angestammten Tätigkeiten nicht weniger als den LSE Zentralwert verdient hat (oder er selbstständig erwerbstätig war) und folglich eine Parallelisierung gemäss Art. 26 Abs. 3 IVV ausgeschlossen ist, ihm nun aber aufgrund einer körperlichen Beeinträchtigung nur noch leichte, wechselbelastende Hilfstätigkeiten zumutbar sind, dann müssen Faktoren wie mangelhafte Sprachkenntnisse oder eine geringe Berufsausbildung weiterhin geprüft werden und abzugsfähig sein, ansonsten eine Verschärfung für gewisse Berufsgattungen vorliegt.

[56] Gleiches gilt für das Kriterium Alter/Dienstalter. Dieses soll gemäss der Ansicht des BSV überhaupt nicht mehr als separater Abzugsgrund zulässig sein, weil sich der Faktor «Alter» in den LSE-Tabellen nicht lohnsenkend auswirken würde und die Bedeutung des Dienstalters generell abnehme.⁵⁰ In diesem Punkt scheint das BSV den problematischen Punkt im Zusammenhang mit einem fortgeschrittenen Alter zu verkennen. Selbstredend ist es so – und das wird auch in den LSE-Tabellen entsprechend abgebildet –, dass in der Schweiz Angestellte mit zunehmendem Alter (bzw. Dienstalter) generell mehr verdienen. Die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung hat aufgrund des fortgeschrittenen Alters regelmässig Abzüge vom Tabellenlohn mit der Begründung bejaht, dass ab einem gewissen Alter die Flexibilität zum Erlernen einer neuen Tätigkeit stark zurückgehe, was potentielle Arbeitgeber von einer Einstellung fachfremder älterer Mitarbeiter abhalte. Zudem weisen ältere Mitarbeiter höhere Lohnnebenkosten in Form höherer (arbeitgeberseitiger) Beiträge (insbesondere der beruflichen Vorsorge) auf, weshalb sie Schwierigkeiten haben, bei einem Arbeitgeber hohe (Median-)Einstiegsgehälter zu realisieren.⁵¹ Die Kriterien Alter und Dienstalter (Stichwort «Karriereknick») können demnach u.E. als Korrekturfaktoren nicht einfach gestrichen werden. Dass das Alter eine massgebliche Rolle auf dem Arbeitsmarkt spielen kann, zeigt sich nicht zuletzt daran, dass auch das BSV darauf hinweist, dass ein stark fortgeschrittenes Alter einer Verwertbarkeit der theoretischen Arbeitsfähigkeit gänzlich entgegenstehen kann.⁵² Wenn ein Kriterium aber derart gewichtig ist, dass es bei genügender Aus-

⁴⁹ Gl.M. PHILIPP EGLI/MARTINA FILIPPO, Invaliditätskonforme Tabellenlöhne – ein Überblick, Kommentar zur Motion Nr. 22.3377 vom 6. April 2022, in: iusnet vom 27. Juni 2022, V 1.

⁵⁰ Erläuternder Bericht des BSV nach Vernehmlassung (Fn. 21), 54.

⁵¹ Vgl. zum Abzugsmerkmal Alter die Darstellung der Kasuistik bei EGLI et al. (Fn. 3), Rz. 502 ff., insbesondere Rz. 528.

⁵² Erläuternder Bericht des BSV nach Vernehmlassung (Fn. 21), 54 m.V.a. Fn. 89.

prägung (beim Alter gemäss sehr strenger bundesgerichtlicher Praxis ab ca. 63 Jahren⁵³) zu einer gänzlichen Unverwertbarkeit führen kann, weil kein Arbeitgeber mehr realistischweise eine versicherte Person im hohen Alter kurz vor der Pensionierung noch einstellt und anlernt, dann erscheint es nur sachlogisch, wenn dasselbe Kriterium – weniger stark ausgeprägt – zwar (noch) keine Unverwertbarkeit nach sich zieht, aber zu einem tieferen Salär führt. U.E. ist diese Grenze bei versicherten Personen spätestens ab 60 Jahren erreicht.

[57] Die neue Korrektur des BSV allein durch Parallelisierungen greift damit u.E. für eine gewichtige Zahl an Konstellationen zu kurz.⁵⁴ Es ist auch bei ausbleibender Parallelisierung weiterhin – wie vom Bundesgericht in BGE 146 V 16 gefordert – in jedem Einzelfall durch den Rechtsanwender (IV-Stelle und Gerichte) zu prüfen, ob nicht personenbezogene Gründe vorliegen, die eine Korrektur des Medianwertes gemäss LSE-Tabelle nach sich ziehen müssen. Die Parallelisierung ist in bestimmten Fällen ein sachgerechtes Korrekturinstrument des Valideneinkommens, es ist aber alles andere als ein Allheilmittel für die Korrektur sämtlicher invaliditätsfremder und personenbezogener Faktoren in der Invaliditätsbemessung. Wird sie dennoch als solches verstanden, führt dies unweigerlich zu einer (versteckten) Verschärfung der Praxis.

2. RAD als Hüter gesundheitsbedingter Abzugsgründe?

[58] Bis auf den Faktor Teilzeit, der neu direkt auf Verordnungsstufe geregelt wird, sollen gemäss dem BSV alle nicht personenbezogenen Faktoren durch den RAD festgelegt werden. Sämtliche invaliditätsbedingten und medizinisch ausgewiesenen quantitativen und qualitativen Einschränkungen bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit sollen neu konsequent im Rahmen der Einschätzung der funktionellen Leistungsfähigkeit berücksichtigt werden. Dafür wurde in der Verordnung bei der Aufgabenumschreibung des RAD neu Art. 49 Abs. 1^{bis} IVV eingefügt, der wie folgt lautet:

«^{1bis} 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.»

[59] Diese Aufgabenverschiebung hin zum RAD wirft sowohl materiell-rechtliche als auch verfahrensrechtliche Fragen auf. Materiell-rechtlich wird u.E. die (ohnehin schwierige) Abgrenzung zwischen Rechtsanwender und ärztlichem Sachverständigen (wozu der RAD als versicherungsinterner Arzt zählt) zusätzlich vermischt. Das Bundesgericht hatte bisher die Schätzung der medizinisch-theoretischen Leistungsfähigkeit und die juristische Zumutbarkeitsbeurteilung der Arbeitsfähigkeit stets zu trennen versucht. So führte das Bundesgericht im vielzitierten BGE 140 V 193 aus: «*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*

⁵³ Vgl. die Darstellung der Kasuistik zur Unverwertbarkeit bei fortgeschrittenem Alter bei EGLI et al. (Fn. 3), Rz. 85 ff., insbesondere Rz. 152 ff.

⁵⁴ Gl.M. EGLI/FILIPPO (Fn. 49), V 1.

*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.»⁵⁵ (Hervorhebungen hinzugefügt)*

[60] Erst kürzlich führte das Bundesgericht zudem in einem Entscheid Folgendes aus: *«Dabei ist es nicht Sache des Arztes, sich zur Verwertbarkeit der verbleibenden Arbeitsfähigkeit auf dem in Betracht fallenden Arbeitsmarkt zu äussern und **die Verfügbarkeit eines dem Zumutbarkeitsprofil entsprechenden Arbeitsplatzes auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt zu beurteilen**. Aufgabe des Arztes ist es vielmehr, den Gesundheitszustand zu beurteilen (Befunderhebung, Diagnosestellung) und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten der Versicherte aus **medizinisch-theoretischer Sicht arbeitsunfähig ist.**»⁵⁶ (Hervorhebungen hinzugefügt)*

[61] Es geht uns hier nicht darum, die Kompetenzabgrenzungen zwischen Rechtsanwender und Medizin (wieder einmal) im Detail zu diskutieren. Vielmehr soll darauf hingewiesen werden, dass es sich bei den Abzügen vom LSE-Tabellenlohn bei gesundheitlich (invaliditäts-)bedingten Faktoren *gerade nicht um eine medizinische Schätzung, sondern um eine juristische Wertung handelt*.

[62] Dies lässt sich gut am Beispiel der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur funktionellen Einarmigkeit verdeutlichen: Die Praxis hat seit BGE 126 V 75 bei versicherten Personen, die ihre Hände gesundheitlich bedingt nur sehr eingeschränkt einsetzen können (beispielsweise als Zudienhand), verschiedentlich Abzüge von 10–15 % (nicht dominante Hand) und 20–25% (dominante Hand) vom gestützt auf die LSE ermittelten Invalideneinkommen als angemessen bezeichnet.⁵⁷ Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass eine versicherte Person, die einen Arm nur noch sehr eingeschränkt einsetzen kann, zwar medizinisch-theoretisch für sehr leichte Tätigkeiten nur geringfügig in der Arbeitsfähigkeit eingeschränkt sein kann. Mit dem Tabellenlohnabzug wird jedoch (aus rechtlich wertender Sicht) dem Umstand Rechnung getragen, dass ein durchschnittlicher Arbeitgeber einer funktionell einarmigen versicherten Person immer einen deutlich geringeren Lohn bezahlen wird als einer Person, die beide Arme und Hände voll einsetzen kann. *Darin spiegelt sich eine juristische Erfahrungstatsache und keine medizinisch-theoretische Notwendigkeit wider*. 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. Für das Bundesgericht war es jedoch nachvollziehbar, dass der Rechtsanwender im Einzelfall diese Faktoren als lohnrelevant qualifizierte und einen entsprechenden Abzug vom Tabellenlohn gewährte.

⁵⁵ BGE 140 V 193 E. 3.2.

⁵⁶ Urteil 8C_809/2021 vom 24. Mai 2022 E. 5.4.

⁵⁷ Vgl. zur Darstellung der Kasuistik EGLI et al. (Fn. 3), Rz. 433 ff.

[63] Das BSV selbst hat erkannt, dass es lohnrelevante Faktoren zu berücksichtigten gilt, die in der medizinisch-theoretischen Arbeitsfähigkeit gerade nicht abgebildet werden. Es hält dazu fest:

«Durch den Einbezug der gesundheitsbedingt reduzierten Leistungsfähigkeit bei der Bestimmung des Invalideneinkommens wird auch eine Einkommenseinbusse **in der Erwerbsrealität** berücksichtigt – also dass eine Person mit Behinderung, welche die genau gleichen Aufgaben **mit gleichem Pensum** erfüllt, wie eine zweite Person ohne Behinderung, unter Umständen den tieferen Lohn erhält, weil sie weniger Arbeitsleistung erbringt.»⁵⁸

[64] Jedoch ist es u.E. nicht die Aufgabe einer Arztperson, Korrekturen am realistischere erzielbaren Lohnniveau (und damit letztlich am Invalideneinkommen) über eine Anpassung der medizinisch-theoretischen Arbeitsunfähigkeitsschätzung vorzunehmen. *Damit werden zwei Dinge vermischt (medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit und hypothetisch realisierbares Einkommen), die zwingend getrennt behandelt werden sollten.*⁵⁹

[65] Zuletzt ist es u.E. aus verschiedenen verfahrensrechtlichen Gründen fraglich, ob der RAD die für die Prüfung von leidensbedingten Abzügen geeignete Stelle darstellt:

- Zunächst ist es eine reine Kapazitätsfrage. Bereits heute dauern Anfragen beim RAD für Aufgaben in dessen Kernbereich (z.B. bei der Beurteilung, ob es in einem Fall ein externes Gutachten braucht oder bei der Prüfung der Qualität eines Gutachtens) bisweilen Monate. Der RAD hat sich gemäss unserer Erfahrung in gewissen Kantonen zum eigentlichen Flaschenhals im Abklärungsverfahren entwickelt. Wenn nun davon auszugehen ist, dass in jedem Fall der RAD die ehemals durch den Rechtsanwender (d.h. durch die Sachbearbeitung) vorgenommene Prüfung der leidensbedingten Abzüge vornehmen (oder zumindest prüfen) muss, besteht u.E. die ernstzunehmende Gefahr, dass Verfahren unnötig noch weiter verzögert werden. Dies insbesondere deshalb, weil das BSV selbst davon ausgeht, dass die neue Aufgabe zu einem Mehraufwand beim RAD führen wird. Die vom BSV als notwendig erachteten Rückfragen beim behandelnden Arzt (und wohl auch bei den begutachtenden Sachverständigen) durch den RAD dürften ebenfalls regelmässig Monate in Anspruch nehmen.
- Weiter stellt sich u.E. ein Beweisproblem. Externe (polydisziplinäre) Gutachten weisen gemäss bundesgerichtlicher Praxis einen deutlich höheren Beweiswert als reine RAD-Aktenbeurteilungen auf. Daran ändert sich auch zukünftig nichts. Der RAD soll gemäss den Vorstellungen des BSV nun aber nicht den Tabellenwert der LSE nach unten korrigieren (gemäss der bisherigen Funktionsweise des leidensbedingten Abzugs). Vielmehr soll er diese Faktoren in die Beurteilung der funktionellen Leistungsfähigkeit einfliessen lassen und damit die Leistungsfähigkeit nach unten korrigieren (und zwar gemäss BSV je nach Fall um mehr als 25 %⁶⁰). Diese funktionelle Leistungsfähigkeit wird in Prozentpunkten angegeben (und häufig als Arbeitsfähigkeit in einer optimal leidensangepassten Tätigkeit bezeichnet). Das heisst, dass der RAD den Prozentwert der Arbeitsunfähigkeit «korrigieren» soll. Auf

⁵⁸ Hintergrunddokument «Bemessung des Invaliditätsgrades» (Fn. 26), 4.

⁵⁹ EGLI/FILIPPO (Fn. 49), V 2., S. 6.

⁶⁰ So zumindest wird es als Verbesserung gegenüber dem bisher auf maximal 25 % gedeckelten leidensbedingten Abzug dargestellt, vgl. Erläuternder Bericht des BSV nach Vernehmlassung (Fn. 21), 54.

dem Papier wäre die versicherte Person dann weniger leistungsfähig (tiefere Arbeitsfähigkeit) als gemäss der rein medizinisch-theoretischen Betrachtung im Gutachten. Dies führt für die versicherte Person zwar bestenfalls zum selben Ergebnis. In der Variante des BSV ist es aber eine «ärztliche» Korrektur der Leistungsfähigkeit, wogegen es bisher eine rechtliche Korrektur eines fiktiven Tabellenwertes war. Der RAD hat als versicherungsinterner Arzt dabei immer den Nachteil, dass er ärztlicherseits eigentlich keine Korrekturen an Gutachten vornehmen kann, ohne dass nicht der Beweiswert sowohl des Gutachtens als auch seiner abweichenden Beurteilung stark in Frage gestellt würde, weil sich plötzlich die ärztlichen Gutachter und der versicherungsinterne RAD-Arzt im zentralen Punkt der prozentualen Leistungsfähigkeit widersprechen.

- Schliesslich stellt sich die Frage, wie der RAD diese neue Aufgabe rechtsgleich (und willkürfrei) durchführen möchte. Eine Kernkritik am bisherigen System des Tabellenlohnabzuges zielte darauf, dass es zwar im Einzelfall zu einer (berechtigten) Korrektur des Invalideneinkommens kommen kann, jedoch weitgehend Kriterien fehlen, nach denen diese Abzüge rechtsgleich und vorhersehbar bejaht werden.⁶¹ Ein Hauptgrund für die Delegation der Korrekturfaktoren an den Bundesrat in Art. 28a Abs. 1 IVV war für den Gesetzgeber, dass «der Interpretationsspielraum der IV-Stellen sowie der kantonalen Gerichte eingeschränkt und eine möglichst einheitliche Handhabung für die ganze Schweiz («unité de doctrine») sichergestellt werde»⁶². Mit der Delegation der Prüfung von abzugsrelevanten Faktoren weg von den 26 kantonalen IV-Stellen und hin zu 26 Regionalen ärztlichen Diensten dürfte dies kaum gelingen. Dies insbesondere, da nicht davon auszugehen ist, dass die RAD die bundesgerichtliche Praxis zu den leidensbedingten Abzügen bei ihrer Tätigkeit vertieft studieren werden.

[66] Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es u.E. nur zwei valable Möglichkeiten gibt, die Praxis zu den leidensbedingten Abzügen rechtsgleich und vorhersehbar abzubilden. Entweder werden auf Stufe BSV und BFS spezifische Tabellenlöhne für die Invaliditätsbemessung erarbeitet, welche die unterdurchschnittlichen Verdienstmöglichkeiten von invaliden Personen (oder von gewissen noch zumutbaren Arbeitsprofilen) mit hinreichender Präzision abbilden. Oder man normiert die abzugsrelevanten Gründe pauschalisiert in der Verordnung, so wie dies mit dem Faktor Teilzeit geschehen ist. Eine individuelle Prüfung, sei es durch den Rechtsanwender oder durch den RAD, führt niemals zur gewünschten Vereinheitlichung und Rechtssicherheit.

IV. Fazit

[67] Nach den kritischen Debatten der letzten Jahre waren die Erwartungen an den hier besprochenen Entscheid hoch, zumal dessen öffentliche Verhandlung zunächst kurzfristig vom November 2021 auf den März 2022 verschoben worden war. Die lange öffentliche Beratung hat denn auch gezeigt, dass die Meinungen innerhalb des Gerichts auseinander gehen. Allerdings scheint auch die Meinung, die zum hier besprochenen Mehrheitsentscheid geführt hat, nicht davon auszugehen, dass die frühere Praxis zu befriedigen vermochte und sachgerecht war – nament-

⁶¹ Vgl. zur Kritik an der ausufernden und inkonsistenten Praxis, EGLI et al. (Fn. 3), Rz. 688 ff.

⁶² Urteil 8C_256/2021 vom 9. März 2022 E. 6.6 m.V.a. auf die Gesetzesmaterialien BBl 2017 2668.

lich nicht, soweit der fast schon regelhafte Beizug der LSE-Tabellen zur Diskussion stand. Dass das Gericht davon abgesehen hat, eine Praxisänderung vorzunehmen oder die Sache zur präziseren Berechnung des Invaliditätsgrads an die Vorinstanz zurückzuweisen, dürfte auch damit zu tun haben, dass sich die Rechtslage per 1. Januar 2022 geändert hat und hier ein altrechtlicher Fall zu beurteilen war.

[68] Verschiedene Formulierungen des Gerichts lassen nach unserer Einschätzung erkennen, dass es die *möglichst konkrete Bestimmung der Vergleichseinkommen für zentral hält* und den Beizug der LSE-Tabellen nur unter dem Vorbehalt gutheisst, dass entsprechende Korrekturfaktoren (Tabellenlohnabzüge) möglich sind. Gerade diese werden nun aber unter dem neuen (Verordnungs-) Recht massiv eingeschränkt, was sich kaum mit der Intention des Gesetzgebers vereinbaren lässt. Zudem scheinen auch verschiedene der im neuen Recht vorgesehenen «Korrekturfaktoren» (Parallelisierung, Korrekturen durch den RAD) auf falschen oder unvollständigen Überlegungen und Grundlagen zu beruhen.⁶³ In der gegenwärtigen Ausgestaltung hat sich das in der Verordnung geschaffene Bemessungssystem jedenfalls so weit von den bisher konstant entwickelten bundesgerichtlichen Vorgaben entfernt, dass dessen Gesetzeskonformität fraglich erscheint.

[69] Die geltende Rechtslage ist damit äusserst unbefriedigend. Es ist schwer nachvollziehbar, weshalb der Ordnungsgeber – gegen alle Kritik im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens – eine derart verunglückte Revision verankert hat. Die in Aussicht gestellte, baldige Überprüfung der Auswirkungen der Revision vermag nicht zu übertünchen, dass hier – in erster Linie zu Lasten der Versicherten – sachfremde Schematisierungen eingeführt wurden und sich die Invaliditätsgradbemessung noch mehr ins Reich der Fiktion bewegt hat.

[70] Es ist zu hoffen, dass das höchste Gericht bei nächster Gelegenheit hier einige Pflöcke einschlägt, die dem Ordnungsgeber bei der Neuformulierung der entsprechenden Normen helfen. Ganz generell ist zudem zu wünschen, dass sich die Praxis der Invaliditätsbemessung wieder näher an den wirtschaftlichen Realitäten bewegt – der Wahrheit also wieder näherkommt als der reinen (amtlichen) Dichtung.

Prof. Dr. iur. THOMAS GÄCHTER, Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht, Universität Zürich.

Dr. iur. MICHAEL E. MEIER, Rechtsanwalt, Oberassistent für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an den Universitäten Zürich und Luzern.

⁶³ Wobei einzig der Teilzeitabzug gemäss Art. 26^{bis} Abs. 3 IVV als Korrekturfaktor im eigentlichen bzw. bisherigen Sinn gelten kann (Rz. 49).