

Die Minusinvalidität – und andere Absurditäten des Erwerbsunfähigkeitsbegriffs

Prof. Dr. iur. LL.M. HARDY LANDOLT, Lehrbeauftragter an den Universitäten St. Gallen und Zürich für Haftpflicht-, Privat- und Sozialversicherungs- sowie Gesundheitsrecht, wissenschaftlicher Konsulent des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen sowie Rechtsanwalt und Notar, Glarus

Inhaltsübersicht

I.	Erwerbsunfähigkeitsbegriffe des Schadenausgleichsrechts.....	131
A.	Allgemeines	131
B.	Haftpflichtrechtlicher Erwerbsunfähigkeitsbegriff	131
1.	Subjektiv-konkreter Schadenbegriff.....	131
2.	Ausnahmsweise objektiver Schadenbegriff.....	133
C.	Privatversicherungsrechtlicher Erwerbsunfähigkeitsbegriff	134
D.	Sozialversicherungsrechtlicher Erwerbsunfähigkeitsbegriff	136
1.	Erwerbsunfähigkeit, Invalidität und Arbeitsunfähigkeit	136
2.	Invaliditätsbemessungsmethoden.....	137
II.	Charakterisierung des sozialversicherungsrechtlichen Erwerbsunfähigkeitsbegriffs.....	140
A.	Objektivierung	140
1.	Allgemeines	140
2.	Massgeblicher Gesundheitsschaden	140
3.	Funktionelle Leistungsunfähigkeit im erwerblichen Bereich	142
B.	Abstrahierung	147
1.	Verweisungstätigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt	147
2.	Monetäre Bewertung der Verweisungstätigkeiten	150
i.	Tatsächliches Invalideneinkommen.....	150
ii.	Hypothetisches Invalideneinkommen.....	151
a.	Massgeblicher Tabellenlohn	151
b.	Massgebliche Branche.....	152
c.	Massgebliches Anforderungsniveau	153

III.	Absurditäten.....	155
	A. Relativierung der Niederlassungsfreiheit	155
	B. Besserstellung von Nicht- und Selbstständigerwerbstätigen.....	156
	1. Massgeblichkeit der subjektiv-konkreten Erwerbsunfähigkeit.....	156
	i. Nichterwerbstätige	156
	ii. Selbstständigerwerbende	157
	2. Geringere Schadenminderungspflichten	158
	i. Nichterwerbstätige	158
	ii. Selbstständigerwerbende	159
	3. Keine Abstrahierung unter Hinweis auf einen allgemeinen Arbeitsmarkt.....	160
	C. Beliebigkeit der Objektivierung und Abstrahierung.....	160
	D. Benachteiligung der Schlechtverdienenden	161
IV.	Korrekturmöglichkeiten	162
	A. Leidensabzug.....	162
	1. Allgemeines	162
	2. Fortgeschrittenes Alter.....	163
	B. Parallelisierung der Vergleichseinkommen.....	166
	1. Versicherte mit unterdurchschnittlichem Einkommen.....	166
	2. Versicherte mit überdurchschnittlichem Einkommen	168
	3. Parallelisierung und Leidensabzug	170
	C. DAP-Lohnvergleich.....	170
	D. Aufwertung des versicherten Verdienstes.....	172
V.	Schlussbetrachtung.....	173

I. Erwerbsunfähigkeitsbegriffe des Schadenausgleichsrechts

A. Allgemeines

Der im Personenschadenrecht forensisch Tätige hat alltäglich zu beurteilen, ob und inwieweit bei einer bestimmten Person eine *Erwerbsunfähigkeit* – eine der zentralen Voraussetzung für Invalidenrentenleistungen¹ oder Schadenersatz² – eingetreten ist. Diese Beurteilung erfolgt im Schadenausgleichsrecht uneinheitlich. Haftpflicht-, Privatversicherungs- und Sozialversicherungsrecht kennen je unterschiedliche Erwerbsunfähigkeitsbegriffe.

B. Haftpflichtrechtlicher Erwerbsunfähigkeitsbegriff

1. Subjektiv-konkreter Schadenbegriff

Der Schadenbegriff im Sinne von Art. 41 ff. OR ist grundsätzlich *subjektiv*. Wer widerrechtlich einen gesundheitlich geschwächten Menschen schädigt, hat kein Recht darauf, so gestellt zu werden, wie wenn er einen Gesunden geschädigt hätte³. Massgeblich ist der Schaden des vom Haftungstatbestand Betroffenen; es gilt das *subjektive Restitutionsinteresse am Wohnort des Geschädigten*⁴.

Die Höhe des Schadens spielt grundsätzlich keine Rolle. Der Schaden des Geschädigten ist vollumfänglich ersatzpflichtig (*Grundsatz der Totalreparation*). Zu entschädigen sind insbesondere *auch geringfügige Mehrkosten und Nebenerwerbseinkommen* aus (un-)selbstständigerwerbender Tätigkeit⁵. Auch eine entgangene Gewinnbeteiligung am väterlichen Unternehmen ist zu

¹ Siehe etwa Art. 8 und 16 ATSG.

² Vgl. Art. 46 OR.

³ Vgl. Urteile BGer vom 15.01.2002 (4C.215/2001) = Pra 2002 Nr. 151 E. 3a und vom 22.02.2000 (4C.416/1999) = Pra 2000 Nr. 154 E. 2c/aa sowie BGE 113 II 86 = Pra 1987 Nr. 142 E. 1b und 3b.

⁴ Vgl. OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. I: Allgemeiner Teil. 5. A., Zürich 1995, § 6 N 382.

⁵ Vgl. BGE 85 II 350 E. 6 (Geflügelzucht), 38 II 250 E. 1 (Einkommen aus landwirtschaftlichem Kleinbetrieb) und 29 II 225 E. 4.

entschädigen⁶. Nicht zu entschädigen ist lediglich der Ausfall eines rechtswidrig erlangten Einkommens; entschädigungspflichtig sind aber Erwerbsausfälle aus sittenwidriger Tätigkeit⁷.

- 4 Ein ungewöhnlich hoher Erwerbs- bzw. Gewinnausfall kann nur gekürzt werden, wenn eine *ausdrückliche gesetzliche Grundlage* besteht⁸. In Art. 44 OR fehlt ein entsprechender Hinweis, weshalb eine Kürzung ausgeschlossen ist. Selbst wenn gestützt auf Art. 44 OR eine Kürzung zulässig wäre, käme sie *nur zu Gunsten des Haftpflichtigen*, nicht aber auch zu Gunsten seines Haftpflichtversicherers in Frage⁹. Eine Kürzung würde nach Art. 44 Abs. 2 OR zudem voraussetzen, dass der Ersatzpflichtige nicht grobfahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat.
- 5 Der Geschädigte ist nicht verpflichtet, einen *Wohnsitzwechsel* in ein Land mit tieferem Kosten- bzw. Lohnniveau¹⁰ bzw. in einen anderen Kanton¹¹ vorzunehmen. Erfolgt der Wohnsitzwechsel als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses, ist deshalb der *mutmassliche Schaden*, der bei einem Wohnsitz in der Schweiz angefallen wäre, zu entschädigen¹². Wird der Wohnsitz freiwillig in ein anderes kostengünstigeres Land verlegt, kann nur der dort eintretende Schaden geltend gemacht werden.
- 6 Wäre dem Geschädigten bis zum Urteilszeitpunkt bzw. in Zukunft die Erzielung eines höheren Einkommens möglich und zumutbar, ist auf das *zumutbare Invalideneinkommen* abzustellen¹³. Für die Bestimmung des zumutbaren Invalideneinkommens massgebend ist die erwerbliche Arbeitsunfähigkeit auf dem konkreten dem Geschädigten offen stehenden Arbeitsmarkt.

⁶ Vgl. Urteil BGH vom 22.02.1973 (VI ZR 15/72) = VersR 1973, 423.

⁷ Vgl. BGE 111 II 295 E. 2.

⁸ Vgl. z.B. Art. 62 Abs. 2 SVG und Art. 7 Abs. 2 KHG.

⁹ Vgl. BGE 111 II 295 = Pra 1986 Nr. 7 E. 4a.

¹⁰ Vgl. Urteil BGer vom 23.06.1999 (4C.412/1998) = Pra 1999 Nr. 171 E. 2c.

¹¹ Vgl. BGE 119 V 255 E. 2 und 113 V 22 E. 4d.

¹² Vgl. LANDOLT HARDY, ZH-K, Zürich 2007, N 613 f. zu Art. 46 OR.

¹³ Vgl. Urteile BGer vom 09.11.2005 (4C.170/2005) E. 2.2, vom 22.06.2004 (4C.3/2004) = Pra 2005 Nr. 20 E. 1.2.2 und 1.4 sowie vom 23.12.2003 (4C.252/2003) = HAVE 2004, 112 E. 2.2.

Findet der Geschädigte als rechtserhebliche Folge des haftungsbegründeten Ereignisses keine Stelle, obwohl er arbeiten könnte, hat der Haftpflichtige auch dafür einzustehen. Die *haftpflichtrechtliche Erwerbsunfähigkeit* ist insoweit subjektiv-konkret und beurteilt sich einzelfallweise durch die Umstände des Einzelfalls¹⁴.

2. Ausnahmsweise objektiver Schadenbegriff

Die Zusprechung eines im Vergleich zum subjektiven Schaden tieferen oder höheren Schadenersatzes bzw. ein egalitärer Schadenersatz setzt eine gesetzliche Grundlage voraus. Ein Abzug vom subjektiven Schaden ist in den Art. 43 f. OR erwähnten Fällen zulässig. Ein Zuschlag zum subjektiven Schaden ist im Umfang des Verschuldenszuschlags i.S.v. Art. 43 Abs. 1 OR zulässig. Darüber hinausgehende *Schadenersatzzuschläge und -pauschalen*, insbesondere sog. "punitive damages", verletzen den *Ordre public*¹⁵. Ausländische Urteile, die derartige Schadenersatzzuschläge zusprechen, können in der Schweiz nicht vollstreckt werden¹⁶.

Im *gewerblichen Transportrecht* sehen die einschlägigen nationalen¹⁷ und internationalen¹⁸ Haftungsnormen regelmässig Haftungsobergrenzen für Personen- und Sachschäden vor. Beim Verlust des Reisegepäcks wird im Umfang von höchstens 2 000 Franken je Gepäckstück bzw. 10 000 Franken je Sendung zuzüglich Transportpreis, Zölle und sonstige Beträge, die die reisende Person für das verlorene Reisegepäck bezahlt hat, gehaftet¹⁹. Für

¹⁴ Vgl. Urteil BGer vom 22.06.2004 (4C.3/2004) = Pra 2005 Nr. 20 E. 1.2.2; ferner Urteil BGer vom 15.12.1993 i.S. La Secura c. C. = JdT 1994 I, 719 = SJ 1994, 275 E. 4d/aa.

¹⁵ Vgl. BGE 122 III 463 E. 5c/cc.

¹⁶ Vgl. BGE 116 II 376 E. 3b.

¹⁷ Vgl. z.B. Art. 447 Abs. 3 OR, Art. 21, 27 und 42 ff. PBG sowie Art. 61 Abs. 2 und Art. 71 ff. VPB, Art. 7 und Art. 10 Abs. 3 GüTG sowie Art. 7 ff. LTrV.

¹⁸ Vgl. z.B. Art. 38 ff. Anhang A COTIF (SR 0.742.403.1) und Art. 40 ff. Anhang B COTIF (SR 0.742.403.1).

¹⁹ Vgl. Art. 71 Abs. 3 VPB.

begleitete Motorfahrzeuge (Autoverlad) wird bis 8 000 Franken je Fahrzeug gehaftet.

- 8 Im *Luftfahrthaftungsrecht* gelten seit dem In-Kraft-Treten des *Montrealer-Abkommens*²⁰ die unter dem *Warschauer-Abkommen*²¹ gültig gewesenen Haftungsobergrenzen nicht mehr²². Das neue Haftungsübereinkommen geht vom Prinzip einer unbeschränkten Haftung des Luftfrachtführers gegenüber Reisenden aus, die bei einem Unfall getötet oder verletzt werden, und beruht auf einem zweistufigen Haftungssystem²³.
- 9 Für Schäden bis zu einem Betrag von 100 000 Sonderziehungsrechten (entspricht ungefähr 200 000 Schweizerfranken) haftet der Luftfrachtführer kausal, d.h. unabhängig von der Frage, ob der Eintritt des Schadens auf sein Verschulden zurückzuführen ist. Für den über diesen Betrag hinausgehenden Schaden gilt eine Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr. Die Haftung des Luftfrachtführers über den genannten Betrag hinaus entfällt nur, wenn er den Nachweis erbringt, dass der Schaden ohne sein Verschulden eingetreten ist. Für Reisegepäck sieht das neue Übereinkommen eine Haftungsbeschränkung von 1 000 Sonderziehungsrechten (rund CHF 2 000.–) je Reisenden vor²⁴.

C. Privatversicherungsrechtlicher Erwerbsunfähigkeitsbegriff

- 10 Die "Erwerbsunfähigkeit" gemäss Art. 88 Abs. 1 VVG unterscheidet sich sowohl von der sozialversicherungsrechtlichen Erwerbsunfähigkeit gemäss Art. 7 ATSG als auch von der haftpflichtrechtlichen Erwerbsunfähigkeit. Die

²⁰ Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr, abgeschlossen in Montreal am 28.05.1999 (SR 0.748.411).

²¹ Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr, abgeschlossen in Warschau am 12.10.1929 (SR 0.748.410).

²² Vgl. Art. 22 ff. Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr, abgeschlossen in Warschau am 12.10.1929 (SR 0.748.410).

²³ Siehe auch Art. 7 ff. LTrV.

²⁴ Siehe Art. 21 ff. Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr, abgeschlossen in Montreal am 28.05.1999 (SR 0.748.411).

Erwerbsunfähigkeit i.S.v. Art. 88 Abs. 1 VVG meint "die Erwerbsunfähigkeit im theoretischen, abstrakten Sinn"²⁵. Die *abstrakte Erwerbsunfähigkeit* ist mit der Integritätsschädigung i.S.v. Art. 24 Abs. 1 UVG vergleichbar und beurteilt sich wie diese nach der Gliedertaxe der Unfallversicherung²⁶ oder nach allfälligen Gliedertaxen in den allgemeinen Versicherungsbedingungen²⁷.

Die privaten Erwerbsunfähigkeitsversicherungen, welche die *objektiv-abstrakte Erwerbsunfähigkeit* versichern, sehen mit *zunehmendem Integritätsschaden progressiv steigende Versicherungssummen* vor. Die einschlägigen AVB schliessen eine Erhöhung bis zu einem Integritätsschaden von 1 % bis 25 % aus. Erst ab einem Integritätsschaden von 26 % erhöht sich die dem Integritätsschaden prozentual entsprechende Versicherungssumme progressiv. Dabei verdoppelt sich die Versicherungssumme bei einem Integritätsschaden von 50 % und beträgt bei einem Integritätsschaden von 100 % das vereinbarte Mehrfache, z.B. Dreieinhalbfache, der Versicherungssumme. 11

Die Vertragsparteien können vereinbaren, dass entweder der tatsächlich eingetretene wirtschaftliche Schaden, mithin die haftpflichtrechtlich relevante Erwerbsunfähigkeit bzw. der subjektiv-konkrete Erwerbsausfallschaden, oder die sozialversicherungsrechtliche Erwerbsunfähigkeit massgeblich sind²⁸. Beruft sich der Versicherer auf einen vom abstrakten Erwerbsunfähigkeitsbegriff abweichenden Erwerbsunfähigkeitsbegriff, hat er eine entsprechende Vereinbarung zu beweisen. Ist eine solche vertragliche Abweichung vom Gesetzestext nicht nachgewiesen, muss für die Bemessung der Invalidität auf die medizinisch-theoretische Erwerbsunfähigkeit abgestellt 12

²⁵ BGE 127 III 100 E. 2a sowie Urteil BGer vom 30.07.2001 (5C.147/2001) E. 3.

²⁶ Vgl. Anhang 3 der UVV. Die Gliedertaxe berücksichtigt nicht, ob und wie stark sich die Invalidität im Beruf des Invaliden auswirkt und ob er wegen seiner Invalidität einen Schaden erleidet, sei es durch Mehrauslagen oder in Form einer Erwerbseinbusse (vgl. BGE 127 III 100 E. 2a).

²⁷ Die in UVG-Fällen bestehende Tatsachen- und Rechtskognition des Bundesgerichts (Art. 97 Abs. 2 BGG) gilt bei einer Überprüfung einer privaten Erwerbsunfähigkeitsversicherungsstreitigkeit nicht (vgl. Urteil BGer vom 08.01.2008 [4A_442/2007] E. 2.3).

²⁸ Vgl. BGE 127 III 100 E. 1 und 2 sowie Urteil BGer vom 30.07.2001 (5C.147/2001) E. 3.

werden²⁹. Diese ist selbst dann massgeblich, wenn in den AVB auf die persönlichen Verhältnisse des Versicherten verwiesen wird³⁰.

D. Sozialversicherungsrechtlicher Erwerbsunfähigkeitsbegriff

1. Erwerbsunfähigkeit, Invalidität und Arbeitsunfähigkeit

- 13 Erwerbsunfähigkeit ist im Anwendungsbereich der Sozialversicherung – nach der Definition des Gesetzgebers – 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*³¹.
- 14 Die *Erwerbsunfähigkeit* ist einerseits von der *Arbeitsunfähigkeit*³² und andererseits von der *Invalidität*³³ zu unterscheiden. Zwischen diesen drei Begriffen bestehen mannigfaltige Beziehungen. Bei einer länger andauernden Arbeitsunfähigkeit geht der Arbeits- in den Erwerbsunfähigkeitsbegriff über und sind nicht nur der angestammte Beruf, sondern auch die Verweisungstätigkeiten des ausgeglichenen Arbeitsmarkts massgeblich³⁴. Versicherten, bei denen nicht mehr nur die angestammte Berufstätigkeit massgeblich ist, ist eine angemessene Angewöhnungszeit zu gewähren³⁵.

²⁹ Vgl. Urteil BGer vom 30.07.2001 (5C.147/2001) E. 3.

³⁰ Vgl. Urteil BGer vom 02.06.1983 i.S. René G. c. La B. = SG Nr. 316.

³¹ Vgl. Art. 7 Abs. 1 und ferner Art. 16 ATSG.

³² Die Arbeitsunfähigkeit ist die als Folge einer Gesundheitsbeeinträchtigung entstandene volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten (vgl. Art. 6 ATSG). Die Arbeitsunfähigkeit gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG entspricht bei Erwerbstätigen der medizinisch festgestellten Einschränkung im bisherigen Beruf (vgl. BGE 130 V 97 E. 3.2).

³³ Vgl. Art. 8 ATSG.

³⁴ Vgl. Art. 6 ATSG.

³⁵ Ist das Ausweichen auf einen anderen Tätigkeitsbereich zumutbar, so bemisst sich der Grad der Arbeitsunfähigkeit unter Berücksichtigung des gesamten Arbeitsmarktes und gegebenenfalls einer Anpassungszeit von drei bis fünf Monaten (vgl. BGE 114 V 281 E. 5b).

Der Invaliditätsbegriff umfasst den Erwerbsunfähigkeitsbegriff³⁶, geht aber über diesen hinaus und beinhaltet auch die längerfristige über ein Jahr andauernde Arbeitsunfähigkeit³⁷ und die funktionelle Leistungsunfähigkeit im bisherigen Aufgabenbereich³⁸. Als Aufgabenbereich der im Haushalt tätigen Versicherten gelten insbesondere die übliche Tätigkeit im Haushalt, die Erziehung der Kinder sowie gemeinnützige und künstlerische Tätigkeiten. Als Aufgabenbereich der Angehörigen einer klösterlichen Gemeinschaft gilt die gesamte Tätigkeit in der Gemeinschaft³⁹. 15

2. Invaliditätsbemessungsmethoden

Die Erwerbsinvalidität wird dabei methodologisch unterschiedlich festgestellt. Grundsätzlich gilt die *Einkommensvergleichsmethode*⁴⁰, ausnahmsweise sind die *Schätzungs-*⁴¹ oder *Prozentvergleichsmethode*⁴² als Unterarten der Ein- 16

³⁶ Vgl. Art. 8 Abs. 1 und 2 ATSG und Art. 28 Abs. 1 lit. a IVG.

³⁷ Vgl. Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG.

³⁸ Vgl. Art. 8 Abs. 3 ATSG, Art. 28 Abs. 1 lit. c IVG und Art. 27 f. IVV.

³⁹ Vgl. Art. 27 IVV.

⁴⁰ Vgl. Art. 28a Abs. 1 IVG. Bei der reinen Einkommensvergleichsmethode werden Validen- und Invalideneinkommen miteinander verglichen. Die einzelnen für die Berechnung des Invaliditätsgrades massgebenden Vergleichseinkommen sind exakte Werte und müssen mit grosser Sorgfalt festgelegt werden. Der gestützt darauf errechnete Invaliditätsgrad ist ein mathematisch exakter Prozentwert, der grundsätzlich nicht auf- oder abgerundet werden darf (statt vieler BGE 127 V 129). Für den Einkommensvergleich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des Beginns des Rentenanspruchs massgebend, wobei Validen- und Invalideneinkommen auf zeitidentischer Grundlage zu erheben und allfällige rentenwirksame Änderungen der Vergleichseinkommen bis zum Verfügungs-erlass zu berücksichtigen sind (BGE 129 V 22 und 128 V 174 E. 4a).

⁴¹ Bei der Schätzungsvergleichsmethode werden Validen- und Invalideneinkommen nach Massgabe der im Einzelfall bekannten Umstände geschätzt und verglichen. Sie ist sowohl in der Invaliden- und der Unfallversicherung als auch für Un- und Selbstständigerwerbende anwendbar. Der Schätzungsvergleich ist zulässig, wenn eine genaue ziffernmässige Einkommensermittlung an sich zwar möglich wäre, aber einen unverhältnismässig grossen Aufwand erfordern würde, und wenn ferner angenommen werden kann, dass die blossе Schätzung der Einkommen ein ausreichend zuverlässiges Resultat ergibt (BGE 104 V 135 E. 2b). Davon darf insbesondere in "Extremfällen" ausgegangen werden, in welchen die konkreten Verhältnisse, z.B. auf Grund der Steuerakten, so liegen, dass die Differenz zwischen den beiden hypothetischen Einkommen die für den

kommensvergleichsmethode anwendbar. Bei teilzeitlich Erwerbstätigen wird die *gemischte Methode* herangezogen⁴³. Die *Betätigungsvergleichsmethode* gilt schliesslich bei Nichterwerbstätigen⁴⁴ und ausnahmsweise auch bei Erwerbstätigen⁴⁵.

Rentenanspruch massgebenden Grenzwerte eindeutig über- oder unterschreitet (vgl. z.B. Urteile EVG vom 30.10.2003 [I 121/03] E. 2.2 f. und vom 18.01.2000 [I 5/99] E. 1a und b sowie BGE 97 V 56/57).

⁴² Die Prozentvergleichsmethode ist für die Invaliditätsbemessung sowohl von Un- als auch Selbstständigerwerbenden anwendbar (vgl. z.B. Urteil EVG vom 04.04.2002 [I 696/01] E. 5) und gilt auch in der Unfallversicherung (BGE 114 V 310 E. 3a). Sie setzt voraus, dass die fraglichen Vergleichseinkommen ziffernmässig nicht genau ermittelt werden können, wie das z.B. bei Arbeitslosigkeit von mutmasslich Erwerbstätigen der Fall ist (vgl. BGE 107 V 17 E. 2d). Ist eine ziffernmässige Ermittlung unmöglich, kann nach Massgabe der im Einzelfall bekannten Umstände eine Gegenüberstellung blosser Prozentzahlen erfolgen. Das Valideneinkommen ist mit 100 % zu bewerten, während das Invalideneinkommen auf einen entsprechend kleineren Prozentsatz veranschlagt wird, so dass sich aus der Prozentdifferenz der Invaliditätsgrad ergibt (vgl. z.B. BGE 114 V 310 E. 3a, 107 V 22 E. 2d sowie 104 V 136 E. 2a und b).

⁴³ Vgl. Art. 28a Abs. 3 IVG.

⁴⁴ Vgl. Art. 28a Abs. 2 IVG.

⁴⁵ Bei Erwerbstätigen, bei denen Validen- und Invalideneinkommen weder ziffernmässig errechnet noch durch Schätzung oder Prozentvergleich festgelegt werden können, gilt ebenfalls die Betätigungsvergleichsmethode als ausserordentliche Einkommensvergleichsmethode (BGE 128 V 29 E. 1, 104 V 137 E. 2c). Massgebliche Referenzgrösse ist die funktionelle Leistungseinbusse in Bezug auf die Validentätigkeiten bzw. den -beruf. Der grundsätzliche Unterschied der ausserordentlichen Methode gegenüber der spezifischen Methode besteht darin, dass die Invalidität nicht dem Grad der funktionellen Leistungseinbusse (im erwerblichen Bereich) entspricht, sondern diese in Bezug auf ihre erwerblichen Auswirkungen gewürdigt wird (vgl. BGE 128 V 29 E. 1). Die Betätigungsvergleichsmethode kommt primär bei Selbstständigerwerbenden zur Anwendung, bei denen weder ein ziffernmässiger Vergleich noch ein Prozent- bzw. Schätzungsvergleich angestellt werden kann. Bei Unselbstständigerwerbenden ist ein ordentlicher oder ausserordentlicher Einkommensvergleich in der Regel möglich. Die Rechtsprechung erachtet die ausserordentliche Betätigungsvergleichsmethode für Unselbstständigerwerbende nur dann als sinnvoll, wenn der Arbeitnehmer gewisse Unkosten selbst zu tragen hat und allenfalls zivilrechtlich als Selbstständigerwerbender gilt (vgl. BGE 104 V 135 E. 2c). Die Betätigungsvergleichsmethode ist jedenfalls nicht anwendbar, wenn der Versicherte stets als Unselbstständigerwerbender in der von ihm und seinem Lebenspartner geführten Aktiengesellschaft tätig war (vgl. Urteil EVG vom 07.11.2002 [I 412/01] E. 5.1 f.).

Bei jeder dieser Methoden stellen sich in unterschiedlicher Ausprägung vier Grundsatzfragen. Zunächst muss beim Betroffenen als Folge eines versicherten Risikos ein *rechtlich erheblicher Gesundheitsschaden* eingetreten sein. Dieser muss ferner eine *Beeinträchtigung der funktionellen Leistungsfähigkeit* zur Folge haben. Die funktionelle Leistungsfähigkeit bezieht sich dabei entweder auf den erwerblichen oder den nicht erwerblichen Bereich. 17

Schliesslich ist die durch den Gesundheitsschaden verursachte funktionelle Leistungsunfähigkeit monetär zu bewerten. Die *monetäre Bewertung der funktionellen Restleistungsfähigkeit* erfolgt in zwei Schritten. Zuerst werden der funktionellen Restleistungsfähigkeit sogenannte *Verweisungstätigkeiten* zugeordnet und diese im Anschluss monetär bewertet. Das Resultat der monetären Bewertung ergibt das Invalideneinkommen. Dieses wird bei der Einkommensvergleichsmethode dem Valideneinkommen gegenübergestellt. Das Ergebnis dieses Prozesses ist der Erwerbsunfähigkeits- bzw. Invaliditätsgrad ausgedrückt in einem Prozentwert. 18

Im Rechtsalltag kann dieses Prozedere mitunter zu eigenartigen Resultaten führen. In Zeiten der *Sparbemühungen der öffentlichen Hand* stellt sich immer öfter heraus, dass trotz eines nachgewiesenen Gesundheitsschadens und eines diesem entsprechenden tatsächlichen Erwerbsausfalls regelmässig keine rentenbegründende Erwerbsunfähigkeit eingetreten oder weggefallen sein soll. Die tatsächlich bestehende Erwerbsunfähigkeit wird in solchen Fällen mittels *objektiven und abstrakten Versicherungsparametern* wegetouchiert. 19

"Opfer" dieses Mechanismus sind insbesondere bisherige *Altrentner*, denen unter Hinweis auf eine Verbesserung der funktionellen Leistungsfähigkeit die Rente revisionsweise gekürzt oder gänzlich gestrichen wird, und *Schlechtverdienende*, bei denen dem unterdurchschnittlichen Valideneinkommen ein durchschnittliches höheres Invalideneinkommen gegenübergestellt wird, wenn sie nicht mehr erwerbstätig sind und ein tatsächliches Invalideneinkommen fehlt. 20

Ein selteneres Kuriosum ist die "*Minusinvalidität*". In einem solchen Fall besteht zwar unbestrittenermassen ein Gesundheitsschaden, doch ergibt die monetäre Bewertung der rechtlich erheblichen funktionellen Restleistungs- 21

fähigkeit eine *Besserstellung im Invaliditätsfall* dergestalt, dass das Invalidenhöher als das Valideneinkommen ist. Der resultierende Erwerbsunfähigkeitsgrad wird minus, und man kann sich – etwas keck – sogar fragen, ob der Betroffene in Anbetracht des Bereicherungsverbots bzw. der Vorteilsausgleichspflicht für den *versicherungstechnischen gesundheitsbedingten finanziellen Vorteil* ausgleichspflichtig ist.

- 22 Unlängst beschied eine nette Vertreterin der SUVA dem Autor dieser Zeilen in einem Fall, der einen Steinmetz betraf, der infolge einer Berufskrankheit nicht mehr seinen angestammten Beruf ausüben kann, dass dieser minusinvalid sei. Freilich wurde in der anschliessenden Rentenverfügung kein Minusinvaliditätsgrad aufgeführt, sondern der Invaliditätsgrad wurde unter Berücksichtigung eines leidensbedingten Abzugs mit Null angegeben. Diese und andere dissonante Erfahrungen im Alltag eines Personenschadenanwalts sind Anlass, dem Phänomen der Erwerbsunfähigkeit und seinen Absurditäten oder – seiner lateinischen Entsprechung – "Misstönen" ein paar Zeilen zu widmen.

II. Charakterisierung des sozialversicherungsrechtlichen Erwerbsunfähigkeitsbegriffs

A. Objektivierung

1. Allgemeines

- 23 Die Erwerbsunfähigkeit ist zwar bezogen auf den einzelnen Versicherten von Amtes wegen abzuklären. Doch findet in Bezug auf die vier Grundfragen (massgeblicher Gesundheitsschaden, funktionelle Leistungsunfähigkeit, Verweisungstätigkeiten und monetäre Bewertung derselben) eine weitgehende Objektivierung und Abstrahierung statt.

2. Massgeblicher Gesundheitsschaden

- 24 Seit der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Fassung von Art. 7 ATSG sind nur "*objektiv nicht überwindbare*" *Gesundheitsschäden* massgeblich. Nicht als relevant gelten physisch oder psychisch bedingte Beeinträchtigungen der Erwerbsfähigkeit, welche der Versicherte bei Aufbietung allen guten Wil-

lens, Arbeit in ausreichendem Masse zu verrichten, zu vermeiden vermöchte, wobei das Mass des Forderbaren weitgehend objektiv bestimmt werden muss⁴⁶. Als *subjektive Gesundheitsschäden*, die überwindbar sind, gelten u.a. somatoforme Schmerzstörungen⁴⁷, Fibromyalgien⁴⁸ und Schleudertraumata ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle⁴⁹.

Die Rechtsprechung betont ferner, dass der *biopsychosoziale Gesundheitsbegriff* 25 *der WHO*⁵⁰ nicht massgeblich ist und zudem der *rechtliche nicht mit dem medizinischen Krankheitsbegriff* übereinstimmt⁵¹. Konsequenz dessen ist ein Ausschluss von sog. "invaliditätsfremden Faktoren" sowohl bei der Feststellung des Gesundheitsschadens als auch bei der Bestimmung der funktionellen Leistungsunfähigkeit im massgeblichen Arbeitsbereich. Die rechtsanwendenden Behörden haben dabei "mit besonderer Sorgfalt" zu prüfen, ob die ärztliche Einschätzung auch invaliditätsfremde Faktoren mitumfasst⁵².

Zu den *invaliditätsfremden Faktoren* zählen einerseits *persönliche Faktoren* wie 26 Alter⁵³, Ausbildung, Sprachkenntnisse, Flexibilität, Durchsetzungsfähigkeit, Sozialkompetenz etc. und andererseits *psychosoziale und soziokulturelle Faktoren* wie beispielsweise Sorge um die Familie oder Zukunftsängste (etwa ein drohender finanzieller Notstand)⁵⁴ oder ein irgendetwie gearteter Migrationshintergrund. Je stärker psychosoziale oder soziokulturelle Faktoren im Einzelfall in den Vordergrund treten und das Beschwerdebild mitbestim-

⁴⁶ Siehe z.B. BGE 130 V 353 E. 2.2.1.

⁴⁷ Vgl. BGE 130 V 352 E. 2.2.3 und 131 V 49 E. 1

⁴⁸ Vgl. BGE 132 V 65 E. 4.

⁴⁹ Vgl. BGE 136 V 279 E. 3.

⁵⁰ Siehe Präambel der Verfassung der Weltgesundheitsorganisation vom 22. Juli 1946 und Ottawa-Charta zur Gesundheitsförderung vom 21. November 1986, mit welcher das Konzept der "Salutogenese" eingeführt wurde.

⁵¹ Vgl. BGE 116 V 239 E. 3a.

⁵² Vgl. BGE 130 V 352 E. 2.2.5.

⁵³ Dazu infra Rz 87 ff.

⁵⁴ Vgl. Urteil BGer vom 23.03.2009 (8C_730/2008) E. 2.

men, desto ausgeprägter muss das fachärztlich festgestellte *medizinische Substrat mit Krankheitswert* vorhanden sein⁵⁵.

3. Funktionelle Leistungsunfähigkeit im erwerblichen Bereich

- 27 Ist der massgebliche objektive Gesundheitsschaden festgestellt, ist die daraus entstehende *funktionelle Leistungsunfähigkeit in Bezug auf den jeweiligen "Arbeitsbereich"*, d.h. angestammter Beruf, Verweisungstätigkeiten oder angestammter Aufgabenbereich, festzustellen. Nach der Rechtsprechung ist nicht nur arbeitsunfähig bzw. funktionell leistungsunfähig, wer gesundheitsbedingt die bisherige Tätigkeit nicht mehr oder nur noch beschränkt ausüben kann, sondern auch die Person, welcher eine weitere Verrichtung ihrer Berufsarbeit nur unter der Gefahr möglich ist, ihren Gesundheitszustand zu verschlimmern⁵⁶.
- 28 Bei der Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit ist die funktionelle Leistungsunfähigkeit in Bezug auf den angestammten Beruf und die Verweisungstätigkeiten des ausgeglichenen Arbeitsmarkts⁵⁷ unter Berücksichtigung der Schadenminderungspflicht festzustellen⁵⁸. Die Schadenminderungspflicht verlangt vom Versicherten, im Rahmen des Zumutbaren eine andere als die angestammte Tätigkeit auszuüben, sofern sich dadurch die verbleibende Arbeitsfähigkeit finanziell besser verwerten lässt⁵⁹; die Zumutbarkeit wird dabei objektiviert verstanden⁶⁰.
- 29 Die *funktionelle Leistungsunfähigkeit im erwerblichen Bereich* ist entweder mittels *ärztlicher Schätzung* oder im Rahmen eines standardisierten Assessmentverfahrens festzustellen. Es ist Aufgabe des Arztes, den Gesundheitszustand

⁵⁵ Vgl. BGE 127 V 294 E. 5a.

⁵⁶ Vgl. BGE 130 V 343 E. 3.1 und Urteil BGer vom 30.08.2010 (9C_352/2010) E. 2.3.3.

⁵⁷ Siehe Art. 7 Abs. 1 und Art. 16 ATSG sowie infra Rz 30 ff.

⁵⁸ Vgl. statt vieler BGE 130 V 97 E. 3.2.

⁵⁹ Vgl. z.B. BGE 123 V 230 E. 3c, 117 V 275 E. 2b, 114 V 281 E. 3a und 113 V 22 E. 4a.

⁶⁰ Weiterführend LANDOLT HARDY, Die Rechtsvorstellung der zumutbaren Willensanstrengung im Sozialversicherungsrecht, in: Schaffhauser/Schlauri (Hrsg.), Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen 2003, 141 ff.

zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten der Versicherte arbeitsunfähig ist⁶¹. Die ärztlichen Angaben sind ferner eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen der versicherten Person noch zugemutet werden können⁶².

Einem ärztlichen Bericht kommt diesbezüglich *Beweiswert* zu, wenn er für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beschreibung der medizinischen Situation und Zusammenhänge einleuchtet und die Schlussfolgerungen des Arztes begründet sind⁶³. 30

Die medizinische Literatur empfiehlt zunehmend die Testung mittels einer *Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit (EFL)*⁶⁴. Die EFL besteht u.a. aus einem ergonomischen Assessment, in dessen Rahmen durch Arbeitssimulationstests (wie Heben und Tragen, Arbeit über Kopfhöhe oder Leitersteigen) das arbeitsbezogene Leistungsvermögen generell und mit Blick auf die angestammte berufliche Tätigkeit konkret beurteilt wird. 31

Die EFL misst die Fähigkeit, manuelle Tätigkeiten zu verrichten, und schätzt den Zeitraum, während dem die Probanden diese im Verlaufe eines ganzen Tages auszuüben im Stande sind. Das umfassende Testverfahren ermöglicht 32

⁶¹ Vgl. z.B. BGE 125 V 256 E. 4.

⁶² Statt vieler BGE 105 V 157 E. 1 und Urteil BGer vom 07.10.2009 (9C_624/2009) E. 4.1.1.

⁶³ Vgl. z.B. BGE 125 V 351 E. 3a und Urteil BGer vom 10.08.2009 (9C_610/2009) E. 3.

⁶⁴ Weiterführend JEGER JÖRG, Die Beurteilung der medizinischen Zumutbarkeit, in: Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen zugemutet werden?, Bern 2008, 85 ff., OLIVERI DENIER-BONT/ITTY HALLMARK, Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit (EFL) nach Susan Isernhagen, in: Medizinische Mitteilungen der Suva, Luzern 1996, 15 ff., OLIVERI MICHAEL, Was sollen wir messen: Schmerz oder Funktion? Die Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit als Mittel für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit, in: Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen 2003, 389 ff., OLIVERI MICHAEL/KOPP HANS GEORG, ET AL., Grundsätze der ärztlichen Beurteilung der Zumutbarkeit und Arbeitsfähigkeit. Teil 1, in: Schweiz Med Forum 2006, 420 ff., und OLIVERI MICHAEL/KOPP HANS GEORG, ET AL., Grundsätze der ärztlichen Beurteilung der Zumutbarkeit und Arbeitsfähigkeit. Teil 2, in: Schweiz Med Forum 2006, 448 ff.

zudem relevante Aussagen zum Leistungsverhalten und zur Konsistenz des Versicherten, wobei eine allfällig beobachtete Symptomausweitung und Selbstlimitierung im Rahmen eines chronifizierten Zustandes für die Bewertung der Zumutbarkeit bedeutsam sein kann⁶⁵.

- 33 Die funktionelle Leistungs(un)fähigkeit wird mittels der Kriterien Belastbarkeitsniveau bzw. -toleranz, Arbeitszeit und zusätzliche arbeitsrelevante Leistungseinbussen angegeben. Die Testung von *Belastbarkeitsniveau bzw. -toleranz* erfolgt in Bezug auf das Heben von Gewichten:
- sehr leicht, vorwiegend sitzend (max. 5 kg),
 - leicht (max. 5–10 kg oder häufige Armbewegungen oder Betätigung eines Fusspedals erforderlich),
 - leicht bis mittelschwer (max. 10–15 kg),
 - mittelschwer (max. 15–25 kg),
 - schwer (max. 25–45 kg),
 - sehr schwer (>45 kg),
 - (zurzeit) keine zumutbare Arbeitsleistung⁶⁶.
- 34 Ergänzend sind bei Bedarf *konkrete Einschränkungen* festzuhalten, zum Beispiel "wechselbelastend sitzend und stehend", "keine Arbeit über Schulterhöhe", "ohne häufigen Krafteinsatz der linken Hand", "ohne Besteigen einer Leiter". Es können auch geeignete ergonomische Anpassungen zur Verminderung schlecht tolerierter Belastungen empfohlen werden, etwa ein bis auf Brusthöhe verstellbarer Arbeitstisch, damit dazwischen auch stehend gearbeitet werden kann. Bei der Beschreibung der Zumutbarkeit hinsichtlich der bisherigen Arbeit ist das Belastbarkeitsniveau natürlich vorgegeben; hier geht es eher darum, bei Bedarf Schonkriterien wie beispielsweise "Heben von Lasten ab Boden selten und höchstens bis max. 20 kg" zu formulieren⁶⁷.

⁶⁵ So explizit Urteil BGer vom 25.11.2009 (9C_512/2009) E. 5.2.

⁶⁶ Vgl. OLIVERI MICHAEL/KOPP HANS GEORG, ET AL., Grundsätze der ärztlichen Beurteilung der Zumutbarkeit und Arbeitsfähigkeit. Teil 1, in: Schweiz Med Forum 2006, 420 ff., 425.

⁶⁷ Vgl. Ibid., 425.

Die zu *leistende Arbeitszeit* betrifft die Präsenzzeit (ganztags, halbtags, Anzahl Stunden pro Tag) sowie allfällig erforderliche zusätzliche Pausen (insgesamt pro Tag). Bei zusätzlichen Pausen ist nach Möglichkeit anzugeben, ob diese als grössere Pausenblöcke oder als häufige Kurzpausen, z.B. zur Haltungsänderung, Lockerung und Entspannung, realisiert werden sollten. *Einschränkungen der Arbeitsproduktivität* während der geleisteten Arbeitsstunden, etwa verlangsamtes Arbeitstempo, verminderte Qualität, vermehrter Anleitungsbedarf, sind ebenfalls zu benennen. Solche Einschränkungen sind häufig durch (neuro)psychologische Defizite bedingt⁶⁸. Ergebnis dieser Parameter ist ein *objektiviertes Zumutbarkeitsprofil*. 35

Für die Beurteilung der erwerblichen Leistungsunfähigkeit ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zwingend eine EFL durchzuführen. Eine solche kann einzelfallweise neben den medizinischen Befunden und Diagnosen wünschbar oder sogar erforderlich sein⁶⁹. Ein EFL-Testverfahren ist in Betracht zu ziehen, wenn sich die beteiligten Fachärzte ausser Stande sehen, eine zuverlässige Einschätzung des leistungsmässig Machbaren vorzunehmen, und deshalb eine konkrete leistungsorientierte berufliche Abklärung als zweckmässigste Massnahme ausdrücklich empfehlen⁷⁰. 36

Lässt sich die funktionelle Leistungsfähigkeit in Bezug auf die Verweisungstätigkeiten anhand des Berichtes des RAD⁷¹ oder des Kreisarztes⁷² zuverlässig beurteilen, ist keine EFL notwendig. Das Unterlassen einer – vom Versicherten beantragten – EFL-Abklärung stellt ebenfalls keine Rechtsverletzung dar, welche die ohne diese gemachten Sachverhaltsfeststellungen hinsicht- 37

⁶⁸ Vgl. *Ibid.*, 425.

⁶⁹ Vgl. Urteile BGer vom 23.07.2010 (8C_299/2010) E. 4.1 und vom 16.01.2009 (8C_547/2008) = SVR 2009 IV Nr. 26 S. 73 E. 4.2.1

⁷⁰ Siehe z.B. Urteile BGer vom 23.02.2011 (8C_976/2010) E. 5.5, vom 23.07.2010 (8C_299/2010) E. 4.1, vom 26.10.2009 (8C_620/2009) E. 4.2.2 und vom 27.04.2009 (8C_125/2009) E. 3.2.2.

⁷¹ Vgl. Urteil BGer vom 21.08.2009 (9C_549/2009) E. 2.

⁷² Vgl. z.B. Urteile BGer vom 23.07.2010 (8C_299/2010) E. 4.3 und vom 16.02.2010 (8C_823/2009) E. 3.3.

lich der zumutbaren Arbeitsfähigkeit als willkürlich erscheinen liessen⁷³. In Rentenrevisionsfällen ist eine EFL ebenfalls nicht ohne zwingenden Grund durchzuführen⁷⁴.

- 38 Eine EFL-Abklärung ist zu unterlassen, wenn der Versicherte *keine gute Leistungsbereitschaft* zeigt. Wo eine solche fehlt, kann die erwerbliche Leistungsfähigkeit bzw. die Zumutbarkeit einer Arbeitsleistung nicht anders beurteilt werden als ausgehend vom medizinisch-theoretischen Zustand, welcher bei normaler Leistungsbereitschaft und mittels der bisherigen zumutbaren Behandlungen mit hoher Wahrscheinlichkeit mindestens erreichbar wäre⁷⁵.
- 39 Bei Schmerzsyndromen ist eine EFL schwieriger durchzuführen, weil die Anstrengung oft durch eine *Selbstlimitierung* geprägt ist; in solchen Fällen erlaubt die EFL eine Quantifizierung der Leistungen, welche die Probanden einverstanden sind zu erbringen. Eine Selbstlimitierung allein spricht somit nicht grundsätzlich gegen eine EFL, solange die versicherte Person bereit und einverstanden ist, sich einem entsprechenden Testverfahren zu unterziehen und Leistungen zu erbringen⁷⁶.
- 40 Wurde eine EFL durchgeführt, bildet diese nicht nur taugliche Beurteilungsgrundlage für die noch vorhandene funktionellen Leistungsfähigkeit im erwerblichen Bereich, sondern ist auch "genügende Grundlage zur Kausalitätsbeurteilung"⁷⁷. Die Resultate der EFL hinsichtlich der funktionelle Restleistungsfähigkeit bzw. des Zumutbarkeitsprofils werden regelmässig von der Rechtsprechung nicht beanstandet⁷⁸.

⁷³ Vgl. Urteil BGer vom 14.02.2011 (8C_659/2010) E. 5, vom 10.12.2010 (8C_730/2010) E. 2.3.1, vom 03.11.2009 (8C_748/2009) E. 3.2.2, vom 03.06.2008 (8C_575/2007) E. 3, vom 28.03.2008 (9C_2/2008) E. 2 und vom 28.12.2007 (9C_661/2007) E. 4.2.

⁷⁴ Vgl. Urteil BGer vom 12.01.2010 (8C_516/2009) E. 3.4.

⁷⁵ Vgl. Urteil BGer vom 25.11.2009 (9C_512/2009) E. 5.3.

⁷⁶ Ibid. E. 5.2.

⁷⁷ Urteil BGer vom 29.03.2007 (U 418/06 und U 420/06) E. 5.3.4.

⁷⁸ Vgl. Urteile BGer vom 29.03.2010 (8C_629/2009) E. 8.2, vom 27.07.2009 (8C_224/2009) E. 3.5.3, vom 09.06.2009 (8C_140/2009) E. 4.3.1, vom 02.06.2009 (8C_406/2008) E. 3.2, vom 07.05.2009 (8C_588/2008) E. 7.3, vom 22.02.2008 (I 124/07) E. 4.2.1, vom 05.06.2007 (9C_145/2007) E. 3 und vom 07.02.2007 (I 592/06) E. 4.4 sowie EVG vom 08.11.2006

Unbehelflich sind insbesondere die Rügen, die medizinischen Untersuchungen seien mehrheitlich im entspannten Zustand erfolgt, wogegen die Schmerzzustände erst nach Belastung aufträten, und die EFL-Belastungstests hätten keinen konkreten und nachgewiesenen Bezug zur angestammten Tätigkeit aufgewiesen⁷⁹. Unerheblich ist schliesslich, dass die EFL 33 Monate vor dem Verfügungsdatum durchgeführt wurde⁸⁰; ungenügend ist aber, wenn der Arztbericht, der sich zur funktionellen Leistungsfähigkeit äussert, vor vier Jahren erstellt wurde⁸¹. 41

B. Abstrahierung

1. Verweisungstätigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt

Steht die funktionelle Restleistungsfähigkeit bzw. das objektive Zumutbarkeitsprofil fest, ist im Anschluss zu klären, ob daraus ein ganzer oder teilweiser *Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt* eingetreten ist⁸². Das abstrakte Kriterium des ausgeglichenen Arbeitsmarktes dient als Abgrenzungskriterium zwischen der Arbeitslosenversicherung (konjunkturbedingte Arbeitslosigkeit – konkreter Arbeitsmarkt) und der Invaliden- sowie der Unfallversicherung (invaliditätsbedingte Arbeitslosigkeit – abstrakter Arbeitsmarkt). 42

Die *Fiktion des ausgeglichenen Arbeitsmarkts* geht von einem Gleichgewicht zwischen Angebot an und Nachfrage nach Arbeitskräften aus, umfasst in wirtschaftlich schwierigen Zeiten auch tatsächlich nicht vorhandene Stellenangebote und sieht von den fehlenden oder verringerten Chancen Teilinvalider, eine zumutbare und geeignete Arbeitsstelle zu finden, ab⁸³. Theoretisch hält der ausgeglichene Arbeitsmarkt jedem Versicherten einen Fächer 43

(I 909/05) E. 4, vom 08.05.2006 (I 639/05) E. 3, vom 14.07.2005 (I 714/04) E. 2.1.2, vom 11.04.2005 (U 125/04) E. 2.2 und vom 16.09.2004 (I 91/04) E. 2.1.

⁷⁹ Vgl. Urteil BGer vom 21.07.2010 (8C_502/2010) E. 4.2.1.

⁸⁰ Vgl. Urteil EVG vom 14.09.2005 (I 546/04) E. 3.2.

⁸¹ Vgl. Urteil BGer vom 06.11.2009 (9C_575/2009) E. 3.2.2.2.

⁸² Vgl. Art. 7 Abs. 1 und Art. 16 ATSG.

⁸³ Vgl. BGE 134 V 64 E. 4.2.1 und 110 V 273 E. 4b.

verschiedenartiger Stellen offen⁸⁴. Der Hilfsarbeitern offenstehende Arbeitsmarkt ist beispielsweise nicht ausschliesslich auf Handlanger- und andere körperliche Tätigkeiten beschränkt, sondern umfasst auch weniger belastende Bedienungs- und Überwachungstätigkeiten sowohl in Industrie und Gewerbe als auch im Dienstleistungssektor⁸⁵.

- 44 Ob die theoretisch möglichen Tätigkeiten aus *Gründen des konkreten Arbeitsmarktes* auch tatsächlich ausgeübt werden können, ist für die Invaliditätsbemessung unerheblich⁸⁶. Für die monetäre Bewertung bzw. Bestimmung des Invalideneinkommens unbeachtlich sind deshalb nicht nur *konjunkturelle Gründe*, sondern auch andere *invaliditätsfremde Faktoren*. Bei der Festlegung des hypothetischen mit einer zumutbaren Verweisungstätigkeit erzielbaren Invalideneinkommens sind aber die *gleichen persönlichen, familiären und beruflichen Voraussetzungen* zu Grunde zu legen, wie sie vor Eintritt der Invalidität vorhanden waren und wie sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bis zum Verfügungserlass angedauert hätten⁸⁷.
- 45 Die Schwierigkeit besteht darin, aus dieser abstrakten und theoretischen "Leerformel"⁸⁸ Verweisungstätigkeiten zu destillieren. Die für die Anforderungen der Verweisungstätigkeiten massgebenden Umstände sind beispielsweise Art und Beschaffenheit des Gesundheitsschadens und seiner Folgen, der absehbare Umstellungs- und Einarbeitungsaufwand und in diesem Zusammenhang auch Persönlichkeitsstruktur, vorhandene Begabungen und Fertigkeiten, Ausbildung, beruflicher Werdegang oder Anwendbarkeit

⁸⁴ Siehe BGE 127 V 298 E. 4c und 110 V 276 E. 4b sowie Urteile BGer vom 13.07.2010 (9C_399/2010) E. 2.2 sowie EVG vom 26.04.1999 (I 31/97) = AHI-Praxis 1999, 223 E. 5c/bb; ferner AHI-Praxis 1998, 291, und ZAK 1991, 320 E. 3b.

⁸⁵ Vgl. z.B. Urteil EVG vom 28.11.2002 (U 141/01) E. 6.2.

⁸⁶ Vgl. z.B. AHI-Praxis 1999, 223 E. 5c/bb mit Hinweis auf BBl 1958 II 1162.

⁸⁷ Statt vieler RKUV 1993, 100.

⁸⁸ Urteil BGer vom 13.07.2010 (9C_399/2010) E. 2.2.

von Berufserfahrung aus dem angestammten Bereich⁸⁹ sowie das Vorhandensein einer Arbeitsbewilligung⁹⁰.

Die Arbeitsmöglichkeiten, die mit der gesundheitlichen Beeinträchtigung vereinbar und nach den objektiven und subjektiven Umständen zumutbar sind, sind als Verweisungstätigkeiten zu qualifizieren, wenn sie *in verschiedenen Ausformungen und hinreichender Zahl*, also in ausreichender qualitativer und quantitativer Bandbreite, tatsächlich vorhanden sind. Je enger umschrieben das Zumutbarkeitsprofil und damit der Kreis der geeigneten Verweisungstätigkeiten ist, desto weiter geht die Substantiierungspflicht der Verwaltung bei der Bezeichnung entsprechender Arbeitsgelegenheiten⁹¹. 46

Die Voraussetzung von Verweisungstätigkeiten in ausreichender qualitativer und quantitativer Bandbreite ist nicht erfüllt, wenn aus den Akten einwandfrei hervorgeht, dass die rentenausschliessende (oder -reduzierende) Verwertung eines bestimmten Leistungspotentials ohne *vorgängige Durchführung befähigender Massnahmen* allein mittels Eigenanstrengung des Versicherten nicht möglich ist⁹² oder sie nur unter nicht realistischem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich wäre und das Finden einer entsprechenden Stelle deshalb von vornherein als ausgeschlossen erscheint⁹³. Eine unmittelbare Anrechenbarkeit der funktionellen Restleis- 47

⁸⁹ Vgl. Urteil BGer vom 12.04.2010 (9C_1032/2009) E. 2.3, vom 10.02.2010 (9C_979/2009) E. 3.1, vom 28.05.2009 (9C_918/2008) E. 4.2, vom 19.03.2009 (9C_437/2008) E. 4 und vom 22.01.2007 (I 304/06) E. 4.1 f.

⁹⁰ Siehe Urteil EVG vom 07.03.2001 (U 132/00) E. 2b (betreffend eines Asylbewerbers).

⁹¹ Vgl. Urteile EVG vom 26.11.2004 (I 268/04) E. 3.1.

⁹² Vgl. Urteile BGer vom 05.10.2009 (9C_141/2009) E. 2.3.1 und vom 28.04.2008 (9C_720/2007) E. 4.1 f.

⁹³ Vgl. Urteil BGer vom 13.07.2010 (9C_399/2010) E. 2.2 und vom 03.06.2009 (8C_696/2008) E. 10.2 sowie EVG vom 29.08.2002 (I 97/00) E. 1.3.1 und ZAK 1991, 318 E. 3b, und 1989, 319 E. 4a.

tungsfähigkeit⁹⁴ ist jedoch immer dann gegeben, wenn lediglich eine Hilfestellung in Form von Arbeitsvermittlung nötig erscheint⁹⁵.

- 48 An die Konkretisierung von Arbeitsgelegenheiten und Verdienstaussichten sind keine übermässigen Anforderungen zu stellen⁹⁶; diese hat vielmehr nur so weit zu gehen, als im Einzelfall eine zuverlässige Ermittlung des Invaliditätsgrades gewährleistet ist⁹⁷. Eine solche ist gegeben, wenn der Berufsberater in Kenntnis des funktionellen Zumutbarkeitsprofils festgestellt hat, welche konkreten beruflichen Tätigkeiten unter Berücksichtigung der Fähigkeiten, Ausbildung und Berufserfahrung des Versicherten realistischerweise noch in Betracht fallen. Dazu sind unter Umständen Rückfragen beim Arzt erforderlich⁹⁸.

2. Monetäre Bewertung der Verweisungstätigkeiten

i. Tatsächliches Invalideneinkommen

- 49 Unter dem Invalideneinkommen ist das Erwerbseinkommen zu verstehen, das der Versicherte nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihm zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte⁹⁹. Ausgangspunkt für die Festlegung des Invalideneinkommens ist die *konkrete beruflich-erwerbliche Situation*, in welcher der Versicherte sich im Zeitpunkt des Invaliditätsbeginns befindet.

⁹⁴ Im Revisionsfall unter Berücksichtigung von Art. 88^{bis} Abs. 2 lit. a IVV (vgl. dazu Urteil BGer vom 19.06.2009 [8C_763/2008] E. 7.2).

⁹⁵ Vgl. Urteile BGer vom 05.10.2009 (9C_141/2009) E. 2.3.1 und vom 28.04.2008 (9C_720/2007) E. 4.1 f.

⁹⁶ Siehe z.B. Urteil BGer vom 13.07.2010 (9C_399/2010) E. 2.2.

⁹⁷ Vgl. Urteil BGer vom 03.06.2009 (8C_696/2008) E. 10.2.

⁹⁸ Vgl. BGE 107 V 17 E. 2b und statt vieler Urteil vom 14.09.2009 (9C_515/2009) E. 3.1.2.

⁹⁹ Vgl. Art. 16 ATSG.

Auf das *tatsächliche Invalideneinkommen* des Versicherten kann abgestellt werden, wenn 50

- besonders stabile Arbeitsverhältnisse gegeben sind,
- der Versicherte die ihm verbleibende Arbeitsfähigkeit in zumutbarer Weise voll ausschöpft,
- das Einkommen aus der Arbeitsleistung angemessen und nicht als Soziallohn erscheint¹⁰⁰.

ii. Hypothetisches Invalideneinkommen

a. Massgeblicher Tabellenlohn

Übt der mutmasslich erwerbstätige Versicherte gesundheitsbedingt keine Erwerbstätigkeit mehr aus oder ist eine der vorstehend genannten Bedingungen nicht gegeben, ist das zumutbare Invalideneinkommen nach Massgabe der *Tabellenlöhne gemäss der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE)* zu bestimmen¹⁰¹. 51

Für den Verwendungszweck des Einkommensvergleichs ist dabei auf die im Anhang enthaltene Statistik der Lohnsätze, d.h. der standardisierten Bruttolöhne (Tabellengruppe A) abzustellen, wobei jeweils vom so genannten Zentralwert (Median) auszugehen ist. Bei der Anwendung der Tabellengruppe A gilt es ausserdem zu berücksichtigen, dass ihr generell eine *Arbeitszeit von 40 Wochenstunden* zu Grunde liegt, welcher Wert etwas tiefer ist als die betriebsübliche durchschnittliche Arbeitszeit, und nach *verschiedenen Anforderungsniveaus* unterschieden wird¹⁰². Sowohl die Wahl der massgeblichen Tabelle als auch die Bezeichnung des massgeblichen Anforderungsniveaus sind vom Bundesgericht frei überprüfbare Rechtsfragen. Hingegen 52

¹⁰⁰ Vgl. BGE 126 V 75 E. 3b/aa und 117 V 18 Erw. 2c/aa sowie RKUV 1991, S. 272 E. 4a.

¹⁰¹ Statt vieler BGE 126 V 75 E. 3b/bb sowie ZAK 1991, S. 321, und 1989, S. 458 E. 3b.

¹⁰² Vgl. BGE 126 V 75 E. 3b/bb.

betreffen die Feststellungen über die Tatsachen, welche für die Einreihung begleitend sind, eine Tatfrage¹⁰³.

- 53 Anfänglich offen gelassen wurde, ob an Stelle des Zentralwerts die nach Grossregionen differenzierende Tabelle A13 herangezogen werden kann, wenn der fragliche Zentralwert (Median) nennenswert unter dem gesamtschweizerischen Total liegt¹⁰⁴. Das Bundesgericht ist nunmehr in konstanter Praxis der Meinung, dass nicht auf das Lohnniveau in der jeweils in Betracht fallenden Grossregion, sondern auf gesamtschweizerische Verhältnisse abzustellen ist, weil – solange kein repräsentatives tatsächlich erwirtschaftetes Einkommen vorhanden ist – der Invalidenlohn im nachfolgenden Einkommensvergleich ebenfalls auf Grund gesamtschweizerischer Tabellenlöhne zu bestimmen ist¹⁰⁵.

b. Massgebliche Branche

- 54 Die monetäre Bewertung der Verweisungstätigkeiten erfolgt vor dem Hintergrund der funktionellen Leistungsunfähigkeit im erwerblichen Bereich, namentlich der im Rahmen einer EFL festgestellten Belastbarkeitsniveaus, -toleranzen und -einschränkungen, der zumutbaren Arbeitszeit und allfälliger Einschränkungen der Arbeitsproduktivität. Dem objektiven Zumutbarkeitsprofil muss ein statistischer Referenzwert (standardisierter Durchschnittslohn im gesamten privaten Sektor, durchschnittlicher Branchenlohn oder Durchschnittslohn je Verweisungstätigkeit) zugeordnet werden. Die LSE unterscheiden nur den standardisierten Durchschnittslohn im gesamten privaten/öffentlichen Sektor und den durchschnittlichen Branchenlohn im jeweiligen Wirtschaftszeit, differenzieren nicht aber nach einzelnen Berufen.

¹⁰³ Vgl. Urteil BGer vom 02.03.2010 (9C_985/2009) E. 3.1 und SVR 2008 IV Nr. 4 S. 9 E. 4.2.2.

¹⁰⁴ Vgl. Urteil EVG vom 08.04.2002 (I 305/00) E. 2c/aa.

¹⁰⁵ Vgl. Urteil vom 24.03.2010 (8C_648/2009) E. 5.1. Ferner BGE 134 V 322 E. 4.2 f. und 135 V 297 E. 3.1 sowie Urteile BGer vom 26.02.2010 (8C_683/2009) E. 4, vom 20.02.2008 (U 8/07) = RtiD 2008 II 293 E. 5.3 und 6.1 sowie vom 08.11.2007 (I 902/06) E. 3.3.1 mit weiteren Hinweisen auf frühere Rechtsprechung.

Der *standardisierte Durchschnittslohn im gesamten privaten Sektor* darf nur dann herangezogen werden, wenn dem Versicherten die mit diesem Wert abgebildete breite Palette an Beschäftigungsmöglichkeiten offen steht. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn der Versicherte nur als Allrounder in einem Altersheim oder einem Tankstellenshop, Parkplatzwart in einem Spital, Mitarbeiter in einem Copy-Shop, Mitarbeiter einer Autovermietung im Bereich Reinigung, Überbringen von Fahrzeugen, Übergeben und Abnehmen von Fahrzeugen an Kunden, Chauffeur für Labor- und Medizinaltransporte oder Museumsaufsicht tätig sein kann¹⁰⁶. 55

Der *durchschnittliche Branchenlohn* des jeweiligen Anforderungsniveaus darf herangezogen werden, wenn der Versicherte vor dem Hintergrund des funktionellen Zumutbarkeitsprofils die *Anforderungen der manuellen Arbeiten eines durchschnittlichen Betriebes in genügender Weise* erfüllt. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn eine Hilfsarbeiterin ihre Hand- und Fingergelenke weder repetitiv noch mehr als gelegentlich belasten darf¹⁰⁷. Eine reduzierte funktionelle Leistungsfähigkeit in Bezug auf das Belastbarkeitsniveau und allfällige Einschränkungen der Arbeitsproduktivität wirken sich kumulativ bzw. überproportional verdienstmindernd aus¹⁰⁸. 56

c. Massgebliches Anforderungsniveau

Die LSE unterscheidet vier Anforderungsniveaus: 57

- Anforderungsniveau 1: Verrichtung höchst anspruchsvoller und schwierigster Arbeiten,
- Anforderungsniveau 2: Verrichtung selbstständiger und qualifizierter Arbeiten,
- Anforderungsniveau 3: Berufs- und Fachkenntnisse vorausgesetzt,
- Anforderungsniveau 4: Einfache und repetitive Tätigkeiten.

¹⁰⁶ Vgl. Urteil BGer vom 05.06.2007 (I 253/06) E. 8.1.

¹⁰⁷ Vgl. Urteil BGer vom 13.07.2010 (9C_399/2010) E. 2.2.

¹⁰⁸ Vgl. Urteil BGer vom 14.10.2008 (9C_721/2008) E. 1.3.3.

- 58 Die Einstufung in eines dieser vier Anforderungsniveaus stellt eine vom Bundesgericht frei überprüfbare Rechtsfrage dar¹⁰⁹. Einstufungsrelevante Kriterien sind einerseits das objektive Zumutbarkeitsprofil und andererseits die Berufserfahrung des Versicherten¹¹⁰. Das Anforderungsniveau 4 umfasst eine Vielzahl von leichten und mittelschweren Tätigkeiten¹¹¹.
- 59 Oft ist die Einstufung in das Anforderungsniveau 3 oder 4 umstritten. Diesbezüglich ist entscheidend, dass der Versicherte nicht nur Berufs-, sondern kumulativ auch Fachkenntnisse erworben hat. Versicherte mit *Lehrabschluss*, insbesondere Metallbauschlossler, sind in das Anforderungsniveau 3 einzustufen. Dies gilt auch dann, wenn der Versicherte nach dem Lehrabschluss nicht mehr regelmässig gearbeitet hat, da jeder erlernte Beruf auch nach einer allfälligen Aufgabe Bestandteil der Ausbildung bleibt¹¹², über welche der Versicherte sich ausweisen kann und muss¹¹³.
- 60 Die Einstufung einer Versicherten, die *keine berufliche Ausbildung* abgeschlossen hat, in das Anforderungsniveau 3 ist zulässig, wenn diese sich durch jahrelange Berufspraxis und Weiterbildung fundiertes Fachwissen in den Bereichen Dienstleistungen (Teamführung, Übernahme von Verantwortung, Einführung von neuen Mitarbeitern), Service (Umgang mit Kunden, Vorbereitung des Menüs, Führung des Kassenbuchs) und Detailhandel (Präsentation und Bestellung von Lebensmitteln, Kundenbetreuung, Führung des Kassenbuchs) erworben hat¹¹⁴.
- 61 Bei einem Gärtner, der in einer Hilfsfunktion gearbeitet hat und über keine entsprechende Berufslehre verfügt, ist eine Einstufung in das Anforderungsniveau 3 nicht statthaft, auch wenn er sich Berufskennntnisse angeeignet hat, wenn er sich nicht über besondere Funktionen (etwa als Vorarbeiter) ausweisen kann, welche die mangelnde Ausbildung allenfalls zu kompen-

¹⁰⁹ Statt vieler z.B. Urteil BGer vom 02.05.2007 (I 732/06) = SVR 2008 IV Nr. 4 S. 9 E. 4.2.2.

¹¹⁰ Vgl. Urteil BGer vom 31.01.2011 (9C_759/2010) E. 3.

¹¹¹ Vgl. Urteil BGer vom 30.03.2009 (9C_72/2009) E. 3.4.

¹¹² Vgl. Urteil BGer vom 21.04.2011 (9C_210/2011) E. 3.2.1.1.

¹¹³ Vgl. Urteil EVG vom 13.05.2005 (I 144/05) E. 2.2.1.

¹¹⁴ Vgl. Urteil BGer vom 02.03.2010 (9C_985/2009) E. 3.

sieren vermöchten¹¹⁵. Ebenso wenig ist die Einstufung in das Anforderungsniveau 3 der Branche kaufmännische Tätigkeit zulässig bei einem Versicherten mit Realschulabschluss und einem Fähigkeitsausweis als Heizungsmonteur, der als kaufmännischer Angestellter tätig war¹¹⁶.

III. Absurditäten

A. Relativierung der Niederlassungsfreiheit

Der Versicherte kann im Rahmen der Niederlassungsfreiheit seinen Wohn- und im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit seinen Arbeitsort grundsätzlich frei wählen. *Niederlassungs- und Wirtschaftsfreiheit stehen in einem Spannungsverhältnis mit der Schadenminderungspflicht* des Versicherten, der durch eine Verlegung von Wohn- und/oder Arbeitsort die Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen verhindern könnte. 62

Als Richtschnur gilt, dass die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht zulässigerweise dort strenger sind, wo eine erhöhte Inanspruchnahme der Invalidenversicherung in Frage steht. Dies trifft beispielsweise zu, wenn der Verzicht auf schadenmindernde Vorkehrungen Rentenleistungen auslösen oder zu einer grundlegend neuen Eingliederung Anlass geben würde. Unter solchen Voraussetzungen kann die Verlegung oder Beibehaltung des Wohnsitzes oder des Arbeitsortes eine zumutbare Massnahme der Schadenminderung sein¹¹⁷. 63

Wo es hingegen um die Zusprechung oder Anpassung einzelner Eingliederungsleistungen im Rahmen neuer Verhältnisse geht, welche auf grundrechtlich geschützte Betätigungen des Versicherten zurückzuführen sind, ist bei der Berufung auf die Schadenminderungspflicht Zurückhaltung geboten. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen die Dispositionen des Versicherten nach 64

¹¹⁵ Vgl. Urteil BGer vom 25.08.2010 (8C_305/2010) E. 5.

¹¹⁶ Vgl. Urteil BGer vom 19.03.2010 (9C_125/2009) E. 4.4.2.

¹¹⁷ Vgl. BGE 113 V 22 E. 4d.

den Umständen als geradezu unvernünftig oder rechtsmissbräuchlich betrachtet werden müssen¹¹⁸.

- 65 Im Kontext mit der Erwerbsunfähigkeit bzw. der Gewährung von Rentenleistungen wird durch die Heranziehung der LSE-Tabellenlöhne und das damit verbundene Abstellen auf gesamtschweizerische Durchschnittslöhne generell von der Zulässigkeit ausgegangen, dass der Arbeitsort des Versicherten in beliebiger Entfernung von seinem Wohnsitz sein darf. Damit wird *von allen Versicherten eine gesamtschweizerische Mobilität* verlangt, was implizit die Niederlassungs- und Wirtschaftsfreiheit ausschliesst.
- 66 Die Annahme einer gesamtschweizerischen Mobilität ist für die Versicherten widersprüchlich, die unter hilfsmittel- oder eingliederungsrechtlichen Gesichtspunkten ihren Wohnsitz nicht an den Arbeitsort verlegen müssen¹¹⁹, von ihnen aber als Rentenbezüger gleichzeitig Gegenteiliges verlangt wird. Die gesamtschweizerische Mobilität kontrastiert sodann mit dem arbeitslosenversicherungsrechtlichen Grundsatz, dass nur ein *Arbeitsweg von mehr als zwei Stunden je für den Hin- und Rückweg*¹²⁰ zumutbar ist. Besonders hart werden von dieser Obliegenheit jene Versicherten getroffen, die in einer Randregion bzw. strukturschwachen Region leben, wo unterdurchschnittliche Löhne bezahlt werden¹²¹.

B. Besserstellung von Nicht- und Selbstständigerwerbstätigen

1. Massgeblichkeit der subjektiv-konkreten Erwerbsunfähigkeit

i. Nichterwerbstätige

- 67 Die Erwerbsunfähigkeit von Erwerbstätigen wird *objektiv-abstrakt* verstanden, während diejenige von Nichterwerbstätigen, die überwiegend wahrscheinlich nicht erwerbstätig wären, *subjektiv-konkret* bestimmt wird. Massgeblich ist die *funktionelle Leistungsunfähigkeit im angestammten Aufgabenbe-*

¹¹⁸ Vgl. BGE 113 V 22 E. 4d.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Vgl. Art. 16 Abs. 2 lit. f AVIG.

¹²¹ Dazu infra Rz 81.

reich bzw. hauswirtschaftlichen Bereich¹²². Die funktionelle Leistungsunfähigkeit wird bezogen auf die *tatsächliche Haushaltstätigkeit des Versicherten im konkreten Invalidenhaushalt* festgestellt¹²³.

Notwendige Grundlage für die Bestimmung der Hausarbeitsunfähigkeit ist zwar auch eine ärztliche Einschätzung, die Abklärung vor Ort durch eine geeignete Abklärungsperson ist aber primäres Beweismittel¹²⁴. Das Resultat der Abklärung im konkreten Haushalt des Versicherten geht der ärztlichen Schätzung der funktionellen Leistungsunfähigkeit im hauswirtschaftlichen Bereich selbst bei einer Differenz von rund 20 % vor¹²⁵. 68

ii. Selbstständigerwerbende

Ähnlich verhält es sich in den Fällen, in welchen ausnahmsweise bei Erwerbstätigen, meistens bei Selbstständigerwerbenden, ein *Betätigungsvergleich* erfolgt. Anhand des Betätigungsvergleichs wird die *leidensbedingte Behinderung des Versicherten im tatsächlich ausgeführten Beruf bzw. seinem Unternehmen* festgestellt und diese im Hinblick auf ihre erwerbliche Auswirkung gewichtet¹²⁶. 69

Die *wirtschaftliche Gewichtung* erfolgt in der Weise, dass die Werte der verschiedenen Betätigungen im Verhältnis zueinander festgestellt und mit der Einschränkung im jeweiligen Tätigkeitsbereich in Beziehung gesetzt werden. Eine bestimmte Einschränkung der funktionellen Leistungsfähigkeit kann, braucht aber nicht notwendigerweise einen Erwerbsausfall gleichen Umfangs zur Folge zu haben¹²⁷. 70

¹²² Vgl. Art. 28a Abs. 2 und 3 IVG sowie Art. 27 f. IVV.

¹²³ Siehe dazu auch Rz 3084 ff. KSIH.

¹²⁴ Vgl. z.B. BGE 130 V 97 E. 3.3 und AHI 2001, 161 E. 3c.

¹²⁵ Vgl. Urteil EVG vom 13.12.2004 (I 42/03) E. 2.3.3.

¹²⁶ Vgl. BGE 128 V 29 E. 1 und 4b sowie 104 V 137 E. 2c.

¹²⁷ Vgl. BGE 128 V 29 E. 4b.

2. Geringere Schadenminderungspflichten

i. Nichterwerbstätige

- 71 Unterschiedlich streng sind auch die Schadenminderungspflichten. Während von Erwerbstätigen eine gesamtschweizerische Mobilität auf dem Wohn- und Arbeitsmarkt verlangt wird, knüpft die Schadenminderungspflicht bei den Nichterwerbstätigen am konkreten Invalidenhaushalt bzw. am bisherigen Aufgabenbereich an¹²⁸.
- 72 Bei im Haushalt tätigen Versicherten sind im Rahmen der Schadenminderungspflicht Massnahmen zumutbar, die ein vernünftiger Mensch in der gleichen Lage ergreifen würde, wenn er keinerlei Entschädigung zu erwarten hätte. Für die im Haushalt tätigen Versicherten bedeutet dies, dass sie Verhaltensweisen zu entwickeln haben, welche die Auswirkungen der Behinderung im hauswirtschaftlichen Bereich reduzieren und ihnen eine möglichst vollständige und unabhängige Erledigung der Haushaltsarbeiten ermöglichen¹²⁹.
- 73 Kann der Versicherte wegen seiner Beeinträchtigung gewisse Haushaltsarbeiten nur mehr mühsam und mit viel höherem Zeitaufwand erledigen, so muss sie in erster Linie ihre Arbeit entsprechend gliedern, wobei sie die durch den gesundheitsbedingten Wechsel von der früheren ausserhäuslichen Erwerbstätigkeit gewonnene Zeit auf die Aufgaben im Haushalt zu verwenden hat¹³⁰, sowie in üblichem Umfang die Mithilfe von Familienangehörigen in Anspruch nehmen. Die dabei schadenmindernd zu berücksichtigende Unterstützung von Familienmitgliedern geht weiter als der ohne Gesundheitsschädigung üblicherweise zu erwartende Support¹³¹.

¹²⁸ Vgl. Rz 3089 KSIH.

¹²⁹ Vgl. etwa Urteil BGer vom 09.10.2008 (8C_352/2008) E. 5.2.1.

¹³⁰ Vgl. Urteil EVG vom 08.11.1993 (I 407/92) E. 2c.

¹³¹ Vgl. BGE 133 V 504 E. 4.2 und Urteil vom 11.07.2011 (8C_440/2011) E. 4.2 sowie LANDOLT HARDY, Hauswirtschaftliche Schadenminderungspflicht von Angehörigen bei der Invaliditätsbemessung, in: Schaffhauser/Schlauri (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2007, St. Gallen 2007, 115 ff.

ii. Selbstständigerwerbende

Bei den Selbstständigerwerbenden bezieht sich die Schadenminderungspflicht primär auf eine Umstrukturierung des konkreten Unternehmens und erst sekundär auf eine Aufgabe der selbstständigerwerbenden Tätigkeit. Der Selbstständigerwerbende hat *Arbeitsorganisation und -aufteilung* so umzudisponieren, dass die nachteiligen Auswirkungen des Gesundheitsschadens beseitigt oder auf ein Mindestmass herabgesetzt werden¹³². Vom Betriebsinhaber kann verlangt werden, dass er Geschäftsführung, Administration und Personalführung vollständig übernimmt¹³³. Zumutbar ist ferner die *Anstellung von neuen Arbeitskräften*, welche die weggefallene Arbeitskraft des Geschädigten kompensieren¹³⁴. Zumutbar sind ebenfalls *Entlastungsmassnahmen* wie z. B. Ruhe- und Liegepausen oder kalte Duschen etc.¹³⁵. 74

Die Betriebsaufgabe bzw. *Aufnahme einer unselbstständigen (Haupt-)Erwerbstätigkeit* ist nur dann zumutbar, wenn hiervon eine *bessere erwerbliche Verwertung der Arbeitsfähigkeit* erwartet werden kann und der berufliche Wechsel unter Berücksichtigung der gesamten Umstände (Alter, Aktivitätsdauer, Ausbildung, Art der bisherigen Tätigkeit, persönliche Lebensumstände) als zumutbar erscheint¹³⁶. 75

¹³² Vgl. BGE 98 II 34 E. 3.

¹³³ Vgl. Urteile EVG vom 30.12.2002 (I 116/02) E. 3.2 und AmtsGer Luzern vom 27.12.1996 i.S. B. = SG 1996 Nr. 94 E. 6.4.1/b (Erledigung von Büroarbeiten, Einweisung, Beaufsichtigung und Betreuung des Personals als zumutbare Arbeiten).

¹³⁴ Vgl. BGE 127 III 403 E. 4c/aa, ZAK 1971, S. 340 E. 2, und Urteile EVG vom 30.05.1989 i.S. H. (Bäcker/Konditor, der sein Geschäft zusammen mit der Ehefrau und einem Sohn betreibt), vom 28.04.1988 i.S. Sch. (Damenschneiderin, die einen Hundesalon betreibt), vom 18.02.1988 i.S. P und vom 25.06.1985 i.S. H.

¹³⁵ Vgl. Urteil BGer vom 22.06.2004 (4C.3/2004) = Pra 2005 Nr. 20 E. 1.3.

¹³⁶ Vgl. z.B. Urteile EVG vom 05.12.2005 (I 241/05) E. 1, vom 18.07.2005 (I 15/05) E. 6.1.2, vom 23.12.2004 (I 316/04) E. 2.2 und vom 12.09.2001 (I 145/01) E. 2b.

3. Keine Abstrahierung unter Hinweis auf einen allgemeinen Arbeitsmarkt

- 76 Bei Nichterwerbstätigen und Selbstständigerwerbenden entfällt auch eine *Abstrahierung unter Hinweis auf einen allgemeinen Arbeitsmarkt*, den es nur für Unselbstständigerwerbende gibt. Eine Abstrahierung von der tatsächlich ausgeführten erwerblichen Tätigkeit des Versicherten findet erst dann statt, wenn dem Versicherten die Aufnahme einer unselbstständigerwerbenden Tätigkeit zugemutet wird.

C. Beliebigkeit der Objektivierung und Abstrahierung

- 77 Die vorbeschriebene Objektivierung und Abstrahierung bei mutmasslich Erwerbstätigen *reduziert die subjektiv-konkrete Erwerbsunfähigkeit zu einer objektiv-abstrakten Invalidität*. Die subjektiven Wohlfühl- und Funktionsdefizite des konkreten Versicherten werden in einem ersten Schritt auf das objektive nicht überwindbare "Gesundheitsdefizit" reduziert.
- 78 Die daraus resultierende funktionelle Leistungsunfähigkeit wird als ein objektiviertes Zumutbarkeitsprofil beschrieben und sodann bezogen auf Verweisungstätigkeiten eines abstrakten Arbeitsmarkts monetär bewertet. Während das objektive Zumutbarkeitsprofil im Rahmen einer EFL-Testung überprüfbar ist, sind Verweisungstätigkeiten und deren monetäre Bewertung letztlich unfassbar und bloss "Leerformeln". Der Versicherte aus und mit "Fleisch und Blut" verkommt so zu einem "Strichmännchen", dessen Individualität und subjektive Interaktion mit gesundheitlichen Beschwerden einerseits und die monetäre Bewertung seiner Resterwerbsfähigkeit andererseits weitgehend der beliebigen Bewertung durch Verwaltung und Ärzte ausgesetzt wird.
- 79 Die durch die vorbeschriebene Objektivierung und Abstrahierung entstehende Beliebigkeit ist vom Bundesgericht zudem – in IV-Angelegenheiten – kognitionsbedingt weitgehend nicht überprüfbar. Feststellungen zum Gesundheitszustand und zur funktionellen Leistungsfähigkeit sind tatsächlicher Natur und können vom Bundesgericht nur hinsichtlich einer etwaigen

offenbaren Unrichtigkeit überprüft werden¹³⁷. Rechtlicher Natur und vom Bundesgericht kontrollierbar sind demgegenüber Feststellungen zur Zumutbarkeit und zur monetären Bewertung; diesbezüglich auferlegen sich die Luzerner Richter aber eine grosse Zurückhaltung¹³⁸.

Übt sich auch die kantonale Instanz in Zurückhaltung bei der Überprüfung des von der Verwaltung konkretisierten objektiv-abstrakten Invaliditätsgrads, kann die Verwaltung letztlich nach *gusto bis an oder über die Willkürgrenze* hinaus entscheiden. Das Bundesgericht fördert die vornehme Zurückhaltung explizit mit gelegentlichen Erwägungen, dass die kantonale Instanz sich nicht ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen müsse, sondern sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken könne¹³⁹. Was aber sind diese entscheidungswesentlichen Gesichtspunkte bei den Verweisungstätigkeiten und deren monetären Bewertung? 80

D. Benachteiligung der Schlechtverdienenden

Der objektiv-abstrakte Erwerbsunfähigkeitsbegriff benachteiligt besonders und überproportional Schlechtverdienende. Deren konkrete Erwerbsunfähigkeit wird durch die monetäre Bewertung ihrer funktionellen Leistungsunfähigkeit mittels höheren gesamtschweizerischen Durchschnittslöhnen und dem Umstand, dass der ausgeglichene Arbeitsmarkt für diese Klientel einen breiten Fächer von Verweisungstätigkeiten bereithält, regelmässig auf ein nicht rentenbegründendes Mass reduziert. Der Invaliditätsgrad bei Versicherten mit unterdurchschnittlichem Valideneinkommen ist insoweit stets kleiner als bei Versicherten mit dem gleichen Gesundheitsschaden, jedoch durchschnittlichem Valideneinkommen, was gegen das Gebot der Rechtsgleichheit verstösst¹⁴⁰. 81

¹³⁷ Vgl. Art. 95 und Art. 105 Abs. 2 BGG.

¹³⁸ Statt vieler BGE 132 V 393 E. 3.2.

¹³⁹ Statt vieler BGE 126 V 75 E. 5b/dd und 124 V 181 E. 1a.

¹⁴⁰ Vgl. LANDOLT HARDY, Invaliditätsbemessung bei Schlechtverdienenden – Ein Methoden- oder auch ein Gerechtigkeitsproblem, in: Schaffhauser/Schlauri (Hrsg.), Sozialver-

IV. Korrekturmöglichkeiten

A. Leidensabzug

1. Allgemeines

- 82 Konzeptionell systemwidrig lässt die Rechtsprechung bei der monetären Bewertung einen leidensbedingten Abzug von bis maximal 25 % des branchenüblichen Durchschnittslohnes zu, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Versicherte wegen *des Lebensalters, der Anzahl Dienstjahre, der Nationalität/Aufenthaltskategorie oder des Beschäftigungsgrades* seine funktionelle Restleistungsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem erwerblichem Erfolg verwerten kann¹⁴¹.
- 83 Werden bei der Festlegung des Invalideneinkommens zu Gunsten des Versicherten invaliditätsfremde Gesichtspunkte berücksichtigt, sind diese auch bei der Bestimmung des Valideneinkommens massgeblich. Der Saisonnierstatus etwa ist bei beiden Vergleichseinkommen zu berücksichtigen¹⁴². Bei der Ermittlung des Invalideneinkommens gestützt auf DAP-Profile sind leidensbedingte Abzüge nicht sachgerecht und deshalb unzulässig¹⁴³.
- 84 Die Frage, ob und in welchem Ausmass Tabellenlöhne herabzusetzen sind, hängt von *sämtlichen persönlichen und beruflichen Umständen des konkreten Einzelfalles* ab, welche nach pflichtgemäsem Ermessen gesamthaft zu würdigen sind. Bei der Überprüfung des gesamthaft vorzunehmenden Abzuges, der eine Schätzung darstellt und von der Verwaltung kurz zu begründen ist, darf das kantonale Sozialversicherungsgericht sein Ermessen aber nicht ohne triftigen Grund an die Stelle desjenigen der Verwaltung setzen¹⁴⁴.
- 85 Kann der Versicherte nur noch leichte, wechselbelastende, vermehrt sitzend zu verrichtende Arbeiten ohne wiederholte Tätigkeiten über dem Kopfnie-

sicherungsrechtstagung 2006, St. Gallen 2006, 31 ff., 56; zustimmend BGE 134 V 322 E. 6.2.

¹⁴¹ Siehe BGE 126 V 75 E. 5b.

¹⁴² Vgl. BGE 129 V 222 E. 4.4.

¹⁴³ Vgl. BGE 129 V 472 ff.

¹⁴⁴ Vgl. z.B. BGE 126 V 75 E. 6.

veau ausführen, ist er auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt in Konkurrenz mit einem Mitbewerber ohne physische Einschränkungen benachteiligt, weshalb ein leidensbedingter Abzug von 15 % gerechtfertigt ist¹⁴⁵. Der Umstand, dass die funktionelle Restleistungsfähigkeit von 50 % lediglich über einen ganzen Arbeitstag verteilt erbracht werden kann und nicht beispielsweise vormittags oder nachmittags, ist ebenfalls als lohnmassig relevante Erschwernis anzuerkennen¹⁴⁶.

Unter dem Titel Beschäftigungsgrad ist im Besonderen bei teilzeitlich erwerbstätigen Männern ein Abzug zu gewähren, weil bei Männern statistisch gesehen Teilzeitarbeit vergleichsweise weniger gut entlohnt wird als eine Vollzeittätigkeit¹⁴⁷. Die einschlägigen Statistiken zeigen bei Frauen keinen (überproportional) lohnsenkenden Effekt von Teilzeitarbeit¹⁴⁸. 86

2. Fortgeschrittenes Alter

Eine Sonderstellung nimmt der Umstand des fortgeschrittenen Alters in der Invalidenversicherung ein¹⁴⁹. Der Einfluss des Lebensalters auf die Möglichkeit, das verbliebene Leistungsvermögen zu verwerten, lässt sich nicht nach einer allgemeinen Regel bemessen, sondern hängt von den konkreten Umständen ab. Zu denken ist zunächst an die Art und Beschaffenheit des Gesundheitsschadens und seiner Folgen, angesichts der beschränkten verbleibenden Aktivitätsdauer sodann namentlich an den absehbaren Umstellungs- und Einarbeitungsaufwand und in diesem Zusammenhang auch an die Persönlichkeitsstruktur, an vorhandene Begabungen und Fertigkeiten, die Aus- 87

¹⁴⁵ Vgl. BGE 126 V 75 E. 7b.

¹⁴⁶ Vgl. Urteil BGer vom 21.09.2010 (9C_728/2009) E. 4.3.2.

¹⁴⁷ Siehe z.B. Urteil BGer vom 15.11.2010 (9C_721/2010) E. 4.2.

¹⁴⁸ Vgl. Urteile BGer vom 21.12.2010 (9C_419/2010) E. 3.2 und vom 14.04.2010 (9C_58/2010) E. 2.2 sowie EVG vom 09.05.2001 (I 575/00) E. 3b.

¹⁴⁹ Dem vorgerückten Alter ist in der Unfallversicherung Rechnung zu tragen. Massgeblich ist das Erwerbseinkommen eines Versicherten im mittleren Alter (vgl. Art. 28 Abs. 4 UVV und BGE 122 V 18 E. 3).

bildung, den beruflichen Werdegang oder an die Möglichkeit, Berufserfahrung anzuwenden¹⁵⁰.

- 88 Der Leidensabzug wird bei den nicht kurz vor der Pensionierung befindlichen Versicherten strikt auf 25 % begrenzt¹⁵¹. Das Bundesgericht anerkennt demgegenüber bei den kurz vor der Pensionierung stehenden Versicherten, dass das fortgeschrittene Alter – "obgleich an sich invaliditätsfremder Faktor"¹⁵² – die Verwertbarkeit der funktionellen Restleistungsfähigkeit im erwerblichen Bereich vollständig ausschliessen kann, was letztlich einem *Leidensabzug von 100 %* entspricht.
- 89 Das Bundesgericht hat beispielsweise in folgenden Fällen eine *Unverwertbarkeit der Resterwerbsfähigkeit* angenommen:
- 90 – Unverwertbar ist die Resterwerbsfähigkeit für einen über 61-jährigen Versicherten, der über keine Berufsausbildung verfügt, bezüglich der aus medizinischer Sicht im Umfang von 50 Prozent zumutbaren feinmotorischen Tätigkeiten keinerlei Vorkenntnisse besitzt, dessen Teilarbeitsfähigkeit weiteren krankheitsbedingten Einschränkungen unterliegt und dem von den Fachleuten der Berufsberatung die für einen Berufswechsel erforderliche Anpassungsfähigkeit abgesprochen wird¹⁵³.
- 91 – Als unverwertbar erachtet wurde auch die 50-prozentige, durch verschiedene Auflagen zusätzlich limitierte Arbeitsfähigkeit bei einem knapp 64-jährigen Versicherten mit multiplen, die Arbeitsfähigkeit einschränkenden Beschwerden¹⁵⁴.
- 92 – Ebenso fiel die Beurteilung bei einem 64½-jährigen Magaziner aus, der einen Berufswechsel vollziehen müsste, um die noch zumutbaren leichten und wechselbelastenden Verweisungstätigkeiten ausüben zu

¹⁵⁰ Siehe Urteile BGer vom 14.07.2010 (9C_427/2010) E. 2.4.1 und vom 28.05.2009 (9C_918/2008) E. 4.2.2 sowie EVG vom 21.08.2006 (I 831/05) vom E. 4.1.1.

¹⁵¹ Vgl. BGE 126 V 75 E. 6.

¹⁵² Urteil BGer vom 14.07.2010 (9C_427/2010) E. 2.4.1.

¹⁵³ Vgl. Urteil EVG vom 23.10.2003 (I 392/02) E. 3.

¹⁵⁴ Vgl. Urteil EVG vom 04.04.2002 (I 401/01) E. 4c und d.

können¹⁵⁵, sowie angesichts der 50-prozentigen Arbeitsfähigkeit einer im Verfügungszeitpunkt 61 Jahre alten Versicherten, die bezüglich der für sie in Frage kommenden Tätigkeiten einer Umschulung bedurft hätte¹⁵⁶.

Das Bundesgericht hat beispielsweise in folgenden Fällen eine *Verwertbarkeit* 93
der Resterwerbsfähigkeit angenommen:

- Ein 60-jähriger Versicherter, welcher mehrheitlich als Wirker in der 94
Textilindustrie tätig gewesen war, war zwar nicht leicht vermittelbar, hatte aber mit Bezug auf den hypothetischen ausgeglichenen Arbeitsmarkt gleichwohl Betätigungsmöglichkeiten, da er zwar sachlich eingeschränkt (weiterhin zumutbar waren leichte und mittelschwere Arbeiten im Gehen, Stehen und Sitzen in geschlossenen Räumen), aber immer noch im Rahmen eines Vollpensums arbeitsfähig war¹⁵⁷.
- Unter anderem mit Blick auf eine Aktivitätsdauer von immerhin noch 95
sieben Jahren ist eine erwerbliche Umsetzung der Leistungsfähigkeit einem 58-jährigen kaufmännisch ausgebildeten Versicherten möglich und zumutbar, der aufgrund hochgradiger Innenohrschwerhörigkeit auf einen besonderen Anforderungen genügenden Arbeitsplatz angewiesen ist¹⁵⁸.
- Als arbeitsmarktauglich angesehen wurde auch die Resterwerbsfä- 96
higkeit eines 60-jährigen Versicherten mit einer unter anderem wegen rheumatologischer und kardialer Probleme um 30 Prozent eingeschränkten funktionellen Leistungsfähigkeit¹⁵⁹.

So warmherzig und verständlich die Fürsorge des Bundesgerichts für kurz 97
vor der Pensionierung stehende Versicherte auch ist, so unausweichlich stellt sich die Frage, ob es zulässig ist, "alte" Versicherte privilegierter zu

¹⁵⁵ Vgl. Urteil BGer vom 10.02.2010 (9C_979/2009) E. 4 und 5.

¹⁵⁶ Vgl. SVR 2009 IV Nr. 35 S. 97 E. 4.3.

¹⁵⁷ Vgl. Urteil EVG vom 05.08.2005 (I 376/05) E. 4.2.

¹⁵⁸ Vgl. Urteil EVG vom 27.05.2005 (I 819/04) E. 2.2.

¹⁵⁹ Vgl. Urteil BGer vom 22.01.2007 (I 304/06) E. 4.2.

behandeln als "junge" Versicherte, die noch eine längere Berufskarriere vor sich haben. Dieselbe Frage stellt sich übrigens auch bei der Privilegierung der "ganz jungen" Versicherten, bei denen – anders als bei den übrigen Versicherten – ausnahmslos der Durchschnittslohn als Valideneinkommen herangezogen wird¹⁶⁰.

- 98 Eine *altersbedingte Diskriminierung* liegt vor, wenn "der Staat bei der Ausgestaltung seiner Leistungen Unterschiede schafft, die an eines der in Art. 8 Abs. 2 BV genannten, verpönten Unterscheidungsmerkmale anknüpfen (Herkunft, Rasse, Geschlecht, Alter, Sprache, soziale Stellung, Lebensform, religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung oder körperliche, geistige oder psychische Behinderung)"¹⁶¹.
- 99 Wie die Bevorzugung der kurz vor der Pensionierung stehenden Versicherten gegenüber allen anderen entsprechend benachteiligten Versicherten, die genau wie diese arbeitslos sind, qualifiziert begründet werden kann und welches öffentliche Interesse eine nach dem Alter differenzierende Regelung erheischt¹⁶², ist nicht klar und wird vom Bundesgericht auch nicht näher dargelegt. Im Gegenteil wird der Leidensabzug bei den nicht kurz vor der Pensionierung befindlichen Versicherten strikt auf 25 % begrenzt¹⁶³.

B. Parallelisierung der Vergleichseinkommen

1. Versicherte mit unterdurchschnittlichem Einkommen

- 100 Bezog der Versicherte aus invaliditätsfremden Gründen *vor Eintritt des Gesundheitsschadens ein deutlich unterdurchschnittliches Valideneinkommen* und wollte er sich nicht aus freien Stücken damit begnügen, hat eine Parallelisierung der beiden Vergleichseinkommen zu erfolgen¹⁶⁴, wenn anzunehmen ist, der Versicherte könne realistischlicherweise kein durchschnittliches Invaliden-

¹⁶⁰ Vgl. Art. 26 f. IVV und infra Rz 103.

¹⁶¹ BGE 134 I 105 E. 5.

¹⁶² Vgl. BGE 126 V 70 E. 4c/cc.

¹⁶³ Vgl. BGE 126 V 75 E. 6.

¹⁶⁴ Vgl. BGE 135 V 297 E. 6 und 134 V 322 E. 4.1.

einkommen erzielen¹⁶⁵. Deutlich unterdurchschnittlich ist eine Abweichung vom branchenüblichen Tabellenlohn um mindestens 5 %¹⁶⁶.

Die Parallelisierung kann praxisgemäss entweder auf Seiten des Valideneinkommens durch eine entsprechende Heraufsetzung des effektiv erzielten Einkommens oder durch Abstellen auf die statistischen Werte oder aber auf Seiten des Invalideneinkommens durch eine entsprechende Herabsetzung des statistischen Wertes erfolgen¹⁶⁷. Es ist nur in dem Umfang zu parallelisieren, in welchem die prozentuale Abweichung den Erheblichkeitsgrenzwert von 5 % übersteigt¹⁶⁸. 101

Kann tatsächlich oder zumutbarerweise ein durchschnittliches Invalideneinkommen erzielt werden, ist nach der Meinung des Bundesgerichts ein unterdurchschnittliches nicht auf ein durchschnittliches Valideneinkommen hochzurechnen, weil so *nicht gesundheitsbedingte Einkommenseinbussen* berücksichtigt würden. Das zumutbare Invalideneinkommen ist nicht demjenigen Valideneinkommen gegenüberzustellen, das ohne Gesundheitsbeeinträchtigung bei vollständiger Ausschöpfung des wirtschaftlichen Potenzials zumutbarerweise hätte erzielt werden können, sondern demjenigen, das konkret erzielt worden ist¹⁶⁹. 102

Eine "Parallelisierung" ist in jedem Fall bei Versicherten vorzunehmen, die wegen der Invalidität keine zureichenden beruflichen Kenntnisse erwerben konnten. Bei ihnen entspricht das Valideneinkommen einem nach Alter abgestuften Prozentsatz (70 bis 100 %) des jährlich aktualisierten Medianwertes gemäss der LSE¹⁷⁰. Konnte der Versicherte wegen der Invalidität eine begonnene berufliche Ausbildung nicht abschliessen, so entspricht das Vali- 103

¹⁶⁵ Vgl. BGE 135 V 58 E. 3.4.3 f. und 134 V 322 E. 6.2, wo es um eine Versicherte ging, die infolge geringer Kenntnisse und Ausbildung ein sehr tiefes Valideneinkommen erzielt hatte, weshalb das zumutbare Invalideneinkommen entsprechend zu kürzen war.

¹⁶⁶ Vgl. BGE 135 V 297 E. 6.1.2.

¹⁶⁷ Vgl. BGE 134 V 322 E. 4.1.

¹⁶⁸ Vgl. BGE 135 V 297 E. 6.1.3.

¹⁶⁹ Vgl. BGE 135 V 58 E. 3.4.4.

¹⁷⁰ Vgl. Art. 26 Abs. 1 IVV.

deneinkommen dem durchschnittlichen Einkommen eines Erwerbstätigen im Beruf, für den die Ausbildung begonnen wurde¹⁷¹. Bei Versicherten, die in Ausbildung begriffen sind, und denen die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht zugemutet werden kann, erfolgt kein Einkommens-, sondern ein Betätigungsvergleich¹⁷².

2. Versicherte mit überdurchschnittlichem Einkommen

- 104 Diese Differenzierung übersieht, dass bei Versicherten mit überdurchschnittlichem Valideneinkommen keine Aufwertung des durchschnittlichen den Verweisungstätigkeiten entsprechenden Invalideneinkommens erfolgt. Das Valideneinkommen bestimmt sich danach, was der Versicherte nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunder im Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns bis zum Verfügungserlass tatsächlich verdient hätte. Dabei ist in der Regel am zuletzt vor Eintritt der Gesundheitsschädigung im angestammten Bereich erzielten Lohn anzuknüpfen, selbst wenn er weit überdurchschnittlich ist¹⁷³. Ausnahmen müssen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt sein¹⁷⁴. Nach der Rechtsprechung ist der Lohn für regelmässig geleistete Überstunden ebenfalls zum Valideneinkommen zu zählen¹⁷⁵.
- 105 Eine *Abwertung eines überdurchschnittlichen Valideneinkommens* auf das drei bis vier Jahre zurückliegende Durchschnittseinkommen erfolgt nur dann,

¹⁷¹ Vgl. Art. 26 Abs. 2 IVV.

¹⁷² Vgl. Art. 26^{bis} IVV.

¹⁷³ Vgl. Urteil BGer vom 25.02.2011 (8C_671/2010) E. 4.5.4, wonach als Valideneinkommen auch ein überdurchschnittlicher Lohn oder gar ein Spitzenlohn heranzuziehen ist.

¹⁷⁴ Vgl. BGE 134 V 322 E. 4.1 und Urteil BGer vom 22.12.2010 (9C_699/2010) E. 3.1, vgl. zur Berücksichtigung einer hypothetischen beruflichen Weiterentwicklung im Gesundheitsfall Urteil BGer vom 25.01.2011 (8C_684/2010) E. 2.3 und SVR 2010 UV Nr. 13 S. 51 sowie Urteil BGer vom 10.10.2007 (I 831/06) E. 2.3.1 f.

¹⁷⁵ Vgl. AHI 2002, 155, und Urteile BGer vom 11.07.2008 (8C_765/2007) E. 4.1.2 und vom 23.07.2007 (I 433/06) E. 4.1.2.

wenn von einem stark schwankenden Einkommen auszugehen ist¹⁷⁶. Ein kontinuierlich ansteigendes Einkommen oder ein überdurchschnittliches Einkommen während der zurückliegenden drei bis vier Jahre ist nicht stark schwankend¹⁷⁷. Nicht massgeblich sind lediglich vorübergehende überdurchschnittliche Lohnsteigerungen; in der Regel ist nicht anzunehmen, dass über längere Zeit hinweg ein Gehalt erzielt worden wäre, das erheblich über dem der Vorjahre und überdies auch weit über den statistischen Durchschnittswerten liegt¹⁷⁸.

Der Invaliditätsgrad bei Versicherten mit überdurchschnittlichem Valideneinkommen ist insoweit per se höher als bei Versicherten mit dem gleichen Gesundheitsschaden, jedoch durchschnittlichem Valideneinkommen, obwohl die Überdurchschnittlichkeit invaliditätsfremd ist und durchschnittliche Löhne überwiegend wahrscheinlicher als überdurchschnittliche Löhne sind. Um diese Ungleichbehandlung auszugleichen, ist bei einem überdurchschnittlichen Valideneinkommen eine Parallelisierung analog der vorstehend genannten Grundsätze vorzunehmen¹⁷⁹. 106

Müssen aber invaliditätsfremde überdurchschnittliche Einkommen korrigiert werden, gilt dies für invaliditätsfremde unterdurchschnittliche Einkommen aus Gründen der Gleichbehandlung generell, nicht zuletzt auch für Versicherte, die im Zeitpunkt des Eintritts des Gesundheitsschadens "freiwillig" zwar ein existenzsicherndes, aber unterdurchschnittliches Valideneinkommen erzielt haben. Genauso wie überdurchschnittliche Löhne nicht überwiegend wahrscheinlich sind, ist auch bei solchen Versicherten davon auszugehen, dass sie sich während der gesamten Dauer ihrer Erwerbstätigkeit nicht mit einem unterdurchschnittlichen Einkommen begnügt hätten. 107

¹⁷⁶ Statt vieler Urteile BGer vom 25.01.2011 (8C_684/2010) E. 2.3, vom 24.03.2010 (8C_5/2010) E. 4.3 f. und vom 23.04.2008 (8C_611/2007) E. 5.

¹⁷⁷ Vgl. Urteil BGer vom 22.12.2010 (9C_699/2010) E. 3.2.

¹⁷⁸ Vgl. Urteil BGer vom 27.04.2009 (8C_125/2009) E. 4.2.2.

¹⁷⁹ A.A. Urteil BGer vom 25.02.2011 (8C_671/2010) E. 4.5.7, wonach für eine systematische Reduktion des bei einem überdurchschnittlichen zeitlichen Aufwand erzielten Einkommens auf ein 100%-Pensum im Rahmen des Einkommensvergleichs keine überzeugenden Gründe bestünden.

3. Parallelisierung und Leidensabzug

- 108 Die *Voraussetzungen des Parallelisierungs- und des Leidensabzuges* stehen in einem *gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis*, als dieselben einkommensbeeinflussenden Faktoren nicht sowohl einen Parallelisierungs- als auch einen Leidensabzug zu begründen vermögen¹⁸⁰. Allfällige bereits bei der Parallelisierung der Vergleichseinkommen mitverantwortliche invaliditätsfremde Faktoren dürfen im Rahmen des sogenannten Leidensabzuges nicht nochmals berücksichtigt werden¹⁸¹.

C. DAP-Lohnvergleich

- 109 In der *Unfallversicherung*¹⁸² können die in der Invalidenversicherung zur Einkommensvergleichsmethode entwickelten Grundsätze oder *DAP-Löhne* für die Festlegung des Invalideneinkommens herangezogen werden¹⁸³.
- 110 Die Dokumentation von Arbeitsplätzen (DAP) stellt ein Instrument dar, das der SUVA behilflich sein soll, anhand von Arbeitsplätzen, welche in der Wirtschaft konkret vorhanden sind, zumutbare Invalidenlöhne zu bestimmen und einheitliche Invaliditätsschätzungen vorzunehmen. Die DAP werden von den Aussendienstmitarbeitern der SUVA direkt in den Betrieben aufgenommen¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Vgl. BGE 135 V 297 E. 6.2.

¹⁸¹ Vgl. BGE 134 V 322 E. 5.2 und 6.2.

¹⁸² Aufgrund eines zwischen dem BSV und der SUVA abgeschlossenen Vertrages gelangt die DAP teilweise auch in der Invalidenversicherung zur Anwendung; einzelne IV-Stellen erfassen selbstständig Arbeitsplätze (siehe BGE 129 V 472 E. 4.2.1).

¹⁸³ Vgl. BGE 126 V 76 E. 3b und weiterführend DETTWILER STEFAN A., Suva "DAP"t nicht im Dunkeln, Invalidenlohnbemessung anhand konkreter Arbeitsplätze (DAP), in: SZS 2006, 6 ff., und KORRODI KLAUS, Suva-Tabellenlöhne zur Ermittlung des Invalideneinkommens, in: Schaffhauser/Schlauri (Hrsg.), Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung, St. Gallen 1999, 117 ff.

¹⁸⁴ Weiterführend <http://www.suva.ch/startseite-suva/service-suva/tools-tests-suva/dap-suva.htm> (zuletzt besucht am 03.10.2011).

Das Abstellen auf DAP-Löhne setzt voraus, dass, zusätzlich zur Auflage von 111
mindestens fünf DAP-Blättern, Angaben gemacht werden über die Gesamt-
zahl der auf Grund der gegebenen Behinderung in Frage kommenden do-
kumentierten Arbeitsplätze, über den Höchst- und den Tiefstlohn sowie
über den Durchschnittslohn der entsprechenden Gruppe.

Allfällige Einwendungen der versicherten Person bezüglich des Auswahl- 112
ermessens und der Repräsentativität der DAP-Blätter im Einzelfall sind
grundsätzlich im Einspracheverfahren zu erheben. Ist die SUVA nicht in der
Lage, den erwähnten verfahrensmässigen Anforderungen zu genügen, kann
nicht auf den DAP-Lohnvergleich abgestellt werden¹⁸⁵.

Das Bundesgericht umschreibt Vor- und Nachteile der Einkommensver- 113
gleichs- und der DAP-Methode wie folgt:

"Beide Methoden weisen je aus ihrer Entstehung und Eigenart heraus Vor- und Nachteile auf. Die LSE sind aufgrund der gesamtschweizerischen Erhebung repräsentativer und nicht anfällig bezüglich Extremabweichungen nach oben und unten. Auch stellen sie ein Werk auf gesicherter wissenschaftlich-statistischer Basis dar. Ferner sind sie in der Anwendung ausgesprochen praktikabel. Wegen ihres Grobrasters erlauben sie jedoch keine Feinabstufung, weder nach einzelnen Berufsgruppen noch nach den im Bereich der Schadenminderungspflicht liegenden Arbeitsregionen. Als Durchschnittswerte schliessen sie je nach Art der Behinderung und der übrigen Umstände auch eine mehr oder weniger grosse Zahl von ungeeigneten Arbeitsplätzen mit ein. Demgegenüber beruht die DAP auf konkreten Arbeitsplätzen und ermöglicht eine differenzierte Zuweisung von zumutbaren Tätigkeiten unter Berücksichtigung der behinderungsbedingten Einschränkungen, der weiteren persönlichen und beruflichen Umstände sowie der regionalen Aspekte. Dementsprechend liefert sie auch eine konkretere Grundlage für die Festlegung des hypothetischen Invalideneinkommens. Nachteilig wirkt sich aus, dass die DAP nicht allgemein zugänglich ist, was zur Folge hat, dass einerseits die Invaliditätsbemessungen in den verschiedenen Gebieten der Sozialversicherung und – im Hinblick auf die bisher in das DAP-Projekt nicht einbezogenen anderen registrierten Unfallversicherer – selbst innerhalb der Unfallversicherung nicht gestützt auf die gleichen Grundlagen vorgenommen werden können und andererseits nach der bisherigen Praxis nur eine sehr beschränk-

¹⁸⁵ Vgl. BGE 129 V 472 ff.

te Überprüfbarkeit hinsichtlich des Auswahlermessens und der Repräsentativität der vorgelegten DAP-Profile im Einzelfall möglich ist."¹⁸⁶

- 114 Im Vergleich zur objektiv-abstrakten Einkommensvergleichsmethode besteht der grosse Vorteile der DAP-Methode darin, dass die Invaliditätsbeurteilung bezogen auf real existierende Arbeitsplätze des den Versicherten zugänglichen konkreten Arbeitsmarkts erfolgt. Soweit die monetäre Bewertung mittels DAP-Löhnen erfolgt, werden Verweisungstätigkeiten und deren monetäre Bewertung konkretisiert. Die *unfallversicherungsrechtliche Erwerbsunfähigkeit* ist insoweit entweder *objektiv-abstrakt* oder *objektiv-konkret*.

D. Aufwertung des versicherten Verdienstes

- 115 In der Unfallversicherung wird ein unterdurchschnittliches Einkommen durch die *Aufwertung des unterdurchschnittlichen versicherten Verdienstes* mitunter indirekt korrigiert¹⁸⁷. Eine solche Aufwertung erfolgt insbesondere bei Versicherten, die sich in Ausbildung befinden¹⁸⁸. Bezog der Versicherte wegen beruflicher Ausbildung am Tag des Unfalles nicht den Lohn eines Versicherten mit voller Leistungsfähigkeit derselben Berufsart, so wird der versicherte Verdienst von dem Zeitpunkt an, da er die Ausbildung abgeschlossen hätte, nach dem Lohn festgesetzt, den er im Jahr vor dem Unfall als voll Leistungsfähiger erzielt hätte¹⁸⁹. Ausgeschlossen ist die Aufwertung bei Schnupperlehrlingen¹⁹⁰ und Werkstudenten¹⁹¹. Nicht nur hinsichtlich dieser Ausnahmen, sondern auch in Bezug auf die Privilegierung der jungen Versi-

¹⁸⁶ BGE 129 V 472 E. 4.2.1.

¹⁸⁷ Vgl. Art. 23 UVV.

¹⁸⁸ Siehe dazu auch Art. 26 f. IVV und supra Rz 103.

¹⁸⁹ Vgl. Art. 23 Abs. 4 UVV.

¹⁹⁰ Vgl. BGE 124 V 301 ff.

¹⁹¹ Vgl. Urteil EVG vom 24.01.2002 (U 30/01) = RKUV 2002, S. 145. Siehe ferner RKUV 2000, 378 E. 2b, und RKUV 1992, 117 E. 4d.

cherten an sich stellt sich Frage nach der verfassungsmässigen Zulässigkeit¹⁹².

V. Schlussbetrachtung

Erwerbsunfähigkeit ist nicht gleich Erwerbsunfähigkeit. Während im 116
Haftpflichtrecht ein subjektiv-konkreter Erwerbsunfähigkeitsbegriff gilt, bei dem invaliditätsfremde Umstände und auch eine durch das haftungsbe-
gründende Ereignis verursachte Arbeitslosigkeit berücksichtigt werden,
wird die Erwerbsunfähigkeit von Erwerbstätigen im sozialversicherungs-
rechtlichen Kontext diametral anders objektiv-abstrakt verstanden. Eine
subjektiv-konkrete Erwerbsunfähigkeit ist demgegenüber bei Nicht- und
Selbstständigerwerbstätigen anwendbar¹⁹³.

Die Objektivierung äussert sich einerseits in der Unbeachtlichkeit objektiv 117
überwindbarer Gesundheitsschäden und andererseits in der Nichtberück-
sichtigung invaliditätsfremder Umstände. Die daraus resultierende funktio-
nelle Leistungsunfähigkeit des Versicherten wird als ein objektiviertes Zu-
mutbarkeitsprofil beschrieben. Die monetäre Bewertung des objektiven Zu-
mutbarkeitsprofils erfolgt weitgehend abstrakt. Massgeblich für die Bestim-
mung des Invalideneinkommens sind die gesamtschweizerischen Tabellen-
löhne der dem Versicherten vor dem Hintergrund des objektiven
Zumutbarkeitsprofils noch offen stehenden Verweisungstätigkeiten eines
ausgeglichenen Arbeitsmarkts.

Das Resultat dieser Abstrahierung ist ein Invalideneinkommen, das mit dem 118
realen Wertschöpfungspotential des Versicherten wenig gemein hat und
dann absurd wird, wenn der Vergleich mit dem – ortsüblichen, aber stati-
stisch unterdurchschnittlich tiefen – Valideneinkommen des Versicherten
eine "Minusinvalidität" ergibt. Die Rechtsprechung ist sich der "Leerformel-
haftigkeit" der Bewertung bewusst und korrigiert die abstrakte Bewertung
mittels eines leidensbedingten Abzugs, der maximal 25 % beträgt. Die jün-
gere Rechtsprechung hat zudem erkannt, dass bei Schlechtverdienenden

¹⁹² Dazu bereits supra Rz 97 f.

¹⁹³ Supra Rz 67 ff.

eine "Parallelisierung" zu erfolgen hat. Mit beiden Korrekturmitteln wird letztlich die Objektivierung und Abstrahierung relativiert.

- 119 Die Abstrahierung bei der monetären Bewertung steht ferner in einem Spannungsverhältnis mit der Objektivierung beim Versicherten. Das objektive Zumutbarkeitsprofil findet bei der monetären Bewertung weitgehend keine Beachtung. Die Rechtsprechung betont, dass die Tabellenlöhne (Anforderungsniveau 4) nicht nur schwere, sondern auch eine Vielzahl von leichten und mittelschweren Tätigkeiten umfasst¹⁹⁴, weshalb eine eingeschränkte funktionelle Leistungsfähigkeit nicht per se einen leidensbedingten Abzug rechtfertigt¹⁹⁵. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die nach Art. 7 Abs. 1 ATSG massgeblichen "Erwerbsmöglichkeiten" bei einem Versicherten, der nur noch leichte Tätigkeiten und zudem nur noch wechselbelastend ausführen kann, dieselben sein sollen wie bei Versicherten, denen auch schwerere Tätigkeiten zumutbar sind.
- 120 Objektives Zumutbarkeitsprofil und Invalideneinkommen sollten insoweit korrelieren. Wer zwar die angestammte Tätigkeit nicht mehr, aber sonst alle anderen Tätigkeiten (schwere, mittelschwere und leichte Tätigkeiten) ausführen kann, dessen Erwerbsmöglichkeiten können mit dem ungekürzten Tabellenlohn monetär bewertet werden. Bei anderen Versicherten, die keine schweren oder mittelschweren oder sogar leichte Tätigkeiten nur noch eingeschränkt ausführen können, ist demgegenüber vom Tabellenlohn ein angemessener Abzug zu gewähren.
- 121 Es fragt sich, nicht zuletzt im Hinblick auf eine *Gleichbehandlung aller Versicherten* und die im Rahmen der 6. IV-Revision beabsichtigte Einführung einer *prozentgenauen Invalidität*, ob es nicht sinnvoller wäre, ähnlich wie bei der Integritätsentschädigung den Erwerbsunfähigkeitsgrad in Anlehnung an das objektive Zumutbarkeitsprofil zu bestimmen und die nach der vorliegenden Auffassung als methodologische Willkür qualifizierte Abstrahierung mittels gesamtschweizerischen Tabellenlöhnen bei den Unselbstständigerwerbenden fallen zu lassen.

¹⁹⁴ So etwa Urteil BGer vom 30.03.2009 (9C_72/2009) E. 3.4.

¹⁹⁵ Vgl. z.B. Urteil BGer vom 20.07.2010 (9C_205/2010) E. 5.2.

Das objektive Zumutbarkeitsprofil ist im Rahmen einer EFL-Testung eher überprüfbar als die "Leerformeln" Verweisungstätigkeiten des ausgeglichenen Arbeitsmarkts. Durch das Abstellen auf das objektive Zumutbarkeitsprofil würden nicht zuletzt alle Versicherten methodologisch gleich behandelt und die Bedeutung der Erwerbsunfähigkeit transparenter. Der "normale" Versicherte versteht ohnehin nicht, warum er nicht invalid sein soll, obwohl er nicht mehr alle Erwerbsarbeiten bzw. nur noch leichte Erwerbsarbeiten ausführen kann. Das Recht, auch die Bedeutung der Invalidität, sollte letztlich verständlich sein. 122