

**Invalideneinkommen; leidensbedingter Abzug** – Art. 28a Abs. 1 IVG; Art. 16 ATSG.

*Prüfung und Verneinung eines Abzugs vom Tabellenlohn nach der derzeitigen Bundesgerichtspraxis (E. 7.3).*

*Minderheitsmeinung, wonach als pragmatische Übergangslösung ein Mindestabzug von 10% und im konkreten Fall ein Gesamtabzug von 15% zu gewähren sei (E. 7.4)*

OGE 63/2021/28 vom 28. Oktober 2022

(Eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hiess das Bundesgericht mit Urteil 9C\_555/2022 vom 30. Juni 2023 gut.)

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

### **Aus den Erwägungen**

7. Zu prüfen bleibt das Invalideneinkommen und in diesem Zusammenhang namentlich die Höhe des im vorliegenden Fall grundsätzlich noch zulässigen (...) leidensbedingten Abzugs. Die IV-Stelle gewährte dem Beschwerdeführer einen Abzug von 5% vom Tabellenlohn. Der Beschwerdeführer macht geltend, ihm sei auf dem statistisch ermittelten Invalideneinkommen der rechtsprechungsgemäss zulässige Maximalabzug von 25% zu gewähren. Er könne kaum Deutsch, stamme aus dem Kosovo, habe noch nie auf dem Arbeitsmarkt bestehen können, habe keine Ausbildung, verfüge nur über Erfahrungen im geschützten Rahmen (mit Unterbrüchen), er gehe nur noch mit Hilfe des Bruders aus den Haus, könne den Haushalt nur mit Hilfe des Bruders meistern und könne auch nach gutachterlicher Auffassung nur Teilzeit arbeiten.

7.1. Das aufgrund statistischer Werte ermittelte Invalideneinkommen ist – nach der im vorliegenden Fall massgeblichen Rechtsgrundlage – allenfalls zu kürzen, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass persönliche und berufliche Merkmale, wie Art und Ausmass der Behinderung, Lebensalter, Dienstjahre, Nationalität oder Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad Auswirkungen auf die Lohnhöhe haben können, und die versicherte Person je nach Ausprägung deswegen die verbliebene Arbeitsfähigkeit auch auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem erwerblichem Erfolg verwerten kann. Der Abzug soll aber nicht automatisch erfolgen. Er ist unter Würdigung der Umstände im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen gesamthaft zu schätzen und darf 25% nicht übersteigen. Die bisherige Rechtsprechung gewährt insbesondere dann einen Abzug vom

Invalideneinkommen, wenn eine versicherte Person selbst im Rahmen körperlich leichter Hilfsarbeitertätigkeit in ihrer Leistungsfähigkeit eingeschränkt ist. Allfällige bereits in der Beurteilung der medizinischen Arbeitsfähigkeit enthaltene gesundheitliche Einschränkungen dürfen nicht zusätzlich in die Bemessung des leistungsbedingten Abzugs einfließen und so zu einer doppelten Anrechnung desselben Gesichtspunkts führen (zum Ganzen: BGE 148 V 174 E. 6.3 S. 182; 146 V 16 E. 4.1 S. 19 f.; je mit Hinweisen). Der Tabellenlohnabzug dient vielmehr dem Einbezug von medizinisch-theoretisch noch nicht berücksichtigter lohnmindernder Faktoren (Egli/Filippo/Gächter/Meier, Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung, Zürich 2021, Rz. 686, S. 235) und soll die spezifische Benachteiligung der versicherten Person gegenüber anderen Personen mit gleicher Ausbildung und entsprechenden beruflichen Voraussetzungen ausgleichen.

**7.2.** Gemäss der gutachterlichen Beurteilung ist der Beschwerdeführer seit Januar 2017 70% arbeitsfähig in jeder Tätigkeit, die seinen beruflichen Möglichkeiten entspricht. Zu bevorzugen sind aufgrund der akzentuierten Persönlichkeitsstörung Tätigkeiten, die nach Anleitung durchgeführt werden können und welche den kognitiven Möglichkeiten bzw. dem Schulungsgrad des Beschwerdeführers entsprechen. Zu vermeiden sind ausserdem Tätigkeiten, bei denen es auf interaktionelles Geschick mit anderen Personen für die Zielerreichung ankommt.

**7.3.** Eine *Mehrheit des Gerichts* ist der Ansicht, dass der IV-Stelle bei der Festsetzung der Höhe des Abzugs vom Tabellenlohn keine Ermessensunterschreitung vorgeworfen werden kann. Der Administrativgutachter Dr. med. X trug den gesundheitlichen Einschränkungen des Beschwerdeführers in qualitativer Hinsicht bei der Festlegung des Belastbarkeitsprofils und in quantitativer Hinsicht im Sinn einer reduzierten Arbeitsfähigkeit (aufgrund einer generell reduzierten psychophysischen Belastbarkeit) Rechnung. Eine zusätzliche – abzugserhöhende – Berücksichtigung dieser Faktoren bei der Bestimmung des Tabellenlohnabzugs ist nicht zulässig (vorangehende E. 7.1). Weitere Gesichtspunkte, welche den Beschwerdeführer selbst im Rahmen körperlich leichter Hilfstätigkeiten weiter einschränken und eine Verwertung der Restarbeitsfähigkeit nur mit unterdurchschnittlichem Erfolg bewirken würden, sind nicht ersichtlich. So fallen Tätigkeiten, welche zur Zielerreichung interaktionelles Geschick erfordern, bereits aus kognitiven Gründen – sowie mit Blick auf die fehlende Ausbildung – ausser Betracht. Die IV-Stelle nannte als mögliche Verweistätigkeiten denn auch Hilfsarbeitertätigkeiten wie Maschinenbedienung, Lagerarbeiten (Sortierung, Verpackung, Etikettierung) oder Kontroll- und Überwachungstätigkeiten, somit Arbeiten, die zwar eine normale Kommunikationsfähigkeit

(auf deren Fehlen in den Akten keine Hinweise bestehen), nicht aber ein eigentliches interaktionelles Geschick voraussetzen. Die vom Beschwerdeführer weiter angeführten invaliditätsfremden Gesichtspunkte (mangelnde Sprachkenntnisse, Migrationshintergrund, fehlende Ausbildung) wurden mit der Festsetzung der beiden Vergleichseinkommen im untersten Kompetenzniveau bereits weitgehend berücksichtigt. Da Validen- und Invalideneinkommen auf identischer statistischer Grundlage in Anwendung des untersten Kompetenzniveaus festgesetzt wurden, fällt im Übrigen der Umstand nicht weiter ins Gewicht, dass diese Erschwernisse bereits vor Eintritt des Gesundheitsschadens bestanden und sich im Fall einer Erwerbstätigkeit insoweit unabhängig von einer gesundheitlichen Beeinträchtigung lohnmindernd ausgewirkt hätten. Ein erhöhter Betreuungsbedarf in Form erforderlicher Anleitung gilt unter Berücksichtigung des nicht übermässig eingeschränkten Spektrums an möglichen Verweistätigkeiten auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt gemäss der Bundesgerichtspraxis nicht als ausserordentlicher Faktor, der einen Abzug rechtfertigt (vgl. BGer 9C\_233/2018 vom 11. April 2019 E. 3.2 mit Hinweisen). Dass der Beschwerdeführer eines nicht realistischen Entgegenkommens eines durchschnittlichen Arbeitgebers bedürfte (dazu BGE 148 V 174 E. 9.1 S. 188), lässt sich den Akten nicht entnehmen. Mit Bezug auf die Absenz vom Arbeitsmarkt ist unbestritten, dass es dem Beschwerdeführer nicht gelang, in der Arbeitswelt Fuss zu fassen. Seit dem Schulabschluss (im Sommer 1994) bis zur Geltendmachung gesundheitlicher Beeinträchtigungen (2015) war er – aus gemäss der Aktenlage invaliditätsfremden Gründen – mehrheitlich kurzzeitig im Rahmen von Sozialprogrammen tätig und er lebt seit vielen Jahren von Sozialhilfe. Eine Absenz vom Arbeitsmarkt begründet indes nur selten einen Abzug vom Tabellenlohn (BGer 9C\_339/2021 vom 27. Juli 2022 E. 4.5.4.4). Die fehlende arbeitsmarktliche Integration vermag auch im vorliegenden Fall keinen Grund für einen Tabellenlohnabzug zu bilden. Zum einen wurden die Vergleichseinkommen wie bereits dargelegt im untersten Kompetenzniveau angesetzt (vgl. dazu auch BGer 8C\_767/2021 vom 9. August 2022 E. 5.2.2), ausserdem war die Absenz vom Arbeitsmarkt zwischen 1994 und 2015 nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit invaliditätsbedingt (dazu BGer 9C\_658/2015 vom 9. Mai 2016 E. 5.2.2) und hätte insoweit auch ohne Gesundheitsschaden eine lohnsenkende Wirkung gehabt. Zum andern gilt es zu berücksichtigen, dass dem Beschwerdeführer noch eine lange Aktivitätszeit von rund 20 Jahren verbleibt, was nach der Rechtsprechung gegen einen Abzug spricht (dazu etwa BGer 9C\_183/2017 vom 30. Oktober 2017 E. 5.2.1 oder 9C\_339/2021 vom 27. Juli 2022 E. 4.5.4.3 und 4.5.4.4). In einer Gesamtschau sind daher keine gemäss der einschlägigen Bundesgerichtspraxis relevanten Faktoren ersichtlich, welche die IV-Stelle zusätzlich bei der Festsetzung der

Höhe des Tabellenlohns hätte berücksichtigen müssen, weshalb die angefochtene Verfügung zu bestätigen ist.

**7.4.** Nach Auffassung einer *Minderheit des Gerichts* ist ein leidensbedingter Abzug von 15% zu gewähren. Zu berücksichtigen ist zunächst, dass die LSE-Tabellenlöhne keine taugliche Grundlage für die Invaliditätsbemessung bilden. Das Bundesgericht betrachtet das derzeitige System schon länger als Übergangslösung (vgl. 142 V 178 E. 2.5.8.1 S. 189 sowie bereits 139 V 592 E. 7.4 S. 597). Dass von unrealistischen Einkommensmöglichkeiten gesundheitlich beeinträchtigter Personen ausgegangen wird (vgl. Egli/Filippo/Gächter/Meier, N. 704 ff., S. 243 ff. mit Hinweisen), wirkt sich diskriminierend aus und führt dazu, dass zahlreichen Versicherten zu Unrecht eine Rente verweigert wird. Wie realitätsfremd die Zahlen sind, mit denen gerechnet wird, zeigt sich hier beispielhaft. Auch im ausgeglichenen Arbeitsmarkt könnte kein noch so sozialer Arbeitgeber einer gesundheitlich beeinträchtigten Person wie dem Beschwerdeführer für eine Hilfstätigkeit einen Lohn von rund Fr. 63'700.– pro Jahr bezahlen (aufgerechnet auf ein 100%–Pensum, unter Berücksichtigung eines Abzugs von 5%). Das Bundesgericht hat sich indes einer Praxisänderung verschlossen und dabei argumentiert, dem leidensbedingten Abzug komme als "Korrekturinstrument bei der Festsetzung eines möglichst konkreten Invalideneinkommens [...] überragende Bedeutung zu" (BGE 148 V 174 E. 9.2.2 S. 190). Der Abzug wurde aber nicht zu diesem Zweck geschaffen und kann kein wirksames Korrekturinstrument sein, solange die diesbezügliche Praxis so inkonsistent und restriktiv bleibt, wie sie ist. Dass die Rechtsanwendung – wie seit Jahren – in einer Übergangszeit stattfindet, ändert nichts am Handlungsbedarf. Das Problem wurde mit der per 1. Januar 2022 in Kraft getretenen Gesetzesrevision "Weiterentwicklung IV" (WEIV) weder gelöst noch gemildert, sondern verschärft (vgl. namentlich Art. 26<sup>bis</sup> der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 [IVV; SR 831.201]), und zur Umsetzung der von beiden Räten angenommenen Motion 22.3377 vom 6. April 2022 (Invaliditätskonforme Tabellenlöhne bei der Berechnung des IV-Grades) wurde dem Bundesrat eine Frist bis Ende Dezember 2023 angesetzt. Als pragmatische Übergangslösung ist zwecks rechtsgleicher Behandlung aller Versicherter ein standardmässiger Abzug von zumindest 10% zu gewähren, zumal gesundheitlich eingeschränkte Personen statistisch 10-17% weniger verdienen als gesunde Personen in gleichen Tätigkeiten (vgl. Egli/Filippo/Gächter/Meier, N. 726, S. 253). Vorliegend gilt es überdies – zusätzlich zur unstrittig relevanten Teilzeitarbeit – zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer bei den ihm möglichen einfachen Hilfsarbeitertätigkeiten insofern eingeschränkt ist, als er selbst diese aufgrund seiner gesundheitlichen Beeinträch-

tigungen "nach Anleitung durchführen" können muss. Dieser beträchtlichen Einschränkung wird mit der Wahl des niedrigsten Kompetenzniveaus nicht hinreichend Rechnung getragen. Dass ein erhöhter Betreuungsbedarf keinen Leidensabzug rechtfertigt (vgl. vorne, E. 7.3), ist ein Beispiel jener unrealistischen Praxis, die es zu überdenken gilt, um ein wirksames Korrekturinstrument zu schaffen (vgl. dazu auch Egli/Filippo/Gächter/Meier, N. 489 in fine S. 182). Zu berücksichtigen ist weiter, dass der 45-jährige Beschwerdeführer seit langer Zeit vom Arbeitsmarkt desintegriert ist. Die Absenz ist zumindest seit 2015 gesundheitlich bedingt; betreffend frühere Zeiträume wurden keine Abklärungen vorgenommen (...). Auch auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt haben solche Arbeitnehmer mehr Schwierigkeiten, eine gleich gut wie der Durchschnitt bezahlte Tätigkeit zu finden. In seiner jüngsten Rechtsprechung hat das Bundesgericht denn auch auf kritische Lehrmeinungen reagiert und festgehalten, dass eine langdauernde berufliche Desintegration als zusätzlich erschwerender Faktor zu berücksichtigen ist (vgl. BGer 9C\_14/2022 vom 21. Juli 2022 E. 5.5 mit Hinweisen). Dies ist auch hier notwendig. All diese Überlegungen führen nach Auffassung der Gerichtsminderheit dazu, dass zufolge Gewährung eines leidensbedingten Abzugs von 15% die Beschwerde teilweise gutgeheissen (...) werden müsste.