

Weiterentwicklung IV und Gutachten Einordnung aus juristischer Sicht



Building Competence. Crossing Borders.

Dr. iur. Philipp Egli, Rechtsanwalt

Leiter Zentrum für Sozialrecht / philipp.egli@zhaw.ch

1. **Grundzüge Invaliditätsbemessung**
2. Erwartungen an Gutachten
3. Ausblick / Offene Fragen

Bemessung Invaliditätsgrad (Erwerbstätige)

**Beeinträchtigung der körperlichen,
geistigen oder psychischen Gesundheit**



verursacht



**Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf
dem in Betracht kommenden
ausgeglichenen Arbeitsmarkt**
Methode: Einkommensvergleich



Bemessung Invaliditätsgrad (Erwerbstätige)

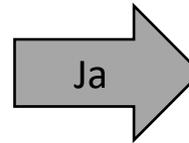


Medizinisch-theoretische
Arbeitsfähigkeit



Verwertbarkeit
auf dem ausgeglichenen
Arbeitsmarkt?

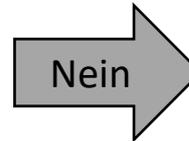
Ja



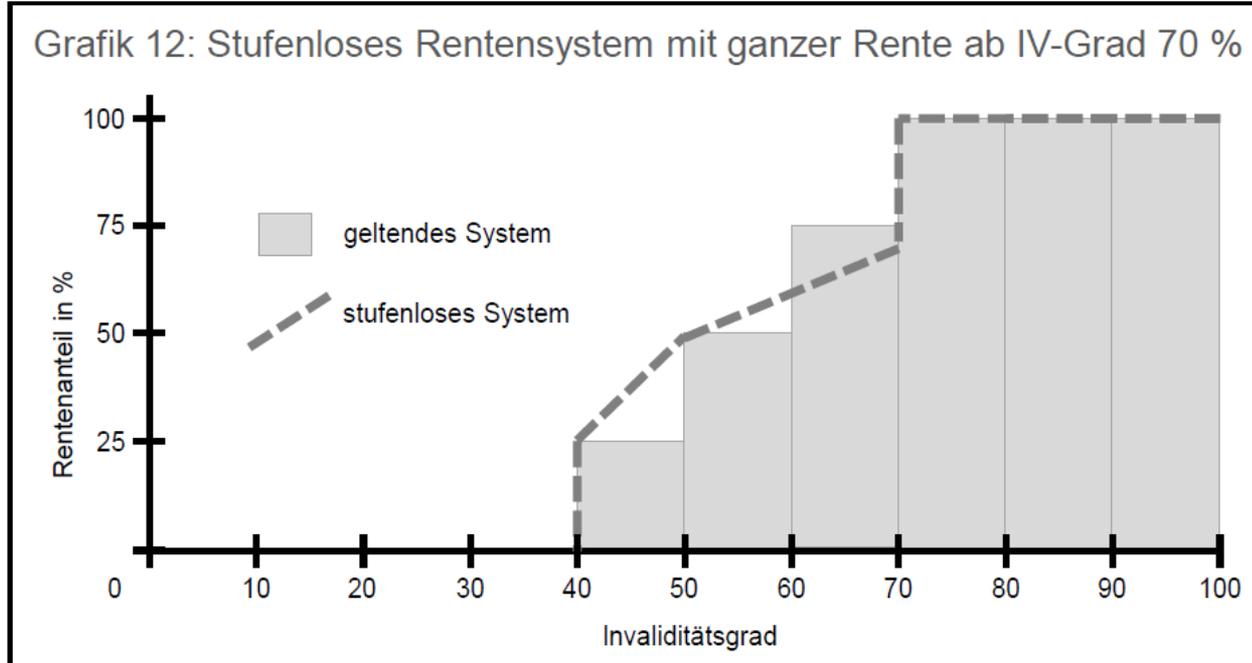
$$\frac{\text{Valideneinkommen} - \text{Invalideneinkommen}}{\text{Valideneinkommen}} \times 100$$

= IV-Grad

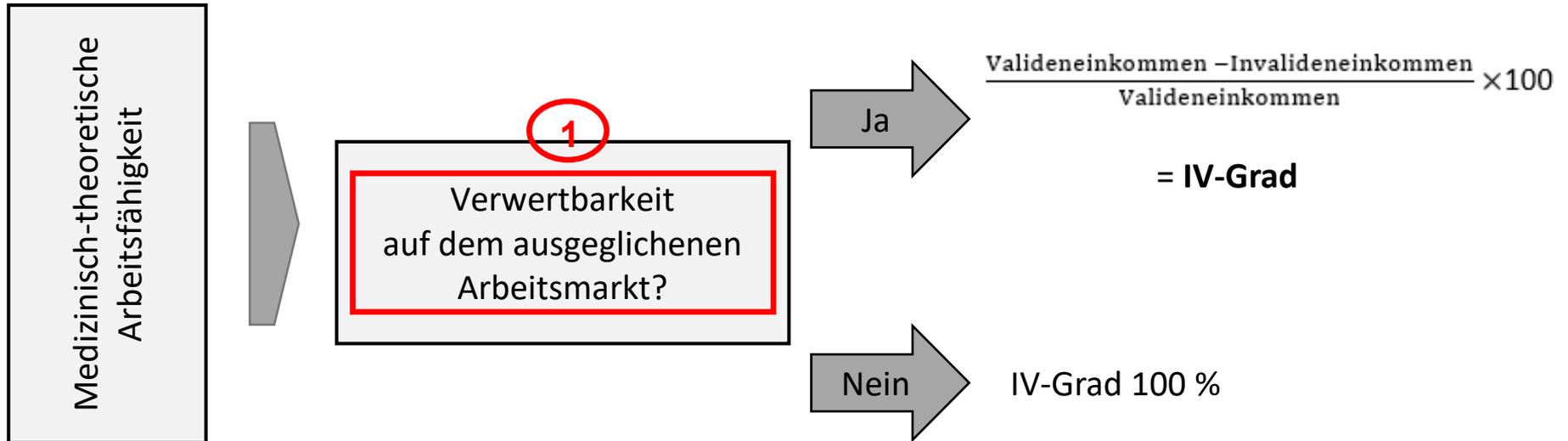
Nein



IV-Grad 100 %



Bemessung Invaliditätsgrad (Erwerbstätige)



Wie wird die Verwertbarkeit bestimmt?

1

Der **ausgeglichene Arbeitsmarkt** ist ein **theoretischer und abstrakter Begriff**. Er berücksichtigt die konkrete Arbeitsmarktlage nicht,

- umfasst in wirtschaftlich schwierigen Zeiten auch **tatsächlich nicht vorhandene Stellenangebote** und
- sieht von den **fehlenden oder verringerten Chancen gesundheitlich Beeinträchtigter** ab, tatsächlich eine zumutbare und geeignete Arbeitsstelle zu finden.
- Er umschliesst einerseits ein **bestimmtes Gleichgewicht** zwischen dem Angebot von und der Nachfrage nach Stellen;
- andererseits bezeichnet er einen Arbeitsmarkt, der von seiner Struktur her einen **Fächer verschiedenartiger Stellen** offen hält.

Wie wird die Verwertbarkeit bestimmt?

1



Wegdefinieren des Arbeitsmarktes

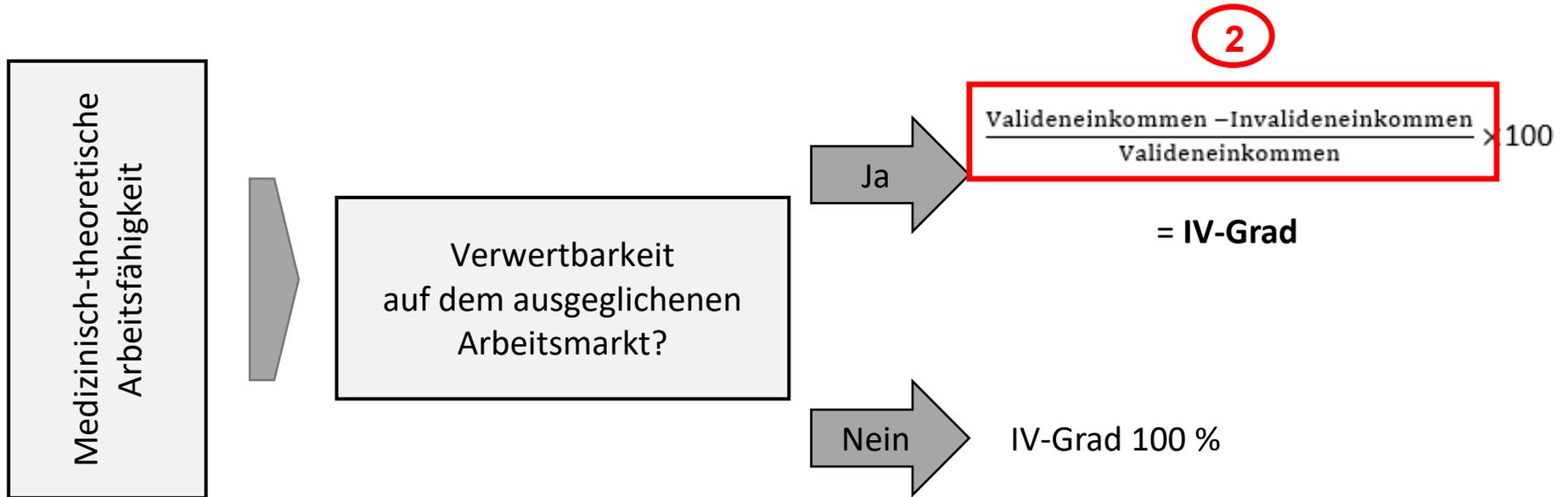
=

Absehen von Zumutbarkeit

=

Fiktive Erwerbsmöglichkeiten

Bemessung Invaliditätsgrad (Erwerbstätige)



Darstellung von Thomas Gächter/Michael E. Meier

Art. 28a Abs. 1 IVG: «Der Bundesrat umschreibt die zur Bemessung des Invaliditätsgrades massgebenden Erwerbseinkommen sowie die anwendbaren Korrekturfaktoren.»

- **Tabellenlöhne:** Rückgriff auf Zentralwerte der **Lohnstrukturerhebung (LSE)**
Problem: sehr aggregierte – fast fiktive – Lohnniveaus von zumeist nicht behinderten Personen; Fehlen von Erhebungen über die Löhne gesundheitlich eingeschränkter Personen
- Notwendigkeit von Korrekturinstrumenten, dabei «überragende Bedeutung» (BGer) des Instruments «**leidensbedingter Abzug**»
- Ersatz des Korrekturinstrumentes «leidensbedingter Abzug» u.a. durch **Einschätzung der funktionellen Leistungsfähigkeit** bei leidensbedingten Einschränkungen

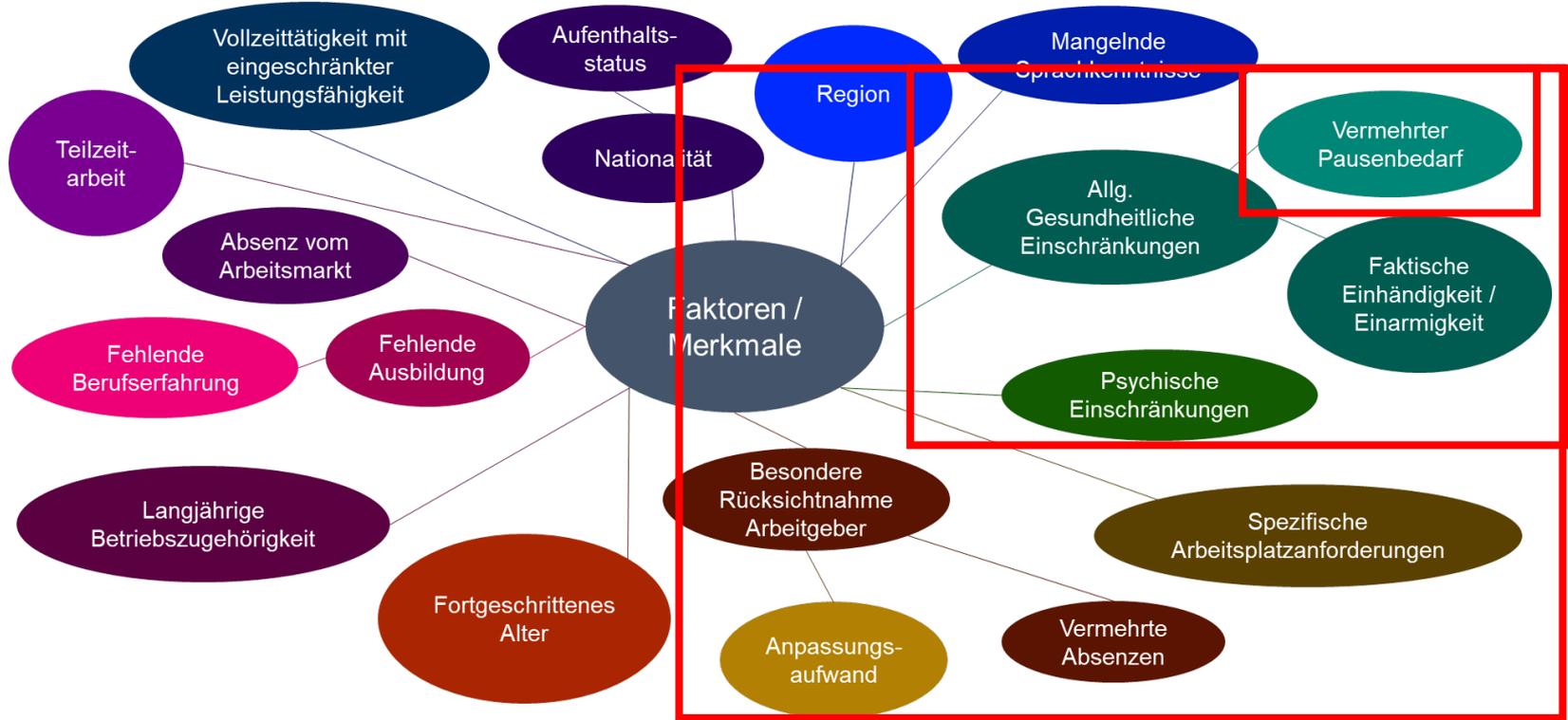
Leidensbedingter Abzug / Tabellenlohnabzug (BGer 8C_256/2021 E. 9.2.2)

Grundsatz: Um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass eine gesundheitlich beeinträchtigte Person die verbliebene Arbeitsfähigkeit **auch auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt** unter Umständen **nur mit unterdurchschnittlichem erwerblichem Erfolg verwerten** kann, gewährt die bisherige Rechtsprechung bei der Ermittlung des Invalideneinkommens anhand statistischer Werte die Möglichkeit eines Abzugs vom Tabellenlohn von bis zu 25 %.

! Bundesgericht spricht von «überragender Bedeutung» des Abzugs !

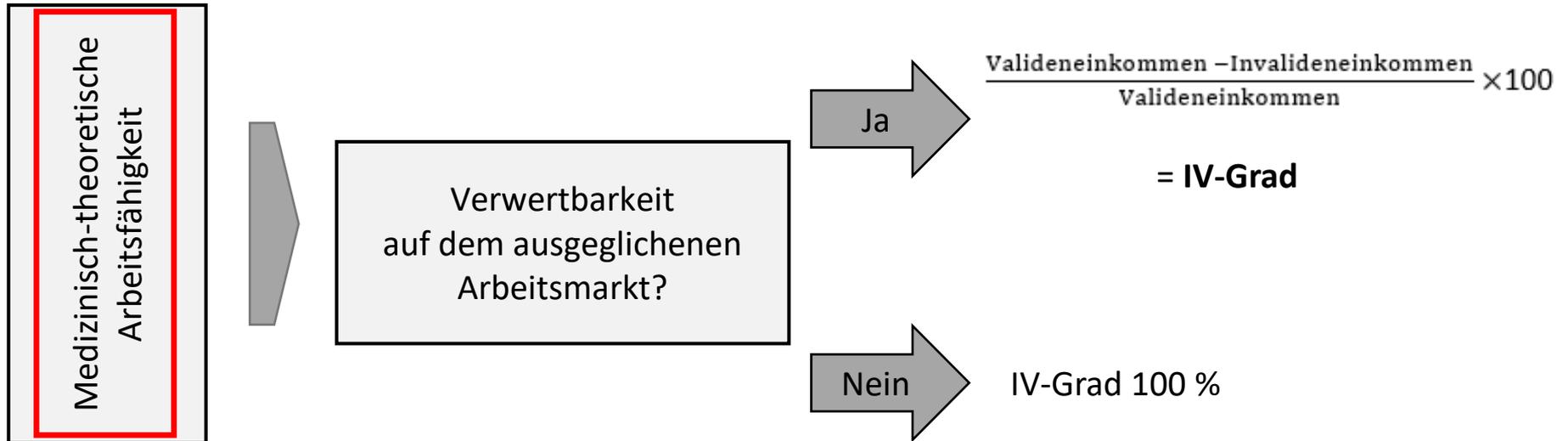
Leidensbedingter Abzug

2



Darstellung von Michael E. Meier/Thomas Gächter

Bemessung Invaliditätsgrad (Erwerbstätige)



Darstellung von Thomas Gächter/Michael E. Meier

Gliederung

1. Grundzüge Invaliditätsbemessung
- 2. Erwartungen an Gutachten**
3. Ausblick / Offene Fragen

WEIV: Rechtsgrundlagen

Art. 54a Abs. 3 IVG: «Die RAD legen die für die Invalidenversicherung nach Artikel 6 ATSG massgebende funktionelle Leistungsfähigkeit der versicherten Person für die Ausübung einer zumutbaren Erwerbstätigkeit oder einer Tätigkeit im Aufgabenbereich fest.»

Art. 49 Abs. 1^{bis} IVV: «Bei der Festsetzung der funktionellen Leistungsfähigkeit (Art. 54a Abs. 3 IVG) ist die medizinisch attestierte Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit und für angepasste Tätigkeiten unter Berücksichtigung sämtlicher physischen, psychischen und geistigen Ressourcen und Einschränkungen in qualitativer und quantitativer Hinsicht zu beurteilen und zu begründen.»

WEIV: Rechtsgrundlagen

Aus der Botschaft zur 5. IV-Revision (2005):

«In solchen Fällen ist nicht die Arbeitsunfähigkeit in Prozenten zu schätzen, sondern **Qualitativ** mittels **Leistungsprofil** (zumutbare Tätigkeiten: Was kann die versicherte Person noch?) bzw. **Behindertenprofil** (unzumutbare Funktionen: Was kann die versicherte Person nicht mehr?) sowie medizinisch begründeter **zeitlicher Schonung** anzugeben.»

WEIV: Aus den Erläuterungen zur Verordnung

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

- Einschätzung der medizinisch begründeten Präsenzzeit (quantitative Leistungsfähigkeit z.B. in Stunden pro Tag)
- Einschätzung der qualitativen Leistungsfähigkeit in der Präsenzzeit (Belastungslimiten, qualitative Einschränkungen, Verlangsamung im Vergleich zu einer gesunden Person etc.)

Funktionelle Leistungsfähigkeit

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

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

Info SuisseMED@P 4/2021 (= Anhang IV KSVI)

Arbeitsfähigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit in angepasster Tätigkeit

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

Aus der Gerichtspraxis

«Eine **der Behinderung optimal angepasste Tätigkeit** müsste folgende Merkmale aufweisen: Bis mittelgradig komplexe Aufgaben mit regelmässigen Wechseln und klaren Strukturen, in ablenkungsarmer Umgebung, keine monotonen Tätigkeiten, mit geringen Anforderungen an Teamfähigkeit und mittelgradigen Anforderungen an die Selbständigkeit, keine primär soziale Tätigkeit. Arbeiten an verletzungsträchtigen Maschinen wären eher ungeeignet. Personenbeförderung oder andere Tätigkeiten mit Anspruch an die Fahrtauglichkeit oder leichtem Zugang zu alkoholischen Getränken wären ebenfalls nicht geeignet (zum Beispiel Gastronomie). Aus psychiatrischer Sicht werde die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers *in einer leidensadaptierten Tätigkeit mit 80 %* eingeschätzt (...)»

Urteil SVGer ZH vom 31.8.2021 (IV.2020.00303)

Aus der Gerichtspraxis

«Aus interdisziplinärer Sicht kamen die Gutachter zum Schluss, dass der Beschwerdeführerin die angestammte Tätigkeit als ... aus orthopädischer Sicht vollzeitig und aus psychiatrischer Sicht zu 50% zumutbar sei (rund vier Stunden täglich an fünf Tagen in der Woche), wobei die **Tätigkeit in Heimarbeit ausgeübt und angepasst** werden müsse (*kein Zeit- und Leistungsdruck, Pausen, sehr wohlwollender Arbeitgeber, der die Arbeitsaufträge bringe und abhole*).»

Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit sei zu bejahen, wobei das VGer BE auf den ausgeglichenen, nicht dem Realen entsprechenden Arbeitsmarkt verweist.

(VGer BE 200 20 112 IV)

Nach dem Motto:

**«In einer optimal angepassten
Umwelt könnte jede Person mit
Behinderung arbeiten.»**

Arbeitsfähigkeit am fiktiv-idealen Arbeitsplatz?

Frage: Sind nur quantitative und qualitative Einschränkungen einzubeziehen, die sich auch «*unter den günstigsten Voraussetzungen*» auswirken würden?

«Für die Arbeitsfähigkeit ist (...) die **medizinisch-theoretisch ausgewiesene Leistungsfähigkeit** entscheidend» (jüngst: BGer 9C_487/2021 E. 4.1.2)

«Praxisgemäss ist es nicht Aufgabe der Arztperson, sich zu den **erwerblichen Auswirkungen** der gesundheitlichen Beeinträchtigungen, namentlich zu den aufgrund von Anforderungs- und Belastungsprofil in Betracht fallenden Stellen, oder zur Integration in den ersten Arbeitsmarkt zu äussern» (BGer 8C_30/2020 E. 4.2)

Fiktion des ausgeglichenen Arbeitsmarktes (E. 9.1)

Grundsatz: Mit dem Konzept des ausgeglichenen Arbeitsmarktes geht der Gesetzgeber somit grundsätzlich davon aus, **dass auch gesundheitlich eingeschränkten Personen ein ihren (verbleibenden) Fähigkeiten entsprechender Arbeitsplatz offen steht.**

Selbst wenn sich der Fächer an Stellen- und Arbeitsangeboten im Laufe der letzten Jahrzehnte namentlich infolge der Desindustrialisierung und des Strukturwandels verändert hat, darf vom gesetzlich vorgegebenen Konzept des ausgeglichenen Arbeitsmarktes nicht abgewichen werden, indem stattdessen **konkret existierende Erwerbsmöglichkeiten** oder **konkrete Arbeitsmarktverhältnisse** beigezogen werden.

Fiktion des ausgeglichenen Arbeitsmarktes (E. 9.1)

Grundsatz: Mit dem Konzept des ausgeglichenen Arbeitsmarktes geht der Gesetzgeber somit grundsätzlich davon aus, **dass auch gesundheitlich eingeschränkten Personen ein ihren (verbleibenden) Fähigkeiten entsprechender Arbeitsplatz offen steht.**

- **Fiktion des ausgeglichenen Arbeitsmarktes**
(jüngst: BGer 8C_256/2021)
- **Fiktion der zumutbaren Verwertung** der rein medizinisch-theoretischen Arbeitsfähigkeit
(BGer 9C_755/2020 [Selbsteingliederung]; heikel!)

Bemessung Invaliditätsgrad (Erwerbstätige)



Medizinisch-theoretische
Arbeitsfähigkeit

Verwertbarkeit
auf dem ausgeglichenen
Arbeitsmarkt?

Ja

$$\frac{\text{Valideneinkommen} - \text{Invalideneinkommen}}{\text{Valideneinkommen}} \times 100$$

= IV-Grad

Nein

IV-Grad 100 %

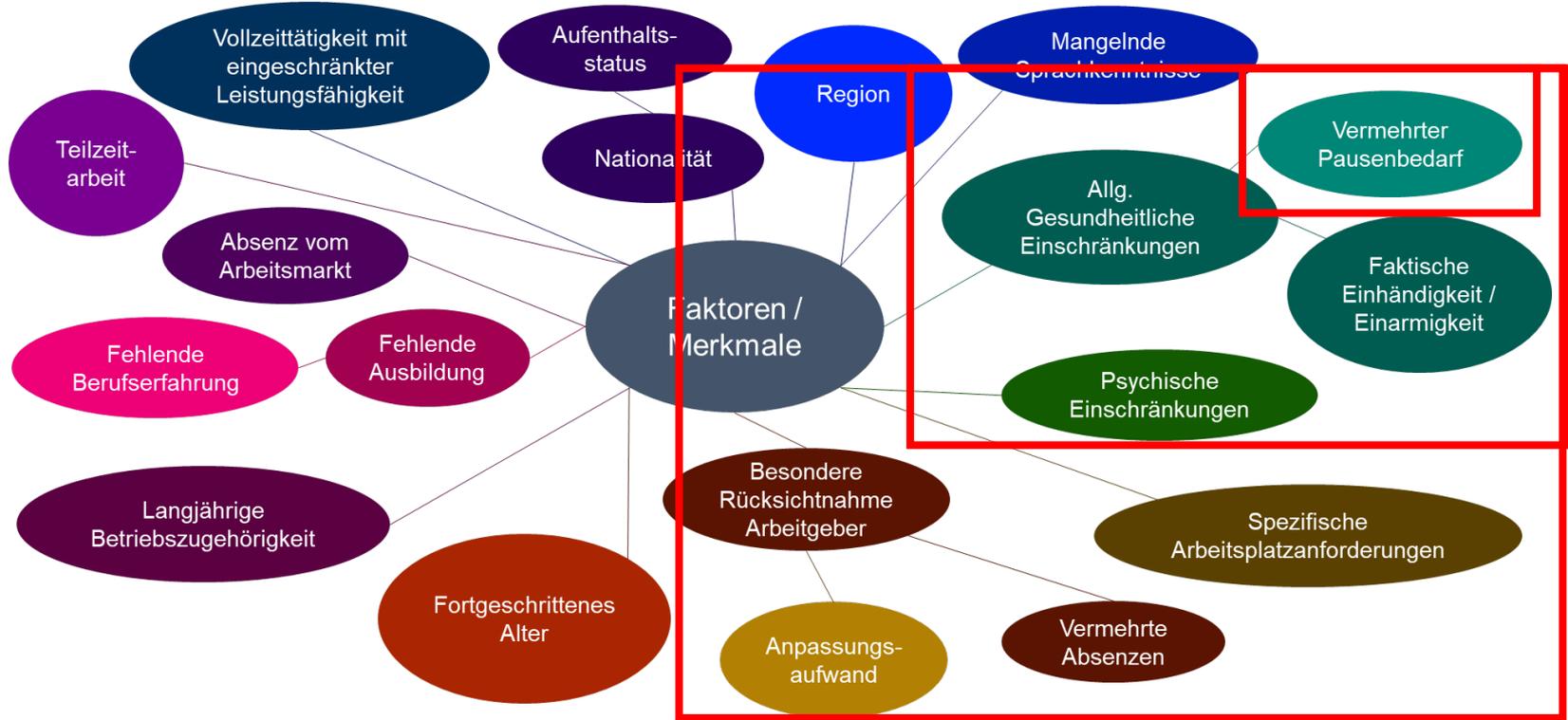
Leidensbedingter Abzug / Tabellenlohnabzug (BGer 8C_256/2021 E. 9.2.2)

Grundsatz: Um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass eine gesundheitlich beeinträchtigte Person die verbliebene Arbeitsfähigkeit **auch auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt** unter Umständen **nur mit unterdurchschnittlichem erwerblichem Erfolg verwerten** kann, gewährt die bisherige Rechtsprechung bei der Ermittlung des Invalideneinkommens anhand statistischer Werte die Möglichkeit eines Abzugs vom Tabellenlohn von bis zu 25 %.

! Bundesgericht spricht von «überragender Bedeutung» des Abzugs !

Pro memoria: Leidensbedingter Abzug

2



Darstellung von Michael E. Meier/Thomas Gächter

1. **Optimal angepasste Tätigkeit:** Das *medizinische* Anforderungs- und Belastungsprofil stellt eine zum zeitlich zumutbaren Arbeitspensum hinzutretende **qualitative oder quantitative Einschränkung der Arbeitsfähigkeit** dar. Dadurch wird in erster Linie das Spektrum der erwerblichen Tätigkeiten (weiter) eingegrenzt, die realistischerweise in Betracht fallen.
2. **Leidensbedingter Abzug:** Bestehen mit Bezug auf eine konkret in Betracht fallende Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage verglichen mit einem gesunden Mitbewerber **nur bei Inkaufnahme einer Lohneinbusse reale Chancen für eine Anstellung?**

Merke: Nur wenn – auch auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt – unter Berücksichtigung der Einschränkungen, die personen- oder arbeitsplatzbezogen sein können (= Ziff. 1), kein genügend breites Spektrum an zumutbaren Verweisungstätigkeiten mehr besteht, rechtfertigt sich allenfalls ein (zusätzlicher) Abzug vom Tabellenlohn (= Ziff. 2).

Schritt 1: Gemäss Umschreibung einer optimal angepassten Tätigkeit im ABI-Gutachten sollte es sich um eine leichte wechselbelastende Tätigkeit an einem ergonomisch gut eingestellten Arbeitsplatz handeln; stereotype oder fließbandähnliche Arbeitsabläufe mit Rotation des Achsenskeletts oder Arbeiten in anhaltender Vorneige- und Rückhalteposition des Oberkörpers sowie das Heben und Tragen von Gewichten über fünf Kilo sollten vermieden werden.

Schritt 2: Bei diesem Zumutbarkeitsprofil ist trotz den angeführten Bedingungen von einem genügend breiten Spektrum an realisierbaren, körperlich leichten Verweistätigkeiten auszugehen (...) Folglich könnten unter dem Titel leidensbedingter Abzug grundsätzlich nur Umstände berücksichtigt werden, die auch auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt als ausserordentlich zu bezeichnen sind. Solche Umstände sind nicht ersichtlich.

Abgrenzung: Der vom Beschwerdegegner diesbezüglich geltend gemachte *vermehrte Pausenbedarf* stellt bereits den Grund für die Einschränkung der Leistungsfähigkeit auf 80 % dar. Eine weitere Berücksichtigung als Faktor für einen leidensbedingten Abzug würde zu einer unzulässigen doppelten Anrechnung desselben Gesichtspunkts führen.

Merke: Quantitative und qualitative Einschränkungen, die sich auch in einer optimal angepassten Tätigkeit auswirken, sind *konsequent* bei der Einschätzung der funktionellen Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen.



- Besteht während dieser Anwesenheitszeit auch eine Einschränkung der Leistung in einer solchen Tätigkeit? Wenn ja, in welchem Umfang und warum?

Gliederung

1. Grundzüge Invaliditätsbemessung
2. Erwartungen an Gutachten
3. **Ausblick / Offene Fragen**



Ausblick / Offene Fragen

Wie bestimmt sich die «optimal angepasste Tätigkeit»?

«Aus interdisziplinärer Sicht kamen die Gutachter zum Schluss, dass der Beschwerdeführerin die angestammte Tätigkeit als ... aus orthopädischer Sicht vollzeitig und aus psychiatrischer Sicht zu 50% zumutbar sei (rund vier Stunden täglich an fünf Tagen in der Woche), wobei die **Tätigkeit in Heimarbeit ausgeübt und angepasst** werden müsse (*kein Zeit- und Leistungsdruck, Pausen, sehr wohlwollender Arbeitgeber, der die Arbeitsaufträge bringe und abhole*).»

Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit sei zu bejahen, wobei das VGer BE auf den ausgeglichenen, nicht dem Realen entsprechenden Arbeitsmarkt verweist.

(VGer BE 200 20 112 IV)

Ausblick / Offene Fragen

Wie bestimmt sich die «optimal angepasste Tätigkeit»?

«Insgesamt erscheint damit das Entgegenkommen, welches ihr [= versicherte Person] von einem Arbeitgeber entgegengebracht werden müsste, als so erheblich, dass das Finden einer entsprechenden Stelle im jetzigen Zeitpunkt (...) **zum Vornherein als unrealistisch** erscheint.»

(BGer 9C_426/2020)

– Welche Merkmale müsste eine der Behinderung optimal angepasste Tätigkeit aufweisen?

Ausblick / Offene Fragen

Blick nach Deutschland: «Verschlossener Arbeitsmarkt»

Massstab für die Feststellung des Leistungsvermögens ist die Erwerbsfähigkeit der versicherten Person auf dem «**allgemeinen Arbeitsmarkt**», d. h. *in jeder nur denkbaren Tätigkeit, die es auf dem Arbeitsmarkt gibt.*

Der Arbeitsmarkt ist einer versicherten Person trotz einer quantitativen Leistungsfähigkeit von 6 Stunden oder mehr **regelmässig verschlossen** bei:

- fehlender Wegefähigkeit
- Notwendigkeit «betriebsunüblicher» Pausen
- Summierung ungewöhnlicher Leistungseinschränkungen
- schweren spezifischen Leistungsbehinderungen

Ausblick / Offene Fragen

Wie bestimmt sich die «optimal angepasste Tätigkeit»?

«Eine optimal angepasste Tätigkeit sollte nach Einschätzung der Expertin **in keinem Fall einen Zeit- und Leistungsdruck** für den Beschwerdeführer aufweisen.»

(VGer SO VSBES.2019.177)

«Auch in einer optimal leidensangepassten Tätigkeit müsse aber von einer **eingeschränkten Leistungsreserve** in Situationen mit höherem Arbeitsanfall und von einer **verminderten Stressresistenz** ausgegangen werden. Deswegen sei die Leistungsfähigkeit auch dort um 20 % eingeschränkt.»

(VGer SG IV 2018/382)

Ausblick / Offene Fragen

Eine «ideale» Lösung?

«Es ist davon auszugehen, dass ruhige, stressarme und nicht monotone Tätigkeiten administrativer Art im ausgeglichenen Arbeitsmarkt ausreichend zu finden sind (...)»
(KSIH, Rz. 3067.3)

«Gemäss den vorangehenden Erwägungen sind der Beschwerdeführerin ihrem Ausbildungs- und Kenntnisstand entsprechende Tätigkeiten zumutbar, jedoch ohne Zeitdruck, ohne besondere Stressoren und ohne besondere Anforderungen an die Konfliktfähigkeit in einem möglichst wertschätzenden Setting. Solche Bürotätigkeiten bietet der ausgeglichene Arbeitsmarkt an.»
(BGer 8C_735/2021)

Ausblick / Offene Fragen

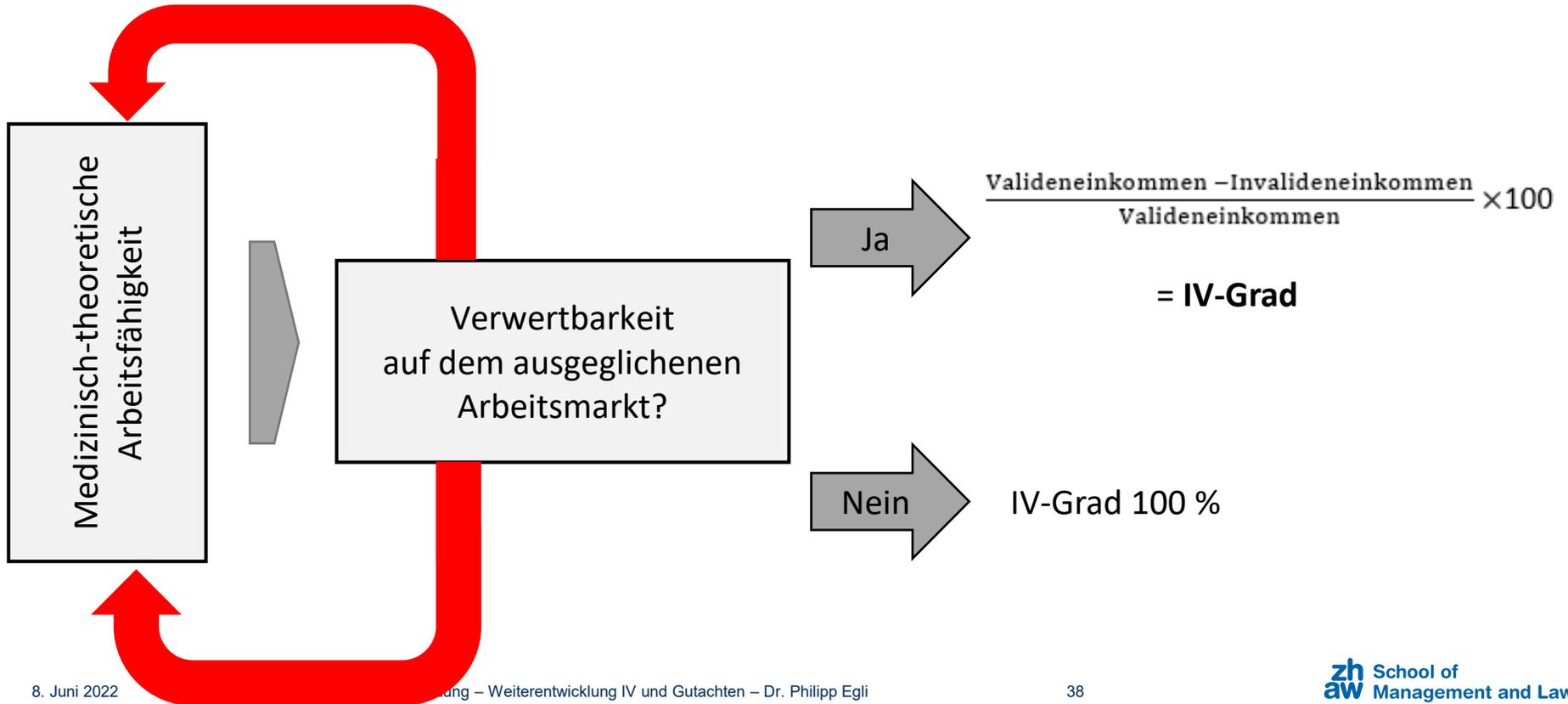
Eine «ideale» Lösung?

«Wem heutzutage zeitlicher und leistungsmässiger Druck nicht zugemutet werden kann, muss auch bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage mit einer verglichen mit einem Gesunden tieferen Entlohnung rechnen, dies jedenfalls, wenn wie vorliegend weitere arbeitsplatzmässige Bedingungen zu beachten sind.»

(BGer 9C_796/2013)

**Das Ausmass der Fiktion wird von der
Rechtsprechung bestimmt!**

Ausblick / Offene Fragen



Fazit

- In der Praxis dient die Figur des ausgeglichenen Arbeitsmarktes als Instrument zum «Wegdefinieren des Arbeitsmarktes» (Wandel zum fiktiven Arbeitsmarkt).
- Der ausgeglichene (fiktive) Arbeitsmarkt besteht aus einem Fächer verschiedenartiger Stellen und umfasst auch «der Behinderung optimal angepasste Tätigkeiten».
- Quantitative und qualitativen Einschränkungen der funktionellen Leistungsfähigkeit wirken sich auf dem ausgeglichenen (fiktiven) Arbeitsmarkt nur begrenzt aus.
- Eine präzise gutachterliche Darstellung von funktionellen qualitativen und quantitativen Einschränkungen ist wichtig, auch wenn sie sich auf die Arbeits(un)fähigkeit in einer der Behinderung optimal angepassten Tätigkeit nur begrenzt auswirken.

Vielen Dank.

