

Martin Hablützel

«Pflasterlipolitik» in der IV

Anstösse zur Revision der Invalidenversicherung aus Sicht eines Praktikers

Die gegenwärtig laufende Umsetzung der «Weiterentwicklung der Invalidenversicherung» (WEIV) bietet verschiedene Chancen für Verbesserungen des Sozialwerks. Allerdings laufen die konkreten Umsetzungsentwürfe in die falsche Richtung. Der Beitrag wirft einige kritische Fragen aus der Sicht der Anwendungspraxis auf.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Sozialversicherungsrecht; Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung

Zitiervorschlag: Martin Hablützel, «Pflasterlipolitik» in der IV, in: Jusletter 10. Mai 2021

Inhaltsübersicht

- A. Weiterentwicklung der Invalidenversicherung; «Die Chance packen!»
- B. Der eigentliche Auftrag
- C. «Was läuft falsch?»
 - 1. Zufall und Willkür
 - 2. Wachsender Apparat aus Recht und Medizin
 - 3. Gegenseitiges Misstrauen und Kontrolle
 - 4. «Ein Schrecken ohne Ende» und schliesslich «ein Ende mit Schrecken»
- D. «Revidieren oder zementieren?»
 - 1. Beurteilung nach Schema
 - 2. Die (unbefriedigende) Praxis des Bundesgerichts
 - a. Abstellen auf (unzulängliche) Statistiken
 - b. (Inkonsistente) Gewährung von Abzügen
 - c. (Ungenügendes) Parallelisieren
- E. Der (noch realitätsfremdere) Vorschlag des BSV
 - 1. Verankerung der Praxis
 - 2. Abzüge werden abgeschafft
- F. Weiterentwickeln hiesse «verbessern»
 - 1. Strikte Parallelisierung
 - 2. Genereller Abzug bei Invalidität
 - 3. Abzug infolge Berufsunfähigkeit
 - 4. Abzug infolge Desintegration
 - 5. Konsequenz: Mehr Teilrenten
- G. Das Abklärungsverfahren
 - 1. Zurück zu einer vernünftigen Abklärung
 - 2. Rasch abklären
 - 3. Unparteiisch beurteilen
 - 4. Begutachtung an Universitätskliniken
 - 5. Bindung der IV-Stellen an die medizinischen Feststellungen
- H. Fazit

A. Weiterentwicklung der Invalidenversicherung; «Die Chance packen!»

[1] Bundesrat und Parlament wollen mit der «Weiterentwicklung der Invalidenversicherung» (WEIV) die Eingliederung von Kindern und Jugendlichen sowie Menschen mit psychischen Beeinträchtigungen verstärken. Zudem soll das heutige Rentenmodell mit Schwellen durch ein stufenloses System ersetzt werden.¹ Das Parlament hat die Gesetzesrevision im Sommer 2020 verabschiedet. Sie soll 2022 in Kraft treten. Der Bundesrat ist nun beauftragt, diese Ziele auch durch Änderung der Verordnung zum Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVV) umzusetzen. Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) des EDI hat die Ausführungsbestimmungen nun entworfen und diese mit Erläuterungen² in die Vernehmlassung geschickt. Die Änderungen umfassen nun ein Gesetzeswerk von 40 Seiten in verschiedenen Verordnungen.

[2] Die Revision soll auch zur Qualitätssicherung und Transparenz im Gutachterwesen beitragen und klare Regeln zur Bemessung des Invaliditätsgrades aufstellen. Was hier als Verbesserung angepriesen wird, vermag aber massgeblich negativ in die Stellung der invaliden Personen

¹ National- und Ständerat haben die Vorlage am 19. Juni 2020 verabschiedet. Es ist vorgesehen, die Weiterentwicklung der IV auf den 1. Januar 2022 in Kraft zu setzen.

² Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens.

einzugreifen. Die dem Sparzwang in der Invalidenversicherung gefolgte Rechtsentwicklung des Bundesgerichts wird nun in unzähligen Bestimmungen zementiert.

[3] Anstatt sich immer weiter in ein Dickicht von unzähligen und selbst für den Praktiker kaum mehr überblickbaren Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen zu begeben, bedarf es einer Rückbesinnung darauf, was die Invalidenversicherung bezweckt und welche Mängel das heutige System aufweist. Die aktuelle Revision bietet Gelegenheit, das Rentensystem und das Abklärungsverfahren insgesamt zu evaluieren, damit es zweckmässig weiterentwickelt werden kann. Diese Chance gilt es nun zu nutzen.

B. Der eigentliche Auftrag

[4] Die Invalidenversicherung soll gesundheitlich beeinträchtigte Personen ins Erwerbsleben zurückführen (Eingliederung) und, wo das nicht mehr möglich ist, finanzielle Unterstützung (Rente) leisten. Betraglich entsprechen die Invalidenrenten den Altersrenten der AHV. Aktuell beträgt eine ganze Rente maximal CHF 2'390 pro Monat.

[5] Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach allfälligen Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit erzielen könnte, in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre. Zur Bestimmung, welche Tätigkeit einer Person aus gesundheitlichen Gründen in welchem Umfang (Arbeitsfähigkeit) noch zumutbar ist, werden medizinische Abklärungen getätigt. Dabei wird vorwiegend auf medizinische Gutachten oder auf die Einschätzungen der regionalärztlichen Dienste (RAD) der Invalidenversicherung abgestellt.

[6] Die blosser Feststellung der Arbeitsfähigkeit der invaliden Person und des von ihr noch erzielbaren Einkommens führt in der Praxis zu kaum vorstellbaren Kapriolen und das System wird dabei ad absurdum geführt.

C. «Was läuft falsch?»

1. Zufall und Willkür

[7] Die Frage, ob einer invaliden Person eine Rente zugesprochen wird oder nicht, unterliegt nach meinem Eindruck einer grossen Willkür. Dabei ist auch eine Diskriminierung von Personen mit tiefen oder mittleren Einkommen – systembedingt – festzustellen.

[8] So hängt es in erster Linie von der Gutachterstelle ab, ob eine gesundheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, als primäre Voraussetzung für eine Rentenzusprache, anerkannt wird oder nicht. Das aktuelle System fördert profitorientierte Institute, welche Gefälligkeitsgutachten für Versicherungen erstellen, um mehr Aufträge zu erhalten.

[9] In einem zweiten Schritt prüfen die IV-Stellen und die Gerichte, ob die medizinisch festgestellte Arbeitsunfähigkeit auch «rechtserheblich» ist. Das Bundesgericht erachtet nämlich einen

Grossteil von (medizinisch erwiesenermassen) arbeitsunfähigen psychisch Kranken nicht als invalid.³

[10] Wird eine medizinisch festgestellte Arbeitsunfähigkeit auch als rechtserheblich betrachtet, so wird in einem dritten Schritt geprüft, ob die versicherte Person eine Einkommenseinbusse erleidet. Bei der Beurteilung dieser Frage wird nicht auf die konkrete Einkommenssituation abgestellt, sondern auf statistische Werte, welche mit der Realität von invaliden Personen nichts zu tun haben. Die Folge ist, dass Versicherten mit einem Jahreseinkommen von weniger als CHF 100'000 kaum je eine Rente gewährt wird, es sei denn, sie leiden unter schwersten geistigen oder psychischen Störungen.

[11] Der Entwurf des BSV zur Weiterentwicklung der IV⁴ zementiert diese diskriminierende Praxis und verschärft die Situation für eine Vielzahl invalider Personen. Erkrankte oder verunfallte versicherte Personen, welche zeitlebens Beiträge an die Sozialversicherungen geleistet haben, drohen durch immer grössere Maschen in die Sozialfürsorge abzugleiten.⁵

2. Wachsender Apparat aus Recht und Medizin

[12] Obschon immer weniger Betroffene Zugang zu Leistungen der Invalidenversicherung haben, wird die Prüfung des Leistungsanspruches immer komplexer und teurer und die Dauer der Abklärungen nimmt weiter zu. Regelmässig vergehen (auch ohne Eingliederungsmassnahmen) Jahre bis zum Entscheid über den Rentenanspruch.⁶

[13] Die Versicherten ziehen einen wesentlichen Teil ablehnender Rentenscheide der IV-Stellen an die kantonalen Versicherungsgerichte und nicht selten ans Bundesgericht weiter.⁷ Die Chancen der versicherten Personen, im Arbeitsleben wieder Fuss zu fassen, verringern sich mit jedem Jahr der Erwerbslosigkeit erheblich.⁸ Arbeitsmarktferne oder ausgesteuerte Personen sind veranlasst,

³ Sogenannte «Indikatorenpraxis», vgl. den Entscheid des Bundesgerichts vom 3. Juni 2015, BGE 141 V 281.

⁴ Weiterentwicklung der IV (WEIV), Die Vorlage im Überblick, sowie Hintergrunddokumente vom 4. Dezember 2020, insb. «Rentensystem und Invaliditätsbemessung».

⁵ Gemäss dem BSV Forschungsbericht 8/20 «Entwicklung der Übertritte von der Invalidenversicherung in die Sozialhilfe. Analysen auf der Basis der SHIVALV Daten»; Bei einer generellen Zunahme der IV-Anmeldungen zwischen 2005 und 2017 ist der Anteil von Personen, welche vier Jahre nach der IV-Anmeldung Sozialhilfe beziehen, bereits bis ins Jahr 2013 gemäss Studie «signifikant angestiegen», nämlich um ca. 40 % (von 3'620 im Jahre 2005 auf 5'717 im 2013, vgl. S. 43 ff.). Dieser Trend dürfte auch in den vergangenen 8 Jahren unvermindert zugenommen haben. Hinzu kommen jene, die nach einer Rentenaufhebung in die Sozialhilfe abgleiten. Ca. $\frac{1}{4}$ der davon Betroffenen wird innert zwei Jahren nach der Aufhebung Sozialhilfeempfänger. $\frac{1}{3}$ bezieht danach ein Erwerbseinkommen von weniger als CHF 3'000 oder Leistungen der Arbeitslosenversicherung; 20 % leben von Angehörigen oder vom eigenen Vermögen und $\frac{1}{4}$ vermag wieder ein existenzsicherndes Einkommen zu erzielen (vgl. S. 55 ff.; S. 65, Abbildung 47).

⁶ Von den im Jahre 2009 gesamtschweizerisch erfolgten 45'900 Neuanmeldungen wurden in 9 % der Fälle innerhalb von 2 Jahren und in 23 % der Fälle innerhalb von fünf Jahren (bis Ende 2013) Renten gesprochen. Der Anteil der Teilrenten an den ganzen Renten betrug im Durchschnitt 42 %. Ob es sich dabei um befristete oder unbefristete Renten handelte ist dem Forschungsbericht nicht zu entnehmen (vgl. «Der Abklärungsprozess in der Invalidenversicherung bei Rentenentscheiden, Prozesse, Akteure, Wirkungen» Forschungsbericht 4/15 des EDI, in Beiträge zur sozialen Sicherheit, S. 48 ff.).

⁷ Jährlich werden dagegen ca. 4'200 Beschwerden an die kantonalen Versicherungsgerichte erhoben (2011–2013), wobei ca. 80 % ablehnende Rentenentscheide betreffen. Das Bundesgericht beurteilt im Bereich der Invalidenversicherung ca. 520 Beschwerden pro Jahr (vgl. Forschungsbericht 4/15 des EDI, S. 58 ff., Fn. 7).

⁸ Weiter oben (vgl. Fn. 5) wurde ausgeführt, dass nach Rentenaufhebungen nur ca. 25 % ein existenzsicherndes Einkommen erzielen können. Innerhalb eines Jahres nach der Aussteuerung finden mehr als die Hälfte der Ausgesteuerten (55 %) eine (wenn auch atypische) Erwerbstätigkeit. Im zweiten Jahr sind es weitere 8 %. Ab dem 3. Jahr Aus-

Arbeiten auf Abruf, temporär oder teilzeitig anzunehmen und sie erzielen dabei erheblich tiefere Einkommen.⁹

[14] Die Kosten der Verwaltung nehmen kontinuierlich zu. Alleine die externen medizinischen Gutachten kosten den Beitragszahler ca. 100 Mio. Franken jährlich.¹⁰ Hinzu kommen die Aufwände der regionalärztlichen Dienste der Invalidenversicherung und jene für die Berichte der behandelnden Ärztinnen und Ärzte. Die Kosten der Rechtsdienste der Invalidenversicherungen, der Gerichte und der von den Betroffenen mandatierten Anwälte bewegen sich im ähnlichen Rahmen.¹¹ Die Beiträge der Versicherten werden damit immer mehr zweckentfremdet.¹²

[15] Zudem zwingt die aktuelle Gerichtspraxis invalide Personen geradezu, alle erdenklichen ambulanten und stationären Therapien auszuschöpfen, weil erst bei deren Scheitern ein Rentenanspruch begründet wird.¹³ Diese Überarztung ist systembedingt und damit verbundene unnötige Kosten belasten die obligatorischen Kranken- und Unfallversicherungen.

[16] Bundesrat und Parlament versuchen mit Revisionen in immer kürzeren Abständen,¹⁴ Mängel im System der Invalidenversicherung im Rahmen des Verfahrens und dabei insbesondere der medizinischen Abklärung zu verbessern. Resultat ist ein zunehmend komplexeres und komplizierteres Verfahren, welches einen Apparat von Experten aus Medizin und Recht unerlässlich macht.

3. Gegenseitiges Misstrauen und Kontrolle

[17] Das System ist geprägt von gegenseitigem Misstrauen. Die Invalidenversicherung führt Begriffe wie Aggravation, Simulation, Inkonsistenzen, fehlende Motivation oder Compliance ins Feld. Die versicherten Personen fühlen sich arglistigen Sachbearbeitern und parteiischen Gutachtern ausgesetzt. Aber anstatt die Systemwidrigkeiten zu beheben, werden zunehmend Kontrollen und Observationen durchgeführt. Die Einführung von Tonbandaufnahmen bei den medi-

steuerung erhöht sich der Anteil der Erwerbstätigen nicht mehr. Das heisst, mehr als ein Drittel bleibt erwerbslos (Studie des BFS «Situation der ausgesteuerten Personen», Neuchâtel 2019, Nr. 1083–1800, S. 5 Abb. G5).

⁹ Während der Medianstundenlohn (brutto) für Arbeitnehmende 36.10 CHF beträgt, liegt er bei ausgesteuerten Personen (bzw. solchen die 3 oder mehr Jahre nicht mehr arbeitstätig waren), die wieder eine Arbeit gefunden haben, bei 28.00 CHF und damit ca. 25 % tiefer (vgl. Bundesamt für Statistik, Medienmitteilung vom 18. November 2019 «Situation der ausgesteuerten Personen 2014–2018», S. 6, Fn. 8).

¹⁰ Vgl. NZZ vom 19. März 2018, «IV-Gutachten kosten fast 100 Millionen pro Jahr»; Alleine die Kosten von jährlich annähernd 5'000 polydisziplinären Gutachten, welche durchschnittlich zwischen CHF 10'000 und CHF 15'000 betragen, machen mehr als 60 Mio. CHF aus (vgl. weiter hinten Fn. 51).

¹¹ Bei der Annahme, Rechtsdienste würden pro Gerichtsfall 10 Stunden, die Rechtsvertreter der versicherten Personen und die Gerichtsbehörden je 20 Stunden aufwenden, so ergibt sich bei einem Ansatz von CHF 250/Stunde und ca. 4'700 Beschwerde-Fällen pro Jahr annähernd CHF 60 Mio. einzig für die Gerichtsverfahren. Die Kosten der Streitigkeiten im verwaltungsinternen Verfahren (Abklärungs-, Vorbescheids- und Rückweisungsverfahren) dürften sich im ähnlichen Rahmen bewegen.

¹² Dies auch wenn etwa die Justizkosten häufig die Kantonskasse und die Rechtsschutzversicherungen belasten.

¹³ Gemäss Praxis des Bundesgerichts gelten psychische Störungen nur als invalidisierend, wenn sie schwer und therapeutisch nicht (mehr) angebar sind und die Therapien trotz höchster Compliance der versicherten Person gescheitert sind (vgl. BGE 141 V 281 E. 4.3.1.2).

¹⁴ Die Invalidenversicherung wurde seit dem Jahre 2004 mit den Revisionen 4, 5 und 6a 3 Mal im grossen Stil revidiert; die Verordnung zur Invalidenversicherung (IVV) und die Bestimmungen im ATSG oder in der Verordnung dazu werden praktisch jährlich angepasst.

zinischen Untersuchungen¹⁵ und die Ausweitung von (häufig unverwertbaren) Observationen¹⁶ während laufendem Rentenverfahren oder von Rentenbezüglern ist ein Ausdruck dieses Missstandes. Die Parteien und Gerichte werden sich inskünftig, zusätzlich zu ausufernden¹⁷ Gutachten, mit stundenlangem Bild- und Tonmaterial befassen müssen. Zur Qualitätssicherung von Gutachten wird zusätzlich eine 13-köpfige eidgenössische Kommission mit Sekretariat geschaffen.¹⁸

[18] Jedem verständigen Sachbearbeiter, Mediziner oder Richter ist klar, dass ein ungelernter Bauarbeiter mit einem kaputten Rücken oder eine seit Jahren an starken Depressionen leidende Kauffrau (um zwei Beispiele zu nennen) nicht mehr gleichermassen eingesetzt werden und deshalb nicht mehr denselben Lohn erzielen können. Beide hoffen und vertrauen darauf, eine Teilrente zu erwirken, damit wenigstens ein Teil des Lebensunterhalts gedeckt ist und der Rest durch andere Tätigkeiten oder Arbeitsstellen überbrückt werden kann.

4. «Ein Schrecken ohne Ende» und schliesslich «ein Ende mit Schrecken»

[19] Im heutigen System der Invalidenversicherung wird man beiden Betroffenen nach jahrelangen, kostspieligen Abklärungen einen Rentenanspruch absprechen. Eine geringe Chance auf eine (ganze) Rente bestünde, sofern der Bauarbeiter schwerste psychische Störungen und die Kauffrau gravierende körperliche Symptome entwickeln, fortwährend Therapien keine Besserung bringen und eine komplette soziale Isolation eintreten würde. Im Laufe des Verfahrens würden der Bauarbeiter und die Kauffrau zunehmend verzweifeln, existentielle Ängste entwickeln und häufig auch gesundheitlich zunehmend beeinträchtigt sein. Nach jahrelanger Absenz vom Arbeitsmarkt wäre nicht nur das Vertrauen, sondern auch objektiv praktisch jede Chance auf das Auffinden eines Arbeitsplatzes zunichte. Das Verfahren vor der Invalidenversicherung ist damit prädestiniert, die finanzielle und gesundheitliche Situation der versicherten Person zu verschlechtern, anstatt sie zu verbessern.

[20] Will man die Situation für die versicherten Personen verbessern, so sind raschere und einfachere Abklärungen erforderlich. Ein im Auftrag von Bundesrat Alain Berset zuhanden des EDI erstatteter Expertenbericht schlägt bei der erhobenen Kritik an der Fairness und Qualität des Gutachterwesens vor, die Zahl der Gutachten zu senken und durch verstärkten Dialog zwischen den versicherten Personen, deren Ärzten und der IV sowie durch den Beizug von Arbeitsmedizinern und Fachleuten für die berufliche Eingliederung zu ersetzen.¹⁹

[21] Eine kompetente Abklärung durch eine organisatorisch und fachlich unabhängige Stelle könnte die Behandlung der versicherten Person koordinieren und rasch feststellen, ob (a) eine Weiterbeschäftigung in der bisherigen Tätigkeit aus gesundheitlichen Gründen und falls ja, (b) in welchem Umfange möglich ist. Fallen Umschulungsmassnahmen ausser Betracht – wie etwa bei beiden oben erwähnten Beispielen des Bauarbeiters und der Kauffrau –, so wäre umgehend ein Rentenentscheid zu fällen. Eine Begutachtung wäre nur in Ausnahmefällen, sofern die

¹⁵ Entwurf von Art. 7k ATSV.

¹⁶ Mit Einführung von Art. 43a und 43b ATSG sind die Sozialversicherer nun seit 1. Oktober 2019 zur Observation legitimiert.

¹⁷ Polydisziplinäre Gutachten umfassen regelmässig mehr als 100 Seiten, Tendenz zunehmend.

¹⁸ Entwurf gemäss Art. 7m und 7n ATSV.

¹⁹ Evaluation der medizinischen Begutachtung in der Invalidenversicherung, Bericht zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Departements des Inneren EDI, Luzern 10. August 2020, S. 64 f.

vorwiegend interessierenden Fragen (a und b) oder die beruflichen Einsatzmöglichkeiten komplex oder strittig sind, anzuordnen. Das Kreisarztsystem der Suva, die regionalärztlichen Dienste der IV-Stellen oder das «holländische Modell» könnten dabei als Vorlage für den Aufbau solcher unabhängiger regionaler Stellen dienen.

D. «Revidieren oder zementieren?»

1. Beurteilung nach Schema

[22] Der Bundesrat möchte mit der vorgeschlagenen Weiterentwicklung der Invalidenversicherung (WEIV) – unter anderem – die Rechtsgleichheit und die Rechtssicherheit fördern. Mit der Einführung des stufenlosen Rentensystems durch das Parlament werden die Auseinandersetzungen bei der Bemessung des Invaliditätsgrades zunehmen, weil jedes Prozent Invalidität eine Rentenerhöhung begründet.²⁰

[23] Um nicht noch mehr Streitfelder zu eröffnen, will der Bundesrat eine schematische, auf Statistiken beruhende Ermittlung der Invalidität einführen.²¹

[24] Die Menge an jährlichen Neuansmeldungen und die Überprüfung der laufenden Renten erfordert in der Tat eine einheitliche, rechtsgleiche und schematische Beurteilung der Invalidität. Das stets betonte Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit, gemäss welcher die Invalidität jedes Rentenansprechers so konkret wie möglich beurteilt werden sollte, ist zu verabschieden. Es war ohnehin mehr und mehr zur leeren Floskel der Gerichte verkommen.

[25] Ein Blick auf die bundesgerichtliche Praxis zeigt, wie die Invalidität ermittelt wird und dass sie sich fortwährend zum Nachteil der Versicherten entwickelte. Diese will der Bundesrat nun zementieren und zusätzlich verschärfen.

²⁰ Die Einführung des stufenlosen Rentensystems wirkt sich auf die Rentenansprüche wie folgt aus:

Invaliditätsgrad	Bisheriger Rentenanspruch	Anspruch gemäss Revision
Weniger als 40 %	Keine Rente	Keine Rente
40 %	¼ Rente (25 %)	¼ Rente
41 %	¼ Rente	27,5 %
42 %	¼ Rente	30 %
43 %	¼ Rente	32,5 %
44 %	¼ Rente	35 %
45 %	¼ Rente	37,5 %
46 %	¼ Rente	40 %
47 %	¼ Rente	42,5 %
48 %	¼ Rente	45 %
49 %	¼ Rente	47,5 %
50 %	½ Rente (50 %)	½ Rente
51 – 59 %	½ Rente	51 – 59 %
60 %	¾ Rente (75 %)	60 %
61 – 69 %	¾ Rente	61 – 69 %
70 %	ganze Rente (100 %)	ganze Rente
71 – 100 %	ganze Rente	ganze Rente

Während bei Invaliditäten zwischen 41 und 49 % und solchen zwischen 51 und 59 % in Zukunft höhere Renten gesprochen werden, reduzieren sich die Renten für versicherte Personen mit einem Invaliditätsgrad von 61–69 %. Gemäss den Übergangsbestimmungen werden die laufenden Renten im Rahmen einer Revision nur angepasst, sofern sich der Invaliditätsgrad um mindestens 5 % verändert, die versicherte Person noch nicht 55 Jahre alt ist und ein höherer Invaliditätsgrad nicht eine tiefere Rente begründet.

²¹ Hintergrunddokument, Rentensystem und Invaliditätsgradbemessung des EDI vom 4. Dezember 2020, S. 3.

2. Die (unbefriedigende) Praxis des Bundesgerichts

a. Abstellen auf (unzulängliche) Statistiken

[26] Die Invalidität wird mittels Einkommensvergleich ermittelt; also durch eine Gegenüberstellung des Einkommens vor (Valideneinkommen) und nach dem Gesundheitsschaden (Invalideneinkommen). Die Einkommensminderung in Prozenten zum Valideneinkommen stellt den Invaliditätsgrad dar. In der Praxis wird nun aber generell auf ein statistisches Invalideneinkommen abgestellt. Dieses beläuft sich im Jahre 2019 nach Massgabe der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) des Bundesamtes für Statistik für die tiefsten Lohnkategorien («einfache Tätigkeiten körperlicher oder handwerklicher Art») für Männer auf einen Jahreslohn von rund CHF 68'347 und für Frauen auf CHF 55'249.²²

[27] Die LSE bilden indessen die Löhne aller Arbeitnehmer und damit jene von praktisch ausschliesslich gesunden Personen ab.²³ Indem das Bundesgericht für invalide Personen trotz deren Leiden auf die Löhne von Gesunden abstellt, leugnet es deren Nachteile auf dem Arbeitsmarkt.

[28] Kann, um auf obiges Beispiel Bezug zu nehmen, der körperlich beeinträchtigte Bauarbeiter aufgrund seiner Beschwerden zwar nicht mehr Bauarbeiten, aber noch leichte Arbeiten²⁴ ausführen, so wird ihm der obenerwähnte Betrag von CHF 68'347 als Invalideneinkommen angerechnet. Das Bundesgericht weist dabei auf sogenannte Nischenarbeitsplätze²⁵ hin, bei denen die versicherten Personen ihre verbleibende Arbeitskraft theoretisch noch einsetzen können. Sofern keine realistische Chance auf Auffinden einer solchen Stelle bestehe, so sei das nicht ein Problem der Invaliden- sondern der Arbeitslosenversicherung.²⁶

b. (Inkonsistente) Gewährung von Abzügen

[29] Von den obenerwähnten statistischen Löhnen, welche dem Invalideneinkommen zugrunde gelegt werden, gewährt die Praxis des Bundesgerichts unter bestimmten Umständen einen Abzug von maximal 25 %.²⁷ Es existieren mehr als ein Dutzend Kriterien, welche einen solchen

²² Es wird dabei auf die Medianlöhne der Tabelle TA1 (LSE 2018) abgestellt, welche den privaten Sektor der Schweiz berücksichtigt. Die Tabelle TA1 gibt standardisierte Monatslöhne wider, weshalb die Tabellenlöhne in einem ersten Schritt auf einen Jahreslohn hochzurechnen sind, anschliessend auf die durchschnittliche Wochenarbeitszeit von 41.7 Stunden umzurechnen und zur Anpassung an die Lohnentwicklung auf das Jahr 2019 zu indexieren sind.

Berechnung Männer: $12 \times \text{CHF } 5'417$ (standardisierter Monatslohn) : 40 Wochenstunden \times 41.7 Wochenstunden \times 106 : 105.1 (Indexierung gemäss der BfS-Tabelle T1.1.10, Nominallohnindex, Männer 2011–2019, Abschnitt B-S bzw. Total) = CHF 68'347; Berechnung Frauen: $12 \times \text{CHF } 4'371$ (standardisierter Monatslohn) : 40 Wochenstunden \times 41.7 Wochenstunden \times 107 : 105.9 (Indexierung gemäss der BfS-Tabelle T1.2.10, Nominallohnindex, Frauen 2011–2019, Abschnitt B-S bzw. Total) = CHF 55'249.

²³ Vgl. MICHAEL MEIER/PHILIPP EGLI/MARTINA FILIPPO/THOMAS GÄCHTER, « So konkret wie möglich », Invaliditätsgrad in der IV, Fiktionen und die Herausforderungen der « Weiterentwicklung der Invalidenversicherung » in SZS 2/2021 S. 55 ff., S. 69.

²⁴ Häufig ist die Rede von wechselbelastenden Tätigkeiten, vorwiegend sitzend, manchmal stehend oder gehend.

²⁵ Museums- oder Parkwärter, Kontroll- Prüfungs- und Überwachungstätigkeiten.

²⁶ Das Bundesgericht verweist dabei auf Art. 7 Abs. 1 ATSG, wonach nur der Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden « ausgeglichenen Arbeitsmarkt » eine Invalidität begründe. In der Lehre wird kritisiert, dass das Bundesgericht von einem « fiktiven » Arbeitsmarkt, völlig realitätsfremden Einsatzmöglichkeiten und unrealistischem Entgegenkommen des Arbeitgebers ausgeht (vgl. THOMAS GÄCHTER u. weitere « Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung », Rechtsgutachten vom 27. Januar 2021, Schlussfolgerungen N 7 ff.).

²⁷ Vgl. BGE 126 V 75; 134 V 322.

«Tabellenlohnabzug» rechtfertigen.²⁸ Bei dieser Vielfalt von Kriterien wird unüberschaubar und willkürlich, welche IV-Stelle in welchen Fällen welche Abzüge gewähren und wie die Gerichte diese schliesslich beurteilen. Die Praxis wird hier zurecht als inkonsistent bezeichnet.²⁹

[30] Die Praxis zeigt auch, dass Abzüge immer seltener und nicht über 20 % zugelassen werden.³⁰

[31] Diese Abzüge führen dazu, dass das Invalideneinkommen reduziert wird und damit der Invaliditätsgrad und die Chance auf Zusprechung einer Rente steigt. Diese Abzüge sollen, wie weiter unten gezeigt wird, mit der Revision nun aber abgeschafft werden, was zu einer erheblichen Verschärfung der Rentenpraxis führen wird.

c. (Ungenügendes) Parallelisieren

[32] Beim Valideneinkommen wird in der Regel auf das zuletzt erzielte Einkommen abgestellt. Realistische Karriereschritte werden nicht berücksichtigt. War das Einkommen der versicherten Person tiefer als das statistische Einkommen, welches dem Invalideneinkommen zu Grunde gelegt wird, so werden die beiden Einkommen unter gewissen Umständen «parallelisiert». Das bedeutet nichts anderes, als das Gleiche mit Gleichem verglichen werden soll. Diejenige Person, die vor dem Gesundheitsschaden unterdurchschnittlich verdiente, kann nachher nicht mit Personen mit Durchschnittslöhnen verglichen werden.

[33] Das Bundesgericht verlangt indessen, dass das Valideneinkommen mehr als 5 % tiefer als die Tabellenlöhne sein müsse und es lässt eine Parallelisierung nur im 5 % übersteigenden Ausmass zu.³¹ Sofern Anhaltspunkte bestehen, dass sich die versicherte Person aus freien Stücken mit einem bescheideneren Einkommensniveau begnügen wollte, lässt es gar keine Parallelisierung zu.³²

[34] Die Parallelisierung erfolgt durch Heraufsetzung des effektiv erzielten Einkommens oder aber auf Seiten des Invalideneinkommens durch eine entsprechende Herabsetzung des statistischen Wertes.

[35] Gemäss den Entwürfen des Bundesrates soll diese Praxis des Bundesgerichts zur Parallelisierung – und damit nur im 5 % übersteigenden Umfange – übernommen werden.

²⁸ Fortgeschrittenes Alter, Verlust der langjährigen Betriebszugehörigkeit, fehlende Berufserfahrung, Absenz vom Arbeitsmarkt, Teilzeit, grosse Anforderungen an den Arbeitsplatz (Pauseneinlegung, häufige Absenzen, reduzierte Leistungsfähigkeit, erhöhte Rücksichtnahme, psychische Beeinträchtigungen), geringe Bildung, Nationalität, Herkunft und Sprache.

²⁹ Vgl. THOMAS GÄCHTER, Fn. 26, Schlussfolgerungen N 95 ff.; MEIER et al., Fn. 23, S. 66.

³⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_15/2020 vom 10. Dezember 2020, wo eine körperlich schwer beeinträchtigte, depressive und polymorbide Frau als im Homeoffice voll arbeitsfähig betrachtet wurde; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 9C_542/2019 vom 12. November 2019. Bemerkungen zum Urteil von MICHAEL M. MEIER, Homeoffice als leidensangepasste Tätigkeit – Comeback der Heimarbeit?, in: Jusletter 22. März 2021.

³¹ Vgl. BGE 135 V 297.

³² Vgl. BGE 125 V 146.

E. Der (noch realitätsfremdere) Vorschlag des BSV

1. Verankerung der Praxis

[36] Gemäss dem Entwurf des Bundesrates seien für invalide Personen die Zentralwerte der Lohnstrukturerhebung (LSE) des Bundesamtes für Statistik zur Bestimmung des Invalideneinkommens massgebend.³³ Damit wird die unbefriedigende Praxis des Bundesgerichts zum Gesetz erhoben. Das Bundesgericht hat zwar gemäss steter Praxis auf die LSE abgestellt; obschon sie dies als *ultima ratio* bezeichnet. Die LSE sei nicht in Stein gemeisselt und deren Anwendung sei lediglich eine Übergangslösung, so das Bundesgericht, bis ein präziseres Setting mit flankierenden Massnahmen erhoben sei.³⁴

[37] Das ist bis heute nicht geschehen. Umso fragwürdiger ist es denn, diese bekanntermassen falschen Grundlagen in der Verordnung «zum Gesetz» zu erheben.

[38] Gesundheitliche Einschränkungen, welche sich auf das Arbeitsverhältnis auswirken können, sind beim Bewerbungsgespräch zu offenbaren. Faktisch führt dies dazu, dass Personen mit Behinderungen kaum eingestellt werden. Ist dies dennoch der Fall, so haben diese Personen mit – gemäss Studie des Büro Bass durchschnittlich um 15 % – tieferen Löhnen zu rechnen.³⁵

[39] Werden diese Umstände nicht berücksichtigt, so liegt eine fehlerhafte und diskriminierende Ermittlung der Invalidität vor.³⁶ Die Verordnungsbestimmungen werden deshalb nicht vor Verfassungsrecht und der EMRK standhalten.

2. Abzüge werden abgeschafft

[40] Weiter oben wurde dargelegt, dass das Bundesgericht nach konstanter Praxis bei der Bemessung des Invalideneinkommens sogenannte leidensbedingte Abzüge in der Höhe von maximal 25 % von den statistischen Tabellenlöhnen zulässt. Das BSV will gemäss vorgelegtem Entwurf jegliche Abzugsmöglichkeiten vom Tabellenlohn abschaffen. Einzig bei der Teilzeitarbeit bei Pensen von 50 % oder weniger soll ein Abzug von 10 % beim Invalideneinkommen zugelassen werden.

[41] Es begründet dies damit, dass körperliche, geistige oder psychische Gründe, welche die Leistungsfähigkeit der versicherten Personen beeinträchtigen, bereits im Abklärungsverfahren von medizinischer Seite und nicht mehr mittels Abzug vom Tabellenlohn zu berücksichtigen seien.³⁷ Was das BSV hier als Neuerung darstellt, galt im Abklärungsverfahren auch bisher. Weil aber die Arbeits- und Leistungsfähigkeit rein theoretisch und abstrakt mit Bezug auf eine optimal dem Leiden angepasste Tätigkeit zu ermitteln ist, werden die gesundheitlichen Einschränkungen schon bei der *medizinischen* Beurteilung marginalisiert.

[42] Werden nun bei der *technischen oder administrativen* Bemessung des Invalideneinkommens zusätzlich alle leidensbedingten Abzüge abgeschafft, so verbleibt kaum mehr je eine Invalidität, mindestens keine solche, die anspruchsbegründend, das heisst 40 % oder höher wäre.

³³ Vgl. den Entwurf für Art. 26^{bis} Abs. 2 i.V.m. Art. 25 Abs. 3 IVV.

³⁴ BGE 142 V 178, Erw 2.5.7 ff.

³⁵ Vgl. oben Ziff. 7b.

³⁶ Vgl. MEIER et al., Fn. 23, S. 69.

³⁷ Vgl. Entwurf in Art. 49 Abs. 1^{bis} IVV.

[43] Die Abschaffung der Abzüge, wie sie der Bundesrat und das BSV nun vorsehen, führt zu einer weiteren und massiven Verschlechterung und erhöhten Hindernissen bei der Zusprache einer Rente für invalide Personen.

F. Weiterentwickeln hiesse «verbessern»

[44] Ziel ist es, mit den Worten des BSV, Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit zu fördern. Gleichermassen ist die Gelegenheit zu nutzen, ein transparentes und faires Rentensystem zu etablieren. Ein System, welches abstellend auf verfügbare oder neu zu erstellende Statistiken realitätsnah das für invalide Personen noch erzielbare Einkommen ermitteln lässt. Je präziser die Daten, desto fairer das System.

[45] Die heute verfügbaren Daten des Arbeitsmarktes und die Annahme, dass jede arbeitende Person als homo oeconomicus versucht, seine Arbeitsfähigkeiten erwerblich bestmöglich zu bewerten, ist bei der Invaliditätsbemessung zu berücksichtigen.

[46] Die Ermittlung der Invalidität hat demnach nach folgenden Grundsätzen zu erfolgen:

- strikte Parallelisierung von Validen- und Invalideneinkommen³⁸
- Folgende Abzüge (vom statistisch ermittelten Invalideneinkommen) sind zu gewähren:
 - generell 15 % von den statistischen Löhnen³⁹ sowie
 - 15 %, wer seine bisherige Tätigkeit nicht mehr ausüben kann und
 - 5 % für jedes volle Jahr Absenz vom Arbeitsmarkt

[47] Mit einer solchen Schematisierung kann eine Gleichbehandlung der versicherten Personen verwirklicht werden und die IV-Stellen können die Invalidität zuverlässig und willkürfrei ermitteln.

1. Strikte Parallelisierung

[48] Eine strikte Parallelisierung der Einkommen vor und nach Eintritt des Gesundheitsschadens wird jenen Versicherten gerecht, die vor der Invalidität ein unterdurchschnittliches Einkommen erzielten, sei dies aus Gründen der (fehlenden) Ausbildung, Sprache, Herkunft, Nationalität, Region oder irgendwelcher Art. Es gilt die Vermutung, dass die versicherte Person vor Eintritt des Gesundheitsschadens eine ihren Fähigkeiten entsprechende Tätigkeit ausübte und sie darin ihr Arbeitskraftpotential ausschöpfte. Es rechtfertigt sich somit nicht, ein um 5 % höheres Einkommen anzunehmen, wie dies das Bundesgericht tut und die Revision vorsieht.

³⁸ Auf die Erheblichkeitsgrenze von 5 % und die Anpassung nur des 5 % übersteigenden Teils ist zu verzichten.

³⁹ Solange es keine Lohnstatistiken für invalide Personen gibt.

2. Genereller Abzug bei Invalidität

[49] Eine aktuelle Studie des Büro Bass hat ergeben, dass die statistischen Löhne gemäss LSE, welche vorwiegend die Löhne der gesunden Bevölkerung abbildet, ca. 15 % höher sind als die Löhne gesundheitlich eingeschränkter Personen.⁴⁰ Solange keine Studien über die Löhne der letzteren vorliegen, ist deshalb beim statistisch ermittelten Invalideneinkommen generell ein Abzug von 15 % vorzunehmen.⁴¹

3. Abzug infolge Berufsunfähigkeit

[50] Ein weiterer Abzug ist zu gewähren, sofern jemand seine bisherige Tätigkeit oder den angestammten Beruf nicht mehr ausüben kann. Es ist davon auszugehen, dass die versicherte Person ihre Arbeitskraft in der erlernten oder während Jahren ausgeübten Tätigkeit wirtschaftlich am besten verwertet. Ein gesundheitsbedingter Berufswechsel führt dazu, dass zuerst Neues erlernt und Erfahrung gesammelt werden muss. Das gilt gleichermaßen für Personen, die im Rahmen von Umschulungsmassnahmen der Invalidenversicherung eine neue Ausbildung machen durften wie für all jene, denen dies verwehrt wurde.⁴²

[51] Das Bundesgericht stellt bei den statistischen Löhnen der LSE jeweils auf den Medianwert⁴³ ab. Dieser lässt unberücksichtigt, dass das Einkommen eines Berufseinsteigers oder von Personen im 1. Dienstjahr eines Betriebes weit, nämlich mehr als 18 %, unter dem Durchschnittslohn derselben Arbeitsgattung liegt.⁴⁴ Die invalide Person muss nach dem geglückten Wiedereinstieg in doppelter Hinsicht neu anfangen, zum einen in einer neuen Tätigkeit und zum anderen in einem anderen Betrieb. Es rechtfertigt sich demnach, diesen Minderlohn konkret zu ermitteln oder aber (beim Invalideneinkommen) einen generellen Abzug von mindestens 15 % zu gewähren, sofern die angestammte Tätigkeit nicht mehr ausgeübt werden kann.

[52] Der oben erwähnte Bauarbeiter gelangt also in den Genuss eines Abzuges von 15 %, wenn er nicht mehr seine angestammte Tätigkeit auf dem Bau, sondern eine ihm völlig fremde Tätigkeit ausüben wird.

⁴⁰ Studie des Büro Bass (Büro für Arbeits- und Sozialpolitische Studien Bass AG) zur «Nutzung Tabellenmedianlöhne LSE zur Bestimmung der Vergleichslöhne bei der IV-Rentenbemessung» vom 8. Januar 2021, vgl. Schlussfolgerungen zum Rechtsgutachten GÄCHTER, Fn. 26, N 123.

⁴¹ Die Lehre schlägt alternative Statistiken vor, auf die frühere Praxis eines generellen Abzugs von den Tabellenlöhnen von 25 % (sog. «Schwerarbeiterabzug») zurück zu kommen oder auf den unteren Quartilsbereich der LSE-Tabellen (Q1-Lohn) abzustellen (vgl. MEIER et al., Fn. 23, S. 69 ff.).

⁴² Eine Umschulungsmassnahme der Invalidenversicherung kann höchstens im Rahmen einer gleichwertigen Ausbildung und nur bei einer mindestens 20 %-igen Invalidität beansprucht werden. Wer also über einen Lehrabschluss verfügt und 20 % invalid ist, darf eine von der IV finanzierte Lehre absolvieren.

⁴³ Beim Median- oder Zentralwert handelt es sich um einen Mittelwert, bei welchem 50 % der Gruppe darüber und 50 % darunter liegen.

⁴⁴ Vgl. LSE 2018, Tabelle T15 (Monatlicher Bruttolohn (Zentralwert) nach Wirtschaftszweigen, Schweizer/innen und Ausländer/innen und Dienstjahren), welche für den privaten und öffentlichen Sektor der Schweiz einen standardisierten Monatslohn von CHF 5'516 für das erste Dienstjahr, einen Durchschnittslohn über alle von CHF 6'538 und einen solchen von CHF 7'921 für 20 und mehr Dienstjahre ausweist. Mithin liegt der Durchschnittslohn aller um 18,5 % und jener mit Dienstalter von 20 Jahren oder mehr gar 44 % höher als jener des Berufseinsteigers bei der gleichen Tätigkeit.

4. Abzug infolge Desintegration

[53] Ein weiterer Abzug rechtfertigt sich bei einer längerdauernden arbeitsmarktlichen Desintegration. Es ist nachvollziehbar und wurde durch Studien belegt, dass etwa Langzeitarbeitslose nur noch geringe Chancen auf eine Anstellung haben, solche Anstellungen dann häufig atypisch sind und sie damit weit geringere Einkünfte erzielen. Während die Bereitschaft von Arbeitgebern, Personen einzustellen, mit jedem Jahr Erwerbslosigkeit sinkt, steigt jene des Arbeitnehmers zunehmend, sich für einen geringeren Lohn anstellen zu lassen.

[54] Gemäss Statistiken ausgesteuerter Personen nehmen diese nach drei oder mehr Jahren Lohn-einbussen von 25 % in Kauf, um in der Arbeitswelt wieder Fuss zu fassen⁴⁵. Abstellend auf diese Tatsachen, bietet sich an, einen Abzug von 5 % (beim Invalideneinkommen) pro volles Jahr Ab-senz seit Eintritt des Gesundheitsschadens vorzunehmen.

[55] Dieser Umstand sollte im Übrigen die IV-Stellen zusätzlich veranlassen, die versicherte Per-son rasch abzuklären und sie danach unverzüglich zurück ins Erwerbsleben zu führen.

5. Konsequenz: Mehr Teilrenten

[56] Diese Neuerungen werden zu einem Anstieg von Teilrenten führen. Indessen können schwer-wiegende Verläufe und damit die Zusprechung ganzer Renten verhindert werden. Das Schwarz-Weiss-Prinzip, wonach bei Unverwertbarkeit der Arbeitskraft eine ganze Rente, andernfalls aber gar keine geschuldet ist, wird kritisiert.⁴⁶ Die Rentenausgaben der Invalidenversicherung setzen sich denn auch zu drei Vierteln aus ganzen Renten zusammen.⁴⁷

[57] Die Verhinderung von ganzen Renten und die Kosteneinsparungen bei rascher Anerkennung von Teilrenten in der Administration, bei den medizinischen Abklärungen, bei den medizini-schen Massnahmen und jener beruflicher Art und bei den Taggeldern, werden die Mehrausgaben für Teilrenten aufwiegen.⁴⁸ Weil eine Teilrente die gesundheitsbedingte Lohneinbusse in der Re-gel nicht wettmachen kann, hat die versicherte Person weiterhin Anreize, die Rente allmählich durch ein höheres Erwerbseinkommen abzulösen.⁴⁹

[58] Erstellt die Arbeitsmedizin für die versicherte Person ein Profil, in welchen Tätigkeiten und in welchem Umfang sie realistischerweise noch einsetzbar ist, so können die Administrativbe-hörden den Invaliditätsgrad nach Massgabe der obigen Kriterien schematisch und willkürfrei ermitteln.⁵⁰

⁴⁵ Vgl. oben Fn. 9 sowie Schlussfolgerungen zum Rechtsgutachten GÄCHTER, Fn. 26, N 45.

⁴⁶ Vgl. Schlussfolgerungen zum Rechtsgutachten GÄCHTER, Fn. 26, N 23 ff.

⁴⁷ Gemäss Jahresbericht IV-Statistik 2019 belaufen sich die Renten jährlich auf 5,4 Mia CHF. Die Teilrenten (Viertels-, halbe und Dreiviertelsrenten) machen dabei lediglich 25 % aus.

⁴⁸ Die Durchführungs- und Verwaltungskosten von 0,7 Mia., die med. Massnahmen von 0,9 Mia., die Massnahmen beruflicher Art von 0,6 Mia. und die Taggeldausgaben von 0,7 Mia., insgesamt 2,9 Mia. (vgl. IV-Statistik 2019) lies-sen sich zu einem erheblichen Teil vermeiden. Insofern ist der Sparzwang in der Invalidenversicherung heute we-der akut noch gerechtfertigt.

⁴⁹ Im Übrigen sind etwa 40 % der Rentenbezüger über 55 Jahre und ein Grossteil davon über 60 Jahre alt. Diese Ren-ten werden somit in den nächsten Jahren abgelöst und in Zukunft vorwiegend durch die Überbrückungsleistungen für Ausgesteuerte ab dem 60. Altersjahr ersetzt. Dies führt dazu, dass die Invalidenversicherung enorm entlastet und mutmasslich in wenigen Jahren schwarze Zahlen schreiben wird.

⁵⁰ Zur Veranschaulichung am Beispiel des Bauarbeiters folgende Annahme: er hat an der letzten Arbeitsstelle im Jahr vor Eintritt des Gesundheitsschadens einen Durchschnittsverdienst von CHF 65'000.– erzielt. 2 1/2 Jahre sind seit dem letzten effektiven Arbeitstag vergangen. Die Arbeitsmedizin attestiert ihm aufgrund seiner Rückenprobleme

G. Das Abklärungsverfahren

1. Zurück zu einer vernünftigen Abklärung

[59] Der medizinischen Begutachtung ist in der Vergangenheit ein immer höherer Stellenwert eingeräumt worden. Die Anzahl Gutachterstellen und Gutachten steigen kontinuierlich an.⁵¹ Eine Änderung der Rechtsprechung führte in Vergangenheit nicht selten zum Erfordernis von Neubegutachtungen.⁵² Trotz umfangreicher Anamnesen, Untersuchungen und Berichten von Spezialisten aus verschiedenen Fachrichtungen haftet der Antwort zur zentralen Frage der Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit immer etwas Willkürliches an.

[60] Die Frage wird auch je nach Gutachterstelle unterschiedlich beantwortet werden. Analysen zeigen, dass bestimmte Institute sehr restriktiv sind und kaum je eine Arbeitsunfähigkeit feststellen.⁵³ Hinzu kommen Tendenzen in gewissen Kantonen, mehr eidgenössische Invalidenrenten zu sprechen, um kantonale oder kommunale Sozialhilfekosten einzusparen.⁵⁴ Daneben bestehen immer wieder erhebliche Zweifel an Qualität und Zuverlässigkeit der Gutachtensergebnisse.⁵⁵

2. Rasch abklären

[61] Um eine möglichst faire, transparente, willkürfreie und auch rasche Einschätzung der Arbeitsfähigkeit einer versicherten Person zu erstellen, wären folgende Massnahmen anzuordnen:

- Etablierung einer regionalen, unabhängigen Arbeitsmedizin (s. oben)
- Beschränkung der Gutachten auf komplexe Fälle

eine volle Arbeitsunfähigkeit auf dem Bau, aber eine 80 %-ige Leistungsfähigkeit in einer leichten, rückenadaptierten Tätigkeit, d.h. mit der Möglichkeit der Wechselbelastung und vermehrter Pauseneinlegung.

Die Parallelisierung zeigt, dass der Lohn des Bauarbeiters 4 % unter dem Durchschnittslohn lag (vgl. Fn. 22). Es ergeben sich somit folgende Abzüge:

- 4 % infolge Parallelisierung
- 20 % infolge nur 80 %-iger Leistungsfähigkeit
- 15 % weil er die bisherige Arbeit nicht mehr ausüben kann
- 10 % für 2 volle Jahre Absenz von der Arbeit
- 49 % Lohnminderung = Invalidität

Der Bauarbeiter erhalte damit immerhin eine 49 %-ige Rente der Invalidenversicherung und der Pensionskasse. Zusammen mit einem geringeren Lohn für leichte Arbeiten würde er damit weiterhin ein existenzsicherndes Einkommen erzielen können.

⁵¹ Im Jahre 2019 wurden ca. 4'700 polydisziplinäre Gutachtensaufträge an die MEDAS-Stellen vergeben; 350 mehr als im Jahre 2018. Aber auch die Anzahl Disziplinen, insbesondere 4- und 5-disziplinäre Gutachten haben wesentlich zugenommen (vgl. SuisseMED@P Reporting des BSV 2019 Ziff. 3).

⁵² So wurde mit BGE 139 V 349 E. 2.2. eine umfassende administrative Erstbegutachtung verlangt und im Nachgang zur Einführung der Indikatorenpraxis gemäss BGE 141 V 281 wurden Neu- oder Nachbegutachtungen erforderlich (vgl. auch SuisseMED@P: Massnahmen gegen begrenzte Gutachterkapazitäten, in CHSS Nr. 4 / Dezember 2016).

⁵³ Vgl. dazu SOLUNA GIRÓN, Art. 44 E-ATSG – die Chance nutzen, Gedanken zur laufenden Gesetzesrevision, dem fairen Verfahren und der Akzeptanz in den Sozialversicherungen, in: Jusletter 16. September 2019, Ziff. 3 ff.

⁵⁴ So haben der Kanton Tessin und die Nordwestschweiz fast doppelt so hohe IV-Rentner-Quoten wie die Inner- schweiz. Während der Kanton Basel-Stadt etwa 7,2 % IV-Rentner aufweist, waren es im Kanton Zug gerade mal 3 % (vgl. IV-Statistik 2014 des BSV, Ziff. 7.2 und Grafik 7.2.4).

⁵⁵ Vgl. Fn. 53; auch gibt es das Phänomen der sogenannte Flugärzte, die vorwiegend aus Deutschland einzig für die Untersuchungen in die Schweiz einreisen und für MEDAS-Stellen arbeiten, die über minimalste Infrastrukturen verfügen.

- Zuweisung dieser Gutachtensaufträge an Universitäts- und Zentrumsspitäler oder spezialisierte Fachkliniken
- Bindung der IV-Stellen an die medizinischen Feststellungen

[62] Zur Beurteilung der Arbeitsunfähigkeiten bedarf es eines versierten Arbeitsmediziners sowie Fachleuten der beruflichen Eingliederung. Treten neben körperlichen komplexe psychische Beschwerdebilder auf, so ist eine psychiatrische Beurteilung miteinzubeziehen oder der Austausch mit den behandelnden Ärzten zu gewährleisten. Häufig treten psychische Beschwerdebilder im Anschluss an eine körperliche Erkrankung oder nach einem Unfall auf oder sie akzentuieren sich, wenn sich die Lebensumstände verändern, die Arbeit nicht mehr ausgeübt werden kann und sich Existenz- und Zukunftsängste entwickeln.

[63] Eine rasche Rückführung ins Erwerbsleben oder eine rasche Klärung der Rentenfrage vermag die gesundheitliche Situation positiv zu beeinflussen. Langwierige Verfahren mit Begutachtungen, häufig erst Jahre nach Eintritt des Gesundheitsschadens, erschweren positive Entwicklungen und sind mitverantwortlich für die Chronifizierung von Beschwerden. Gesundheitliche Verbesserungen vor der Begutachtung sind wenig wahrscheinlich, führen solche doch dazu, dass die Leistungsansprüche – auch rückwirkend für die Vergangenheit – verneint werden.

[64] Es ist verständlich, dass eine versicherte Person, Jahre nach Eintritt der Erwerbslosigkeit und geprägt von Zukunftsängsten, auf ihre Beschwerden, Defizite und Schmerzen fokussiert und diese gegenüber den Gutachtern betont. Nicht selten klaffen die objektiven Befunde und die organisch, bildgebend nachgewiesenen Defizite mit der subjektiv empfundenen Gesundheitssituation auseinander. Die Versicherten fühlen sich nicht ernst genommen und drehen sich in der Spirale von Schmerzen und Hoffnungslosigkeit weiter abwärts.

[65] Aber selbst im Falle der Feststellung einer Gesundheitsschädigung mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit in einer theoretisch vorhandenen Tätigkeit, welche zur Zusprache einer Rente führt, droht mit der Überprüfung der Rente nach wenigen Jahren dasselbe Abklärungsszenario und eine weitere Begutachtung von neuem. Ein solches System bindet nicht nur die Ressourcen der versicherten Person, sondern sie erfordert einen immensen Verwaltungs-, Gutachten- und Justizapparat.

3. Unparteiisch beurteilen

[66] Das heutige System hat einen eigentlichen «Gutachtensmarkt» produziert, auf welchem vor allem privatwirtschaftlich organisierte und gewinnorientierte Gutachterstellen tätig sind. Mehr Gutachteraufträge bedeuteten in der Regel mehr Gewinne. Auftraggeber sind neben der Invalidenversicherung z.B. die Unfall- und Privatversicherungen, wie etwa die Kranken-, die Krankentaggeld- oder Haftpflichtversicherungen. Vereinzelt sind es Pensionskassen und in seltenen Fällen die versicherten Personen selbst.

[67] Bei einem solchen System besteht die Gefahr, dass Gutachterinstitute, um mehr Aufträge zu erhalten, «versicherungsfreundliche» Gutachten erstellen. Das sind solche, welche eine Arbeitsunfähigkeit oder bei Unfall- und Haftpflichtversicherungen die Unfallkausalität verneinen und zur Leistungsabweisung der Versicherung führten. Während das Bundesamt für Sozialversicherungen zu diesen zentralen Ergebnissen keine Statistiken führt, sind die Versicherungen darüber

meist gut orientiert. Sie neigen dazu, jene Gutachter und Institute zu wählen, welche die gesundheitlichen Folgen restriktiv beurteilen.

4. Begutachtung an Universitätskliniken

[68] Der im Auftrag von Bundesrat Alain Berset zuhanden des EDI erstattete Expertenbericht enthält neben unmittelbar umzusetzenden Empfehlungen auch Ideen für eine grundlegende Neuausrichtung der medizinischen Abklärung. In diesem Zusammenhang nennt er die Rückführung der Gutachtensaufträge weg von einem privaten Markt an die öffentlichen Spitäler und Kliniken als Zukunftsmodell. Die Vorteile eines solchen Systems in Bezug auf Unabhängigkeit, Praxisbezug, Forschungsaktualität und Kompetenz, Nachwuchsförderung und Professionalisierung sowie Imageverbesserungen werden von den Experten als sehr hoch eingeschätzt.⁵⁶

[69] Bei einer konsequenten Reduktion der Begutachtungen besteht kein Anlass, den heutigen Gutachtensmarkt aufrechtzuerhalten. Die wenigen verbleibenden Gutachtensaufträge in komplexen Fällen sind an Universitätsspitalern und Fachkliniken ohne Zweifel an der richtigen Adresse für eine unabhängige und wissenschaftlich-kompetente Einschätzung. Entsprechend sind die Aufträge an diese Institute zu vergeben.

5. Bindung der IV-Stellen an die medizinischen Feststellungen

[70] Das Bundesgericht hat bereits vor Jahren begonnen, sich als juristisches Gremium in den Kompetenzbereich der Medizin einzumischen. Mit dem Entscheid BGE 141 V 281 und späteren Folgeentscheiden wurde die sog. «Indikatorenprüfung» eingeführt. Dieses juristische Konstrukt ermöglicht es Versicherungsjuristen und Gerichten, medizinisch ausgewiesene Defizite anhand gewisser «Indikatoren» auf ihre «Rechtserheblichkeit» zu prüfen. In der Praxis wird so medizinisch erstellten Einschränkungen die «invalidenversicherungsrechtliche Relevanz» abgesprochen und folglich Leistungen verweigert.⁵⁷ Das betrifft vor allem psychische und psychosomatische Leiden.

[71] Der Expertenbericht EDI kritisiert, dass diese Indikatoren nicht von der medizinischen Wissenschaft entwickelt worden seien und ihnen teilweise eine Evidenz-Grundlage fehlen würde.⁵⁸ Ist die Arbeitsfähigkeit medizinisch einleuchtend beurteilt und sind die ärztlichen Schlussfolgerungen nachvollziehbar begründet, so ist darauf abzustellen. Diesfalls besteht kein Raum für eine davon abweichende zusätzliche juristische Prüfung. Die höchstrichterliche Haltung, wonach eine medizinisch kranke Person juristisch-theoretisch gesund sein könne, ist eine weitere Fiktion, die nicht nur für die Betroffenen höchst unverständlich und ungerecht erscheint.

⁵⁶ Vgl. Fn. 19, S. 59 f.

⁵⁷ In aller Prägnanz von Alt-Bundesrichter Ulrich Meyer in der Schweizerischen Ärztezeitung 2009, S. 588 formuliert: «Der betroffenen Person muss klargemacht werden, dass sie zwar aus medizinischer Sicht krank und arbeitsunfähig ist, es aber aus juristischer Sicht nicht sein soll.»

⁵⁸ Vgl. Fn. 19, S. 39 und 66.

H. Fazit

[72] Die vom BSV entworfene IVV-Revision im Zuge der Weiterentwicklung der Invalidenversicherung zementiert die heutige Praxis, welche einen Grossteil der invaliden Personen weder einzugliedern vermag noch finanzielle Unterstützung gewährt. Das endlose, kostspielige und in weiten Teilen überflüssige Verfahren der medizinischen Abklärung wird mit der beabsichtigten Revision nochmals komplizierter.

[73] Ein Abstellen auf äusserst hypothetische Tätigkeiten, fiktive Arbeitsmarktbedingungen sowie auf irrelevante Statistiken führt zum faktischen Ausschluss eines Grossteils der Betroffenen aus der Invalidenversicherung. Die geplante Abschaffung des «Tabellenlohnabzuges» bewirkt eine weitere Verschärfung der ohnehin sehr restriktiven Praxis. Die rechtlichen und medizinischen Auseinandersetzungen drohen weiterhin zuzunehmen.

[74] Mit geeigneten Massnahmen sind ein effizientes Abklärungsverfahren und ein faires Rentensystem sicherzustellen. Die beschränkten finanziellen Ressourcen der Invalidenversicherung sind den versicherten Personen zuzuführen. Rasche und vernünftige Abklärungen des Gesundheitszustandes, der Einsatzfähigkeit und des Rentenanspruches der versicherten Person fördern ein rasches, wenn vielleicht auch nur teilweises Zurückkehren in den Arbeitsmarkt. Die Eingliederungschancen nehmen mit jedem Jahr Abwesenheit vom Arbeitsprozess ab und dennoch nehmen die Eingliederungskosten kontinuierlich zu.⁵⁹ Das bedeutet hohe Kosten trotz fehlender Eingliederung bei einem Grossteil der Versicherten.

[75] Das Prinzip der «Eingliederung vor Rente» oder «Eingliederung statt Rente» ist durch den Grundsatz «Eingliederung *mit* Rente» abzulösen. Die Invalidität ist auf Basis von Fakten und Statistiken zum Arbeitsmarkt und damit unter Berücksichtigung realer Bedingungen zu ermitteln. Mit der raschen Gewährung von Teilrenten wird die Bestreitung des Lebensunterhaltes für die invaliden Personen kalkulierbar. Die zunehmenden atypischen Arbeitsmöglichkeiten (Arbeit in Teilzeit, auf Abruf, im Homeoffice) werden Gelegenheit bieten, die noch vorhandene Arbeitsfähigkeit zu verwerten. Mit diesen Aussichten kann die häufig anzutreffende Abwärtsspirale bei invaliden Personen mit Existenzängsten, Chronifizierung der Beschwerden und zunehmender Pathologisierung mit allen gesundheitlichen und sozialen Folgekosten verhindert werden.

[76] Diese Chance ist jetzt durch eine effektive Weiterentwicklung der Invalidenversicherung zu packen.

MARTIN HABLÜTZEL, lic.iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Partner schadenanwaelte.

⁵⁹ Mit der 5. IV-Revision und Einführung des Grundsatzes «Eingliederung vor Rente» im Jahre 2008 sind die Ausgaben der Eingliederung permanent gestiegen und sie betragen im Jahre 2019 mit 2,7 Mia. CHF bereits die Hälfte der jährlichen Rentenleistungen (Jahresbericht IV-Statistik 2019).