

## **BGE 150 V 410**

Bundesgericht (BGE), 2021-11-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_150\\_V\\_410](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_150_V_410)

FR: ATF 150 V 410

IT: DTF 150 V 410

### **Regeste**

Regeste Art. 16 ATSG; Art. 28a Abs. 1 IVG; Art. 26 Abs. 2, Art. 26 bis Abs. 3 und Art. 49 Abs. 1 bis IVV (in der Fassung vom 3. November 2021, in Kraft vom 1. Januar 2022 bis 31. Dezember 2023); Invalideneinkommen; Abzug vom Tabellenlohn. Die mit Art. 26 bis Abs. 3 IVV in der Fassung vom 3. November 2021 beabsichtigte abschliessende Regelung des Abzugs vom Tabellenlohn ist gesetzeswidrig. Soweit aufgrund der gegebenen Fallumstände nach Berücksichtigung der vom Verordnungsgeber geregelten Korrekturinstrumente Bedarf an weitergehender Korrektur besteht, ist ergänzend auf die bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze zum Abzug vom Tabellenlohn zurückzugreifen (E. 10.6).

Regeste Art. 16 LPGGA; art. 28a al. 1 LAI; art. 26 al. 2, art. 26 bis al. 3 et art. 49 al. 1 bis RAI (dans sa version du 3 novembre 2021, en vigueur du 1<sup>er</sup> janvier 2022 au 31 décembre 2023); revenu d'invalidé; déduction sur le salaire statistique. La réglementation de la déduction du salaire statistique, telle que prévue de manière exhaustive par l'art. 26 bis al. 3 RAI - dans sa version du 3 novembre 2021 -, est contraire à la loi. Dans la mesure où, après la prise en compte des instruments de correction réglementaires, les circonstances du cas d'espèce justifient une correction plus élevée, il convient de recourir en complément aux principes jurisprudentiels appliqués jusqu'à présent concernant la déduction sur le salaire statistique (consid. 10.6).

Regesto Art. 16 LPGGA; art. 28a cpv. 1 LAI; art. 26 cpv. 2, art. 26 bis cpv. 3 e art. 49 cpv. 1 bis OAI (nella versione del 3 novembre 2021, in vigore dal 1° gennaio 2022 al 31 dicembre 2023); reddito da invalido; deduzione dal salario statistico. La regolamentazione della deduzione dal salario statistico prevista esaustivamente dall'art. 26 bis cpv. 3 OAI nella versione del 3 novembre 2021 è contraria alla legge. Nella misura in cui, sulla base delle circostanze del caso concreto e dopo aver considerato gli strumenti di correzione regolamentari, sussiste la necessità di una correzione più ampia, si deve ricorrere in via complementare ai precedenti principi giurisprudenziali sulla deduzione dal salario statistico (consid. 10.6).

### **Erwägungen**

#### **E. 6.1**

Nach Bereinigung der Rügen hinsichtlich Anspruchsbeginn und des Zeitpunkts der im Ausmass unbestritten gebliebenen Verbesserung der Arbeitsfähigkeit von 0 auf 50 % ab März 2022 verbleiben zur Beurteilung die erwerblichen Folgen. Streitig ist dabei namentlich der Rentenanspruch ab Juni 2022, dessen revisionsweise Festsetzung sich (vgl. zur Massgeblichkeit des Revisionsrechts rückwirkender Zusprache einer abgestuften Rente: BGE 145 V 209 E. 5.3; BGE 133 V 263 E. 6.1) - wie schon erwähnt (nicht publ. E. 4) - nach dem ab Januar 2022 geltenden Recht vom 19. Juni 2020 bzw. 3. November 2021

beurteilt. BGE 150 V 410 S. 412

## **E. 6.2**

Nach Art. 28a Abs. 1 (Satz 1) IVG richtet sich die Bemessung des Invaliditätsgrades von erwerbstätigen Versicherten nach Art. 16 ATSG. Demgemäss wird für die Bestimmung des Invaliditätsgrades das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre. Laut Abs. 1 (Satz 2) von Art. 28a IVG umschreibt der Bundesrat die zur Bemessung des Invaliditätsgrades massgebenden Erwerbseinkommen sowie die anwendbaren Korrekturfaktoren. Art. 28b IVG lautet unter dem Titel "Festlegung der Höhe des Rentenanspruchs" wie folgt: 1 Die Höhe des Rentenanspruchs wird in prozentualen Anteilen an einer ganzen Rente festgelegt. 2 Bei einem Invaliditätsgrad von 50-69 Prozent entspricht der prozentuale Anteil dem Invaliditätsgrad. 3 Bei einem Invaliditätsgrad ab 70 Prozent besteht Anspruch auf eine ganze Rente. 4 Bei einem Invaliditätsgrad unter 50 Prozent gelten die folgenden prozentualen Anteile: Invaliditätsgrad Prozentualer Anteil 49 Prozent 47,5 Prozent 48 Prozent 45 Prozent 47 Prozent 42,5 Prozent 46 Prozent 40 Prozent 45 Prozent 37,5 Prozent 44 Prozent 5 Prozent 43 Prozent 32,5 Prozent 42 Prozent 30 Prozent 41 Prozent 27,5 Prozent 40 Prozent 25 Prozent

### **E. 6.3.1**

Das gestützt auf Art. 28a Abs. 1 (Satz 2) IVG vom Bundesrat erlassene Verordnungsrecht findet sich in der Verordnung über die BGE 150 V 410 S. 413 Invalidenversicherung (IVV; SR 831.201), wobei im vorliegenden Fall namentlich Art. 25, 26 und 26 bis, je in der Fassung vom 3. November 2021, in Kraft seit 1. Januar 2022 (AS 2021 706) interessieren:

### **E. 6.3.2**

Nach Art. 25 Abs. 1 IVV gelten als Erwerbseinkommen im Sinne von Art. 16 ATSG mutmassliche jährliche Erwerbseinkommen, von denen Beiträge nach AHVG erhoben würden. Nicht dazu gehören indessen: a. Leistungen des Arbeitgebers für den Lohnausfall infolge Unfall oder Krankheit bei ausgewiesener Arbeitsunfähigkeit; b. Arbeitslosenentschädigungen, Erwerbsausfallentschädigungen nach EOG und Taggelder der Invalidenversicherung. Abs. 2 von Art. 25 IVV bestimmt, dass die massgebenden Erwerbseinkommen nach Art. 16 ATSG in Bezug auf den gleichen Zeitraum festzusetzen sind und sich nach dem Arbeitsmarkt in der Schweiz richten. Gemäss Abs. 3 sind - soweit für die Bestimmung der massgebenden Erwerbseinkommen statistische Werte herangezogen werden - die Zentralwerte der Lohnstrukturerhebung (LSE) des Bundesamtes für Statistik massgebend. Andere statistische Werte können beigezogen werden, sofern das Einkommen im Einzelfall nicht in der LSE abgebildet ist. Es sind altersunabhängige und geschlechtsspezifische Werte zu verwenden. Und Abs. 4 schreibt vor, dass die statistischen Werte nach Abs. 3 an die betriebsübliche Arbeitszeit nach Wirtschaftsabteilungen und an die Nominallohnentwicklung anzupassen sind.

### **E. 6.3.3**

Nach Art. 26 IVV bestimmt sich das Einkommen ohne Invalidität ( Art. 16 ATSG ) anhand des zuletzt vor Eintritt der Invalidität tatsächlich erzielten Erwerbseinkommens. Unterlag das in den letzten Jahren vor Eintritt der Invalidität erzielte Erwerbseinkommen starken

Schwankungen, so wird auf ein angemessenes Durchschnittseinkommen abgestellt (Abs. 1). Liegt das tatsächlich erzielte Erwerbseinkommen fünf Prozent oder mehr unterhalb des branchenüblichen Zentralwertes der LSE nach Art. 25 Abs. 3, so entspricht das Einkommen ohne Invalidität 95 Prozent dieses Zentralwertes (Abs. 2). Abs. 2 findet nach Art. 26 Abs. 3 IVV keine Anwendung, wenn: a. das Einkommen mit Invalidität nach Artikel 26 bis Absatz 1 ebenfalls fünf Prozent oder mehr unterhalb des branchenüblichen Zentralwertes der LSE nach Artikel 25 Absatz 3 liegt; oder BGE 150 V 410 S. 414 b. das Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit erzielt wurde. Nach Abs. 4 von Art. 26 IVV wird das Einkommen ohne Invalidität, sofern das tatsächlich erzielte Erwerbseinkommen nicht oder nicht hinreichend genau bestimmt werden kann, nach statistischen Werten nach Art. 25 Abs. 3 für eine Person bei gleicher Ausbildung und entsprechenden beruflichen Verhältnissen festgelegt.

#### **E. 6.3.4**

Im Zentrum des Rechtsstreits ist schliesslich Art. 26 bis IVV betreffend das Einkommen mit Invalidität zu verorten, der wie folgt lautet: 1 Erzielt die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität ein Erwerbseinkommen, so wird ihr dieses als Einkommen mit Invalidität ( Art. 16 ATSG ) angerechnet, sofern sie damit ihre verbliebene funktionelle Leistungsfähigkeit in Bezug auf eine ihr zumutbare Erwerbstätigkeit bestmöglich verwertet. 2 Liegt kein anrechenbares Erwerbseinkommen vor, so wird das Einkommen mit Invalidität nach statistischen Werten nach Artikel 25 Absatz 3 bestimmt. (...). 3 Kann die versicherte Person aufgrund ihrer Invalidität nur noch mit einer funktionellen Leistungsfähigkeit nach Artikel 49 Absatz 1 bis von 50 Prozent oder weniger tätig sein, so werden vom statistisch bestimmten Wert 10 Prozent für Teilzeitarbeit abgezogen. Gemäss Art. 49 Abs. 1 (Satz 1) IVV beurteilen die regionalen ärztlichen Dienste die medizinischen Voraussetzungen des Leistungsanspruchs. Laut dem in Art. 26 bis Abs. 3 (soeben) erwähnten neu geschaffenen Art. 49 Abs. 1 bis IVV ist bei der Festsetzung der funktionellen Leistungsfähigkeit ( Art. 54a Abs. 3 IVG ) 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 ("...en tenant compte, qualitativement et quantitativement, de toutes les ressources et limitations physiques, mentales ou psychiques."; "...tenendo conto di tutte le risorse fisiche, psichiche e mentali nonché delle limitazioni, in termini qualitativi e quantitativi.").

#### **E. 7.1**

Im vorliegenden Fall liess sich das kantonale Gericht bei der Bemessung der Vergleichseinkommen im Zeitpunkt des Rentenbeginns im Bemühen, dies so konkret wie möglich zu tun, beim ohne BGE 150 V 410 S. 415 Invalidität erzielbaren (Validen-)Einkommen mit der IV-Stelle von den Lohnangaben der letzten Arbeitgeberin für das Jahr 2019 leiten. Diese hatten sich ihrerseits an den Vorgaben gemäss Landesmantelvertrag für das Baugewerbe orientiert. Ausgehend davon ermittelte es für das Jahr 2022 (unter Berücksichtigung der Nominallohnentwicklung und der Lohnerhöhungen gemäss Landesmantelvertrag seit 2019) ein Valideneinkommen von Fr. 68'640.-. Von einer Parallelisierung gemäss Art. 26 Abs. 2 IVV sah die Vorinstanz ab, da das lohnstatistische Einkommen (LSE 2020, TA1, Ziff. 41-33, Männer), angepasst an die Nominallohnentwicklung bis 2022 und umgerechnet auf eine Wochenarbeitszeit von 41,2 Stunden, nur 3,48 % über dem effektiven Lohn von Fr. 68'640.- gelegen hatte. Das ist in

allen Teilen unbestritten.

### **E. 7.2**

Das (mit Gesundheitsschaden zumutbarerweise erzielbare) Invalideneinkommen des Beschwerdegegners errechnete das Sozialversicherungsgericht mangels anrechenbaren Erwerbseinkommens anhand der statistischen Werte gemäss LSE, und zwar nach Massgabe der bei Verfügungserlass (November 2022) bezogen auf den Zeitpunkt der Rentenrevision (2022) aktuellsten Statistik (LSE 2020; veröffentlicht am 23. August 2022). Dabei stellte es in Anwendung von LSE 2020, TA1, Männer, auf den Totalwert ab (Fr. 5'261.-). Das ergab, angepasst an die durchschnittliche Wochenarbeitszeit (41,7 Stunden) und die Nominallohnentwicklung (2021: -0,7 %; 2022: 1,1 %), ein hypothetisches Jahreseinkommen von Fr. 66'073.30 und bei einer Arbeitsfähigkeit von 50 % ein solches von Fr. 33'036.65. Darüber hinaus gewährte das Sozialversicherungsgericht einen Abzug vom Tabellenlohn von 15 % aufgrund der Aspekte "Leiden", "Teilzeitarbeit" und "Aufenthaltskategorie", was in ein Invalideneinkommen von Fr. 28'080.- und im Vergleich zum Valideneinkommen (Fr. 68'640.-) in einen Invaliditätsgrad von 59 % ausmündete. In Anwendung von Art. 88a Abs. 1 zweiter Satz IVV setzte es damit die ganze Rente ab Juni 2022 auf eine Rente von 59 % einer ganzen Rente herab.

### **E. 7.3**

Auffallend an dieser Bemessung des Invalideneinkommens durch das Sozialversicherungsgericht und eigentlicher Kern des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist der Umstand, dass das Sozialversicherungsgericht einen Abzug vom Tabellenlohn gemäss der Rechtsprechung zum bisherigen (bis Ende 2021 gültig gewesenen) Recht gewährte (vgl. BGE 148 V 174 E. 6.3, BGE 148 V 419 E. 5.3; BGE 135 V 297 E. 5.2; BGE 150 V 410 S. 416 BGE 134 V 322 E. 5.2; BGE 126 V 75 E. 5b/bb-cc), mithin ohne Art. 26 bis Abs. 3 IVV im Sinne einer abschliessenden Regelung anzuwenden. Zur Begründung hielt das kantonale Gericht nach Befassung mit den Gesetzesmaterialien, den Leitsätzen der bisherigen Rechtsprechung und unter Beizug der Verwaltungspraxis (Rz. 3414 des Kreisschreibens des BSV über Invalidität und Rente in der Invalidenversicherung [KSIR], gültig ab 1. Januar 2022 [Stand 1. Juli 2022]) im Wesentlichen fest, dass der revidierte Art. 26 bis Abs. 3 IVV dem gesetzgeberischen Willen nicht Rechnung trage. Die ärztlicherseits festzusetzende Arbeitsfähigkeit (vgl. Art. 54a Abs. 3 IVG betreffend den Regionalen Ärztlichen Dienst [RAD]; Art. 49 Abs. 1 bis IVV ) könne - entgegen dem BSV - nichts aussagen zur Frage der Verwertbarkeit der verbleibenden Arbeitsfähigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt. Ebenso wenig helfe die Parallelisierung des Valideneinkommens (vgl. Art. 26 Abs. 2 und 3 IVV ) weiter mit Blick auf die wirtschaftlichen Faktoren, die sich erst im Krankheitsfall auswirkten, davon abgesehen, dass der Beschwerdegegner von einer solchen nicht profitiere. Aus diesen Gründen halte sich Art. 26 bis Abs. 3 IVV nicht an den formellgesetzlichen Delegationsrahmen, worauf sich die Vorinstanz an den Vorgaben gemäss bisheriger Rechtsprechung orientierte und schliesslich einen Abzug vom Tabellenlohn von 15 % gewährte.

### **E. 8.1**

Das BSV wendet sich gegen diese Festsetzung des Abzugs vom Tabellenlohn und wirft dem Sozialversicherungsgericht eine Verletzung von Art. 26 bis Abs. 3 IVV in Verbindung mit Art. 28a Abs. 1 IVG vor, da gemäss diesen Bestimmungen lediglich ein Abzug von 10 % gewährt werden könne.

## **E. 8.2**

Im Einzelnen macht das BSV geltend, dass der Bundesrat mit der IVV gemäss Delegationsnorm eine abschliessende Regel bezüglich der anwendbaren Korrekturfaktoren getroffen habe. Auch aus den Materialien ergebe sich nicht, dass der Verordnungsgeber zur unbesehenen und integralen Übernahme der Regeln gemäss bisheriger Rechtsprechung gehalten gewesen wäre. Die vom Bundesrat geschaffenen Korrekturfaktoren bewegten sich im Rahmen der weit gefassten Delegationsnorm, die ihrerseits auch im parlamentarischen Gesetzgebungsprozess unbestritten geblieben sei. In diesem Zusammenhang verweist das BSV auf ein entsprechendes Urteil (200 23 389 IV) der sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Berner BGE 150 V 410 S. 417 Verwaltungsgerichts vom 5. September 2023, das gerade anders als das Baselstädtische Sozialversicherungsgericht entschieden hatte.

### **E. 8.3.1**

Es verstehe sich von selbst - so das Bundesamt weiter -, dass die Kodifizierung eines derart komplexen Regelungssystems wie der Invaliditätsbemessung nicht einfach sei und sich die bisherige Rechtsprechung auch nicht "tel quel" in einer Verordnung ("generell-abstrakt") fassen lasse, dies namentlich mit Blick auf den eher weiten Ermessensspielraum, den die bisherige Rechtsprechung dem Rechtsanwender belassen habe. Punktuelle Anpassungen seien daher unumgänglich gewesen. Die neuen Verordnungsbestimmungen enthielten auch diverse Verbesserungen für die Versicherten, wie etwa die vereinfachte und grosszügiger zuzulassende Parallelisierung. Sodann sei bei den Geburts- und Frühinvaliden die Reduktion des Valideneinkommens durch die bisherigen Altersstufen vor Erreichung des 30. Altersjahres aufgegeben worden. Und im Rahmen der Festlegung des funktionellen Leistungsvermögens nach Art. 49 Abs. 1 bis IVV seien neu medizinischerseits sämtliche quantitativen und qualitativen Einschränkungen einzubeziehen, was unter Umständen entsprechende Rückfragen beim RAD bedinge. Die bisherige Rechtsprechung habe zu viel Ermessensspielraum belassen, um den Befürchtungen hinsichtlich eines Anstiegs der Beschwerdefälle zufolge Einführung des stufenlosen Rentenanspruchs Rechnung zu tragen.

### **E. 8.3.2**

Die von der Rechtsprechung bislang berücksichtigten Faktoren "Alter" und "Dienstjahre" könnten künftig weggelassen werden, wie T17 der LSE und auch einzelne Urteile des Bundesgerichts belegten. Der Bundesrat habe daher mit seiner neuen Regelung insgesamt die bisherige Rechtsprechung zum Abzug vom Tabellenlohn so weit wie möglich bedacht, indem er deren Elemente (bis auf die genannten Ausnahmen) allesamt berücksichtigt habe, wenn auch teils anders und an anderer Stelle.

### **E. 8.3.3**

Pauschallösungen seien nicht per se unzulässig und den Gesetzgeber treffe keine Pflicht, jeder tatsächlichen Ungleichheit mit differenzierenden Rechtsfolgen zu begegnen. Schematisierungen dürften nur nicht zu Ergebnissen führen, die nicht mehr sachgerecht und vernünftig schienen. So stehe die pauschale Regelung des Teilzeitabzugs nach Art. 26 bis Abs. 3 IVV nicht isoliert für sich. Vielmehr sei sie in Zusammenhang mit den Regelungen zur Parallelisierung ( Art. 26 Abs. 2 und 3 IVV ) und vor allem mit denjenigen BGE 150 V 410 S. 418 zur konsequenten Berücksichtigung leidensbedingter Einschränkungen im Zuge der Festlegung des funktionellen Leistungsvermögens ( Art. 49 Abs. 1 bis IVV ) zu sehen. Gerade letztere ermögliche eine einzelfallspezifische Betrachtung. Deswegen lasse sich eine Schematisierung beim Teilzeitabzug mit Blick auf die verfassungsrechtliche

Gleichbehandlung halten, wobei das Bundesamt wiederum das bereits zitierte Urteil des Berner Verwaltungsgerichts anführt.

#### **E. 8.3.4**

Zur Vervollständigung verweist der Beschwerdeführer schliesslich auf die in Umsetzung von Motion 22.3377 "Invaliditätskonforme Tabellenlöhne bei der Berechnung des Invaliditätsgrades" auf den 1. Januar 2024 erfolgte Anpassung von Art. 26 bis Abs. 3 IVV. Diese lautet wörtlich wie folgt: "Vom statistisch bestimmten Wert nach Absatz 2 werden 10 Prozent abgezogen. Kann die versicherte Person aufgrund ihrer Invalidität nur noch mit einer funktionellen Leistungsfähigkeit nach Artikel 49 Absatz 1bis von 50 Prozent oder weniger tätig sein, so werden 20 Prozent abgezogen. Weitere Abzüge sind nicht zulässig." Mit der Motion habe der Gesetzgeber bekräftigt, dass er den Delegationsrahmen selber als weit interpretiert haben möchte und dass sich Art. 26 bis Abs. 3 IVV sowohl in der Fassung ab Januar 2022 als auch ab Januar 2024 als verfassungs- und gesetzeskonform erweisen würden. Die gegen die neue Regelung mit Vehemenz und Leichtigkeit vorgetragene Kritik erstaune, desgleichen die immer wieder zu hörende Meinung, dass die bisherige Rechtsprechung zum Abzug vom Tabellenlohn weiterhin anwendbar sei. Um hier letzte Zweifel zu beseitigen, habe der Bundesrat in der auf den 1. Januar 2024 in Kraft gesetzten Novelle ausdrücklich festgeschrieben, dass keine weiteren Abzüge zulässig seien.

#### **E. 8.3.5**

Da das Bundesamt somit im vorliegenden Fall gemäss Art. 26 bis Abs. 3 IVV lediglich einen Teilzeitabzug von 10 % zugestehe und insofern von einer positivierten abschliessenden Regelung, ohne Möglichkeit für weitere Abzüge vom Invalideneinkommen ausgehe, ergäbe sich für den Beschwerdegegner ein solches von Fr. 29'732.85. Daraus resultiere ein Invaliditätsgrad von 57 %.

#### **E. 8.4**

Der Beschwerdegegner lässt sich seinerseits eingehend vernehmen. Im Wesentlichen macht er geltend, der Bundesrat als Verordnungsgeber missachte den Delegationsrahmen, indem er den Leidensabzug gänzlich abgeschafft habe. Das werde auch durch Art. 49 Abs. 1bis IVV nicht aufgefangen, womit im Vergleich zum früheren Recht auch gar keine Neuerung einhergehe, zumal die Frage der BGE 150 V 410 S. 419 Verwertbarkeit der Arbeitsfähigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt nicht von Ärzten, sondern vom Rechtsanwender zu beantworten sei. Das zeige im Übrigen der vorliegende Fall gerade beispielhaft. Hier hätten die Gutachter der Academy of Swiss Insurance Medicine Basel die Restarbeitsfähigkeit auf 50 % geschätzt, ohne sich zu den übrigen Aspekten (medizinische Einschränkungen, weitere persönliche und berufliche Umstände) zu äussern. Bei konsequenter Umsetzung der bundesrätlichen Lösung müsste bei Teilzeitpensen von deutlich weniger als 50 % gar die Möglichkeit entfallen, von einer fehlenden wirtschaftlichen Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit auszugehen. Die Schematisierung in der IVV falle mit Blick auf die riesige Bandbreite der Versicherten zu pauschal aus, und die weitgehende Beseitigung des Abzugs werde auch nicht durch die Neuregelung der Parallelisierung aufgefangen.

#### **E. 9.1**

Bei dem hier allein streitbetroffenen, auf der Grundlage von Art. 28a Abs. 1 (Satz 2) IVG erlassenen Art. 26 bis Abs. 3 IVV in der Fassung vom 3. November 2021 handelt es sich - wie bei Art. 25 ff. und Art. 49 IVV generell - um unselbstständiges Verordnungsrecht, und

zwar nicht vollziehender, sondern gesetzestretender Art (vgl. BGE 145 V 278 betreffend Art. 39a IVV ; zum Begriff: PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl. 2021, S. 613 ff. Rz. 1662 ff. und 1669 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, S. 22 f. Rz. 93 ff., S. 25 Rz. 110). Im Rahmen der ihm in dieser Hinsicht zustehenden (inzidenten oder konkreten) Normprüfungsbefugnis hat das Bundesgericht insbesondere zu untersuchen, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat ( BGE 144 II 454 E. 3.2 und 3.3; BGE 143 V 208 E. 4.3; BGE 138 II 281 E. 5.4; BGE 137 III 217 E. 2.3 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung). Soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, befindet das Gericht auch über die Verfassungsmässigkeit der unselbstständigen Verordnung. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Gestaltungsspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesgericht verbindlich; es darf in diesem Falle bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Gestaltungsermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern es beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im BGE 150 V 410 S. 420 Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist. Es kann dabei namentlich prüfen, ob sich eine Verordnungsbestimmung auf ernsthafte Gründe stützen lässt oder ob sie Art. 9 BV widerspricht, weil sie sinn- und zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden müssen. Für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trägt der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesgerichts, sich zu deren wirtschaftlicher oder politischer Sachgerechtigkeit zu äussern ( BGE 150 V 73 E. 6.2; BGE 146 V 271 E. 5.2; BGE 143 V 208 E. 4.3; BGE 140 II 194 E. 5.8; BGE 136 II 337 E. 5.1 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; vgl. auch Urteil 9C\_531/2020 vom 17. Dezember 2020 E. 3.2.2.2, nicht publ. in: BGE 147 V 70 , aber in: SVR 2021 AHV Nr. 13 S. 39).

## **E. 9.2**

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der massgeblichen Norm. Ist dieser klar, das heisst eindeutig und unmissverständlich, so darf davon nur abgewichen werden, wenn ein triftiger Grund für die Annahme besteht, der Wortlaut ziele am "wahren Sinn" - am Rechtssinn - der Regelung vorbei. Anlass für eine solche Annahme können die Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historisch), deren Zweck (teleologisch) oder der Zusammenhang mit anderen Vorschriften (systematisch) geben, so namentlich, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, welches der Gesetzgeber so nicht gewollt haben kann ( BGE 149 V 129 E. 4.1 mit Hinweisen). Ist der Text demgegenüber nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrundeliegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in welchem die Norm steht. Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich zur Auslegung neuerer Texte, die noch auf wenig veränderte Umstände und ein kaum gewandeltes Rechtsverständnis treffen, kommt den Materialien eine besondere Bedeutung zu. Vom Wortlaut darf abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er

nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt. Sind BGE 150 V 410 S. 421 mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht. Allerdings findet auch eine verfassungskonforme Auslegung ihre Grenzen im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung ( BGE 148 V 385 E. 5.1; BGE 141 V 221 E. 5.2.1; BGE 140 V 449 E. 4.2; je mit Hinweisen).

### **E. 9.3**

Der Wortlaut der hier beschlagenen Delegationsnorm in Art. 28a Abs. 1 (Satz 2) IVG scheint auf Anhieb klar. Unter dem Titel "Bemessung des Invaliditätsgrades" und nach dem im ersten Satz enthaltenen Verweis auf Art. 16 ATSG wird festgehalten: "Der Bundesrat umschreibt die zur Bemessung des Invaliditätsgrades massgebenden Erwerbseinkommen sowie die anwendbaren Korrekturfaktoren" ("Le Conseil fédéral fixe les revenus déterminants pour l'évaluation du taux d'invalidité ainsi que les facteurs de correction applicables"; "Il Consiglio federale definisce i redditi lavorativi determinanti per la valutazione del grado d'invalidità e i fattori di correzione applicabili"). Im Vergleich zu der bis Ende 2021 gültig gewesenen Fassung fällt die neue formelle Gesetzesnorm insofern konkreter aus, als es im alten Recht bloss hiess, der Bundesrat umschreibe "das zur Bemessung des Invaliditätsgrades massgebende Erwerbseinkommen". Von Korrekturfaktoren war nicht die Rede. Diese existierten jedoch aufgrund der Rechtsprechung, mithin durch eigentliches Richterrecht bereits seit längerem, und zwar in zweierlei Gestalt: Zum einen als Abzug vom Tabellenlohn zwecks Korrektur der insbesondere für die Berechnung des Invalideneinkommens verwendeten statistischen Werte seit 1988 (vgl. BGE 126 V 75 E. 5a/aa mit Hinweis auf die nicht publ. E. 4b von BGE 114 V 310 ). Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass weitere persönliche und berufliche Merkmale einer versicherten Person, wie Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Nationalität oder Aufenthaltskategorie oder Beschäftigungsgrad - wie es die LSE dokumentieren - Auswirkungen auf die Lohnhöhe haben können, was sich als Rechtsprechung namentlich ab dem Jahr 2000 konsolidierte ( BGE 126 V 75 E. 5a/cc, mit Hinweis auf BGE 124 V 321 E. 3b/aa und seitherige; zur Genese der Rechtsprechung vgl. auch MEYER/REICHMUTH, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesgesetz über die Invalidenversicherung [IVG], 4. Aufl. 2022, N. 104 ff. zu Art. 28a IVG ). Zum ändern etablierte die Rechtsprechung auch die Korrektur in Form der Parallelisierung , die namentlich dort zum Tragen kommen soll, wo BGE 150 V 410 S. 422 ein im Vergleich zu den statistischen Werten bedeutend tieferes Valideneinkommen gegeben war ( BGE 134 V 322 E. 4.1; BGE 135 V 58 E. 3.4.3, BGE 135 V 297 E. 5.1; zu den beiden Korrekturinstrumenten: BGE 148 V 174 E. 6.3, 6.4 und 9.2.2 sowie zum Verhältnis der beiden: BGE 146 V 16 ).

### **E. 9.4**

Genau besehen kann von einem klaren Wortlaut indessen nur in Bezug auf den Grundsatz, jedoch nicht hinsichtlich des "Wie" die Rede sein. Dass der Bundesrat gemäss Art. 28a Abs. 1 (Satz 2) IVG " die anwendbaren Korrekturfaktoren" und nicht einfach "Korrekturfaktoren" zu umschreiben hat, liesse zwar ein Verständnis zu, wonach schon nach dem Gesetzeswortlaut an dem angeknüpft werden soll, was nach bisheriger Rechtsprechung galt. Eine solche Kontinuität ergibt sich jedoch nur unter Einbezug von Kontext und Vorgeschichte und nicht bereits aus dem Gesetzeswortlaut selbst. Da es dabei um sehr junges Recht geht, kommt der gesetzgeberischen Regelungsabsicht indessen besondere Bedeutung zu (vgl. E. 9.2 oben). Das macht den Beizug der Gesetzesmaterialien

unerlässlich.

#### **E. 9.4.1.1**

Ein zentrales Element der Weiterentwicklung der IV (WEIV) bildet die Einführung des stufenlosen Rentensystems, mithin die Eliminierung der bisherigen Abstufung nach Schwellenwerten, unter Beibehaltung des untersten (40 Prozent), dies alles im Bestreben, zwecks Förderung der Eingliederung mangelnde Erwerbsanreize für versicherte Rentenbezüger/innen zu beseitigen (vgl. dazu im Einzelnen die Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [Weiterentwicklung der IV], BBl 2017 2616 ff. Ziff. 1.2.4.6, 2638 ff. Ziff. 1.3.2). Konkret zum Entwurf von Art. 28a Abs. 1 IVG hält die Botschaft fest, dass die bisherige Delegationsnorm an den Bundesrat zur Festlegung der massgebenden Erwerbseinkommen präzisiert werde. Neu werde im Plural von den massgebenden Erwerbseinkommen gesprochen, womit das Validen- und das Invalideneinkommen gemeint seien, durch deren Gegenüberstellung nach Art. 16 ATSG der Invaliditätsgrad berechnet werde. Die in der Rechtsprechung definierte Praxis werde auf Verordnungsstufe geregelt (z.B. wann auf tatsächliche Werte und wann auf Tabellenlöhne abzustellen sei bzw. welche Tabelle anzuwenden sei). Ebenso soll der Bundesrat die bei diesen Einkommen nötigen von der Rechtsprechung entwickelten Korrekturen vornehmen (z.B. welche Kriterien für einen leidensbedingten Abzug zu berücksichtigen seien und in welcher Höhe ein entsprechender Abzug BGE 150 V 410 S. 423 erfolgen könne [BBl 2017 2668; vgl. ferner FF 2017 2493/f: "doit procéder aux corrections découlant de la jurisprudence pour ces revenus..."; FF 2017 2324/i: "secondo le modalità dalla giurisprudenza..."]). An anderer Stelle hält die Botschaft fest, dem Bundesrat werde die Kompetenz erteilt, in der IVV die vom Bundesgericht entwickelten Regeln und Kriterien, die für die Ermittlung des Einkommens mit und ohne Invalidität notwendig seien, aufzunehmen. Damit solle der Interpretationsspielraum der IV-Stellen und der kantonalen Gerichte bei der Durchführung eingeschränkt werden. Es gelte, einerseits eine möglichst einheitliche Handhabung für die ganze Schweiz ("unité de doctrine") sicherzustellen und andererseits gerichtliche Auseinandersetzungen zur Invaliditätsbemessung nach Möglichkeit zu vermeiden (vgl. BGE 148 V 174 E. 6.6), gerade auch, weil mit dem neuen stufenlosen Rentenmodell aus jedem einzelnen zusätzlichen "IV-Grad" eine andere Rentenhöhe resultiere (BBl 2017 2725; vgl. FF 2017 2549/f: "...des critères élaborés par le Tribunal fédéral..."; FF 2017 2382/i: "...le regole e i criteri sviluppati dal Tribunale federale...").

#### **E. 9.4.1.2**

Der mit dem Gesetzesentwurf präsentierte Wortlaut von Art. 28a Abs. 1 IVG (BBl 2017 2747; FF 2017 2570/f; FF 2017 2405/i) entsprach bereits vollständig jenem, der schliesslich Gesetz wurde (vgl. E. 6.2 oben). In den Kommissionen wie auch in der Ratsdebatte selber stand die Grundsatzfrage der - politisch umstrittenen - Einführung des stufenlosen Rentensystems im Zentrum der Beratung (Übergang zum stufenlosen Rentensystem an sich; Höhe der Schwellenwerte, namentlich für die ganze Rente bei 70 oder bei 80 Prozent; Besitzstand für bisherige Rentenbezüger bei Alter 55 oder 60). Wortmeldungen zur hier interessierenden Delegationsnorm und den dabei zu beachtenden Leitlinien finden sich - soweit ersehen - keine. Erwähnt seien immerhin zwei Voten: Ständerat Joachim Eder hielt am 19. September 2019 als Kommissionssprecher fest: " Die Bemessung des Invaliditätsgrades bleibt grundsätzlich unverändert " (AB 2019 S 798). In der nämlichen Sitzung äusserte sich sodann gleichentags auch der Vorsteher des federführenden Departements, Bundesrat Alain Berset (AB 2019 S 800): "Cela dit, sur le principe, nous

sommes convaincus que le pas vers un système de rentes linéaires est un pas qu'il faut faire pour créer un effet incitatif via la suppression des effets des seuils. Aussi, c'est un pas qu'il faut faire pour faire correspondre, dans la mesure du possible, le taux BGE 150 V 410 S. 424 d'invalidité et la quotité de la rente, et rendre ainsi le système plus proche de la réalité, et plus compréhensible également, ainsi que (...) plus correct, plus juste, pour les assurés. Ce qu'il faut dire dans ce cadre, c'est que, sur le principe, l'évaluation du taux d'invalidité ne change pas."

#### **E. 9.4.2**

Trotz des in Art. 28a Abs. 1 (Satz 2) IVG verwendeten bestimmten ("definiten") Artikels ("die [...] Korrekturfaktoren") besteht kein Zweifel, dass sich die Umsetzung in Gestalt von Art. 26 bis Abs. 3 IVV in Verbindung mit Art. 26 Abs. 2 und 3 IVV allein aus Sicht des Gesetzeswortlauts innerhalb des damit umrissenen Delegationsrahmens bewegt. Dieser ist, wie bereits gezeigt, etwas enger gehalten als in der Vorgängerfassung, ohne jedoch zu präzisieren, worin die Korrekturfaktoren bestehen könnten, wobei über die Verfassungsmässigkeit der betreffenden Gesetzesnorm hier nicht weiter zu befinden ist ( Art. 190 BV ; BGE 150 V 73 E. 6.2). Hinsichtlich des dergestalt offenen Gehalts belassen die Gesetzesmaterialien nun aber keine Zweifel, dass damit im Wesentlichen die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts rezipiert werden sollte. Diese Regelungsabsicht folgt - von den zitierten singulären Voten abgesehen - zwar lediglich aus der bundesrätlichen Botschaft. Das mindert den Bedeutungsgehalt der wiederholt gemachten Aussagen (vgl. E. 9.4.1.1) freilich keineswegs. Denn zum einen wurde der mit der Botschaft aufgelegte Entwurf der hier erörterten Delegationsnorm diskussionslos, unverändert zum Gesetz. Zum anderen erscheinen die Kundgaben in der Botschaft umso bedeutsamer, als sich damit just der künftige Verordnungsgeber geäußert hatte. Die damit vermittelte "Botschaft", dass die Invaliditätsbemessung selbst unverändert bleibe, mag denn gerade auch Grund dafür gewesen sein, dass sich in diesem Punkt keine Diskussion in den Kommissionen und Räten entspann.

#### **E. 9.4.3**

Im Vergleich zu den bisherigen Korrekturmöglichkeiten (vgl. E. 9.3 oben), die das Bundesgericht in BGE 148 V 174 nochmals eingehend würdigte und in ihrer Bedeutung hervorhob, hat der Verordnungsgeber mit der hier in Rede stehenden Bestimmung einen anderen Weg gewählt. Selbst wenn sich dies aufgrund des Wortlauts nicht ohne Weiteres aufdrängen mag, belässt die bekundete Regelungsabsicht des Verordnungsgebers keine Zweifel (vgl. E. 9.5.3 unten): Anstelle des aufgrund einer Vielzahl verschiedener Kriterien oder Merkmale zu gewährenden Abzugs, der nicht schematisch zu handhaben, nicht nach Massgabe je einzelner Merkmale additiv, sondern gesamthaft festzusetzen und in der Höhe auf 25 % begrenzt BGE 150 V 410 S. 425 war ( BGE 148 V 174 E. 6.3, BGE 148 V 419 E. 5.3; BGE 146 V 16 E. 4.1; BGE 134 V 322 E. 5.2; BGE 126 V 75 E. 5b/cc), soll mit dem "Teilzeitabzug" nur mehr ein einzelnes Kriterium verbleiben, das ab einer Leistungsfähigkeit von 50 Prozent und weniger gewährt wird und auf 10 Prozent begrenzt bleibt (vgl. Art. 26 bis Abs. 3 IVV ). Das bedeutet eine beträchtliche Einschränkung gegenüber dem früher verwendeten, im Wesentlichen seit BGE 126 V 75 E. 5a/cc bestehenden Fächer, dessen im Lauf der Zeit praktizierte Handhabe im Schrifttum freilich auch als ausufernd und inkonsistent kritisiert worden ist (EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER, Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung, 2021, S. 236 ff. Rz. 688 ff. haben in der Rechtsprechung 17

Merkmale ausgemacht; vgl. auch DAVID IONTA, Revenu d'invalidé selon l'ESS - une mise à jour, Jusletter 21. November 2022 Rz. 104 ff.). Dieser Befund erleichterte die Aufgabe des Verordnungsgebers sicher nicht und belies ihm auch von der Sache her Gestaltungsspielraum hin zu einer gewissen Schematisierung und Vereinfachung. Bei der nachfolgenden Prüfung muss daher im Sinne einer Gesamtsicht dem beschwerdeweise betonten Umstand Rechnung getragen werden, dass der Bundesrat neben Art. 26 bis Abs. 3 IVV weitere "Korrekturfaktoren" verankert hat. Genauso ist jedoch an Art. 16 ATSG zu erinnern, auf dessen Grundlage (bzw. bereits aufgrund der Vorgängernormen in den Spezialgesetzen) sich über die Jahre eine umfangreiche Rechtsprechung zu verschiedenen Teilaspekten entwickelt hat ( BGE 148 V 174 E. 9.2 in Verbindung mit E. 6.2-6.5; MARGIT MOSER-SZELESS, in: Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales, 2018, N. 1 zu Art. 16 ATSG ), die dem festen Normgehalt dieser Bestimmung zuzurechnen ist und die durch die hier in Rede stehende Revision jedenfalls nicht in allen Teilen verdrängt worden ist (vgl. MEYER/REICHMUTH, a.a.O., N. 1 zu Art. 28a IVG am Ende).

### **E. 9.5.1**

Die Invalidenversicherung schützt als Volksversicherung unter anderem vor dem Risiko gesundheitsbedingter Erwerbsunfähigkeit (vgl. Art. 41 Abs. 2 und Art. 112 BV ). Im Versicherungsfall steht der oder die einzelne versicherte Person im Fokus: Deren Gesundheitszustand mit seinen funktionellen Auswirkungen und erwerblichen Folgen gilt es nach Art. 43 ATSG von Amtes wegen (unter ihrer Mitwirkung) nach Massgabe des Beweisgrades überwiegender Wahrscheinlichkeit möglichst genau zu ermitteln. Im Hinblick darauf hat sich in langjähriger Rechtsprechung der Grundsatz BGE 150 V 410 S. 426 etabliert, dass beim Einkommensvergleich ( Art. 16 ATSG ) die Bestimmung sowohl des Validen- wie auch des Invalideneinkommens so konkret wie möglich zu geschehen hat ( BGE 148 V 419 E. 5.2, BGE 148 V 174 E. 6.2 und 9.2.2; BGE 143 V 295 E. 2.2 und 4.2.1; BGE 135 V 297 E. 5.2; BGE 134 V 322 E. 4.1; Urteile 8C\_346/2022 vom 14. Februar 2023 E. 4.2; 8C\_738/2021 vom 8. Februar 2023 E. 3.4.2.1; vgl. ferner MEYER/REICHMUTH, a.a.O., Überschrift vor N. 32 zu Art. 28a IVG , N. 49 und 81 sowie explizit 93, alle zu Art. 28a IVG , je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; MOSER-SZELESS, a.a.O., N. 17 und 30 zu Art. 16 ATSG ). Auf Erfahrungs- und Durchschnittswerte darf nur unter Mitberücksichtigung der für die Entlohnung im Einzelfall relevanten persönlichen und beruflichen Faktoren abgestellt werden ( BGE 144 I 103 E. 5.3; BGE 139 V 28 E. 3.3.2; je mit Hinweisen). Im Schrifttum ist in diesem Zusammenhang treffend auch von wirklichkeitsnaher und individueller Bestimmung die Rede (Nachweis bei EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER, a.a.O., S. 4 Rz. 10 mit Hinweisen).

### **E. 9.5.2**

Dass und weshalb mit dem revidierten Recht von diesen Vorgaben abgerückt werden sollte, ist nicht ersichtlich; ganz im Gegenteil zeugen Art. 26 Abs. 1 sowie Art. 26 bis Abs. 1 IVV davon, dass es nach wie vor prioritär an den konkreten Erwerbsverhältnissen anzuknüpfen gilt. Dessen ungeachtet bildet die Verwendung lohnstatistischer Angaben im Rechtsalltag, nunmehr positivrechtlich verankert, ein unerlässliches Hilfsmittel zur Invaliditätsbemessung ( Art. 25 Abs. 3, Art. 26 Abs. 4 sowie Art. 26 bis Abs. 2 IVV ), umso mehr, seit die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Suva) ihre Dokumentation von Arbeitsplätzen (DAP) ersatzlos aufgab (vgl. zur DAP: BGE 139 V 592 ; BGE 129 V 472 ), ohne dass Anstrengungen zur Weiterführung von anderer Seite bekannt geworden wären.

Die in den hiervor zitierten Bestimmungen aufscheinende Prioritätenordnung stellt auch klar, dass die Lohnstatistiken rechtsprechungsgemäss als ultima ratio subsidiär dann zu verwenden sind, wenn eine Ermittlung des Validen- und/oder Invalideneinkommens aufgrund und nach Massgabe der konkreten Gegebenheiten des Einzelfalles nicht möglich ist ( BGE 142 V 178 E. 2.5.7 mit Hinweisen). Mit Einführung des stufenlosen Rentensystems hat denn auch die prozentgenaue Ermittlung des Invaliditätsgrades über die früher massgeblichen Rentenabstufungen hinaus generell einen höheren Stellenwert erhalten ( BGE 148 V 174 E. 6.6). Dementsprechend kommt den Korrekturfaktoren gemäss Art. 28a Abs. 1 (Satz 2) IVG im Einzelfall grosse Bedeutung zu. BGE 150 V 410 S. 427

### **E. 9.5.3**

Zu den einzelnen "Korrekturfaktoren" gilt es Folgendes zu konstatieren:

#### **E. 9.5.3.1**

Die auch im vorliegenden Verfahren vertretene Haltung des BSV findet sich bereits in seinem "Erläuternden Bericht" nach dem Vernehmlassungsverfahren zu den Ausführungsbestimmungen zur Änderung des IVG (Weiterentwicklung der IV) vom 3. November 2021 verdeutlicht (im Folgenden: BSV, Erläuternder Bericht). Dort verweist das Amt darauf (vgl. S. 53 f.), dass leidensbedingte Einschränkungen im engeren Sinne (medizinisch bedingte quantitative und qualitative Einschränkungen) bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit konsequent bei der Einschätzung der funktionellen Leistungsfähigkeit der versicherten Person berücksichtigt würden (vgl. Art. 49 Abs. 1 bis IVV ). Dies führe im Vergleich zur früheren Praxis mit dem leidensbedingten Abzug zu einer Besserstellung der Versicherten, weil damit die Beschränkung des Abzugs auf maximal 25 Prozent entfalle. Dieses Vorgehen trage den Einschränkungen in der Erwerbsrealität umfassender Rechnung als das frühere Vorgehen mit einem pauschalen prozentualen ("leidensbedingten") Abzug auf dem Invalideneinkommen (vgl. Hintergrunddokument vom 4. April 2022 "Bemessung des Invaliditätsgrades im Rahmen von Weiterentwicklung der IV", S. 3).

#### **E. 9.5.3.2**

Inwiefern damit gegenüber früher etwas Neues geschaffen worden wäre, leuchtet nicht ein. Der Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 bis IVV in sämtlichen Sprachfassungen (vgl. E. 6.3.4 oben) ebenso wie die eingangs erwähnten Erläuterungen beziehen sich klar und ausschliesslich auf die medizinisch attestierte Arbeitsfähigkeit und die diesbezüglichen Einschränkungen. Anderes ist (regional-)ärztlicherseits auch gar nicht zu beurteilen (vgl. Art. 54a Abs. 2 und 3 IVG ) und liefe der in der Rechtsprechung seit je betonten Aufgabenteilung zwischen Rechtsanwendern und Medizinern zuwider (vgl. BGE 140 V 193 betreffend Arbeitsfähigkeit; Urteil 8C\_809/2021 vom 24. Mai 2022 E. 5.4 betreffend Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt). So gehört es zur ureigenen Aufgabe des Arztes oder der Ärztin, neben der medizinisch-theoretischen Arbeitsfähigkeit ein Zumutbarkeitsprofil zu definieren sowie bspw. ein vermindertes Rendement, therapiebedingte Absenzen oder vermehrten Pausenbedarf zu bescheinigen und diese letzteren - quantifizierbaren - Aspekte bei der Schätzung der Leistungsfähigkeit auch zu veranschlagen (vgl. Urteil 9C\_356/2018 vom 12. Oktober 2018 E. 5, wo dies in den Abzug einfluss). Hingegen entzieht sich dem BGE 150 V 410 S. 428 fachlich wie gesetzlich definierten (vgl. Art. 54a Abs. 2 und 3 IVG ) ärztlichen Zuständigkeitsbereich, ob bspw. aufgrund eines eng limitierenden Zumutbarkeitsprofils bei an sich intaktem

Ressourcenpotenzial mit Blick auf die Verwertbarkeit im Vergleich zur verwendeten Berechnungsgrundlage des Tabellenlohns eine zu korrigierende Einbusse resultiert (vgl. etwa Urteile 8C\_683/2023 vom 18. April 2024 E. 5.4 betreffend Limitierung auf nur mehr leichte Tätigkeiten mit diversen weiteren Einschränkungen und - nebst anderem - unkalkulierbaren Absenzen; 8C\_706/2022 vom 5. Dezember 2023 E. 6.3.2.3 betreffend Einhändigkeit und weitere qualitativen Einschränkungen, aber bei vollem Rendement; 8C\_297/2018 vom 6. Juli 2018 E. 4.3 bezogen auf einen Gesamt-IQ von 73; 8C\_19/2016 vom 4. April 2016 E. 5.5.2 betreffend langjährige Nichtausübung der angestammten Tätigkeit; vgl. auch Urteil 9C\_549/2012 vom 7. März 2013 E. 3.3.2 sowie MEYER/REICHMUTH, a.a.O., N. 107 zu Art. 28a IVG mit weiteren Hinweisen; KASPAR GERBER, in: Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, IVG, Thomas Gächter [Hrsg.], 2022, N. 153 f. zu Art. 28a IVG scheint in diesem Kontext implizit ausschliesslich medizinisch begründete Einschränkungen zu sehen). Derlei ist in der Praxis nicht selten anzutreffen. Erinnerung sei beispielhaft an die Fälle einarmiger oder einhändiger Versicherter, die im Rendement nicht limitiert, aber vom Tätigkeitsprofil her nur mehr eingeschränkt einsetzbar sind und deswegen mit Lohneinbussen zu rechnen haben. Letzteres beschlägt den Bereich der juristischen Erfahrungstatsachen und nicht denjenigen medizinisch-theoretischer Notwendigkeit, weshalb eine Berücksichtigung auf dem Weg nach Art. 49 Abs. 1 bis IVV ausser Betracht fällt und vielmehr eine normative Korrektur Platz zu greifen hat (vgl. zur Zuständigkeitsabgrenzung sowie zum Ganzen: GÄCHTER/MEIER, Dichtung und Wahrheit im Umgang mit LSE-Tabellenlöhnen, Jusletter 4. Juli 2022 Rz. 58 ff., 62; vgl. ferner GABRIEL HÜNI, Der Abzug vom tabellarischen Invalideneinkommen, Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht [JaSo] 2024 S. 78 ff., insb. zur Aufgabenteilung und zur Einarmigkeit auf S. 80).

### **E. 9.5.3.3**

Einen weiteren Korrekturfaktor erkennt das Bundesamt in der Parallelisierung. Diese zielt auf das Valideneinkommen und wird im Vergleich zur bislang geltenden Rechtsprechung (vgl. BGE 135 V 58 und 297) nunmehr (vgl. Art. 26 Abs. 2 und 3 IVV und E. 6.3.3 oben) erleichtert zugelassen, indem dem Beweggrund der tiefen Einkommenserzielung keine Bedeutung mehr zukommt. Im Schrifttum BGE 150 V 410 S. 429 wird diese Neuerung als sachgerecht begrüsst und dafür gehalten, dass insoweit die bisherige Rechtsprechung gegenstandslos geworden sei (MEYER/REICHMUTH, a.a.O., N. 127 zu Art. 28a IVG mit Hinweisen). Dieselben Autoren widersetzen sich hingegen - nebst anderen - der beschwerdeweise sowie in der Verwaltungspraxis gemäss Rz. 3414 KSIR vertretenen Sicht, wonach wirtschaftliche Faktoren, die bereits vor dem Eintritt der gesundheitlichen Beeinträchtigung vorlagen (z.B. Aufenthaltsstatus, Nationalität, fehlende Ausbildung, Alter, Anzahl Dienstjahre usw.), allein bei der Parallelisierung des Valideneinkommens zu berücksichtigen seien (MEYER/REICHMUTH, a.a.O., N. 129 zu Art. 28a IVG ). Tatsächlich verhält es sich häufig so, dass die betreffenden Faktoren, ohne dass sie zuvor - namentlich in Zeiten mit Vollbeschäftigung - das Valideneinkommen relevant beeinflusst hätten, sich erst im Invaliditätsfall lohnmindernd bemerkbar machen. Diesfalls entfällt nach Art. 26 Abs. 2 IVV (mangels Lohndifferenz von mindestens 5 Prozent) die Möglichkeit einer Parallelisierung, was sich gemäss der hier strittigen Novelle auch nicht mehr mit einem Abzug vom Tabellenlohn kompensieren lässt. Genau auf diese je verschiedenen Funktionen der beiden Korrekturfaktoren verwies das Bundesgericht bereits in BGE 146 V 16 E. 6.2.1, indem bei der Parallelisierung immer die - bereits im Gesundheitsfall vorliegenden - personenbezogenen Aspekte zu untersuchen sind, derweil beim

leidensbedingten Abzug die erst im Krankheitsfall wirksamen gesundheitsbezogenen Gesichtspunkte im Vordergrund stehen (vgl. GÄCHTER/MEIER, a.a.O., Rz. 54 ff. sowie MEYER/REICHMUTH, a.a.O., N. 3 zu Art. 28a IVG ). Mit Blick hierauf verfährt auch der Hinweis in der Beschwerde nicht, es handle sich dabei ohnehin um invaliditätsfremde Aspekte. Entscheidend ist vielmehr, dass sie sich häufig erst bei beeinträchtigter Gesundheit auswirken und insoweit sehr wohl invaliditätsbedingt sind (vgl. GÄCHTER/MEIER, a.a.O., Rz. 55 betreffend fehlende Ausbildung und Erfahrung). Damit vermag Art. 26 Abs. 2 IVV zwar dort - und nur dort - korrigierend zu wirken, wo die versicherte Person bereits vor Eintritt des Gesundheitsschadens zufolge der genannten Faktoren benachteiligt war, aber gerade in jenen Fällen nicht, wo sie leidensbedingt zu einem Wechsel der Tätigkeit gehalten ist und erst hiernach im Vergleich mit gesunden Personen Lohnnachteile erfährt.

#### **E. 9.5.3.4**

9.5.3.4.1 Den Faktoren Alter und Dienstjahre soll nach Auffassung des beschwerdeführenden Bundesamtes überhaupt keine Bedeutung BGE 150 V 410 S. 430 mehr zukommen. Unter Hinweis auf Tabelle 17 der LSE (Monatlicher Bruttolohn [Zentralwert] nach Berufsgruppen, Lebensalter und Geschlecht) hält es dafür, dass sich der Faktor Alter in keiner der Kategorien lohnsenkend auswirke. Nach der Rechtsprechung nehme auch die Bedeutung des Faktors Dienstalter im privaten Sektor ab, je niedriger das Anforderungsprofil sei, und ein langjähriges Arbeitsverhältnis beim gleichen Arbeitgeber könne sich auch positiv auf den Anfangslohn beim neuen Arbeitgeber auswirken (vgl. BSV, Erläuternder Bericht, a.a.O., S. 54). Eingeräumt wird hingegen, dass der Faktor Alter bei der Prüfung einer allfälligen Unverwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt berücksichtigt werden könne (BSV, Erläuternder Bericht, a.a.O., Fn. 89).

9.5.3.4.2 Was letzteres angeht, scheint die Auffassung des Bundesamtes, wenn auch in der Sache gerechtfertigt, letztlich nicht konsequent, obwohl es die beiden Aspekte - hier die altersbedingte Unverwertbarkeit, da die Lohneinbusse - voneinander zu trennen gilt (vgl. dazu MEYER/REICHMUTH, a.a.O., N. 114 zu Art. 28a IVG ; IONTA, a.a.O., S. 49 Rz. 203). Andererseits trifft es tatsächlich zu, dass die Rechtsprechung in einer Vielzahl von Fällen betont hat, die Bedeutung der Dienstjahre im privaten Sektor nehme ab, je niedriger das Anforderungsprofil sei ( BGE 126 V 75 E. 5a/cc mit Hinweis; vgl. etwa Urteil 8C\_438/2022 vom 26. Mai 2023 E. 4.3.5 u.v.m.). Desgleichen findet sich in zahlreichen Urteilen erwogen, dass sich insbesondere im Bereich der Hilfsarbeiten auf dem hypothetisch ausgeglichenen Arbeitsmarkt ein fortgeschrittenes Alter nicht zwingend lohnsenkend auswirken müsse, zumal gerade Hilfsarbeiten altersunabhängig nachgefragt würden ( BGE 146 V 16 E. 7.2.1 mit Hinweisen; Urteile 8C\_215/2023 vom 1. Februar 2024 E. 5.2.2.2; 8C\_375/ 2023 vom 12. Dezember 2023 E. 7.4 u.v.m.). Dabei argumentiert das Bundesgericht im gegebenen Sachzusammenhang seit geraumer Zeit nicht mehr mit den beschwerdeweise angeführten Lohnstatistiken (TA9 bzw. T17), die für höheres Lebensalter Einkommenszuwachs ausweisen (vgl. dazu IONTA, a.a.O., S. 50 Rz. 207 ff.). Vielmehr hat es die Frage explizit offengelassen, ob und inwieweit diese in wesentlichen Teilen aus stabilen und gerade im oberen Alterssegment lang andauernden Arbeitsverhältnissen gewonnenen statistischen Werte auch für Versicherte gelten, die sich aufgrund ihrer Invalidität im fortgeschrittenen Alter neu zu orientieren haben ( BGE 146 V 16 E. 7.2.1). Indessen hat es im gleichen Zug erkannt, dass mit den verfügbaren statistischen Angaben auch das Gegenteil - BGE 150 V 410 S. 431 nämlich ein unterdurchschnittliches Einkommen für Versicherte mit nur mehr kurzer Aktivitätsdauer bis zur Pensionierung - in genereller Form nicht zu untermauern ist ( BGE 146 V 16 E. 7.2.1). Im Schrifttum wird

dazu angemerkt, dass aufgrund des fortgeschrittenen Alters die Flexibilität zum Erlernen einer neuen Tätigkeit stark zurückgehe. Zudem fielen bei älteren Arbeitnehmern auch höhere Lohnnebenkosten in Form höherer Arbeitgeberbeiträge an, was es für sie erschwere, an einer neuen Stelle hohe (Median-)Einstiegsgehälter zu realisieren (GÄCHTER/MEIER, a.a.O., S. 19 Rz. 56). Die Rechtsprechung hat dies unter Berufung auf fehlende statistische Belege für entsprechende Einbußen nicht gelten lassen (vgl. Urteile 8C\_627/2021 vom 25. November 2021 E. 6.2; 8C\_841/2017 vom 14. Mai 2018 E. 5.2.2.3; 8C\_439/2017 vom 6. Oktober 2017 E. 5.6.4 mit Hinweisen). Das alles ändert jedoch nichts daran, dass es in der Praxis sehr wohl Beispiele gibt, in denen der Faktor Alter im Rahmen einer Gesamtwürdigung mitberücksichtigt wurde und zur Gewährung oder Bestätigung eines Abzugs vom Tabellenlohn führte (Urteile 8C\_444/2021 vom 29. April 2022 E. 4.3.3; 9C\_470/2017 vom 29. Juni 2018 E. 4.2; 9C\_242/2012 vom 13. August 2012 E. 3; 9C\_390/2011 vom 2. März 2012 E. 3; 9C\_1030/2008 vom 4. Juni 2009 E. 3; weitere Beispiele bei EGLI/FILIPPO/GÄCHTER/MEIER, a.a.O., S. 186 f. Rz. 502-528). Was die Rechtsprechung ablehnt, ist ein Automatismus, wonach ab einer gewissen Altersgrenze ohne Weiteres ein Abzug gewährt wird (BGE 146 V 16 E. 7.2.1; vgl. ferner SVR 2021 IV Nr. 77 S. 259, 9C\_497/2020 E. 5.2.2). Entscheidend sind denn auch hinsichtlich des betreffenden Kriteriums stets die konkreten Fallumstände, die es in die Beurteilung einzubeziehen gilt (vgl. BGE 146 V 16 E. 7.2.1). 9.5.3.4.3 In vergleichbarer Weise hat sich das Bundesgericht in Zusammenhang mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit geäußert: Ein wegen fehlender Dienstjahre bzw. fehlender Berufserfahrung unter dem Medianwert liegendes Bruttoeinkommen sei nicht ohne Weiteres bei der Höhe des Abzugs vom Tabellenlohn zu berücksichtigen, sondern es gelte in solchen Fällen auch der verbleibenden Erwerbsdauer bis zum Erreichen des AHV-Rentenalters Rechnung zu tragen (Urteil 9C\_339/2021 vom 27. Juli 2022 E. 4.5.4.3; ANDREAS TRAUB, Auslaufmodell "leidensbedingter Abzug", SZS 2022 S. 320 f.). 9.5.3.4.4 Vor diesem Hintergrund überzeugt es nicht, wenn das Bundesamt den Aspekten des Alters, aber auch der Dauer der Betriebszugehörigkeit von vornherein jede Relevanz abspricht. BGE 150 V 410 S. 432

### **E. 9.5.3.5**

Soweit sich der Beschwerdeführer sodann auf die im Nachgang zur Motion 22.3377 erfolgte Anpassung von Art. 26 bis Abs. 3 IVV beruft (vgl. E. 8.3.4), womit der Gesetzgeber seinerseits gezeigt habe, dass er den Delegationsrahmen von Art. 28a Abs. 1 IVG weit interpretiert haben möchte, ergibt sich Folgendes: 9.5.3.5.1 Die Anwendung dieser am 18. Oktober 2023 erlassenen Bestimmung steht im vorliegenden Fall aufgrund ihres Inkrafttretens am 1. Januar 2024 (AS 2023 635) nicht zur Diskussion. Dennoch kann sie hier nicht unbeachtlich bleiben. Tatsächlich trifft es zu, dass die nationalrätliche Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit als Urheberin dieser am 6. April 2022 eingereichten Motion 22.3377 im Rahmen der Begründung auf Art. 28a Abs. 1 IVG sowie auf Art. 26 bis IVV Bezug nimmt. Darin eine authentische Interpretation des Delegationsrahmens, gar eine rechtlich bedeutsame Sanktionierung der bundesrätlichen Umsetzung zu erkennen geht indessen nicht an. Stattdessen fällt auf, dass der Motionstext in ihrer Deutlichkeit selten gesehene Kritik am Verordnungsgeber enthält, der ungeachtet der vielfachen mahnenden Stimmen aus Rechtsprechung (vgl. BGE 142 V 178 E. 2.5.8; BGE 139 V 592 E. 7.4) und Wissenschaft und entgegen der von der Motionärin selbst ergangenen Aufforderung, eine neue Bemessungsgrundlage zu entwickeln, mit Art. 25 Abs. 3 IVV "eine problematische Praxis zementiert" habe. Hauptanliegen des Vorstosses war es denn auch, die Entwicklung von spezifisch auf die Bedürfnisse der Invaliditätsbemessung

zugeschnittenen Bemessungsgrundlagen unter Berücksichtigung des Vorschlags von Prof. Em. Riemer-Kafka und Dr. phil. Schwegler (vgl. "Der Weg zu einem invaliditätskonformerem Tabellenlohn", SZS 2021 S. 287 ff.) zu beschleunigen, nachdem Ergebnisse zur Machbarkeit und konkrete Vorschläge dazu vonseiten des BSV bzw. vom Bundesrat frühestens auf 2025 in Aussicht gestellt worden waren (vgl. die Stellungnahme des Bundesrates vom 25. Mai 2022 sowie diejenige vom 16. Februar 2022 auf die Interpellation 21.4522 von SR Hannes Germann "IV-Tabellenlöhne. Weshalb hat der Bundesrat die Signale aus der Vernehmlassung nicht aufgenommen?"). Nach Annahme der Motion am 1. Juni 2022 folgte der Nationalrat am 14. Dezember 2022 dem Ständerat und übernahm die von diesem am 26. September 2022 modifizierte Fassung: An den Bundesrat erging demnach der Auftrag, "bis zum 31. Dezember 2023 eine Bemessungsgrundlage zu implementieren, die bei der Ermittlung BGE 150 V 410 S. 433 des Einkommens mit Invalidität mittels statistischer Werte realistische Einkommensmöglichkeiten von Personen mit einer gesundheitlichen Beeinträchtigung berücksichtigt" (AB 2022 S 922 f.; N 2366 ff.).

9.5.3.5.2 Auch das Bundesgericht nahm seinerseits im grundlegenden BGE 148 V 174 davon Vormerk, dass der Bundesrat hinsichtlich der Entwicklung invaliditätskonformerer Vergleichslöhne einen diesbezüglichen Handlungsbedarf erkannt und entsprechende Schritte eingeleitet hatte (vgl. E. 9.2 des zitierten Grundsatzentscheids), dies nach Befassung mit den Studien BASS AG vom 8. Januar 2021 (Autoren: GUGGISBERG/SCHÄRRER/GERBER/BISCHOF), dem Rechtsgutachten "Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung" vom 22. Januar 2021 und den Schlussfolgerungen daraus "Fakten oder Fiktion? Die Frage des fairen Zugangs zu Invalidenleistungen. Schlussfolgerungen aus dem Rechtsgutachten 'Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung'" vom 27. Januar 2021 (beide von GÄCHTER/EGLI/MEIER/FILIPPO) sowie mit dem vorerwähnten Beitrag von RIEMER-KAFKA/SCHWEGLER. Dabei hat es eine Änderung seiner Rechtsprechung zur Verwendung von statistischen Tabellenlöhnen unter anderem gerade mit der Begründung verworfen, dass mit den bisherigen Korrekturinstrumenten (insbesondere einem Abzug vom Tabellenlohn von bis zu 25 %) auch den mittels korrigierter Tabelle erhobenen Abweichungen Rechnung getragen werden könne (a.a.O.). Und zum Schluss hat es explizit erwogen, dass eine Rechtsprechungsänderung gerade mit Blick auf das seit 1. Januar 2022 geltende revidierte Recht nicht opportun wäre. Selbst wenn die Rechtslage bezüglich der Ermittlung des Invalideneinkommens gesundheitlich beeinträchtigter Personen nicht in allen Teilen befriedigen möge, sei festzuhalten - so das Bundesgericht -, dass sich die fundamentale Kritik im Rechtsgutachten vom 22. Januar 2021 und in den Schlussfolgerungen aus dem Rechtsgutachten vom 27. Januar 2021 im Kern vor allem gegen Teile der Revision im Bereich der WEIV richte ( BGE 148 V 174 E. 9.3).

#### **E. 9.5.3.6**

An dieser Stelle sei abschliessend noch auf zwei weitere Aspekte verwiesen, die sich so weder im angefochtenen Urteil noch in der Beschwerde erwähnt finden, hier aber nicht unterschlagen werden sollen: 9.5.3.6.1 Der hinsichtlich des statistisch zu bestimmenden Invalideneinkommens gemäss Art. 26 bis Abs. 3 IVV in der hier anwendbaren Fassung einzig verbleibende Abzugsfaktor "Teilzeitarbeit" BGE 150 V 410 S. 434 von 10 Prozent differenziert nicht danach, ob es um eine voll- oder nur eine teilerwerbstätige Person geht. In beiden Fällen soll der Einkommensvergleich bezogen auf eine Vollerwerbstätigkeit vorgenommen werden. Massgebend ist die Einschätzung der funktionellen Leistungsfähigkeit. Sofern diese für eine Vollerwerbstätigkeit bei 50 Prozent oder weniger

liegt, so wird der Abzug gewährt, ohne Rücksicht darauf, wie hoch sich das zeitliche Pensum gestaltet (vgl. Rz. 3418 KSIR; BSV, Erläuternder Bericht, S. 54). In seiner Kommentierung verweist KASPAR GERBER (a.a.O., N. 151 zu Art. 28a IVG ) darauf, dass sich dieser pauschale Abzug in gewissen Fällen nicht auf die dafür massgebliche LSE T18 abstützen lasse und eine differenziertere Lösung mit mehr Abstufungen, getrennt nach Geschlecht angezeigt gewesen wäre. Zudem entkopple der Teilzeitabzug die noch zumutbare Teilarbeitsfähigkeit von der zeitlichen Präsenz, obwohl die Konstellationen (gesundheitlich bedingte Teilzeitarbeit und Vollzeittätigkeit mit reduzierter Leistungsfähigkeit) nicht miteinander vergleichbar seien (vgl. Urteil 9C\_708/2009 vom 19. November 2009 E. 2.5.1 mit Hinweisen). 9.5.3.6.2 In grundsätzlicher Hinsicht bedeutsam scheint zudem Folgendes: Der Gesetzgeber selbst hat die hier erörterte Thematik nicht übergeordnet angegangen, sondern spezialgesetzlich, und zwar ausschliesslich im Rahmen des IVG. Dies überrascht insofern, als es um die Bemessung der Invalidität nach Massgabe von Art. 16 ATSG geht (vgl. Art. 28a Abs. 1 [Satz 1] IVG), wie sie unmittelbar nicht nur für die Invalidenversicherung gilt, sondern gleichermassen für den Bereich der sozialen Unfallversicherung sowie die Militärversicherung und - mittelbar via Art. 23 BVG - auch für denjenigen der beruflichen Vorsorge (vgl. dazu allgemein: MOSER-SZELESS, a.a.O., N. 7 ff. zu Art. 16 ATSG ; FREY/LANG, in: Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, 2020, N. 2 zu Art. 16 ATSG ; mit Hinweis auf die Rechtslage vor dem ATSG: UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 4. Aufl. 2020, N. 10 zu Art. 16 ATSG , vgl. sodann N. 133 ff., 156 betreffend Einheitlichkeit des Invaliditätsgrades). Aus Sicht der gebotenen Einheit der Rechtsordnung, der im Rahmen einer systematischen Auslegung Bedeutung beizumessen ist ( BGE 147 V 114 E. 3.3.1.4; BGE 143 II 8 E. 7.3 mit Hinweisen), wirft dies weitreichende und sehr praxisrelevante Fragen auf. Insbesondere im Bereich des Unfallversicherungsrechts werden tagtäglich bei der Invaliditätsbemessung die aus dem Recht der Invalidenversicherung bekannten Grundsätze analog angewendet (vgl. statt BGE 150 V 410 S. 435 vieler: BGE 148 V 419 E. 5.2). Wie es sich damit unter der Geltung der revidierten IVV (und fehlendem Pendant auf Stufe UVV) verhalten soll, ist offen. Im gleichen Zug stellt sich die Frage, was das für die hier streitbetroffene Auslegung von Art. 28a Abs. 1 (Satz 2) IVG zu bedeuten hat.

## **E. 10**

Nach dieser Auslegeordnung bedarf es der abschliessenden Auswertung und Synthese.

### **E. 10.1**

Gemessen an dem, was die bisherige Rechtsprechung in den Grundsätzen insbesondere seit BGE 126 V 75 vorgegeben hat, liesse sich der hier allein zu prüfende Art. 26 bis Abs. 3 IVV (in der Fassung vom 3. November 2021) gemäss der vom BSV verfochtenen Lesart nicht halten, da damit die bisher bestehende Möglichkeit des Abzugs vom Tabellenlohn in weiten Teilen aufgegeben wird. Allein aufgrund des Gesetzeswortlauts bliebe derlei dem Verordnungsgeber freilich nicht verwehrt. Denn ungeachtet der Verwendung des bestimmten Artikels in Art. 28a Abs. 1 IVG (" die Korrekturfaktoren") verbleibt dem Bundesrat bei der Umsetzung und Konkretisierung ein weiter Gestaltungsspielraum. Besondere Bedeutung kommt im gegebenen Kontext jedoch den Materialien zu und dabei insbesondere der vom Bundesrat mit dem Gesetzesentwurf sprichwörtlich vermittelten "Botschaft" (vgl. E. 9.4.1.1 oben) sowie den spärlichen einschlägigen Voten in der Ratsdebatte (vgl. 9.4.1.2 oben). Die dortigen Hinweise auf die Rechtsprechung und auf das Bundesgericht sowie darauf, dass die Ermittlung des Invaliditätsgrades grundsätzlich

unverändert bleiben werde, geben Grund zur Annahme, dass der Gesetzgeber bei Verabschiedung des Art. 28a Abs. 1 (Satz 2) IVG andere Erwartungen hinsichtlich der Umsetzung in der IVV hegte und auch hegen durfte.

### **E. 10.2**

Das mit der Invaliditätsbemessung verfolgte und in der Rechtsprechung zu Art. 16 ATSG abgebildete Bemühen um ein möglichst konkretes, fallbezogenes Ergebnis (vgl. E. 9.5.1 oben) hat mit der jüngsten Revision des IVG keine Einschränkung erfahren. Ebenso steht die vom formellen Gesetzgeber bekräftigte und der bisherigen Rechtsprechung zugrunde liegende Notwendigkeit von Korrekturfaktoren allseits ausser Frage, dies vor dem Hintergrund, dass sich die in den Lohnstatistiken erfassten Zentralwerte nicht "tel quel", mithin unkorrigiert und unbesehen der konkreten Fallumstände als Invalideneinkommen verwenden lassen (vgl. bereits BBl 2017 2668; vgl. ferner FF 2017 2493/f sowie FF 2017 2324/i; E. 9.3, 9.4.3, BGE 150 V 410 S. 436 9.5.3.5.2 oben). Dies bestätigt nicht zuletzt eindrücklich die im Nachgang zur Motion 22.3377 per 1. Januar 2024 in Kraft gesetzte Anpassung von Art. 26 bis Abs. 3 (Satz 1) IVV (vgl. E. 9.5.3.5.1 oben).

### **E. 10.3**

Als weiteres, gewichtiges Auslegungselement lässt sich die anzustrebende Einheit der Rechtsordnung anführen (vgl. E. 9.5.3.6.2 oben), die hier umso mehr ins Gewicht fällt, als die Anwendung einer harmonisierenden Bundesrechtsnorm ( Art. 16 ATSG ) beschlagen ist und es um Auswirkungen im engen (sozialversicherungsrechtlichen) Sachzusammenhang geht. Denn gerade weil der Gesetzgeber die Delegation zum Erlass gesetzesvertretenden Verordnungsrechts auf Stufe Spezialgesetz platzierte, dies im Bereich der Invaliditätsbemessung, die zweigübergreifend nach einheitlichen Regeln zu geschehen hat (vgl. Art. 16 ATSG , worauf just Art. 28a Abs. 1 [Satz 1]IVG verweist), werden dem Verordnungsgeber Leitplanken gesetzt. So bleibt es ihm versagt, in einer Weise zu legiferieren, die im Vergleich zur bisherigen Ordnung und erst recht zu den übrigen (nicht in die Revision einbezogenen) Zweigen weitreichende, in der Sache nicht zu rechtfertigende Unterschiede aufweist. In der Lesart von Art. 26 bis Abs. 3 IVV wie sie von der Aufsichtsbehörde vertreten wird, nämlich im Sinne einer abschliessenden Ordnung, was den eigentlichen Abzug vom Tabellenlohn anbelangt (Rz. 3414 KSIR), wäre die Invalidität im Bereich der (ebenfalls auf stufenlose Berentung ausgerichteten) Unfallversicherung und Militärversicherung nicht mehr identisch zu bemessen. Denn dass hier auf dem Weg der Rechtsprechung praeter legem ("am Gesetz vorbei") gleichsam im Nachvollzug durch analoge Anwendung von Art. 26 bis Abs. 3 IVV Abhilfe zu schaffen wäre, ist schwer vorstellbar. Ein solches Nebeneinander von verschiedenen Korrekturmethode führte je nach Zweig in einer nicht zu unterschätzenden Zahl von Fällen zu abweichenden Ergebnissen, ohne dass dafür ein sachlicher Grund erkennbar wäre.

### **E. 10.4**

Weitere Überlegungen, namentlich inhaltlicher, zweckgerichteter Art kommen dazu. Dabei kann vorneweg vermerkt werden, dass sich das BSV seinerseits ebenfalls an einem Prüfungsmass der "Sachgerechtigkeit" zu orientieren scheint (vgl. E. 8.3.3 oben).

#### **E. 10.4.1**

Vorab ist klarzustellen, dass es dabei nicht um Fragen der wirtschaftlichen oder politischen Sachgerechtigkeit geht, zu der sich das Bundesgericht nicht zu äussern hat (vgl. E. 9.1 oben). Beschlagen sind vielmehr Sinn und Zweck der betreffenden Bestimmungen, BGE

150 V 410 S. 437 mithin von Art. 28a IVG unter Einbezug von Art. 16 ATSG, mitsamt der dazu im Wege der richterlichen Normkonkretisierung etablierten Praxis (vgl. MEYER/REICHMUTH, a.a.O., N. 16 zu Art. 28a IVG). Anders gewendet: Art. 26 bis Abs. 3 IVV ist hier nicht nur darauf hin zu prüfen, ob sich die Norm innerhalb des Rahmens der Delegation bewegt und ob sie darüber hinaus Bundesverfassungsrecht (insbesondere Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 BV) verletzt, sondern auch auf seine Vereinbarkeit mit sonstigem Bundes(gesetzes)recht (vgl. E. 9.1 oben).

#### **E. 10.4.2**

Das Bundesgericht verkennt nicht, dass sich mit dem Übergang zum stufenlosen Rentensystem das IV-Rentenrecht ganz wesentlich verändert hat. Ein eigentlicher Paradigmenwechsel ist damit allerdings nicht verknüpft, was schon daraus erhellt, dass Gleiches auch in anderen Sozialversicherungszweigen seit längerem funktioniert. Den weitgehenden Ausschluss des Abzugs vom Tabellenlohn mit dem Systemwechsel zu rechtfertigen geht daher nicht an (vgl. E. 9.5.2 oben). Insbesondere lässt auch die prozentgenaue Abstufung des Rentenanspruchs den Bedarf an wirksamen Korrekturfaktoren nicht hinfällig werden. Denn zum einen ruft eine unverändert hohe Eintrittsschwelle für den IV-Rentenanspruch von 40 Prozent nach genauen Berechnungsgrundlagen. Andererseits wird mit unzureichend korrigierten statistischen Lohnangaben auch die mit der verfeinerten prozentualen Abstufung erstrebte Genauigkeit nicht erreicht. Ebenso wenig erweist sich endlich als tragfähig, mittels einheitlicher Regelung das Ausmass an Rechtsstreitigkeiten beschränken zu wollen. Neue Regelungen führen zwangsläufig zur Entstehung neuer Konfliktfelder und entsprechenden Rechtsstreitigkeiten, ohne dass sich über das Ausmass Verlässliches prognostizieren liesse. Nachvollziehbar scheint hingegen das Anliegen, den weiten Ermessensbereich des Rechtsanwenders auf Verordnungsstufe zu determinieren. Das ruft nach einer gewissen Schematisierung und Pauschalierung. Derlei tangiert das von Art. 16 ATSG verfolgte Anliegen einer möglichst konkreten Bemessung der Vergleichseinkommen, ist aber zur ebenfalls gebotenen Vermeidung ungleicher Rechtsanwendung innerhalb eines sachgerechten Rahmens hinzunehmen.

#### **E. 10.4.3**

Schranken erwachsen dem Ordnungsgeber im hier gegebenen Zusammenhang ausserhalb ohnehin verbotener Willkür und Ungleichbehandlung notwendigerweise dort, wo er mit seinen Bestimmungen gesetzliche Zwecke unterläuft. Das trifft hier für den BGE 150 V 410 S. 438 vorinstanzlich beanstandeten Art. 26 bis Abs. 3 IVV zu. Daran vermag auch die vom beschwerdeführenden Bundesamt verfochtene Gesamtsicht nichts zu ändern. Denn es verkennt, dass das aus verschiedenen Korrekturfaktoren bestehende Instrumentarium nicht derart angelegt und in sich abgestimmt ist, dass dem bei Verwendung lohnstatistischer Einkommenszahlen unbestrittenerweise bestehenden Korrekturbedarf in jedem Fall hinreichend entsprochen werden kann. Die Eliminierung der Abzugsfaktoren bis auf einen einzigen wird - anders gewendet - in der weiten Bandbreite möglicher Konstellationen nicht ausreichend kompensiert. So entfällt, wie gezeigt (vgl. E. 9.5.3.3), eine Korrektur, wo die Parallelisierung nicht zu greifen vermag, weil das Valideneinkommen den LSE-Zentralwert um weniger als 5 Prozent unterschreitet ( Art. 26 Abs. 2 IVV ) und wo zugleich beim Invalideneinkommen ein Abzug unterbleiben soll, weil eine Leistungsfähigkeit von mehr als 50 Prozent bescheinigt wird ( Art. 26 bis Abs. 3 IVV ). Auch Art. 49 Abs. 1 bis IVV schafft hier keine Abhilfe (vgl. E. 9.5.3.2), da es diese

Bestimmung - bereits aufgrund des Wortlauts, aber auch von der Sache her - nicht gestattet, arbeitsmarktbedingte erwerbliche Gesichtspunkte in die ärztliche Bewertung einfließen zu lassen. Soweit es medizinische Gründe einer Einschränkung gibt, sind diese selbstredend in die entsprechende Schätzung aufzunehmen, ohne dass sie danach nochmals im Rahmen des Abzugs zu berücksichtigen wären ( BGE 148 V 174 E. 6.3; BGE 146 V 16 E. 4.1 f.; Urteil 9C\_339/2021 vom 27. Juli 2022 E. 4.5.2 am Ende; vgl. auch TRAUB, a.a.O., S. 322 am Ende). Genauso wie es auch Doppelverwertungen im Verhältnis zwischen Parallelisierung und Abzug zu vermeiden gilt ( BGE 134 V 322 E. 5.2 und 6.2; MEYER/REICHMUTH, a.a.O., N. 129 zu Art. 28a IVG ).

### **E. 10.5**

Das vom BSV aufgelegte Urteil des Berner Verwaltungsgerichts vermag das hier vertretene Auslegungsergebnis nicht zu widerlegen. Darin werden die in der Botschaft enthaltenen Angaben betreffend Art. 28a Abs. 1 (Satz 2) IVG zurückhaltender als hier interpretiert, wozu es keiner Weiterungen bedarf. Vor allem aber findet darin eine nähere Befassung mit den im vorliegenden Fall bemühten Auslegungselementen sowie mit den weiteren gesetzlichen Vorgaben ( Art. 16 ATSG ) nicht statt. Vielmehr belies es das Berner Verwaltungsgericht nach Verwerfung einer unechten bzw. rechtspolitischen Lücke im Wesentlichen bei einer Prüfung auf Willkür und Verletzung der Rechtsgleichheit, was es je verneinte. BGE 150 V 410 S. 439

### **E. 10.6**

Zusammenfassend ergibt sich nach Auslegung von Art. 28a Abs. 1 (Satz 2) IVG unter Einbezug von Art. 16 ATSG , unter Berücksichtigung entstehungsgeschichtlicher, grammatikalischer, systematischer und teleologischer Elemente, dass Art. 26 bis Abs. 3 IVV hinsichtlich der damit beabsichtigten abschliessenden Ordnung des Abzugs vom Tabellenlohn vor Bundesrecht nicht standhält. Der beschwerdeweise vertretenen Sichtweise des BSV ist mithin die Gefolgschaft zu versagen, soweit aufgrund der gegebenen Fallumstände, bei Beachtung von Art. 26 Abs. 2 und Art. 26 bis Abs. 3 IVV sowie der nach Art. 49 Abs. 1 bis IVV ärztlich festgelegten qualitativen und quantitativen Leistungsfähigkeit Bedarf an weitergehender Korrektur besteht. Diesfalls ist, was die zu berücksichtigenden Faktoren und deren Gewichtung angeht, ergänzend auf die bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze zurückzugreifen, dies mangels verfügbarer Alternative in Form berichteter Tabellenlöhne (vgl. hier auch etwa die in Urteil 8C\_182/2023 vom 17. April 2024 E. 4.3.2.3 diskutierten Auffälligkeiten). Auf diesem Weg lässt sich Art. 26 bis Abs. 3 IVV in der hier beurteilten, bis Ende 2023 in Kraft stehenden, ab Januar 2024 bereits wieder geänderten Fassung (vgl. E. 10.2 oben) gesetzeskonform anwenden, ohne dass dies seinem Wortlaut zuwiderlaufen würde. Nach dem Gesagten lässt sich im Ergebnis nicht beanstanden, wenn die Vorinstanz über Art. 26 bis Abs. 3 IVV hinaus das herkömmliche Korrektiv des Abzugs vom Tabellenlohn gemäss der bisherigen Rechtsprechung bemüht hat. Gegen dessen Bemessung (15 %) wird beschwerdeweise, von den soeben erörterten grundsätzlichen rechtlichen Bedenken abgesehen, nichts Konkretes eingewendet. Derlei ist auch nicht ohne Weiteres ersichtlich, weshalb es damit und mit den weiteren Berechnungsschritten sein Bewenden hat. Folglich bleibt es beim Anspruch des Beschwerdegegners auf eine ganze Rente (ab Februar 2019) und einer Rente von 59 % einer ganzen Rente (ab Juni 2022). Die Beschwerde ist abzuweisen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.