

Invaliditätsbemessung bei Schlechtverdienenden Ein Methoden- oder auch ein Gerechtigkeitsproblem?

PD Dr. iur. HARDY LANDOLT, LL.M., Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter an der
Universität St. Gallen, Glarus

Inhaltsübersicht

A.	Einleitung	33
B.	Invaliditätsbegriff	36
I.	Allgemeiner Invaliditätsbegriff	36
II.	Spezifischer Invaliditätsbegriff	37
C.	Invaliditätsbemessung	38
I.	Invalidenversicherungsrechtlicher Status	38
II.	Invaliditätsbemessungsmethoden	40
1.	Allgemeines	40
2.	Einkommensvergleichsmethode	41
a.	Zulässige Methoden	41
i.	Allgemeines	41
ii.	Reine Einkommensvergleichsmethode	42
iii.	Schätzungsvergleichsmethode	42
iv.	Prozentvergleichsmethode	43
b.	Valideneinkommen	44
i.	Arten	44
1)	Tatsächliches Valideneinkommen	44
2)	Hypothetisches Valideneinkommen	45
ii.	Bemessungsgrundsätze	45
1)	Nominallohnentwicklung	45
2)	Persönliche, familiäre und berufliche Lohnparameter	47
3)	Individuelle Berufskarriere	47
c.	Invalideneinkommen	48
i.	Arten	48
1)	Tatsächliches Invalideneinkommen	48
2)	Hypothetisches Invalideneinkommen	49
ii.	Bemessungsgrundsätze	50
1)	Konjunkturelle und invaliditätsfremde Lohnparameter	50
2)	Persönliche, familiäre und berufliche Lohnparameter	51

3.	Betätigungsvergleichsmethode	52
a.	Nichterwerbstätige (sog. spezifische Methode)	52
b.	Erwerbstätige (sog. ausserordentliche Methode).....	53
4.	Gemischte Methode	54
D.	Invaliditätsbemessung bei Schlechtverdienenden.....	55
I.	Prinzipielle Benachteiligung von Schlechtverdienenden	55
1.	Benachteiligung durch den Statusentscheid.....	55
2.	Benachteiligung durch die anwendbare Invaliditätsbemessungs- methode	56
a.	Benachteiligung durch die Einkommensvergleichsmethode.....	56
i.	Massgeblichkeit des bisher erzielten Valideneinkommens	56
ii.	Massgeblichkeit von freiwilligen Einkommensverzichteten	58
b.	Keine Benachteiligung durch die Prozent- bzw. Betätigungs- vergleichsmethode.....	60
II.	Aufwertung des Valideneinkommens	61
1.	Versicherte ohne abgeschlossene Berufsausbildung	61
a.	Lehrlinge	61
i.	Gesetzliche Aufwertung	61
ii.	Vergleichseinkommen im Beruf, für den die Ausbildung begonnen wurde	62
b.	Studenten	63
2.	Versicherte mit abgeschlossener Berufsausbildung	63
a.	Aufwertung von nicht existenzsichernden Einkommen	63
b.	Aufwertung von unterdurchschnittlichen, aber existenz- sichernden Einkommen	65
i.	Unterscheidung zwischen branchenüblichem und branchenunüblich tiefem Einkommen.....	65
ii.	Anerkannte Aufwertungstatbestände.....	65
iii.	Generelle Aufwertung von branchenunüblich tiefen Löhnen?	67
III.	Abwertung des Invalideneinkommens.....	67
1.	Soziallohnabzug.....	67
2.	Leidensbedingter Abzug	68
3.	Abzug infolge invaliditätsfremder Lohnfaktoren.....	69
IV.	Abwertung des Valideneinkommens bei Besserverdienenden.....	72
V.	Exkurs: Aufwertung des versicherten Verdienstes im Zusammenhang mit der Rentenfestsetzung	72
1.	Unterschiede zwischen der Aufwertung des versicherten Verdienstes und der Aufwertung des Valideneinkommens	72
2.	Aufwertung des versicherten Verdienstes bei Versicherten in Ausbildung	73
3.	Aufwertung des versicherten Verdienstes bei Versicherten mit abge- schlossener Ausbildung.....	74
E.	Zusammenfassung	74

A. Einleitung

Das *Erwerbseinkommen*¹ eines Versicherten ist ein *wichtiger sozialversicherungsrechtlicher Parameter*. Es dient als Bemessungsgrundlage für die

- Festlegung der persönlichen Beiträge²,
- Invaliditätsbemessung³,
- Festlegung von Taggeld- und Rentenleistungen⁴,
- Überversicherungsberechnung⁵.

Das sozialversicherungsrechtlich relevante Einkommen unterscheidet sich je nach Bemessungsvorgang und ist entweder *vergangenheits-, gegenwarts- oder zukunftsbezogen*. Für die Festlegung der persönlichen Beiträge ist das im fraglichen Kalenderjahr erzielte Erwerbseinkommen bzw. das AHV-pflichtige Einkommen⁶, für die Invaliditätsbemessung das Einkommen mit bzw. ohne Gesundheitsbeeinträchtigung⁷, für die Festlegung von Taggeld- und Rentenleistungen der im Zeitpunkt des Eintritts des versicherten Ereignisses versicherte Verdienst⁸ und für die Überversicherungsberechnung der mutmasslich in der Zukunft entgangene Verdienst⁹ massgeblich.

¹ Nachfolgend wird der Terminus Einkommen verwendet.

² Vgl. Art. 102 Abs. 1 lit. a AHVG, Art. 2 f. und 77 Abs. 1 lit. a IVG sowie Art. 91 ff. UVG.

³ Vgl. Art. 16 ATSG, Art. 28 IVG und infra Ziff. C/II.

⁴ Vgl. Art. 37 Abs. 1 i.V.m. Art. 29^{bis} ff. AHVG sowie Art. 17 und 20 Abs. 1 UVG.

⁵ Vgl. Art. 69 Abs. 2 ATSG und Art. 24 Abs. 1 BVV 2; ferner z.B. Urteile EVG vom 02.11.2004 (B 16/04) E. 3.1 ff. (mutmasslicher Verdienst nach Scheidung) und vom 02.09.2004 (B 17/03) E. 4.3 (mutmasslicher Verdienst eines teilzeitlich tätigen Eisenlegers).

⁶ Vgl. Art. 4 ff. AHVG.

⁷ Vgl. Art. 16 ATSG. Weiterführend infra Ziff. C/I/2/b und c.

⁸ Vgl. z.B. Art. 17 Abs. 1 und 20 Abs. 1 UVG. Siehe dazu ferner den Beitrag von FRANZ FISCHER in diesem Band.

⁹ Vgl. Art. 69 Abs. 2 ATSG und Art. 24 Abs. 1 BVV 2.

Ein *tiefes Einkommen* führt in den einkommensfinanzierten Sozialversicherungszweigen (erste und zweite Säule sowie Unfallversicherung) aus systemimmanenten Gründen zu geringeren Leistungen. Weil der Versicherte weniger in die Sozialversicherung einbezahlt hat, erhält er auch weniger Leistungen, wenn das versicherte Risiko eintritt. Das für die Versicherung genuine *Äquivalenzprinzip zwischen Prämie und Leistung im Versicherungsfall* ist mit dem der Sozialversicherung zugrunde liegenden *Solidaritätsgebot*¹⁰ letztlich unvereinbar. Die Gegensätzlichkeit zwischen *Äquivalenzprinzip* und *Solidaritätsgebot* widerspiegelt sich im aristotelischen Begriffpaar der *Austausch-* und der *Verteilgerechtigkeit*. Erstere gebietet eine gerechte Leistung für erbrachte Prämien, letztere eine gerechte Verteilung der Leistungen zwischen Arm und Reich. Beides zugleich ist nicht zu verwirklichen, weshalb es das gerechte Sozialversicherungssystem nicht gibt.

Die systembedingte Benachteiligung wird im Interesse der Verteilgerechtigkeit durch Einkommensfreibeträge¹¹, Mindest- und Maximalrenten (im Bereich der ersten Säule)¹² und Ergänzungsleistungen, Versicherungsobergrenzen¹³ etc. abgeschwächt. Ob dadurch die Verteilgerechtigkeit verwirklicht wird, ist eine rechtspolitische Frage. Vorliegend sei die *Ausgleichsgerechtigkeit* und damit die Frage ins Zentrum gestellt, ob die Invaliditätsbemessung gerecht ist bzw. inwieweit ein tiefes Einkommen bei der Invaliditätsbemessung zu Lasten des Versicherten berücksichtigt wird.

¹⁰ Vgl. Art. 111 ff. BV.

¹¹ Die von einem Arbeitgeber ausgerichteten Entgelte, die für den Arbeitnehmer einen Nebenerwerb bilden und 2000 Franken im Kalenderjahr nicht übersteigen, können von der Beitragserhebung ausgenommen werden (Art. 8^{bis} AHVV). Vom Einkommen aus einer nebenberuflich ausgeübten selbständigen Erwerbstätigkeit, das 2000 Franken im Kalenderjahr nicht übersteigt, werden die Beiträge ferner nur auf Verlangen des Versicherten erhoben (Art. 19 AHVV).

¹² Siehe dazu die Rentenskala <http://www.avs-ai.ch/Home-D/allgemeines/Renten44/RenAuf.htm> [zuletzt besucht am 10.06.2006].

¹³ Im Bereich der ersten Säule sind Einkommen über Fr. 77'800.– nicht mehr rentenwirksam (siehe Rentenskala 44, supra Fn 12). In der zweiten Säule sind Einkommen bis Fr. 77'400.– obligatorisch versichert (Art. 8 BVG). Der versicherte Verdienst beträgt in der Unfallversicherung maximal Fr. 106'800.– (Art. 22 Abs. 1 UVV).

Auf die *Interdependenzen zwischen den verschiedenen sozialversicherungsrechtlichen Einkommen* wird nur am Rand eingegangen¹⁴. Als «Schlechtverdienende» werden nachfolgend nicht nur die *Erwerbstätigen ohne existenzsicherndes Einkommen* (sog. «Working Poor»¹⁵), sondern auch die *Erwerbstätigen mit einem unterdurchschnittlichen Einkommen* sowie die *Nichterwerbstätigen* (Arbeitslose, Hausfrauen/-männer, Kinder und Jugendliche) verstanden. Unterdurchschnittlich ist ein Einkommen, wenn es entweder unter dem *gesamtschweizerischen Durchschnittslohn*, dem *branchenüblichen Durchschnittslohn* oder dem *regionalen Durchschnittslohn* liegt. Die verschiedenen Durchschnittslöhne gehen aus der Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik (LSE)¹⁶ hervor, die seit 1994 erhoben wird und online verfügbar ist¹⁷.

¹⁴ Infra Ziff. D/V/1 zum Verhältnis zwischen Valideneinkommen und versichertem Verdienst.

¹⁵ Working Poor sind erwerbstätige Personen im Alter von 20 bis 59 Jahren, die in einem armen Haushalt leben. Als erwerbstätig gelten Personen, die mindestens eine Stunde pro Woche gegen Bezahlung arbeiten. Die Kategorie der Working Poor ist beschränkt auf die erwerbstätigen Personen, die in einem Haushalt leben, dessen Mitglieder einen kumulierten Erwerbsumfang von mindestens 36 Stunden pro Woche aufweisen; der genannte Erwerbsumfang entspricht im Minimum einer Vollzeitbeschäftigung (90 % oder mehr). Als Armutsgrenze gilt ein Einkommen von Fr. 2'490.– bei Einzelpersonen bzw. Fr. 4'603.– Franken für ein Paar mit zwei Kindern. Die Working Poor machen rund 7 % der Bevölkerung aus und betreffen folgende Bevölkerungsgruppen: Einelternhaushalte, Haushalte mit drei oder mehr Kindern, Ausländer aus Nicht-EU-Ländern, Personen ohne nachobligatorische Ausbildung, Selbständigerwerbende ohne Mitarbeitende sowie Arbeitnehmer mit befristetem Anstellungsvertrag (siehe Medienmitteilung des Bundesamtes für Statistik vom 21.11.2005 – <http://www.bfs.admin.ch>).

¹⁶ Die LSE basiert auf einem alle zwei Jahre im Oktober an die Unternehmen verschickten Fragebogen. Sie erlaubt eine regelmässige Beschreibung der Lohnstruktur in allen Branchen des sekundären und tertiären Sektors sowie im Gartenbau anhand von repräsentativen Daten. Sie erfasst nicht nur die Branche und die Grösse des fraglichen Unternehmens, sondern auch die einzelnen Merkmale der Arbeitnehmenden und der Arbeitsplätze. Hinzu kommen Informationen über die Ausbildung und die berufliche Situation der Beschäftigten, über das Anforderungsniveau des Arbeitsplatzes sowie über die Art der Tätigkeit des Unternehmens.

¹⁷ >http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/arbeit_und_e/loehne__erwerbseinkommen/blank/kennzahlen0/lohnstruktur/nach_branche.html< (letztmals besucht am 31.05.2006).

B. Invaliditätsbegriff

I. Allgemeiner Invaliditätsbegriff

Invalidität bzw. Erwerbsunfähigkeit ist – nach der Definition des Gesetzgebers – der durch *Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit* verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise *Verlust der Erwerbsmöglichkeiten* auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt¹⁸. Ein Verlust von Erwerbsmöglichkeiten, mithin die Erwerbsunfähigkeit bzw. -invalidität¹⁹, tritt ein, wenn die Gesundheitsbeeinträchtigung die erwerbliche Leistungsfähigkeit einschränkt. Nach dem Gesetzeswortlaut ist die Erwerbsinvalidität egalitär, d.h. für alle Versicherten gleich; massgeblich ist der durch *Art und Schwere der erlittenen Gesundheitsbeeinträchtigung* unterschiedlich hohe Verlust von Erwerbsmöglichkeiten, nicht aber eine anderweitige «perte d'une chance», z.B. als Folge von persönlichen Verhältnissen oder sozialen Umständen²⁰. Der Gesetzgeber relativiert sowohl den *Grundsatz der Egalität* als auch die *Gesundheitsbezogenheit des Erwerbsinvaliditätsbegriffs*, indem er – bei mutmasslich Erwerbstätigen – einen Einkommensvergleich vorsieht²¹ und damit eine «Büchse der Pandora» – zumindest für Schlechtverdienende – öffnet²².

¹⁸ Art. 7 ATSG und Art. 8 Abs. 1 ATSG.

¹⁹ Erwerbsinvalidität und Arbeitsunfähigkeit (Art. 6 ATSG und Art. 29 Abs. 1 IVG) sind voneinander zu unterscheiden (statt vieler BGE 130 V 97 E. 3.2). Das Vorgehen, bei der Invaliditätsbemessung von der Arbeits- auf die Erwerbsunfähigkeit zu schliessen, ist nach der Rechtsprechung deshalb grundsätzlich unzulässig (vgl. BGE 114 V 314 E. 3c und Urteil EVG vom 26.09.2005 [I 353/04] E. 2.4) und darf nur ausnahmsweise zur Anwendung gelangen (vgl. Urteil EVG vom 30.05.2001 [I 35/01] E. 3a).

²⁰ Zur Unbeachtlichkeit von sog. invaliditätsfremden Einkommenseinbussen siehe infra Ziff. C/II/2/c/ii/1).

²¹ Vgl. Art. 16 ATSG und infra Ziff. C/II/2.

²² Nach dem griechischen Dichter Hesiod (um 700 v.Chr.) war Pandora eine von Hephaistos aus Erde geformte, von den Göttern mit allen Vorzügen ausgestattete Frau, die Zeus mit einem Tonkrug, der alle Übel enthielt, auf die Erde sandte, um die Menschen für den Raub des Feuers durch Prometheus zu strafen.

II. Spezifischer Invaliditätsbegriff

Von der Erwerbsinvalidität zu unterscheiden sind die anderen Leistungstatbestände des IVG. Die jeweilige *spezifische Invalidität* gilt als eingetreten, sobald sie die für die Begründung des Anspruchs auf die jeweilige Leistung erforderliche Art und Schwere erreicht hat²³. Für die spezifischen Invaliditätsfälle (Eingliederungsinvalidität, Hilflosigkeit, Hilfsmittelbedürftigkeit) ist grundsätzlich ebenfalls die *gesundheitsbedingte Einbusse an funktionellem Leistungsvermögen* massgeblich. So setzt die spezifische Hilfsmittelinvalidität ein gesundheitsbedingtes Funktionsdefizit voraus, das durch ein versichertes Hilfsmittel kompensiert werden kann²⁴. Das für die Gewährung der Hilflosenentschädigung erforderliche Funktionsdefizit besteht in einer gesundheitsbedingten Unfähigkeit, alltägliche Lebensverrichtungen selbstständig auszuführen²⁵.

Die Eingliederungsinvalidität ist uneinheitlich und besteht in einer (eingliederungswirksamen) Behandlungsbedürftigkeit²⁶, in einer Benachteiligung bei der schulischen oder beruflichen Ausbildung²⁷ oder einer Benachteiligung auf dem Arbeitsmarkt²⁸. In all diesen Fällen wird ebenfalls ein Gesundheitsschaden vorausgesetzt. Ob der Versicherte als Folge des gesundheitsbedingten Funktionsdefizits eine Einkommenseinbusse erleidet, ist grundsätzlich unerheblich. Einzig bei der Umschulungsinvalidität wird eine Einkommenseinbusse von mindestens 20 % vorausgesetzt²⁹. Schlechtverdienende, die auf Grund anderer Umstände als der beeinträchtigten Gesundheit ein unterdurchschnittliches Einkommen erzielen, werden beim Umschulungsanspruch insoweit benachteiligt, als der Nachweis einer relevan-

²³ Siehe Art. 4 Abs. 2 IVG.

²⁴ Vgl. Art. 2 HVI.

²⁵ Vgl. Art. 9 ATSG.

²⁶ Vgl. Art. 12 ff. IVG.

²⁷ Vgl. Art. 16 und 19 IVG.

²⁸ Vgl. Art. 17 f. IVG.

²⁹ Vgl. z.B. BGE 124 V 108 E. 2a und Urteil EVG vom 18.08.2004 (I 783/03) E. 1.2.

ten Einkommenseinbusse oft nicht möglich ist. Ein bescheidenes Einkommen kann immerhin ein Indiz dafür sein, dass der Versicherte erstmalig nicht angemessen eingegliedert worden ist³⁰.

Einem eingliederungsfähigen invaliden Versicherten mit Wohnsitz in der Schweiz kann eine Kapitalhilfe gewährt werden, sofern er sich in fachlicher und charakterlicher Hinsicht für eine selbständige Erwerbstätigkeit eignet, die wirtschaftlichen Voraussetzungen für eine dauernde existenzsichernde Tätigkeit gegeben sind und für eine ausreichende Finanzierung Gewähr geboten ist³¹. Eine existenzsichernde Tätigkeit liegt gemäss Rechtsprechung vor, wenn ein monatliches Einkommen in der Höhe des Mittelbetrages zwischen Minimum und Maximum der ordentlichen einfachen Altersrente erzielt werden kann³². Die Frage nach der Erzielung dieses existenzsichernden Einkommens ist dabei in Form einer mittelfristigen Prognose zu beantworten³³.

C. Invaliditätsbemessung

I. Invalidenversicherungsrechtlicher Status

Der Zweck der Invaliditätsbemessung besteht darin, den gesundheitsbedingten Verlust von Erwerbsmöglichkeiten als Prozentsatz zu bewerten, der Grundlage für die Berentung bildet. Die Bemessung der Erwerbsinvalidität richtet sich dabei nach dem *mutmasslichen Status ohne Gesundheitsschaden*. Der Gesetzgeber unterscheidet drei verschiedene invalidenversicherungsrechtliche Status:

³⁰ Siehe z.B. Urteile EVG vom 27.05.2003 (I 862/02) E. 4.3 und vom 19.06.2002 (I 390/01) E. 3c.

³¹ Vgl. Art. 18 Abs. 2 IVG und Art. 7 IVV.

³² Vgl. Urteil EVG vom 18.12.2001 (I 154/00) E. 2b/aa. Siehe ferner Urteile EVG vom 14.03.1997 (I 140/96) und vom 29.01.1992 (I 390/90) sowie BGE 118 V 203 E. 2c.

³³ Siehe dazu Urteil EVG vom 14.03.1997 (I 140/96).

- Erwerbstätige³⁴,
- Nichterwerbstätige³⁵ und
- Teilerwerbstätige³⁶.

Die Statusfrage beurteilt sich nach den Verhältnissen, wie sie sich bis zum Erlass der Verwaltungsverfügung entwickelt haben, wobei für die hypothetische Annahme einer im Gesundheitsfall ausgeübten (Teil-) Erwerbstätigkeit der im Sozialversicherungsrecht übliche *Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit* erforderlich ist³⁷. Es ist zu prüfen, ob der Versicherte ohne Invalidität mit Rücksicht auf die gesamten Umstände (teilweise) erwerbstätig oder in einem anerkannten Aufgabenbereich beschäftigt wäre. Bei im Haushalt tätig gewesenen Versicherten sind die persönlichen, familiären, sozialen und erwerblichen Verhältnisse ebenso wie allfällige Erziehungs- und Betreuungsaufgaben gegenüber Kindern, das Alter, die beruflichen Fähigkeiten und die Ausbildung sowie die persönlichen Neigungen und Begabungen zu berücksichtigen³⁸. Nicht massgebend ist, ob der Versicherte vor der Heirat erwerbstätig war; diese Tatsache kann allenfalls ein Indiz darstellen. Bei verheirateten Versicherten ist jedoch die Aufgaben- und Rollenverteilung im Rahmen der ehelichen Gemeinschaft zu beachten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Ehegatten gleichberechtigt sind und keine gesetzlich bestimmte Aufgabenteilung besteht³⁹. Mit dieser Freiheit der Ehegatten in der Ausgestaltung ihrer Partnerschaft ist es insbesondere nicht zu vereinbaren, einer traditionellen Rollenverteilung, die der Frau die Besorgung des Haushaltes zuweist, im Rahmen der Invaliditätsbemessung den

³⁴ Vgl. Art. 16 ATSG und Art. 28 Abs. 2 IVG.

³⁵ Vgl. Art. 28 Abs. 2^{bis} IVG sowie Art. 26^{bis} und 27 IVV.

³⁶ Vgl. Art. 28 Abs. 2^{ter} IVG und Art. 27^{bis} IVV.

³⁷ Siehe z.B. BGE 125 V 150 E. 2c.

³⁸ Vgl. z.B. BGE 117 V 194 E. 3b, 98 V 263 E. 1 und 98 V 268 E. 1c, ZAK 1985 S. 468 E. 1 und 1975 S. 206 E. 1b sowie Urteile EVG vom 11.08.2003 (I 332/03) E. 4 und vom 30.07.2002 (I 248/02) E. 1.2.

³⁹ Vgl. Art. 163 Abs. 2 ZGB.

Vorrang einzuräumen und die beruflichen bzw. erwerblichen Interessen der Ehefrau geringer einzustufen als diejenigen des Ehemannes⁴⁰.

Für die *Annahme einer mutmasslichen Erwerbstätigkeit* ist das Fliessen von Einkünften nicht Voraussetzung. Eine selbstständige Erwerbstätigkeit kann unter Umständen erst nach längerer Zeit zu Einkünften führen. Werden keine Einkünfte erzielt, kann das allerdings ein deutlicher Hinweis dafür sein, dass eine Nichterwerbstätigkeit, eine bloss vorgegebene Erwerbstätigkeit oder allenfalls eine Erwerbstätigkeit unbedeutenden Umfangs vorliegt, was von Fall zu Fall aufgrund der tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten zu prüfen ist⁴¹. Wird eine üblicherweise erwerbliche Tätigkeit auf Dauer ohne Gewinn ausgeübt, so lässt das Ausbleiben des finanziellen Erfolges regelmässig auf das Fehlen einer erwerblichen Zielsetzung schliessen⁴²; denn wer wirklich eine Erwerbstätigkeit ausübt, wird sich in der Regel nach längeren beruflichen Misserfolgen von der Zwecklosigkeit seines Unterfangens überzeugen lassen und die betreffende Tätigkeit aufgeben⁴³.

II. Invaliditätsbemessungsmethoden

1. Allgemeines

Dem jeweiligen invalidenversicherungsrechtlichen Status entsprechend werden *drei Invaliditätsbemessungsmethoden* unterschieden:

⁴⁰ Vgl. z.B. Urteil EVG vom 30.07.2002 (I 248/02) E. 1.2 und BGE 117 V 194 E. 3.

⁴¹ Vgl. ZAK 1987 S. 418 E. 3c und 4a.

⁴² So hat das EVG in ZAK 1987 S. 418 E. 4a erkannt, dass nach 10 bis 15 Jahren ohne jegliche betriebliche Einkünfte offensichtlich nicht mehr Erwerbstätigkeit angenommen werden kann. Im weiteren wurde entschieden, dass ein selbstständigerwerbender Architekt, der während Jahren nur geringfügige Einkommen erzielte, nicht überzeugend behaupten kann, dauernd voll erwerbstätig gewesen zu sein (ZAK 1986 S. 514).

⁴³ Vgl. BGE 115 V 161 E. 9c.

- *Einkommensvergleichsmethode* für Erwerbstätige,
- *Betätigungsvergleichsmethode* für Nichterwerbstätige,
- *gemischte Methode* für Teilerwerbstätige.

2. Einkommensvergleichsmethode

a. Zulässige Methoden

i. Allgemeines

Bei (mutmasslich) *erwerbstätigen* Versicherten wird 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 (Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen)⁴⁴. Die Rechtsprechung erachtet neben der *reinen Einkommensvergleichsmethode* aber zwei ausserordentliche Methoden, nämlich die *Schätzungs-* und die *Prozentvergleichsmethode*, als zulässig⁴⁵. Versagen diese drei Einkommensvergleichsmethoden, darf der Invaliditätsgrad von Erwerbstätigen ausnahmsweise nach Massgabe der *Betätigungsvergleichsmethode* (sog. ausserordentliche Methode) erfolgen⁴⁶. Insgesamt stehen so für die Invaliditätsbemessung von Erwerbstätigen vier Methoden zur Verfügung. Der Verwaltung kommt bei der Auswahl der fraglichen Methode ein relativ *weitgehendes Ermessen* zu⁴⁷. Die Gerichte, namentlich das EVG, wenden die ausserordentlichen Einkommensvergleichsmethoden zurück-

⁴⁴ Vgl. Art. 16 ATSG.

⁴⁵ Statt vieler Urteil EVG vom 18.01.2000 (I 5/99) E. 1a und b.

⁴⁶ Siehe z.B. BGE 128 V 29 E. 1 und 104 V 137 E. 2c; ferner infra Ziff. C/II/3/b.

⁴⁷ Vgl. z.B. BGE 114 V 313 E. 3a und Urteil EVG vom 30.05.2001 (I 35/01) E. 1b.

haltend an⁴⁸ bzw. unterziehen die darauf basierenden Invaliditätsbemessungen der Verwaltung regelmässig einer «*Plausibilitätsprüfung*»⁴⁹.

ii. Reine Einkommensvergleichsmethode

Bei der reinen Einkommensvergleichsmethode werden Validen- und Invalideneinkommen miteinander verglichen⁵⁰. Die einzelnen für die Berechnung des Invaliditätsgrades massgebenden Vergleichseinkommen sind exakte Werte und müssen mit grosser Sorgfalt festgelegt werden. Der gestützt darauf errechnete *Invaliditätsgrad* ist ein *mathematisch exakter Prozentwert*, der grundsätzlich nicht auf- oder abgerundet werden darf⁵¹. Für den Einkommensvergleich sind die *Verhältnisse im Zeitpunkt des Beginns des Rentenanspruchs* massgebend, wobei Validen- und Invalideneinkommen auf *zeitidentischer Grundlage* zu erheben und allfällige rentenwirksame Änderungen der Vergleichseinkommen bis zum Verfügungserlass zu berücksichtigen sind⁵².

iii. Schätzungsvergleichsmethode

Bei der Schätzungsvergleichsmethode werden Validen- und Invalideneinkommen nach Massgabe der im Einzelfall bekannten Umstände geschätzt und verglichen. Sie ist sowohl in der Invaliden- und der Unfallversicherung als auch für Un- und Selbstständigerwerbende⁵³ anwendbar. Der Schätzungsvergleich ist zulässig, wenn eine genaue ziffernmässige Einkommens-

⁴⁸ Siehe z.B. Urteil EVG vom 26.09.2005 (I 353/04) E. 2.4 f.

⁴⁹ Urteil EVG vom 01.03.2004 (I 316/03) E. 3.1.

⁵⁰ Infra Ziff. C/II/2/b und c.

⁵¹ Vgl. BGE 127 V 129 ff.

⁵² Vgl. BGE 129 V 22 und 128 V 174 E. 4a.

⁵³ Vgl. BGE 104 V 135 E. 2b und Urteil EVG vom 18.01.2000 (I 5/99) E. 1a und b. Ferner Urteile EVG vom 26.09.2005 (I 353/04) (im Gartenbau tätige Versicherte) und vom 30.10.2001 (I 527/00) (Buchhaltungsaushilfe).

ermittlung an sich zwar möglich wäre, aber einen *unverhältnismässig grossen Aufwand* erfordern würde, und wenn ferner angenommen werden kann, dass die blossе Schätzung der Einkommen ein *ausreichend zuverlässiges Resultat* ergibt⁵⁴. Davon darf insbesondere in «Extremfällen» ausgegangen werden, in welchen die konkreten Verhältnisse, z.B. auf Grund der Steuerakten, so liegen, dass die Differenz zwischen den beiden hypothetischen Einkommen die für den Rentenanspruch massgebenden Grenzwerte von 40 %, 50 %, 60 % und 70 % eindeutig über- oder unterschreitet⁵⁵.

iv. Prozentvergleichsmethode

Die Prozentvergleichsmethode ist für die Invaliditätsbemessung sowohl von Un- als auch Selbstständigerwerbenden anwendbar⁵⁶ und gilt auch in der Unfallversicherung⁵⁷. Sie setzt voraus, dass die fraglichen Vergleichseinkommen ziffernmässig nicht genau ermittelt werden können, wie das z.B. bei einer Arbeitslosigkeit von mutmasslich Erwerbstätigen der Fall ist⁵⁸. Ist eine ziffernmässige Ermittlung unmöglich, kann nach Massgabe der im Einzelfall bekannten Umstände eine *Gegenüberstellung blosser Prozentzahlen* erfolgen. Das Valideneinkommen ist mit 100 % zu bewerten, während das Invalideneinkommen auf einen entsprechend kleineren Prozentsatz veranschlagt wird, so dass sich aus der Prozentdifferenz der Invaliditätsgrad er-

⁵⁴ Vgl. BGE 104 V 135 E. 2b.

⁵⁵ Siehe Urteile EVG vom 30.10.2003 (I 121/03) E. 2.2 f. und vom 18.01.2000 (I 5/99) E. 1a und b sowie BGE 97 V 56/57.

⁵⁶ Vgl. z.B. Urteil EVG vom 04.04.2002 (I 696/01) E. 5. Siehe ferner Urteile EVG vom 14.09.2005 (I 344/05 und I 365/05) (Koch, Maurer, Lagermitarbeiter), vom 01.03.2004 (I 316/03) (Heizungsmonteurin), vom 14.07.2003 (I 426/02) (Augenoptikerin), vom 18.12.2002 (I 72/02) (selbstständigerwerbender Isoleur), vom 07.11.2002 (I 412/01) (Geschäftsleiterin), vom 18.04.2002 (I 354/00) (Inhaber Motorradgeschäft), vom 31.08.2001 (I 414/01) (Inhaber Marketingfirma) und vom 03.10.2000 (I 604/99) (Versicherungsberater).

⁵⁷ Sie gilt auch in der Unfallversicherung (BGE 114 V 310 E. 3a).

⁵⁸ Vgl. BGE 107 V 17 E. 2d.

gibt⁵⁹. Bei der Prozentvergleichsmethode entspricht der Invaliditätsgrad letztlich der *funktionellen Leistungseinbusse in Bezug auf die sog. Verweisungsberufe* des ausgeglichenen Arbeitsmarktes⁶⁰.

b. Valideneinkommen

i. Arten

1) Tatsächliches Valideneinkommen

Das Valideneinkommen ist das Erwerbseinkommen, das der Versicherte erzielen könnte, wenn er nicht invalid geworden wäre⁶¹. Da die bisherige Tätigkeit ohne Gesundheitsschaden erfahrungsgemäss fortgesetzt wird, ist in der Regel *vom letzten Lohn* auszugehen, der vor Eintritt der Gesundheitsschädigung erzielt wurde⁶². Dabei ist auf den während einer längeren Zeitspanne erzielten *Durchschnittsverdienst* abzustellen, wenn das bis Eintritt der Invalidität erzielte Einkommen starke und verhältnismässig kurzfristig in Erscheinung getretene Schwankungen aufweist⁶³. Bei Selbstständigerwerbenden entspricht das Valideneinkommen dem *durchschnittlichen Betriebsgewinn* vor Eintritt der Erwerbsunfähigkeit, wobei durchschnittliche Abschreibungen, eine Verzinsung des im Betrieb investierten Eigenkapitals zu 3,5 %, eine Aufrechnung der persönlichen AHV/IV/EO-Beiträge und ein anteilmäs-

⁵⁹ Vgl. z.B. BGE 114 V 310 E. 3a, 107 V 22 E. 2d sowie 104 V 136 E. 2a und b

⁶⁰ Bei der sog. ausserordentlichen Methode ist die erwerblich gewichtete funktionelle Leistungseinbusse in Bezug auf den Validenberuf massgeblich (infra Ziff. C/II/3/b).

⁶¹ Art. 16 ATSG.

⁶² Statt vieler RKUV 2006 S. 65 E. 2.

⁶³ Siehe Urteil EVG vom 28.04.2003 (I 297/02) E. 3.2.1 und ZAK 1985 S. 466 E. 2c; vgl. auch AHI 1999 S. 240 E. 3b und ZAK 1990 S. 519 E. 3c. Bei Selbstständigerwerbenden gilt das Durchschnittseinkommen der letzten fünf Jahre vor Eintritt des Gesundheitsschadens (Urteil EVG vom 08.03.2004 [I 424/03] E. 4.3; siehe demgegenüber Urteil EVG vom 17.12.2002 [I 232/02] E. 2.3 [sechs Jahre]).

siger Abzug für die nicht entlohnte Mitarbeit des Ehegatten zu berücksichtigen sind⁶⁴.

2) Hypothetisches Valideneinkommen

Lässt sich auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse das ohne gesundheitliche Beeinträchtigung realisierte Einkommen nicht hinreichend genau beziffern, ist auf Erfahrungs- und Durchschnittswerte bzw. auf die *Tabellenlöhne der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung* (LSE) des Bundesamtes für Statistik zurückzugreifen⁶⁵. Auf sie darf jedoch im Rahmen der Invaliditätsbemessung nur unter Mitberücksichtigung der für die Entlohnung im Einzelfall gegebenenfalls relevanten persönlichen, familiären und beruflichen Umstände abgestellt werden⁶⁶.

ii. Bemessungsgrundsätze

1) Nominallohnentwicklung

Das zuletzt erzielte Einkommen bzw. das bisherige Durchschnittseinkommen ist der seither eingetretenen Teuerung und der realen Einkommensentwicklung anzupassen⁶⁷. Die Lohnentwicklung erfolgt geschlechtsabhängig, weshalb eine *Differenzierung nach Geschlechtern* vorzunehmen ist⁶⁸. Sie verläuft zudem bei *Arbeitnehmern mit und ohne Berufsausbildung* nicht gleichmässig. Der Anfangslohn nach Lehrabschluss in zahlreichen Berufsgattungen liegt nicht oder nicht wesentlich höher als gewisse Hilfsarbeiter-

⁶⁴ Siehe z.B. Urteil EVG vom 30.11.2004 (I 230/04) E. 2.2 und ferner Ziff. 3029 ff. und 3078 ff. KSIH.

⁶⁵ Statt vieler Urteile EVG vom 05.12.2003 (I 630/02) E. 2.1 und vom 17.10.2003 (B 80/01) E. 5.2.2.

⁶⁶ Vgl. z.B. Urteile EVG vom 05.12.2003 (I 630/02) E. 2.1 und vom 29.08.2002 (I 97/00) E. 1.2.

⁶⁷ Statt vieler RKUV 2006 S. 65 E. 2.

⁶⁸ Vgl. BGE 129 V 408 E. 3.1.2.

saläre, wächst aber in der Folgezeit umso stärker an⁶⁹. Gesundheitlich beeinträchtigte Arbeitnehmer erreichen das durchschnittliche statistische Lohnniveau voll leistungsfähiger Hilfsarbeiter in der Regel nicht, weshalb beim Einkommensvergleich eine Kürzung der statistischen Tabellenlöhne um bis zu 25 % vorzunehmen ist⁷⁰. Hilfsarbeiter sind den konjunkturellen Risiken auf dem Arbeitsmarkt und strukturellen betrieblichen Anpassungen viel stärker ausgesetzt als qualifizierte Mitarbeiter mit Berufsausbildung⁷¹.

Eine *unterschiedliche Lohnentwicklung im Validen- und Invalidenbereich* ist ebenfalls zu berücksichtigen. Ist der Versicherte in der angestammten Beschäftigung bestmöglich eingegliedert, ist es nicht erforderlich, die Lohnentwicklung im Validen- und Invalidenbereich je gesondert nachzuvollziehen. Ein abweichender Verlauf von Validen- und Invalideneinkommen ergibt sich aber, sobald die leidensbedingte Einschränkung den Erfahrungseffekt und das damit verbundene übliche berufliche Fortkommen (teilweise) zunichte macht⁷².

Gewährt der Arbeitgeber aus wirtschaftlichen Gründen keine Lohnerhöhungen, ist eine Anpassung an die statistisch festgestellte Nominallohnentwicklung nicht zulässig. Hält die *Lohnstagnierung* über mehrere Jahre an, kann die Annahme, der Arbeitnehmer hätte, wäre er gesund geblieben, keinen Stellenwechsel ins Auge gefasst, nicht mehr als realistisch betrachtet werden, weshalb es sich nach einer gewissen Zeit, spätestens nach fünf Jahren, rechtfertigt, die Nominallohnentwicklung zu berücksichtigen⁷³.

⁶⁹ Siehe Urteil EVG vom 18.08.2004 (I 783/03) E. 5.2.

⁷⁰ Vgl. BGE 129 V 481 E. 4.2.3 und ferner supra Ziff. D/III/2.

⁷¹ Vgl. BGE 124 V 112 E. 3b.

⁷² Vgl. RKUV 2006 S. 65 E. 2.2.

⁷³ Vgl. RKUV 2005 S. 112.

2) Persönliche, familiäre und berufliche Lohnparameter

Unter dem Valideneinkommen ist dasjenige zu verstehen, welches die versicherte Person ohne Invalidität, also im Gesundheitsfall, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit tatsächlich erzielen würde. Die Ermittlung hat so konkret wie möglich zu erfolgen. Massgebend ist, was die versicherte Person auf Grund ihrer beruflichen Fähigkeiten sowie persönlichen und familiären Umstände unter Berücksichtigung ihrer beruflichen Weiterentwicklung, soweit hierfür hinreichend konkrete Anhaltspunkte bestehen (Kursbesuche, Aufnahme eines Studiums etc.), zu erwarten gehabt hätte⁷⁴. Der hypothetischen Einkommensermittlung sind die gleichen persönlichen, familiären und beruflichen Voraussetzungen zu Grunde zu legen, wie sie vor Eintritt der Invalidität vorhanden waren und wie sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bis zum Verfügungserlass angedauert hätten⁷⁵.

3) Individuelle Berufskarriere

Die mutmassliche individuelle Berufskarriere bzw. die Ausübung eines (anderen) besser bezahlten Berufes ist zu berücksichtigen⁷⁶. Aus einer besonderen beruflichen Qualifizierung im Invaliditätsfall können Rückschlüsse auf die hypothetische Entwicklung des Valideneinkommens gezogen werden, insbesondere dann, wenn die angestammte Tätigkeit weitergeführt werden kann. Aus einer *erfolgreichen Invalidenkarriere in einem neuen Tätigkeitsbereich* darf aber nicht ohne weiteres abgeleitet werden, der Versicherte hätte ohne Invalidität eine vergleichbare Position auch im angestammten Tätigkeitsgebiet erreicht⁷⁷. Hätte der Versicherte als Gesunder einen Berufswechsel vorgenommen, der mit einem tieferen Einkommen verbunden gewesen wäre,

⁷⁴ Vgl. Urteile EVG vom 28.05.2004 (I 598/03) E. 4.1.2 und vom 05.12.2003 (I 630/02) E. 2.1. Siehe ferner RKUV 2005 S. 40 (Berücksichtigung der tatsächlich vollzogenen beruflichen Entwicklung beim Valideneinkommen im Rentenrevisionsprozess).

⁷⁵ Statt vieler RKUV 1993 S. 100.

⁷⁶ Infra Ziff. D/II/1/a/ii.

⁷⁷ Vgl. RKUV 2005 S. 315.

bzw. wäre er einer schlechter bezahlten Erwerbstätigkeit nachgegangen, ist dieses tiefere Einkommen als Valideneinkommen heranzuziehen. Gesundheitlich bedingte Berufs- bzw. Tätigkeitswechsel sind jedoch nicht massgeblich⁷⁸.

c. Invalideneinkommen

i. Arten

1) Tatsächliches Invalideneinkommen

Unter dem Invalideneinkommen ist das Erwerbseinkommen zu verstehen, 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 könnte⁷⁹. Ausgangspunkt für die Festlegung des Invalideneinkommens ist die *konkrete beruflich-erwerbliche Situation*, in welcher der Versicherte sich im Zeitpunkt des Invaliditätsbeginns befindet. Auf das *tatsächliche Invalideneinkommen* des Versicherten kann abgestellt werden, wenn

- besonders stabile Arbeitsverhältnisse gegeben sind,
- der Versicherte die ihm verbleibende Arbeitsfähigkeit in zumutbarer Weise voll ausschöpft,
- das Einkommen aus der Arbeitsleistung angemessen und nicht als Soziallohn erscheint⁸⁰.

⁷⁸ Vgl. Urteil EVG vom 05.09.2001 (M 2/01) E. 5a und b (mutmasslicher Berufswechsel von Gemeindearbeiter zu Landwirt).

⁷⁹ Vgl. Art. 16 ATSG.

⁸⁰ Vgl. BGE 126 V 75 E. 3b/aa und 117 V 18 Erw. 2c/aa sowie RKUV 1991 S. 272 E. 4a.

2) Hypothetisches Invalideneinkommen

Übt der mutmasslich erwerbstätige Versicherte gesundheitsbedingt keine Erwerbstätigkeit mehr aus oder ist eine der vorstehend genannten Bedingungen nicht gegeben, ist das Invalideneinkommen nach Massgabe der *Tabellenlöhne gemäss der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE)* zu bestimmen⁸¹. Für den Verwendungszweck des Einkommensvergleichs ist dabei auf die im Anhang enthaltene Statistik der Lohnsätze, d.h. der standardisierten Bruttolöhne (Tabellengruppe A) abzustellen, wobei jeweils vom so genannten Zentralwert (Median) auszugehen ist. Bei der Anwendung der Tabellengruppe A gilt es ausserdem zu berücksichtigen, dass ihr generell eine *Arbeitszeit von 40 Wochenstunden* zu Grunde liegt, welcher Wert etwas tiefer ist als die betriebsübliche durchschnittliche Arbeitszeit, und nach *verschiedenen Anforderungsniveaus* unterschieden wird⁸². Bislang offen gelassen wurde, ob an Stelle des Zentralwerts die nach Grossregionen differenzierende Tabelle A13 herangezogen werden kann, wenn der fragliche Zentralwert (Median) nennenswert unter dem gesamtschweizerischen Total liegt⁸³.

In der *Unfallversicherung* werden *DAP-Löhne*⁸⁴ für die Festlegung des Invalideneinkommens herangezogen. Das Abstellen auf DAP-Löhne setzt voraus, dass, zusätzlich zur Auflage von mindestens fünf DAP-Blättern, Angaben gemacht werden über die Gesamtzahl der auf Grund der gegebenen Behinderung in Frage kommenden dokumentierten Arbeitsplätze, über den Höchst- und den Tiefstlohn sowie über den Durchschnittslohn der entsprechenden Gruppe. Allfällige Einwendungen der versicherten Person bezüglich des Auswahlermessens und der Repräsentativität der DAP-Blätter im Einzelfall sind grundsätzlich im Einspracheverfahren zu erheben. Ist die

⁸¹ Statt vieler BGE 126 V 75 E. 3b/bb sowie ZAK 1991 S. 321 und 1989 S. 458 E. 3b.

⁸² Vgl. BGE 126 V 75 E. 3b/bb.

⁸³ Vgl. Urteil EVG vom 08.04.2002 (I 305/00) E. 2c/aa.

⁸⁴ Dokumentation von Arbeitsplätzen (DAP) – <http://www.suva.ch/home/suvacare/dap.htm?WT.svl=sub> (letztmals besucht am 20.05.2006).

SUVA nicht in der Lage, den erwähnten verfahrensmässigen Anforderungen zu genügen, kann nicht auf den DAP-Lohnvergleich abgestellt werden⁸⁵.

ii. Bemessungsgrundsätze

1) Konjunkturelle und invaliditätsfremde Lohnparameter

Heranzuziehen sind die Tabellenlöhne von Tätigkeiten bzw. Berufen, die dem Versicherten auf dem «in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt» möglich⁸⁶ und zumutbar sind (sog. Verweisungstätigkeiten bzw. -berufe)⁸⁷. Das Kriterium des ausgeglichenen Arbeitsmarktes dient als Abgrenzungskriterium zwischen der Arbeitslosenversicherung (konjunkturbedingte Arbeitslosigkeit) und der Invaliden- sowie der Unfallversicherung (invaliditätsbedingte Arbeitslosigkeit).

Die *Fiktion des ausgeglichenen Arbeitsmarkts* geht von einem Gleichgewicht zwischen Angebot an und Nachfrage nach Arbeitskräften aus und ist zudem dadurch gekennzeichnet, dass er einen Fächer verschiedenartiger Stellen offen hält⁸⁸. Der den Hilfsarbeitern offenstehende Arbeitsmarkt ist z. B. nicht ausschliesslich auf Handlanger- und andere körperliche Tätigkeiten beschränkt, sondern umfasst auch weniger belastende Bedienungs- und Überwachungstätigkeiten sowohl in Industrie und Gewerbe als auch im Dienstleistungssektor⁸⁹.

⁸⁵ Vgl. BGE 129 V 472 ff.

⁸⁶ Die Ausübung von Verweisungsberufen ist möglich, wenn der Versicherte gesundheitlich dazu in der Lage ist und eine Arbeitsbewilligung für diese hat (siehe z.B. Urteil EVG vom 07.03.2001 [U 132/00] E. 2b [betreffend einen Asylbewerber]).

⁸⁷ Vgl. Art. 7 ATSG.

⁸⁸ Siehe BGE 127 V 298 E. 4c und 110 V 276 E. 4b sowie Urteile EVG vom 26.04.1999 (I 31/97) = AHI-Praxis 1999 S. 223 E. 5c/bb; ferner AHI-Praxis 1998 S. 291 und ZAK 1991 S. 320 E. 3b.

⁸⁹ Vgl. z.B. Urteil EVG vom 28.11.2002 (U 141/01) E. 6.2.

Ob die theoretisch möglichen Tätigkeiten aus *Gründen des konkreten Arbeitsmarktes* auch tatsächlich ausgeübt werden können, ist für die Invaliditätsbemessung unerheblich⁹⁰. Für die Invalidität unbeachtlich sind deshalb nicht nur *konjunkturelle Gründe*, sondern auch andere invaliditätsfremde Faktoren, wie z.B. ein *fortgeschrittenes Alter*⁹¹, *mangelnde Schul- oder Berufsbildung* und *Schwierigkeiten sprachlicher Art* sowie *psychosoziale und soziokulturelle Faktoren*⁹², welche die Verwertung der Erwerbsfähigkeit des Versicherten auf dem konkreten Arbeitsmarktes behindern⁹³.

2) Persönliche, familiäre und berufliche Lohnparameter

Der hypothetischen Einkommensermittlung sind die *gleichen persönlichen, familiären und beruflichen Voraussetzungen* zu Grunde zu legen, wie sie vor Eintritt der Invalidität vorhanden waren und wie sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bis zum Verfügungserlass angedauert hätten⁹⁴. Wer im Tieflohnsektor tätig war und es auch überwiegend wahrscheinlich weiterhin gewesen wäre, dem kann als hypothetisches Invalideneinkommen kein höheres Einkommen angerechnet werden⁹⁵. Stehen einem im Tieflohnsektor tätig gewesenen Versicherten jedoch andere Verweisungsberufe offen, ist als Invalideneinkommen das einer Verweisungstätigkeit entsprechende branchenübliche Einkommen heranzuziehen⁹⁶. Es ist deshalb ohne weiteres möglich, dass das hypothetische Invalideneinkommen annähernd gleich hoch ist

⁹⁰ Vgl. z.B. AHI-Praxis 1999 S. 223 E. 5c/bb mit Hinweis auf BBl 1958 II 1162.

⁹¹ Vgl. BGE 122 V 28 E. 6. Das vorgerückte Alter ist in der Unfallversicherung von Bedeutung (Art. 28 Abs. 4 UVV; BGE 113 V 132 E. 4).

⁹² Vgl. BGE 130 V 352 E. 2.2.5, 127 V 299 E. 5a, 122 V 28 E. 6d/aa, 117 V 202 E. 2b und 107 V 21 E. 2c.

⁹³ Infra Ziff. D/V/3.

⁹⁴ Statt vieler RKUV 1993 S. 100.

⁹⁵ Vgl. Urteil EVG vom 07.03.2001 (U 132/00) E. 2b (betreffend einen als Küchengehilfen tätigen Asylbewerber).

⁹⁶ Vgl. Urteil EVG vom 29.04.2005 (I 140/05) E. 2.2.3 (36-jähriger in der Landwirtschaft tätiger Ausländer mit C-Bewilligung).

wie der frühere Validenlohn⁹⁷; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Versicherte mit der vor Eintritt des Gesundheitsschadens ausgeübten Tätigkeit sein Leistungsvermögen nicht voll ausgeschöpft hat⁹⁸.

3. Betätigungsvergleichsmethode

a. Nichterwerbstätige (sog. spezifische Methode)

Bei Nichterwerbstätigen ist die gesundheitsbedingte Einschränkung, sich im anerkannten Aufgabenbereich zu betätigen, massgeblich⁹⁹. Als Aufgabenbereich gelten¹⁰⁰:

- die übliche Tätigkeit im Haushalt,
- die Erziehung der Kinder,
- die unentgeltliche Mitarbeit im Betrieb des Ehegatten,
- gemeinnützige und künstlerische Tätigkeiten,
- die gesamte Tätigkeit in einer klösterlichen Gemeinschaft¹⁰¹.

Die Invaliditätsbemessung nach Massgabe der Betätigungsvergleichsmethode hat in allen Sozialversicherungsbereichen identisch zu erfolgen¹⁰².

⁹⁷ Vgl. Urteil EVG vom 29.04.2005 (I 140/05) E. 2.2.3; ferner Urteile EVG vom 29.04.2005 (I 140/05) und vom 04.07.2003 (U 68/03).

⁹⁸ So etwa Urteil EVG vom 05.07.2001 (I 249/00).

⁹⁹ Vgl. Art. 8 Abs. 3 ATSG und Art. 28 Abs. 2^{bis} IVG.

¹⁰⁰ Vgl. Art. 28 Abs. 2^{ter} IVG und Art. 27 IVV.

¹⁰¹ Nicht jede unentgeltliche bzw. ehrenamtliche Tätigkeit gilt als Betätigung in einem nichterwerblichen Aufgabenbereich (BGE 130 V 360 ff. [ehrenamtliche Tätigkeit] und ferner 131 V 51 E. 5.1.2).

¹⁰² Vgl. BGE 131 V 120 ff.

b. Erwerbstätige (sog. ausserordentliche Methode)

Bei Erwerbstätigen, bei denen Validen- und Invalideneinkommen weder ziffernmässig errechnet noch durch eine Schätzung oder einen Prozentvergleich festgelegt werden können, gilt ebenfalls die Betätigungsvergleichsmethode als ausserordentliche Einkommensvergleichsmethode¹⁰³. Massgebliche Referenzgrösse ist die *funktionelle Leistungseinbusse in Bezug auf die Validentätigkeiten bzw. den -beruf*. Der grundsätzliche Unterschied der ausserordentlichen Methode gegenüber der spezifischen Methode besteht darin, dass die Invalidität nicht dem Grad der funktionellen Leistungseinbusse (im erwerblichen Bereich) entspricht, sondern diese in Bezug auf ihre erwerblichen Auswirkungen gewürdigt wird¹⁰⁴.

Die Betätigungsvergleichsmethode kommt primär bei *Selbstständigerwerbenden* zur Anwendung, bei denen weder ein ziffernmässiger Vergleich noch ein Prozent- bzw. Schätzungsvergleich angestellt werden kann¹⁰⁵. Bei *Un-*

¹⁰³ Vgl. BGE 128 V 29 E. 1, 104 V 137 E. 2c, 97 V 56 und EVGE 1962 S. 148 f. sowie AHI-Praxis 1998 S. 120 E. 1a.

¹⁰⁴ Vgl. BGE 128 V 29 E. 1.

¹⁰⁵ Siehe etwa Urteile EVG vom 06.09.2000 (I 195/00) (Betrieb für Massage, Fusspflege, Sauna und Solarium – Betätigungsvergleich), vom 18.01.2000 (I 5/99) (Betreiber eines Restaurants – Betätigungsvergleich), vom 02.03.2000 (I 100/99) (Landwirt – Betätigungsvergleich), vom 05.05.2000 (I 224/99) (jenuischer Händler, Messer- und Scherschleifer – Betätigungsvergleich), vom 14.07.2000 (I 55/00) (Velo-/Motorradmechaniker – Betätigungsvergleich), vom 30.05.2001 (I 35/01) (Selbstständigerwerbender im Bereiche von Zivilschutzventilationen – Prozentvergleich), vom 13.06.2001 (I 506/00) (selbstständiger Maurer und Gipser – Betätigungsvergleich), vom 21.06.2001 (I 29/01) (Landwirt – Betätigungsvergleich), vom 21.08.2001 (I 283/01) (Selbstständigerwerbender im Handel mit Pferdefleisch – Einkommensvergleich), vom 04.09.2001 (I 347/99) (Malermmeister – Betätigungsvergleich), vom 25.09.2001 (I 656/00) (Inhaber Metzgerei-Betrieb – Betätigungsvergleich), vom 22.10.2001 (I 224/01) (Landwirt – Einkommensvergleich), vom 08.11.2001 (I 157/00) (selbstständigerwerbender Elektriker, inklusive Montage – Einkommensvergleich), vom 04.02.2002 (I 697/99) (Inhaber eines Coiffeurgeschäfts – Betätigungsvergleich), vom 11.03.2002 (I 493/01) (frei praktizierende Ärztin – Betätigungsvergleich), vom 04.04.2002 (I 696/01) (selbstständigerwerbender Garagist – Prozentvergleich), vom 14.06.2002 (I 586/01) (freischaffender Kunstmaler und Kursleiter – Betätigungsvergleich) und vom 22.08.2003 (I 316/02) (selbstständigerwerbender Landwirt – gemischte Methode).

selbstständigerwerbenden ist ein ordentlicher oder ausserordentlicher Einkommensvergleich in der Regel möglich. Die Rechtsprechung erachtet die ausserordentliche Betätigungsvergleichsmethode für Unselbstständigerwerbende nur dann als sinnvoll, wenn der Arbeitnehmer gewisse Unkosten selbst zu tragen hat und allenfalls zivilrechtlich als Selbstständigerwerbender gilt¹⁰⁶. Die Betätigungsvergleichsmethode ist jedenfalls nicht anwendbar, wenn der Versicherte stets als Unselbstständigerwerbender in der von ihm und seinem Lebenspartner geführten Aktiengesellschaft tätig war¹⁰⁷.

4. Gemischte Methode

Bei Teilerwerbstätigen gilt die gemischte Methode. Es werden für den erwerblichen Bereich und den Aufgabenbereich je separate Invaliditätsgrade ermittelt und addiert¹⁰⁸. Der jeweilige Invaliditätsgrad wird im Erwerbsbereich durch einen Einkommens- und im Aufgabenbereich durch einen Betätigungsvergleich vorgenommen¹⁰⁹. Der für den erwerblichen Bereich resultierende Invaliditätsgrad ist dabei mit demjenigen Prozentsatz zu multiplizieren, welcher der an einem Vollpensum gemessenen teilweisen Erwerbstätigkeit entspricht, die spezifische Arbeitsunfähigkeit im Aufgabenbereich mit der verbleibenden Differenz zu 100 %¹¹⁰.

¹⁰⁶ Vgl. BGE 104 V 135 E. 2c und Urteil EVG vom 10.03.1976 i.S. Puglisi.

¹⁰⁷ Vgl. Urteil EVG vom 07.11.2002 (I 412/01) E. 5.1 f.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 28 Abs. 2^{ter} IVG und Art. 27^{bis} IVV.

¹⁰⁹ Statt vieler BGE 130 V 393 E. 3.3.

¹¹⁰ Vgl. BGE 130 V 97 E. 3.4.

D. Invaliditätsbemessung bei Schlechtverdienenden

I. Prinzipielle Benachteiligung von Schlechtverdienenden

1. Benachteiligung durch den Statusentscheid

Der Status entscheidet über die anwendbare Invaliditätsbemessungsmethode, weshalb die Statuswahl *indirekt* die Invaliditätsbemessung und eine allfällige methodenbedingte Benachteiligung von Schlechtverdienenden präjudiziert¹¹¹. Ausnahmsweise führt bereits der Statusentscheid zu einer *direkten* Benachteiligung von Schlechtverdienenden. Dies ist der Fall, wenn der Versicherte faktisch teilerwerbstätig ist, gleichwohl aber als Vollerwerbstätiger qualifiziert wird. Die *Qualifizierung von Teilerwerbstätigen als Vollerwerbstätige* erfolgt rechtsprechungsgemäss bei teilerwerbstätigen Versicherten, die gesundheitlich in der Lage sind bzw. wären, voll bzw. in einem höheren Umfang erwerbstätig zu sein, und ihre wegen der bloss eingeschränkten Erwerbstätigkeit gewonnene «Freizeit» nicht für eine Betätigung in einem relevanten Aufgabenbereich verwenden¹¹². Dies trifft insbesondere für Versicherte zu, die das Arbeitspensum aus freien Stücken, insbesondere um mehr Freizeit zu haben, reduzieren oder eine Ganztagestätigkeit aus Gründen des Arbeitsmarktes nicht ausführen können¹¹³. Das mit der Teilerwerbstätigkeit erzielte tiefe Valideneinkommen wird in diesen Fällen dem zumutbaren höheren Invalideneinkommen als Vollerwerbstätiger gegenübergestellt, was in der Regel eine rentenbegründende Invalidität ausschliesst¹¹⁴. Diese Benachteiligung ist sachlich gerechtfertigt, weil eine Freizeitbeschäftigung keine invaliditätswirksame Tätigkeit darstellt¹¹⁵.

¹¹¹ Dazu sogleich infra Ziff. D/I/2.

¹¹² Vgl. BGE 131 V 51 E. 5.1.2 und 125 V 157 E. 5c/bb sowie ZAK 1992 S. 92 E. 4a und Urteil EVG vom 21.06.2005 (I 30/05) E. 3.2.

¹¹³ Vgl. BGE 131 V 51 E. 5.1.2.

¹¹⁴ Z.B. Urteil EVG vom 21.06.2005 (I 30/05) E. 3.2 (Gelegenheitsarbeiter, der den Winter in Brasilien verbringt).

¹¹⁵ Supra Ziff. C/II/3/a.

2. Benachteiligung durch die anwendbare Invaliditätsbemessungsmethode

a. Benachteiligung durch die Einkommensvergleichsmethode

i. Massgeblichkeit des bisher erzielten Valideneinkommens

Die Rechtsprechung geht von der *widerlegbaren*¹¹⁶ *tatsächlichen Vermutung* aus, dass *das bisherige auch das zukünftige Einkommen* gewesen wäre¹¹⁷. Diese Annahme benachteiligt Schlechtverdienende, weil dem unterdurchschnittlichen Valideneinkommen in der Regel ein höheres durchschnittliches Invalideneinkommen gegenübergestellt wird. Diese Benachteiligung ist sachlich nicht gerechtfertigt, weil der Invaliditätsgrad nicht wegen der gesundheitsbedingten Leistungseinbuss im erwerblichen Bereich, sondern aus anderen Gründen tief und infolgedessen rechtsgleichheitswidrig ist¹¹⁸. Die Benachteiligung der Schlecht- gegenüber den Besserverdienenden erfolgt zudem als Folge des «sozialen Status» und wäre mit dem Diskriminierungsverbot¹¹⁹ nur dann vereinbar, wenn die Ungleichbehandlung qualifiziert gerechtfertigt werden könnte¹²⁰.

Das EVG rechtfertigt diese Benachteiligung mit der *Parallelität des invalidenversicherungsrechtlich massgebenden Vergleichseinkommens mit dem AHV-rechtlich beitragspflichtigen Einkommen*¹²¹. Diese schliesse insbesondere bei Selbstständigerwerbenden aus, bei der Ermittlung des Valideneinkommens an Stelle von IK-Einträgen auf Steuerunterlagen abzustellen und weitere AHV-beitragsrechtlich nicht abgerechnete mutmassliche Einkommen zu berücksichtigen¹²². Zurückhaltung sei schliesslich auch deshalb geboten, weil

¹¹⁶ Infra Ziff. D/II//2/b/ii.

¹¹⁷ Supra Ziff. C/II/2/b/i/1).

¹¹⁸ Vgl. Art. 8 Abs. 1 BV.

¹¹⁹ Vgl. Art. 8 Abs. 2 BV.

¹²⁰ Statt vieler BGE 129 I 392 E. 3.2.2.

¹²¹ Vgl. Art. 25 Abs. 1 IVV und Art. 22 Abs. 2 UVV.

¹²² Vgl. Urteile EVG vom 28.04.2003 (I 297/02) E. 3.2.4 und vom 04.04.2002 (I 696/01) = plädoyer 2002/3 S. 73 E. 4b/aa.

das tiefe Einkommen die verschiedensten Ursachen haben könne, sei es, dass das betriebene Geschäft tatsächlich keinen höheren Reinertrag abwarf, sei es, dass der Selbstständigerwerbende sämtliche legalen Möglichkeiten zur Steueroptimierung ausschöpfte und nicht sämtliche Einkünfte und geldwerten Leistungen, z.B. aus Kauf-/Tauschgeschäfte, deklariert hat¹²³.

Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, dass

- die Erwerbsinvalidität egalitär festzulegen ist und vom *Ausmass der beeinträchtigten Gesundheit* abhängt¹²⁴, weshalb nicht einzusehen ist, wieso der Umstand eines unterdurchschnittlichen Einkommens invaliditätswirksam sein soll,
- das Valideneinkommen eine *zukunftsbezogene Grösse* darstellt¹²⁵ und deshalb das in der Vergangenheit erzielte Einkommen prinzipiell irrelevant ist,
- die Annahme, das in der Vergangenheit erzielte entspreche dem zukünftigen bis zu ihrem mutmasslichen beruflichen Karriereende anfallende Einkommen, lebensfremd ist, wenn der Versicherte noch mehrere Jahre mutmasslich erwerbstätig sein wird,
- das EVG mitunter selbst betont, eine stetige Weiterbildung bzw. Berufskarriere sei überwiegend wahrscheinlich¹²⁶,
- bei Versicherten mit (vorübergehend) überdurchschnittlichen Einkommen trotz des identischen Gesundheitsschadens ein höherer Invaliditätsgrad resultiert.

Die in Art. 25 Abs. 1 IVV und Art. 22 Abs. 2 UVV stipulierte Parallelität zwischen dem beitragspflichtigen Einkommen und dem für die Invaliditätsbemessung relevanten Einkommen sollte deshalb einschränkend so verstanden

¹²³ Statt vieler Urteil EVG vom 04.04.2002 (I 696/01) E. 4b.

¹²⁴ Supra Ziff. B/I.

¹²⁵ Vgl. Art. 16 ATSG.

¹²⁶ Vgl. C/II/2/b/i/3).

werden, dass nicht beitragspflichtiges Einkommen nicht als Validen- bzw. Invalideneinkommen herangezogen werden kann, nicht aber, dass das Valideneinkommen dem vor Eintritt des Gesundheitsschadens beitragspflichtigen Einkommen entspricht. Die *Gleichsetzung des beitragspflichtigen Einkommens mit dem Valideneinkommen* ist deshalb abzulehnen.

ii. Massgeblichkeit von freiwilligen Einkommensverzichten

Das EVG relativiert die Annahme, dass das frühere tiefe Einkommen in Zukunft weiterhin realisiert worden wäre, insoweit, als es diese nur dann zulässt, wenn das bisherige Einkommen unfreiwillig tief war. Unfreiwilligkeit wird angenommen, wenn der Versicherte erfolglos gebliebene Versuche, eine Anstellung zu finden, nachweisen kann¹²⁷ oder wiederholt Nebenbeschäftigungen nachgegangen ist¹²⁸. Ausserordentliche Tätigkeiten vorübergehender Natur sind jedoch nicht zu berücksichtigen¹²⁹.

Ist auf Grund der Umstände des Einzelfalles anzunehmen, dass sich ein Versicherter als Gesunder freiwillig voraussichtlich dauernd mit einem bescheidenen Einkommen begnügen würde, so ist darauf abzustellen, auch wenn der Versicherte besser entlohnte Erwerbsmöglichkeiten hätte¹³⁰. Für die Bestimmung des Valideneinkommens eines Selbstständigerwerbenden darf deshalb nicht allein vom Ertrag eines gleichartigen Betriebes ausgegangen werden, weil das Geschäftsergebnis massgeblich vom persönlichen Ein-

¹²⁷ Vgl. Urteil EVG vom 13.05.2004 (I 295/03) E. 5.1. Zurückhaltend Urteil EVG vom 22.02.2006 (I 505/05) E. 2.2, wo die «wenigen, geographisch auf die enge Heimat beschränkten Bewerbungen und die kurze Tätigkeit als Hausmechaniker» nicht als überwiegend wahrscheinlicher Nachweis betrachtet wurden, «fortan eine Ganzjahresstelle auszuüben».

¹²⁸ Vgl. Urteil EVG vom 08.03.2004 (I 424/03) E. 4.3.

¹²⁹ Vgl. Urteil EVG vom 28.04.2003 (I 297/02) E. 3.2.4.

¹³⁰ Vgl. z.B. BGE 125 V 157 E. 5c/bb und ZAK 1992 S. 92 E. 4a sowie Urteile EVG vom 22.02.2006 (I 505/05) E. 2.2, vom 13.05.2004 (I 295/03) E. 5.1, vom 08.03.2004 (I 424/03) E. 4.3, vom 28.04.2003 (I 297/02) E. 3.2.4, vom 04.04.2002 (I 696/01) E. 4a und b und vom 09.05.2001 (I 575/00) E. 3a.

satz und den individuellen Fähigkeiten des Betriebsinhabers abhängt¹³¹. Das durchschnittliche Einkommen bzw. Geschäftsergebnis ähnlicher Betriebe kann zwar als Grundlage für die Schätzung des hypothetischen Einkommens dienen¹³², hingegen darf ein solches nicht direkt dem Valideneinkommen gleichgesetzt werden¹³³. Bei den Unselbstständigerwerbenden sind freiwillige Einkommensverzichtete ebenfalls beachtlich. Die Rechtsprechung trägt aber bei dieser Versichertengruppe invaliditätsfremden Faktoren Rechnung, wenn das Valideneinkommen das branchenübliche Durchschnittseinkommen deutlich unterschreitet¹³⁴. Bei den Selbstständigerwerbenden scheidet eine derartige Aufwertung an nicht vorhandenen statistischen Erhebungen, weshalb die Beachtlichkeit freiwilliger Einkommensverzichtete tendenziell die Selbstständigerwerbenden im Verhältnis zu den Unselbstständigerwerbenden benachteiligt.

Die Annahme, dass Versicherte «freiwillig» wenig bzw. unterdurchschnittlich verdienen wollen, ist wie die Vermutung, das frühere sei das zukünftige Einkommen, an sich fragwürdig. Der «homo oeconomicus» strebt als vernünftiges Wesen nach einer Maximierung seines Einkommens und Vermögens. Die Annahme, dass ein Einkommen «freiwillig» tief ist, ist lebensfremd. Besonders nachteilig ist, wenn der bloße *Umstand eines tiefen Einkommens eine Vermutung für die «Freiwilligkeit»* begründet. Die Schlechtverdienenden werden so gezwungen nachzuweisen, dass sie sich in Zukunft überwiegend wahrscheinlich nicht mit einem bescheidenen Einkommen begnügt hätten. Dieser Beweis ist praktisch nicht führbar. Es kommt hinzu, dass bei Besserverdienenden wegen der Annahme, das bisherige sei auch das zukünftige Valideneinkommen, implizit freiwillige Einkommensverzichtete bzw. zukünftige Lohnsenkungen auf das Niveau des Durchschnittslohns *a priori* ausgeschlossen werden. Die Schlechtverdienenden werden

¹³¹ Vgl. ZAK 1981 S. 44 E. 2.

¹³² Vgl. ZAK 1962 S. 139.

¹³³ Vgl. ZAK 1981 S. 44.

¹³⁴ Infra Ziff. D/V/3.

insoweit doppelt benachteiligt, weil sie sich das bisherige tiefe Einkommen entgegenhalten lassen müssen und das tiefe Einkommen zudem eine Freiwilligkeitsvermutung zu ihren Lasten begründet. Diese Ungleichbehandlung auf Grund der Art der Erwerbstätigkeit ist sachlich nicht begründet und verletzt das Gleichheitsgebot.

In jedem Fall ist den trotz Gesundheitsschaden erwerbstätigen Versicherten, die nach der Rentenfestsetzung ein Invalideneinkommen erzielen, das – umgerechnet auf ein Vollpensum – höher als das frühere unterdurchschnittliche Valideneinkommen ist, die *Möglichkeit einer Wiedererwägung bzw. Revision* einzuräumen¹³⁵. Diese Versicherten haben nämlich durch ihr Verhalten den im Zeitpunkt der Rentenfestsetzung unmöglich zu führenden Tatbeweis erbracht, dass die bei der Rentenfestsetzung getroffene tatsächliche Annahme, der Versicherte hätte weiterhin freiwillig unterdurchschnittlich verdient, unrichtig war. Wer als Invaliden durchschnittlich verdient, hätte auch als Gesunder ein durchschnittliches Einkommen realisiert¹³⁶. Bei nicht mehr erwerbstätigen, aber mutmasslich erwerbstätig gewesenen Invaliden fällt eine solche Korrektur von vornherein ausser Betracht, weshalb die Annahme der «Freiwilligkeit» an sich *de lege lata et ferenda* fallzulassen ist.

b. Keine Benachteiligung durch die Prozent- bzw. Betätigungsvergleichsmethode

Bei der Prozent- und der Betätigungsvergleichsmethode spielt die Höhe des bisherigen bzw. zukünftigen Einkommens als Gesunder grundsätzlich keine Rolle. Der Invaliditätsgrad wird in diesen Fällen nach Massgabe der gesundheitsbedingten Leistungseinbusse im Invalidenberuf (Prozentvergleich) bzw. im Validenberuf (Betätigungsvergleich) festgelegt. Mutmasslich erwerbstätige Versicherte werden insoweit gleich wie Nichterwerbstätige behandelt. Eine Benachteiligung von Schlechtverdienenden ist insoweit *a priori* ausgeschlossen. Gelangt demgegenüber die Einkommens- oder die Schät-

¹³⁵ Vgl. Art. 53 ATSG.

¹³⁶ Siehe dazu bereits supra Ziff. C/II/2/b/ii/3).

zungsvergleichsmethode zur Anwendung, wirkt sich der Umstand, dass der Voll- oder Teilzeiterwerbstätige bis zum Eintritt des Gesundheitsschadens ein tiefes Einkommen erzielt hat, negativ auf die Höhe des Invaliditätsgrades aus. Die Erwerbsinvalidität ist aber ein egalitärer Begriff, der primär von der Art und Schwere der gesundheitlichen Beeinträchtigung abhängen sollte. Die vom Gesetzgeber stipulierte und von der Rechtsprechung erweiterte Methodentrias beinhaltet ein starkes Zufallsmoment und ist so willküranfällig. Die *sachlich nicht gerechtfertigte methodische Ungleichbehandlung* ist letztlich eine *Folge expliziter gesetzlicher Vorgaben*. Die Rechtsprechung ist deshalb an die gesetzlichen, verfassungsmässig zumindest fragwürdigen, wenn nicht verfassungswidrigen methodischen Vorgaben gebunden¹³⁷. Zur Korrektur der methodisch bedingten Benachteiligung von Schlechtverdienenden bzw. der Methodenungerechtigkeit ist deshalb der Gesetzgeber *de lege ferenda* gehalten.

II. Aufwertung des Valideneinkommens

1. Versicherte ohne abgeschlossene Berufsausbildung

a. Lehrlinge

i. Gesetzliche Aufwertung

Bei Lehrlingen kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie freiwillig auf Dauer das tiefe Lehrlingseinkommen erzielt hätten. Massgeblich ist deshalb das *mutmassliche Einkommen nach Lehrabschluss*. Der Gesetzgeber unterscheidet dabei drei verschiedene Kategorien von Versicherten bzw. Valideneinkommen:

¹³⁷ Vgl. Art. 191 BV.

- Ist gesundheitsbedingt keine Berufslehre möglich, gilt als Valideneinkommen ein altersabhängiger Prozentsatz (70–100 %) des *Medianwertes gemäss der Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik*¹³⁸.
 - Musste eine begonnene Berufslehre gesundheitsbedingt abgebrochen werden und ist die Ausübung einer Erwerbstätigkeit weder möglich noch zumutbar, gilt die Betätigungsvergleichsmethode. Der Invaliditätsgrad richtet sich nach der *Beeinträchtigung im Aufgabenbereich*¹³⁹.
 - Konnte die begonnene Berufslehre abgeschlossen werden oder musste eine begonnene Berufslehre gesundheitsbedingt abgebrochen werden, ist aber die Ausübung einer Erwerbstätigkeit möglich und zumutbar, gilt als Valideneinkommen das *durchschnittliche Einkommen eines Erwerbstätigen im Beruf, für den die Ausbildung begonnen wurde*¹⁴⁰.
- ii. **Vergleichseinkommen im Beruf, für den die Ausbildung begonnen wurde**

Das fragliche *Vergleichseinkommen eines Ausgebildeten* hat je nach Beruf eine unterschiedliche allgemeine Lohnentwicklung¹⁴¹. Auf Grund des gesetzlichen Wortlauts («Beruf, für den die Ausbildung begonnen wurde») müsste strenggenommen auf das *Lohnprofil des fraglichen Berufs* abgestellt werden. Die Rechtsprechung berücksichtigt aber eine überwiegend wahrscheinliche individuelle Berufskarriere. Beim fraglichen Karriereschritt darf es sich nicht nur um eine «intention manifestée par l'assuré» gehandelt haben, sondern der Versicherte muss bereits *konkrete Massnahmen* ergriffen haben, um das fragliche Ausbildungs- bzw. Berufsziel zu erreichen, oder zumindest eine entsprechende Absicht nachweisen¹⁴². Die Anforderungen an den mass-

¹³⁸ Vgl. Art. 26 Abs. 1 IVV.

¹³⁹ Vgl. Art. 26^{bis} IVV und Art. 28 Abs. 2^{bis} IVG.

¹⁴⁰ Vgl. Art. 26 Abs. 2 IVV und Art. 28 Abs. 1 UVV.

¹⁴¹ Supra Ziff. C/II/2/c/ii/1).

¹⁴² Vgl. BGE 96 V 29 f.

gebenden *Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit* dürfen dabei nicht überspannt werden, «zumal das lebenslange Ausüben eines einmal erlernten Berufes unter den heutigen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen immer weniger die Regel bildet und vielmehr die ständige berufliche Qualifizierung verbreitet ist»¹⁴³.

b. Studenten

Die für Lehrlinge erwähnten Grundsätze gelten *mutatis mutandis* auch für Studenten, einschliesslich Werkstudenten¹⁴⁴. Als Valideneinkommen ist der *mutmassliche Verdienst nach Abschluss des Studiums* heranzuziehen, wenn das Studium trotz Gesundheitsschaden abgeschlossen wurde oder zwar gesundheitsbedingt nicht abgeschlossen werden konnte, gleichwohl aber eine Erwerbstätigkeit möglich und zumutbar ist. Regelmässig kann bei Studienabgängern nicht gesagt werden, welches die Berufskarriere gewesen wäre, weshalb auf die *Durchschnittslöhne der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE)* abzustellen ist. Insbesondere bei Jusstudenten kann nicht angenommen werden, dass eine Karriere als (selbstständigerwerbender) Wirtschaftsanwalt erfolgt wäre. Massgeblich ist der Durchschnittslohn eines Juristen im öffentlichen Dienst¹⁴⁵.

2. Versicherte mit abgeschlossener Berufsausbildung

a. Aufwertung von nicht existenzsichernden Einkommen

Die Rechtsprechung nimmt eine Aufwertung vor, wenn der Versicherte bis zum Eintritt des Gesundheitsschadens *kein existenzsicherndes Einkommen*

¹⁴³ Vgl. Urteil EVG vom 09.04.2003 (B 55/02) (Karriere eines gelernten Schreiners als Schreiner-techniker/Schreinermeister).

¹⁴⁴ Dazu ferner *infra* Ziff. D/V/2.

¹⁴⁵ Vgl. Urteil EVG vom 28.10.2002 (I 428/01) E. 4 (mutmassliche Karriere eines Juristen).

erzielt hat¹⁴⁶. Bei den Selbstständigerwerbenden ist die Praxis aber überaus streng; das EVG bejaht einen freiwilligen Einkommensverzicht regelmässig auch bei einem nicht existenzsichernden Jahreseinkommen¹⁴⁷. Nicht existenzsichernde Einkommen sollten aber auch bei Selbstständigerwerbenden generell aufgewertet werden, weil davon auszugehen ist, dass die nicht existenzsichernde Tätigkeit in Zukunft zu Gunsten einer existenzsichernden aufgegeben wird¹⁴⁸. Als hypothetisches Valideneinkommen sind dabei die *branchenüblichen Durchschnittslöhne der bis zum Eintritt des Gesundheitschadens ausgeübten Tätigkeiten* – analog Art. Art. 26 Abs. 2 IVV – heranzuziehen¹⁴⁹. Bei Selbstständigerwerbenden ist der Durchschnittslohn einer mit der selbst-

¹⁴⁶ Vgl. ZAK 1992 S. 90 E. 4b (Konkurs) und Urteile EVG vom 05.12.2003 (I 630/02) E. 2.2.1 (Strafvollzug) und vom 16.04.2002 (I 575/01) E. 2d (Suchtmittelabusus) sowie ferner vom 23.04.2003 (I 608/02) E. 3.2 f.

¹⁴⁷ Siehe z.B. Urteile EVG vom 09.11.2005 (I 374/05) (Informatikdienstleister – tatsächliches Valideneinkommen pro Jahr Fr. 39'800.–), vom 23.12.2004 (I 335/04) (Elektroingenieur – tatsächliches Valideneinkommen pro Jahr Fr. 10'000.–), vom 08.03.2004 (I 424/03) (Fahrlehrer – tatsächliches Valideneinkommen pro Jahr Fr. 58'494.–), vom 15.09.2003 (I 117/03) (Hydraulikmonteur – tatsächliches Valideneinkommen pro Jahr Fr. 8'000.–), vom 22.08.2003 (I 316/02) (selbstständigerwerbender Landwirt, der bei den Eltern wohnt und dort Kost und Logis erhält), vom 28.04.2003 (I 297/02) (un/selbstständig-erwerbender Skilehrer, Hüttenwart, Bergführer und Maurer – tatsächliches Valideneinkommen pro Jahr Fr. 39'000.–), vom 29.01.2003 (I 305/02) (selbstständigerwerbender Schreiner – tatsächliches Valideneinkommen pro Jahr Fr. 36'000.–), vom 17.12.2002 (I 232/02) (Taxichauffeur – tatsächliches Valideneinkommen pro Jahr Fr. 20'000.–), vom 16.04.2002 (I 575/01) (Eisenleger – tatsächliches Valideneinkommen pro Jahr Fr. 30'000.–), vom 04.04.2002 (I 696/01) (Garagist – tatsächliches Valideneinkommen pro Jahr Fr. 20'000.–), vom 18.02.2002 (I 287/00) (selbstständigerwerbender Landwirt – tatsächliches Valideneinkommen pro Jahr Fr. 36'000.–), vom 09.05.2001 (I 575/00) (Podologin – tatsächliches Valideneinkommen pro Jahr Fr. 48'000.–) und vom 14.06.1996 (I 261/95) (tatsächliches Valideneinkommen pro Jahr rund Fr. 5'000.–).

¹⁴⁸ Siehe z.B. Urteile EVG vom 23.04.2003 (I 608/02) E. 3.2 f. (Wirt/Hotelier) und vom 04.04.2002 (I 696/01) E. 4b/bb (Garagist).

¹⁴⁹ Vgl. Urteil EVG vom 16.04.2002 (I 575/01) E. 2b und d (Durchschnittslohn gemäss LSE im Hoch- und Tiefbaugewerbe) und ZAK 1992 S. 90 E. 4b.

ständigerwerbenden Tätigkeit vergleichbaren unselbstständigerwerbenden Tätigkeit bzw. des erlernten Berufes¹⁵⁰ massgeblich.

b. Aufwertung von unterdurchschnittlichen, aber existenzsichernden Einkommen

i. Unterscheidung zwischen branchenüblichem und branchenunüblich tiefem Einkommen

Eine Aufwertung des Valideneinkommens ist nach der Rechtsprechung von vornherein ausgeschlossen, wenn das fragliche Einkommen zwar – gemessen am schweizerischen Durchschnittslohn – unterdurchschnittlich tief, aber branchenüblich ist. Unerheblich ist deshalb, ob das Einkommen über oder unter dem Medianwert aller Löhne liegt, der nach Art. 26 Abs. 1 IVV für nicht ausbildungsfähige Versicherte massgeblich ist¹⁵¹. So erachtet das EVG landwirtschaftliche Einkommen von Fr. 3'800.– inklusive Kost und Logis für das Jahr 2002 zwar als – gemessen am gesamtschweizerischen Medianwert – unterdurchschnittlich, aber als branchenüblich¹⁵².

ii. Anerkannte Aufwertungstatbestände

Eine Aufwertung wird vom EVG einzelfallweise zugelassen, wenn das branchenunüblich tiefe Einkommen, das der Versicherte vor Eintritt der gesundheitsbedingten Beeinträchtigung¹⁵³ erzielt hat, Folge von ausserge-

¹⁵⁰ Vgl. Urteil EVG vom 04.04.2002 (I 696/01) E. 4b/bb (Validenlohn eines Autospenglers bei einem Garagisten)

¹⁵¹ Supra Ziff. D/III/1/a.

¹⁵² Vgl. Urteil EVG vom 29.04.2005 (I 140/05) E. 2.2.1. Siehe ferner Urteil EVG vom 18.03.2005 (I 275/02).

¹⁵³ Sind gesundheitliche Beschwerden Ursache für das tatsächlich erzielte Einkommen, hat eine Aufwertung zu erfolgen, da das tiefe Einkommen als tatsächliches Invalideneinkommen nicht mit dem hypothetischen Valideneinkommen übereinstimmt. Vgl. dazu Urteile EVG vom 06.07.2004 (I 2/04) E. 3.3 (psychische Beschwerden [Persönlichkeitsstörung vom Borderlinetypus], traumatische Jugenderlebnisse – Aufwertung des tatsäch-

gewöhnlichen Umständen, z.B. eines *Strafvollzugs*¹⁵⁴, ist oder vom Versicherten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dargetan wird, dass er inskünftig ein höheres Einkommen erzielt hätte. Diese Annahme ist z.B. bei Versicherten begründet, die vor dem Eintritt des Gesundheitsschadens eine schlecht bezahlte Stelle als Saisonnier ausübten, mittlerweile jedoch eine *dauerhafte Aufenthalts- bzw. Arbeitsbewilligung* und Zugang zu besser bezahlten Tätigkeiten haben¹⁵⁵.

Von einem überwiegend wahrscheinlichen Berufswechsel ist auszugehen, wenn die *selbstständigerwerbende Karriere gescheitert* ist bzw. mit überwiegender Wahrscheinlichkeit scheitern wird¹⁵⁶. Der blosser Umstand eines *früher erfolgten Stellenwechsels* genügt für die Annahme eines Berufswechsels bzw. einer besser bezahlten Arbeitsstelle nicht¹⁵⁷. Es müssen vielmehr *weitere Umstände* dazukommen, welche die Annahme rechtfertigen, dass der Versicherte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit in einen Erwerbsbereich mit besseren Verdienstmöglichkeiten hinüber gewechselt hätte¹⁵⁸. Ist das Einkommen nach dem (mutmasslich) erfolgten Berufswechsel weiterhin unterdurchschnittlich, ist dieses massgeblich bzw. eine Aufwertung ausgeschlossen¹⁵⁹.

lich erzielten Einkommens von Fr. 37'740.– auf Fr. 68'680.–) und vom 16.04.2002 (I 575/01) E. 2b und d (Suchtmittelabusus) sowie ZAK 1985 S. 632 E. 3a.

¹⁵⁴ Vgl. Urteil EVG vom 05.12.2003 (I 630/02) E. 2.2.1.

¹⁵⁵ Vgl. Urteil EVG vom 13.12.2000 (I 436/99) (Saisonnier in der Landwirtschaft).

¹⁵⁶ Siehe z.B. Urteile EVG vom 23.04.2003 (I 608/02) E. 3.2 f. (Wirt/Hotelier) und vom 04.04.2002 (I 696/01) E. 4b/bb (Garagist).

¹⁵⁷ Siehe jedoch Urteil EVG vom 23.04.2003 (I 608/02) E. 3.2 f.

¹⁵⁸ Vgl. RKUV 1993 S. 102 E. 4b und Urteil EVG vom 26.02.2003 (U 485/00) E. 3.2.

¹⁵⁹ Siehe z.B. Urteil EVG vom 29.09.2005 (I 350/05) E. 2.3 (Aufgabe eines Kutscherbetriebes zu Gunsten einer schlecht bezahlten Anstellung als Kutscher).

iii. Generelle Aufwertung von branchenunüblich tiefen Löhnen?

Der Schlechtverdienende kann den Beweis, zukünftig ein höheres Einkommen zu verdienen, in der Regel nicht erbringen. Zwecks Vermeidung der bereits als verfassungswidrig kritisierten Benachteiligung¹⁶⁰ ist eine generelle Aufwertung gerechtfertigt. Vereinzelt postuliert das EVG eine *generelle Aufwertung eines branchenunüblich tiefen Valideneinkommens*¹⁶¹:

«Bei der Berechnung des Valideneinkommens sind grundsätzlich diejenigen Einnahmen heranzuziehen, deren Erzielung dem gesunden Versicherten zumutbar ist. Wenn der Versicherte vor Eintritt des Gesundheitsschadens unüblich tiefe Löhne erzielt hat, sind sie grundsätzlich aufzuwerten. Mit diesem Vorgang wird vom effektiv erzielten tieferen Einkommen abgewichen. Hierbei gelten die gleichen Beweisforderungen, wie sie etwa bei Korrekturen des tatsächlich erzielten Verdienstes unter Annahme eines Soziallohnes gelten. Demnach ist vorliegend als Valideneinkommen der vom Beschwerdeführer bei der J. AG in der Zeit von Mai 1990 bis August 1991 erzielte Verdienst von (auf ein Jahr umgerechnet) Fr. 47'232.- einzusetzen und nicht derjenige des Jahres 1992 von (auf ein Jahr umgerechnet) Fr. 27'487.-, der als unangemessen niedrig erscheint»¹⁶².

III. Abwertung des Invalideneinkommens

1. Soziallohnabzug

Für die Invaliditätsbemessung entscheidend ist, was die Arbeitsleistung in Geld ausgedrückt wert ist; was der Arbeitgeber darüber hinaus freiwillig mehr leistet, fällt beim Einkommensvergleich ausser Betracht¹⁶³. Eine *freiwillig-*

¹⁶⁰ Supra Ziff. D/I/2.

¹⁶¹ Vgl. Urteil EVG vom 23.09.2002 (U 249/00) E. 3b (Saisonnier, der einen Stundenlohn von Fr. 11.- bzw. Fr. 15.- erhielt; branchenüblich waren Fr. 22.50).

¹⁶² Urteil EVG vom 16.05.2001 (I 42/01) E. 3c. Siehe ferner ZAK 1989 S. 456, 1985 S. 464 und 1980 S. 590.

¹⁶³ Vgl. BGE 104 V 90 E. 2. Siehe ferner Urteil EVG vom 08.08.1991 i.S. K c. W = SG Nr. 770 E. 5c/bb.

lige Sozialleistung (oft als «Soziallohn» bezeichnet) ist deshalb vom tatsächlich erzielten Invalideneinkommen abzuziehen. Als Indiz für eine freiwillige Sozialleistung fallen insbesondere *verwandtschaftliche Beziehungen* zwischen dem Arbeitgeber und dem Versicherten oder eine lange Dauer des Arbeitsverhältnisses in Betracht¹⁶⁴. Der Sozialabzug wirkt sich zwar zu Gunsten des Versicherten aus, indem nicht das tatsächliche, sondern ein gekürztes, der tatsächlichen Leistungsfähigkeit entsprechendes hypothetisches Invalideneinkommen dem Valideneinkommen gegenübergestellt wird. Der Sozialabzug stellt letztlich aber *keine Kompensation der Nachteile eines bescheidenen Valideneinkommens* dar. Er verhindert lediglich, dass der Versicherte benachteiligt wird, weil der Arbeitgeber einen zu hohen und nicht einen branchenüblich tiefen Lohn bezahlt.

2. Leidensbedingter Abzug

Nach der Rechtsprechung ist ein Abzug von bis maximal 25 % des branchenüblichen Durchschnittslohnes vorzunehmen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Versicherte wegen *des Lebensalters, der Anzahl Dienstjahre, der Nationalität/Aufenthaltskategorie oder des Beschäftigungsgrades* seine gesundheitlich bedingte (Rest-)Arbeitsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem erwerblichem Erfolg verwerten kann¹⁶⁵. Bei der Ermittlung des Invalideneinkommens gestützt auf DAP-Profile sind leidensbedingte Abzüge aber nicht sachgerecht und deshalb unzulässig¹⁶⁶.

Der leidensbedingte Abzug schützt den Versicherten – wie der Sozialabzug – vor der Anrechnung eines zu hohen bzw. trotz zumutbarer Anstrengung

¹⁶⁴ Vgl. SUVA-Jahresbericht 1986 S. 9.

¹⁶⁵ Siehe BGE 126 V 75 E. 5b. Der maximale Abzug von 25 % erfasst neben den leidensbedingten Faktoren auch die invaliditätsfremden lohnsenkenden Gründe, soweit diese auch für die Bemessung des Valideneinkommens erheblich waren (Urteil EVG vom 13.05.2004 [I 295/03] E. 5.1).

¹⁶⁶ Vgl. BGE 129 V 472 ff.

auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt nicht erzielbaren Invalideneinkommens. Er bewirkt letztlich aber auch nur eine indirekte Kompensation der Nachteile eines bescheidenen Valideneinkommens und ist ungeeignet, die methodisch bedingte Benachteiligung der Schlechtverdienenden wettzumachen. Tiefe Valideneinkommen sind regelmässig die Folge von invaliditätsfremden Lohnfaktoren¹⁶⁷. Diese werden aber bei der Festlegung des Valideneinkommens ausgeklammert, weil auf das tatsächliche Einkommen abgestellt und nicht überprüft wird, *ob und warum* das fragliche Einkommen unterdurchschnittlich tief ist. Erfolgt keine generelle Aufwertung des Valideneinkommens, stellt sich letztlich die Frage, ob bei der Festlegung des Invalideneinkommens denselben invaliditätsfremden Lohnparametern, die überwiegend wahrscheinlich für das branchenunterdurchschnittliche Valideneinkommen verantwortlich sind, Rechnung zu tragen ist.

3. Abzug infolge invaliditätsfremder Lohnfaktoren

Invaliditätsfremde Lohnparameter sind beim Einkommensvergleich überhaupt nicht oder dann bei beiden Vergleichsgrössen gleichmässig zu berücksichtigen, weil nur der gesundheitsbedingte und nicht auch ein anderweitiger Verlust von Erwerbchancen versichert ist¹⁶⁸. Aus dem *Gebot der gleichmässigen Berücksichtigung lohnrelevanter invaliditätsfremder Umstände* folgt letztlich eine Pflicht, das Invalideneinkommen abzuwerten, wenn invaliditätsfremde Ursachen für das unterdurchschnittliche Valideneinkommen verantwortlich sind. Hat der Versicherte aus *invaliditätsfremden Gründen* vor Eintritt des Gesundheitsschadens ein unterdurchschnittliches Valideneinkommen erzielt, muss deshalb der bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage

¹⁶⁷ Siehe supra Ziff. C/II/2/c/ii/1).

¹⁶⁸ Vgl. BGE 129 V 222 E. 4.4, AHI-Praxis 1999 S. 240 E. 3b, RKUV 1993 S. 104 E. 5b, ZAK 1989 S. 458 E. 3b sowie Urteil EVG vom 13.05.2004 (I 295/03) E. 5.1, vom 13.01.2004 (B 89/03) E. 5.2 f., vom 05.12.2003 (I 630/02) E. 2.2.2, vom 15.07.2003 (I 789/02) E. 1.2.3, vom 26.02.2003 (U 485/00) E. 3.3, vom 28.11.2002 (U 141/01) E. 3 und vom 14.06.2002 (I 644/01) E. 4b/bb.

erzielbare und als Invalideneinkommen anrechenbare Durchschnittsverdienst entsprechend reduziert werden¹⁶⁹.

Ein Abzug vom Invalideneinkommen ist vorzunehmen, wenn anzunehmen ist, dass

- der Versicherte sich nicht aus freien Stücken mit einem bescheideneren Einkommen begnügen wollte, als er hätte erzielen können,
- invaliditätsfremde Gründe die Erzielung eines branchenüblichen Durchschnittslohns verunmöglichten und
- das tatsächlich erzielte Valideneinkommen deutlich vom branchenüblichen Durchschnittseinkommen abwich¹⁷⁰.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist das Invalideneinkommen um den Prozentsatz zu kürzen, um welchen das tatsächlich erzielte Valideneinkommen unter dem branchenüblichen Durchschnittseinkommen lag¹⁷¹.

Die *Abwertung des Invalideneinkommens zwecks Korrektur eines unterdurchschnittlichen Valideneinkommens* ist aus mehrfachen Gründen abzulehnen. Zunächst ist nicht einzusehen, weshalb ein «Umweg» über das Invalideneinkommen zu machen ist, um ein tiefes Valideneinkommen zu korrigieren. Es ist logischer, direkt das Valideneinkommen auf das Niveau des Branchendurchschnitts aufzuwerten. Das Erfordernis der Unfreiwilligkeit der Lohneinbusse ist – wie bereits ausgeführt – mehr als nur fragwürdig¹⁷², wes-

¹⁶⁹ Vgl. z.B. Urteile EVG vom 05.04.2006 (I 750/04) E. 5.5 (Fahrender), vom 26.02.2003 (U 485/00) E. 3.3 (Saisonnier) und vom 05.05.2000 (I 224/99) E. 3b (Fahrender) sowie RKUV 1993 S. 104 E. 5b und ZAK 1989 S. 458 E. 3b. Aus dem Umstand allein, dass der Versicherte vor Eintritt des Gesundheitsschadens 60 Stunden pro Woche arbeitete, kann nicht auf besondere lohnmindernde persönliche Umstände geschlossen werden, denen bei der Festsetzung des Invalideneinkommens gleichermaßen Rechnung getragen werden müsste (Urteil EVG vom 29.04.2005 [I 140/05] E. 2.2.2).

¹⁷⁰ Urteil EVG vom 14.06.2002 (I 644/01) E. 4b/bb (14 % tieferes Valideneinkommen). Ferner ZAK 1992 S. 92 E. 4a und 1989 S. 458 E. 3b.

¹⁷¹ Urteil EVG vom 14.06.2002 (I 644/01) E. 4b/bb. Ferner Urteil EVG vom 09.09.2002 (U 382/00) E. 5a.

¹⁷² Supra Ziff. D/I/2/a/ii.

halb die Abwertung des Invalideneinkommens, so sie denn gerechtfertigt sein sollte, nicht vom Nachweis der Unfreiwilligkeit abhängig gemacht werden darf.

Das Erfordernis, dass invaliditätsfremde Gründe das tiefe Valideneinkommen verursachen müssen, bereitet Schwierigkeiten. Der Begriff des «invaliditätsfremden» Lohnfaktors ist nicht scharf abgegrenzt¹⁷³. Das unterdurchschnittliche Einkommen kann zudem vielfältige Ursachen haben. Die klassischen invaliditätsfremden Faktoren, z.B. Alter, Ausbildung, Herkunft etc., können zusammen mit familiären oder persönlichen Gründen verantwortlich sein, dass der Betreffende ein bescheidenes Einkommen erzielt. Letztere Gründe sind auch invaliditätsfremd, weil sie nicht Folge einer Beeinträchtigung der Gesundheit sind. Es kommt hinzu, dass letztlich nicht eruiert werden kann, welche Ursache das unterdurchschnittliche Valideneinkommen in welchem Umfang verursacht hat. Invaliditätsfremde Gründe, z.B. eine ungenügende schulische Ausbildung, können sodann auch dafür verantwortlich sein, dass der Betreffende ein branchenübliches, aber – gemessen am schweizerischen oder regionalen Durchschnittslohn – unterdurchschnittliches Einkommen erzielt. Konsequenterweise müssten so auch branchenübliche, aber unterdurchschnittliche Löhne aufgewertet werden, wenn die Unterschreitung deutlich ist. Dies lehnt das EVG aber ab¹⁷⁴.

Nach der vorliegend vertretenen Auffassung sollte deshalb – im Rahmen des Geltungsbereichs der Einkommensvergleichsmethode – das *branchenübliche Valideneinkommen*, das der Versicherte vor Eintritt des Gesundheitsschadens in seinem Beruf hätte erzielen können, dem *branchenüblichen Durchschnittseinkommen der dem Versicherten möglichen und zumutbaren Verweisungsberufe* gegenübergestellt werden. Auf eine Abwertung des Invalideneinkommens ist zu verzichten.

¹⁷³ Supra Ziff. C/II/2/c/ii/1).

¹⁷⁴ Supra Ziff. D/III/2/b/i.

IV. Abwertung des Valideneinkommens bei Besserverdienenden

Denkbar wäre eine Abwertung von branchenüberdurchschnittlichen Einkommen. Dieser Ansatz würde zwar die Privilegierung der Besserverdienenden teilweise korrigieren, indem der branchenübliche Durchschnittslohn an Stelle des überdurchschnittlichen Einkommens als Valideneinkommen herangezogen würde, nicht aber die Benachteiligung der Schlechtverdienenden verhindern, bei denen weiterhin der branchenunüblich tiefe Lohn massgeblich wäre. Dieser Ansatz wäre – aus der Sicht der Besserverdienenden – zudem mit einer Benachteiligung verbunden. Warum soll ein Versicherter, der überdurchschnittlich verdient hat bzw. hätte, infolge des erlittenen Gesundheitsschadens aber nur noch durchschnittlich verdient, eine Kürzung des Invaliditätsgrades hinnehmen, nur weil bei Schlechtverdienenden keine Aufwertung auf das branchenübliche Niveau erfolgt?

V. Exkurs: Aufwertung des versicherten Verdienstes im Zusammenhang mit der Rentenfestsetzung

1. Unterschiede zwischen der Aufwertung des versicherten Verdienstes und der Aufwertung des Valideneinkommens

Ein ähnliches Aufwertungsproblem wie bei tiefen Valideneinkommen stellt sich auch in Bezug auf den versicherten Verdienst, der – steht der Invaliditätsgrad einmal fest – die Höhe der Rentenleistung mitbestimmt¹⁷⁵. Ein noch so hoher Invaliditätsgrad nützt betragsmässig nichts, wenn der Versicherte nicht erwerbstätig war bzw. ein geringes Einkommen erzielte. Er erhält in diesem Fall – in der Invalidenversicherung – die Mindestrente oder – in den anderen Versicherungszweigen – eine seinem versicherten tiefen Einkommen entsprechende Rente¹⁷⁶. Eine Aufwertung des versicherten Verdienstes ist nach dem Äquivalenzprinzip grundsätzlich ausgeschlossen. Der Versi-

¹⁷⁵ Vgl. z.B. Art. 35 f. IVG und Art. 32 ff. IVV. Siehe ferner den Beitrag von FRANZ FISCHER in diesem Band.

¹⁷⁶ Die Invalidenrente in der Unfallversicherung beträgt 80 % des versicherten Verdienstes (Art. 20 Abs. 1 UVG).

cherte hat Beiträge nur für das effektiv erhaltene und beitragspflichtige Einkommen bezahlt. Für die Leistungsberechnung kann nur auf dieses Einkommen abgestellt werden, weil sonst ein Dritter die nicht bezahlten Prämien des Versicherten tragen müsste¹⁷⁷. Eine Aufwertung des versicherten Verdienstes ist deshalb viel problematischer als die Aufwertung des Valideneinkommens. In diesem Fall wird dem Versicherten zwar auch ein fiktives Einkommen angerechnet. Doch macht die Anrechnung bei der Invaliditätsbemessung Sinn, weil es dort darum geht, den Verlust von zukünftigen Erwerbchancen in einen bestimmten Prozentsatz umzurechnen. Erfolgt eine Aufwertung von in der Vergangenheit erzielten tiefen Valideneinkommen, so wird letztlich das Äquivalenzprinzip nicht verletzt.

2. Aufwertung des versicherten Verdienstes bei Versicherten in Ausbildung

Trotz des grundsätzlichen Aufwertungsverbots sieht der Gesetzgeber in der *Unfall- und Militärversicherung*¹⁷⁸ bei *ausbildungsbedingt tiefen Einkommen* eine *Aufwertung des versicherten Verdienstes* vor. Bezog der Versicherte wegen beruflicher Ausbildung am Tage des Unfalles nicht den Lohn eines Versicherten mit voller Leistungsfähigkeit derselben Berufsart, so wird der versicherte Verdienst von dem Zeitpunkt an, da er die Ausbildung abgeschlossen hätte, nach dem Lohn festgesetzt, den er im Jahr vor dem Unfall als voll Leistungsfähiger erzielt hätte¹⁷⁹. Eine Aufwertung des versicherten Verdienstes erfolgt jedoch nur, sofern die Einschränkung des Erwerbseinkommens im Vergleich zu einem voll Leistungsfähigen derselben Berufsart gerade Folge dieser tätigkeitsbezogenen Ausbildung ist¹⁸⁰.

Hinsichtlich des versicherten Verdienstes eines *Schnupperlehrlings* weist die UVV eine *echte Lücke* auf. Zu deren Schliessung ist auf die nach Alter abge-

¹⁷⁷ Supra Ziff. D/I/2/a/i zum Parallelitätsgrundsatz.

¹⁷⁸ Vgl. Art. 41 Abs. 2 MVG.

¹⁷⁹ Vgl. Art. 24 Abs. 3 UVV. Ferner auch Art. 23 Abs. 6 UVV.

¹⁸⁰ Vgl. RKUV 2002 S. 145.

stuften Prozentsätze der Durchschnittslöhne abzustellen, die gemäss Art. 26 Abs. 1 IVV für die Festsetzung des Valideneinkommens von Versicherten, die invaliditätsbedingt keine zureichenden beruflichen Kenntnisse erwerben konnten, massgebend sind¹⁸¹. Es verstösst weder gegen das Gleichheitsgebot¹⁸² noch gegen das Diskriminierungsverbot¹⁸³, wenn der versicherte Verdienst für die Bemessung der Rente aus der teilzeitlichen Erwerbstätigkeit eines *Werkstudenten* nach Massgabe des tatsächlichen Einkommens im Jahr vor dem Unfall ermittelt wird¹⁸⁴.

3. Aufwertung des versicherten Verdienstes bei Versicherten mit abgeschlossener Ausbildung

Eine Aufwertung des versicherten Verdienstes erfolgt in der Unfallversicherung bei *bereits erwerbstätig gewesenen Versicherten* nur für Einkommenseinbussen infolge Militärdienst, Zivildienst, Zivilschutzdienst, Unfall, Krankheit, Mutterschaft, Arbeitslosigkeit oder Kurzarbeit¹⁸⁵ oder im Zusammenhang mit einer Berentung, die mehr als fünf Jahre nach dem Unfall erfolgt¹⁸⁶, oder einem neuerlichen Unfall, der den Invaliditätsgrad erhöht¹⁸⁷.

E. Zusammenfassung

Schlechtverdienende sind Personen, die nichts verdienen, kein existenzsicherndes Einkommen oder ein branchenunüblich tiefes Einkommen aufweisen. Bei den Nichterwerbstätigen ist für die Bemessung der Erwerbsun-

¹⁸¹ Vgl. BGE 124 V 301 ff.

¹⁸² Vgl. Art. 8 Abs. 1 BV.

¹⁸³ Vgl. Art. 8 Abs. 2 BV.

¹⁸⁴ Vgl. Urteil EVG vom 24.01.2002 (U 30/01) = RKUV 2002 S. 145. Siehe ferner RKUV 2000 S. 378 E. 2b und RKUV 1992 S. 117 E. 4d.

¹⁸⁵ Vgl. Art. 24 Abs. 1 UVV.

¹⁸⁶ Vgl. Art. 24 Abs. 2 UVV.

¹⁸⁷ Vgl. Art. 24 Abs. 4 UVV.

fähigkeit ausnahmslos die Betätigungsvergleichsmethode anwendbar; das tiefe bzw. nicht vorhandene Einkommen ist bei diesen Versicherten für die Invaliditätsbemessung gänzlich unbedeutend. Bei den Erwerbstätigen demgegenüber wirkt sich das nicht existenzsichernde oder branchenunterdurchschnittliche Einkommen *invaliditätssenkend* aus, weil dem tiefen Valideneinkommen in der Regel ein höheres Invalideneinkommen gegenübergestellt wird, das der Versicherte auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt zumutbarerweise verdienen könnte. Die erwerbstätigen Schlechtverdienenden werden dadurch gegenüber den nichterwerbstätigen Schlechtverdienenden und den Besserverdienenden benachteiligt. Bei den nichterwerbstätigen Schlechtverdienenden wirkt sich der Umstand des fehlenden Verdienstes *invaliditätsneutral* aus, bei den Besserverdienenden wirkt sich das überdurchschnittliche Einkommen *invaliditätserhöhend* aus, weil dem überdurchschnittlichen Valideneinkommen in der Regel ein höheres Invalideneinkommen gegenübergestellt wird. Diese Benachteiligung wird zwar ausgeschlossen, wenn ausnahmsweise kein Einkommens- bzw. Schätzungs-, sondern ein Prozent- oder gewichteter Betätigungsvergleich erfolgt.

Die *methodische Ungleichbehandlung* von schlechtverdienenden Erwerbstätigen gegenüber den Nichterwerbstätigen und die Benachteiligung innerhalb der Erwerbstätigen ist mit dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot¹⁸⁸ nur vereinbar, wenn sie *sachlich gerechtfertigt* werden kann. Es ist letztlich nicht nachvollziehbar und sachlich begründbar, weshalb bei Nichterwerbstätigen der Umstand ihres tiefen bzw. nicht vorhandenen Einkommens *invaliditätsneutral*, bei Erwerbstätigen aber – je nach deren Einkommen vor Eintritt des Gesundheitsschadens – *invaliditätswirksam* bzw. *-reduzierend* sein soll. Dasselbe gilt für die Benachteiligung innerhalb der Kategorie von Erwerbstätigen durch die *unterschiedliche Wahl der Invaliditätsbemessungsmethode*. Das *Ausmass des gesundheitsbedingten Verlusts von Erwerbsmöglichkeiten*¹⁸⁹ hängt letztlich auch bei den Erwerbstätigen nur von der *gesundheitsbedingten Einbusse des funktionellen Leistungsvermögens in den Verweisungsberu-*

¹⁸⁸ Vgl. Art. 8 Abs. 1 BV.

¹⁸⁹ Vgl. Art. 7 ATSG.

fen ab. Es sollte deshalb entweder bei den Erwerbstätigen – wie bei den Nichterwerbstätigen – nur ein Betätigungs- bzw. Prozentvergleich oder dann auch bei den Nichterwerbstätigen ein Einkommensvergleich angestellt bzw. ihre unentgeltliche Tätigkeit mit einem marktkonformen Lohn bewertet werden. Letzteres Vorgehen wird im Haftungsrecht bei der Berechnung des Haushaltschadens praktiziert¹⁹⁰.

Die sachlich nicht gerechtfertigte methodische Ungleichbehandlung ist letztlich eine Folge expliziter gesetzlicher Vorgaben. Die Rechtsprechung ist deshalb an die gesetzlichen, in verfassungsrechtlicher Hinsicht aber fragwürdigen methodischen Vorgaben gebunden¹⁹¹. Zur Korrektur der festgestellten «Methodenungerechtigkeit» in Bezug auf Schlechtverdienende ist der Gesetzgeber *de lege ferenda* gehalten, eine rechtsgleiche Lösung vorzusehen. Die Rechtsprechung könnte immerhin bei der Anwendung der Einkommensvergleichsmethode die Benachteiligung von erwerbstätig gewesenen und mutmasslich erwerbstätigen Schlechtverdienenden verhindern. Praxisgemäss wird auf das tatsächliche Valideneinkommen abgestellt und vom Versicherten der Nachweis verlangt, dass er unfreiwillig ein unterdurchschnittliches Einkommen erzielt hat bzw. inskünftig mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein branchenübliches oder sogar höheres Einkommen – infolge Berufswechsels – erzielt hätte. Beide Beweise sind schwierig bis unmöglich zu führen. Misslingt einer dieser beiden Beweise und kann sich der Versicherte nicht in den «geschützten Hafen» der Prozent- oder Betätigungsvergleichsmethode flüchten, wird er mit einem tieferen Invaliditätsgrad «bestraft». Diese Praxis ist ungerecht, ja gar diskriminierend, da das tiefe Einkommen in der Regel eine Folge des sozialen Status einer Person ist. Die Benachteiligung wäre mit dem Diskriminierungsverbot¹⁹² nur dann vereinbar, wenn die Ungleichbe-

¹⁹⁰ Statt vieler BGE 127 III 403 E. 4.

¹⁹¹ Vgl. Art. 191 BV.

¹⁹² Vgl. Art. 8 Abs. 2 BV.

handlung qualifiziert gerechtfertigt werden könnte¹⁹³. Eine derartige zwingende Rechtfertigung ist nicht möglich.

Es kommt hinzu, dass bei Versicherten vor Abschluss der beruflichen Ausbildung von Gesetzes wegen auf das branchenübliche bzw. gesamtschweizerische Durchschnittseinkommen abzustellen ist. Eine rechtsgleiche Behandlung der Schlechtverdienenden setzt voraus, dass auch bei Versicherten nach Abschluss der beruflichen Ausbildung eine Aufwertung auf das Niveau des branchenüblichen Durchschnittslohns erfolgt. Eine Aufwertung hat in jedem Fall dann zu erfolgen, wenn der Versicherte vor Eintritt des Gesundheitsschadens kein existenzsicherndes Einkommen erzielt hat. Zudem ist die Aufwertung von branchenunterdurchschnittlichen, aber existenzsichernden Valideneinkommen nicht länger vom Nachweis der Unfreiwilligkeit abhängig zu machen, sondern generell vorzunehmen.

¹⁹³ Statt vieler BGE 129 I 392 E. 3.2.2.