

# **Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Anspruch auf eine Invalidenrente bei organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebildern**

Grosse Masterarbeit  
Betreut durch Prof. Dr. iur Marc Hürzeler

Patrick Werner

Beginn der Arbeit: 21. September 2015  
Abgabedatum: 18. März 2016

# **I. Inhaltsverzeichnis**

I.	Inhaltsverzeichnis .....	I
II.	Literaturverzeichnis .....	V
III.	Materialienverzeichnis .....	X
IV.	Entscheidverzeichnis .....	XI
V.	Abkürzungsverzeichnis .....	XIII
1.	Einleitung .....	1
2.	Die Invalidenversicherung .....	2
2.1.	Allgemeines .....	2
2.2.	Versicherte Personen .....	3
2.3.	Das ATSG .....	4
2.4.	Invalidität als versichertes Risiko .....	5
2.4.1.	Bedeutung .....	5
2.4.2.	Definition .....	6
2.4.3.	Das medizinische Element .....	7
a.	Körperliche und geistige Gesundheitsbeeinträchtigung .....	7
b.	Psychische Gesundheitsbeeinträchtigung .....	8
c.	Die organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebilder .....	9
2.4.4.	Das wirtschaftliche Element .....	13
2.4.5.	Das kausale und finale Element .....	14
2.4.6.	Das zeitliche Element .....	16
2.4.7.	Schadenminderungsobliegenheit .....	17
2.5.	Die Leistungen in der Invalidenversicherung .....	17
2.5.1.	Invalidenrente .....	18
3.	Die Überwindbarkeitsrechtsprechung des Bundesgerichts .....	18
3.1.	Ausgangslage zur Überwindbarkeitspraxis .....	19
3.2.	Zusammenfassung der Überwindbarkeitspraxis nach BGE 130 V 352 .....	19

3.3. Die Überwindbarkeitsvermutung.....	21
3.3.1. Rechtsnatur.....	22
3.4. Foerster-Kriterien.....	24
3.4.1. Psychiatrische Komorbidität.....	24
3.4.2. Die alternativen Kriterien.....	25
3.4.3. Änderungen an den Kriterien.....	27
3.5. Funktion des Gutachtens und dessen Beweiswürdigung.....	27
3.5.1. Das Gutachten im Sozialversicherungsrecht.....	28
3.5.2. Beweiswürdigung des Gutachtens.....	29
3.5.3. Besonderheiten bei psychiatrischen Gutachten.....	30
3.6. Kritik an der Überwindbarkeitspraxis.....	32
3.6.1. Kritik an der Vermutung selbst und an den Foerster-Kriterien.....	32
3.6.2. Kritik an der Beweisabklärung und Einschränkung des Beweisthemas.....	34
3.6.3. Fehlende EMRK-Konformität?.....	36
3.7. Schleichende Änderungen an der Rechtsprechung.....	37
4. Die neue Rechtsprechung bei organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebildern.....	39
4.1. Änderung einer langjährigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung.....	39
4.2. Zusammenfassung von BGE 141 V 281.....	40
4.3. Gründe für die Änderung der Rechtsprechung.....	42
5. Vergleich der geänderten Rechtsprechungen.....	43
5.1. Betroffene Beschwerdebilder.....	43
5.2. Unveränderter Ausgangspunkt.....	44
5.3. Präzisierung der Anforderungen einer Diagnosestellung.....	44
5.3.1. Erhöhte Sorgfalt.....	44
5.3.2. Aggravation und Verdeutlichungstendenz.....	45
5.4. Bedeutung des Gutachtens.....	47
5.5. Die Standardindikatoren.....	48
5.5.1. Kategorie «funktioneller Schweregrad».....	48
a. Komplex «Gesundheitsschädigung».....	48

b.	Komplex «Persönlichkeit».....	50
c.	Komplex «Sozialer Kontext».....	51
5.5.2.	Kategorie «Konsistenz» .....	51
5.6.	Folgen der Beweislosigkeit .....	52
5.7.	Bundesgerichtliche Kognition .....	52
5.8.	Intertemporalrechtliche Fragen.....	53
5.8.1.	Beweiswert bereits ergangener Gutachten .....	53
5.8.2.	Bedeutung für laufende Verfahren.....	53
5.8.3.	Bedeutung für rechtskräftige Fälle.....	54
5.8.4.	Anpassung durch 6. IVG-Revision .....	54
6.	Sonderfall HWS-Schleudertrauma .....	55
6.1.	Typisches Beschwerdebild .....	55
6.2.	Auftreten .....	56
7.	Beurteilung der neuen Rechtsprechung .....	57
7.1.	Beibehaltung der objektiven Überwindbarkeit .....	57
7.2.	Änderung der Begrifflichkeiten .....	58
7.3.	Aufgabe der Vermutung .....	58
7.4.	Neue Eintrittsschwelle für die Anspruchsbegründung.....	59
7.5.	Ergebnisoffene Beurteilung mit Standardindikatoren .....	60
7.6.	Beweisrechtliche Grundsätze .....	63
7.7.	Keine Neuanmeldung aufgrund der Praxisänderung .....	63
7.8.	Fazit.....	64
8.	Anwendung der Schmerzpraxis im Haftpflichtrecht.....	65
8.1.	Unterschiedliche Schadensausgleichssysteme .....	65
8.1.1.	Haftpflichtrecht.....	65
8.1.2.	Invalidenversicherung.....	66
8.2.	Anwendung bei der Überwindbarkeitspraxis.....	67
8.2.1.	Gründe für die Anwendbarkeit .....	68
8.2.2.	Gründe gegen die Anwendbarkeit.....	71

a.	Kantonale Rechtsprechung .....	72
b.	Lehre .....	72
aa.	Systematische Gründe.....	72
bb.	Charakteristische Gründe.....	73
cc.	Rechtliche Gründe .....	74
8.2.3.	Schleichende Einführung der Überwindbarkeitspraxis .....	76
8.2.4.	Fazit.....	77
8.3.	Anwendung beim neuen strukturierten Beweisverfahren .....	78
9.	Schlusswort und Ausblick .....	80
VI.	Plagiatserklärung .....	83

## II. Literaturverzeichnis

BERGER, MAX B., «Nur, aber immerhin», HAVE, 2015, S. 291. (zit. BERGER, «Nur, aber immerhin»)

BITTEL, THOMAS/BECK, PETER, Der Kostendruck führt zu system(at)ischen Kürzungen oder Verweigerungen von Versicherungs- und Haftpflichtleistungen (oder umgekehrt?), HAVE, 2014, S. 445. (zit. BITTEL/BECK, Kürzungen oder Verweigerungen von Versicherungsleistungen)

BUOMBERGER, THOMAS, Das Bundesgericht fasst Patienten härter an, Beobachter Nr. 10, 2013, «[http://www.beobachter.ch/justiz-behoerde/gesetze-recht/artikel/versicherungen\\_das-bundesgericht-fasst-patienten-haerter-an/](http://www.beobachter.ch/justiz-behoerde/gesetze-recht/artikel/versicherungen_das-bundesgericht-fasst-patienten-haerter-an/)», Stand: 04.03.2016. (zit. Beobachter 10/2013)

DIMSDALE, JOEL E./CREED, FRANCIS/ESCOBAR, JAVIER/SHARPE, MICHAEL/WULSIN, LAWSON/BARSKY, ARTHUR/LEE, SING/IRWIN, MICHAEL R./LEVENSON, JAMES, Somatic Symptom Disorder: An important change in DSM, Journal of Psychosomatic Research, 2013, S. 223, «<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0022399913002651>», Stand: 23.12.2015. (zit. DIMSDALE, ET AL., Somatic Symptom Disorder)

FUHRER, STEPHAN, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, HAVE 2011, S. 160. (zit. FUHRER, Privatversicherungsrechtliche Entscheidungen)

GÄCHTER, THOMAS/MEIER, MICHAEL E., Einordnung von BGE 141 V 281 aus rechtswissenschaftlicher Sicht, HAVE 2015, S. 435. (zit. GÄCHTER/MEIER, Einordnung von BGE 141 V 281)

GÄCHTER, THOMAS/MEIER, MICHAEL E., Schmerzrechtsprechung 2.0, Jusletter 29. Juni 2015. (zit. GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0)

GERMANN, THOMAS, BGE 136 V 279: Die Abschaffung einer rechtlichen Privilegierung und ihre Folgen für das soziale Unfallversicherungs- und das Haftpflichtrecht, SZS, Bern 2011, S. 1. (zit. GERMANN, Abschaffung einer rechtlichen Privilegierung)

GERMANN, THOMAS, BGE 136 V 279 und die Auswirkungen im Haftpflichtrecht, HAVE 2011, S. 70. (zit. GERMANN, BGE 136 V 279 und die Auswirkungen)

HENNINGSSEN, PETER, Probleme und offene Fragen in der Beurteilung der Erwerbsfähigkeit bei Probanden mit funktionellen Körperbeschwerdesyndromen, SZS, Bern 2014, S. 499. (zit. HENNINGSSEN, Probleme und offene Fragen)

HONSELL, HEINRICH/ISENRING, BERNHARD/KESSLER, MARTIN A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Auflage, Zürich · Basel · Genf 2013. (zit. HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht)

HUBER, JEAN-BAPTISTE, Ein kritischer Blick auf ausgewählte bundesgerichtliche Urteile zum Sozialversicherungsrecht (mit einem besonderen Blick auf haftpflichtrechtliche Auswirkungen), in: KIESER, UELI/LENDFERS, MIRIAM [Hrsg.], Sozialversicherungsrechtstagung 2012, Band 84, St. Gallen 2013. (zit. HUBER, Urteile zum Sozialversicherungsrecht)

HUSMANN, DAVID, Schmerzpraxis: Ei des Kolumbus, Heilmittel oder Sackgasse? – Gedanken zu BGE 136 V 279, HAVE 2011, S. 193. (zit. HUSMANN, Ei des Kolumbus)

HUSMANN, DAVID/RIESEN, SILVIO, Unklare Beschwerdebilder aus der Geschädigtenperspektive, in: WEBER, STEPHAN [Hrsg.], Personen-Schaden-Forum 2015, Zürich · Basel · Genf 2015, S. 43. (zit. HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder)

HÜRZELER, MARC, Invaliditätsproblematiken in der beruflichen Vorsorge, Basel · Genf · München 2006. (zit. HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken)

HÜRZELER, MARC, Urteil des Bundesgerichts (I. zivilrechtliche Abteilung) vom 25. Juni 2012 (4A\_171/2012), Keine Anwendung der sozialversicherungsrechtlichen Adäquanzkriterien im Haftpflichtrecht, SZS, Bern 2013, S. 86. (zit. HÜRZELER, Keine Anwendung der sozialversicherungsrechtlichen Adäquanzkriterien im Haftpflichtrecht)

HÜRZELER, MARC/TAMM, NIKOLAUS/BIAGGI, RAFFAELLA, Personenschadensrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, Basel 2010. (zit. HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht)

JEGER, JÖRG, Auswirkungen der neuen Rechtsprechung zu den psychosomatischen Krankheitsbildern auf die medizinische Begutachtung, in: WEBER, STEPHAN [Hrsg.], Personen-Schaden-Forum 2016, Zürich · Basel · Genf 2016, S. 87. (zit. JEGER, Auswirkungen der neuen Rechtsprechung auf medizinische Gutachten)

JEGER, JÖRG, Die neue Rechtsprechung zu psychosomatischen Krankheitsbildern, Jusletter 13. Juli 2015. (zit. JEGER, Die neue Rechtsprechung)

JEGER, JÖRG, Die persönlichen Ressourcen und ihre Auswirkungen auf die Arbeits- und Wiedereingliederungsfähigkeit – Eine kritische Auseinandersetzung mit der Überwindbarkeitspraxis, in: RIEMER-KAFKA, GABRIELA [Hrsg.], Psyche und Sozialversicherung, Luzern 2014, S. 131. (zit. JEGER, Die persönlichen Ressourcen)

JEGER, JÖRG, Sicherheit und Unsicherheit in medizinischen Gutachten, in: RIEMER-KAFKA, GABRIELA/RUMO-JUNGO, ALEXANDRA [Hrsg.], Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 319. (zit. JEGER, Sicherheit und Unsicherheit)

KIESER, UELI, ATSG-Kommentar, 3. Auflage, Zürich · Basel · Genf 2015. (zit. KIESER, ATSG-Kommentar)

KIESER, UELI, Ein Blick zurück – die Entwicklung der Rechtsprechung zu den unklaren Beschwerdebildern, HAVE 2015, S. 428. (zit. KIESER, Ein Blick zurück)

KIESER, UELI, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Zürich · St. Gallen 2008. (zit. KIESER, Sozialversicherungsrecht)

KOCHER, RALF, BGE 141 V 281 als Chance für die IV, HAVE 2015, S. 442. (zit. KOCHER, Chance für die IV)

KRADOLFER, MATTHIAS, Nicht objektivierbare Gesundheitsschäden im Lichte der EMRK mit einem Vorwort von Philip Stolkin, fgr – Forum Gesundheitsrecht, Band Nr. 20, Zürich 2012. (zit. KRADOLFER, Nicht objektivierbare Gesundheitsschäden im Lichte der EMRK)

LANDHOLT, HARDY, Zürcher Kommentar, Band V/1c/2, Art. 45 - 49 OR. Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, 3. Auflage, Zürich 2007. (zit. LANDHOLT, Zürcher Kommentar)

LÄUBLI ZIEGLER, SYLVIA/BECK, PETER, Die Überwindbarkeitspraxis ist fremd in der Haftpflichtwelt, Urteil des OGer Bern vom 31. Januar 2013 (ZK 12 22 HOH), HAVE 2013, S. 246. (zit. LÄUBLI/BECK, Überwindbarkeitspraxis ist fremd in der Haftpflichtwelt)

LOCHER, LORENA, «Überwindbarkeitsvermutung ist aufzugeben.», Urteil des Bundesgerichts 9C\_492/2014 vom 3. Juni 2015, HAVE 2015, S. 315. (zit. LOCHER, L., «Überwindbarkeitsvermutung ist aufzugeben»)

LOCHER, THOMAS/GÄCHTER, THOMAS, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Auflage, Bern 2014. (zit. LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts)

MARELLI, RENATO, Nicht können oder nicht wollen? Beurteilung der Arbeitsfähigkeit bei somatoformen Störungen, typische Schwierigkeiten und ihre Überwindung, SZS, Bern 2007, S. 326. (zit. MARELLI, Nicht können oder nicht wollen?)

MEYER, ULRICH, Das Schleudertrauma, anders betrachtet, in: Riemer-Kafka, Gabriela/Rumo-Jungo, Alexandra [Hrsg.], Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 473. (zit. MEYER, Schleudertrauma)

MEYER, ULRICH, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, namentlich für den Einkommensvergleich in der Invaliditätsbemessung, Jusletter 2. Februar 2004. (zit. MEYER, Arbeitsunfähigkeit)

MEYER, ULRICH/REICHMUTH, MARCO, in: Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG), 3. Auflage, Zürich 2014. (zit. MEYER/REICHMUTH, Art. x IVG)

MOSIMANN, HANS-JAKOB, Grundsatzentscheid BGE 141 V 281 – ein Überblick, HAVE 2015, S. 430. (zit. MOSIMANN, Grundsatzentscheid BGE 141 V 281)

MOSIMANN, HANS-JAKOB, Somatoforme Störungen: Gerichte und (psychiatrische) Gutachten, SZS, Bern 1999, S. 1. (zit. MOSIMANN, Somatoforme Störungen)

MOSIMANN, HANS-JAKOB, Unklare Beschwerdebilder im Sozialversicherungsrecht, in: WEBER, STEPHAN [Hrsg.], Personen-Schaden-Forum 2015, Zürich · Basel · Genf 2015, S. 17. (zit. MOSIMANN, Unklare Beschwerdebilder)

MÜLLER, URS, Die natürliche Vermutung in der Invalidenversicherung, in: RIEMER-KAFKA, GABRIELA/RUMO-JUNGO, ALEXANDRA [Hrsg.], Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 549. (zit. MÜLLER, Natürliche Vermutung)

MURER, ERWIN, Invalidenversicherungsgesetz (Art. 1 – 27<sup>bis</sup> IVG), Stämpflis Handkommentar, Art. 4 IVG, Bern 2014. (zit. MURER, Handkommentar, Art. 4 IVG)

MURER, ERWIN, Moral Hazard und die Versicherungsfälle unklarer Kausalität, unter besonderer Berücksichtigung der psychogenen Störungen nach Unfällen sowie des sog. «Schleudertraumas», SZS, Bern 2006, S. 248. (zit. MURER, Moral Hazard)

MURER, ERWIN/KIND, HANS/BINDER, HANS UELI, Kriterien zur Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs bei erlebnisreaktiven (psychogenen) Störungen nach Unfällen, SZS, Bern 1993, S. 121. (zit. MURER/KIND/BINDER, Adäquater Kausalzusammenhang bei erlebnisreaktiven Störungen)

PRIBNOW, VOLKER, Privatrechtlicher Blick auf die geänderte sozialversicherungsrechtliche Schmerzrechtsprechung, HAVE 2015, S. 445. (zit. PRIBNOW, Privatrechtlicher Blick auf die Schmerzrechtsprechung)

PRIBNOW, VOLKER, Schadenausgleich nach Schleudertrauma in der nicht perfekten Welt, HAVE 2011, S. 68. (zit. PRIBNOW, Schadenausgleich nach Schleudertrauma)

PRIBNOW, VOLKER, Schmerzpraxis: Wenn schon nicht richtig, dann überall?, HAVE 2012, S. 232. (zit. PRIBNOW, Schmerzpraxis)

RHINOW, RENÉ/KOLLER, HEINRICH/KISS, CHRISTINA/THURNHERR, DANIELA/BRÜHL-MOSER, Denise, Öffentliches Prozessrecht, 3. Auflage, Basel 2014. (zit. RHINOW ET AL., Öffentliches Prozessrecht)

RIEMER-KAFKA, GABRIELA, Versicherungsmedizinische Gutachten, 2. Auflage, Bern 2012. (zit. RIEMER-KAFKA, Versicherungsmedizinische Gutachten)

RIEMER-KAFKA, GABRIELA, Zur Überwindung der Überwindbarkeitsvermutung. Einige Gedanken zum Bundesgerichtsurteil 9C\_492/2014 vom 3. Juni 2015, SZS, Bern 2015, S. 373. (zit. RIEMER-KAFKA, Zur Überwindung der Überwindbarkeitsvermutung)

ROBERTO, VITO, Haftpflichtrechtliche Auswirkungen von BGE 136 V 279, HAVE 2011, S. 73. (zit. ROBERTO, Haftpflichtrechtliche Auswirkungen von BGE 136 V 279)

SAMUELSSON, EVALOTTA, HWS-Distorsion-Schleudertrauma: Sinngemässe Anwendung der Rechtsprechung zur somatoformen Schmerzstörung - Urteil des Bundesgerichts 9C\_510/2009 vom 30. August 2010, HAVE 2010, S. 356. (zit. SAMUELSSON, HWS-Distorsion-Schleudertrauma)

SANER, KASPAR/GEHRING, KASPAR, Überwindbarkeitsrechtsprechung zur Sozialversicherung – ein Irrläufer im Haftpflichtrecht, AJP 2012, S. 815. (zit. SANER/GEHRING, Überwindbarkeitsrechtsprechung zur Sozialversicherung)

SCARTAZZINI, GUSTAVO/HÜRZELER, MARC, Bundessozialversicherungsrecht, 4. Auflage, Basel 2012. (zit. SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht)

SCHATZMANN, BRUNO, Anwendbarkeit der Überwindbarkeitsrechtsprechung im Haftpflichtrecht, HAVE 2012, S. 12. (zit. SCHATZMANN, Überwindbarkeitsrechtsprechung im Haftpflichtrecht)

SCHMID, MARKUS, Keine Übernahme der sozialversicherungsrechtlichen Adäquanzkriterien ins Haftpflichtrecht. Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 31. März 2011, HAVE 2011, S. 250. (zit. SCHMID, Keine Übernahme der sozialversicherungsrechtlichen Adäquanzkriterien)

SENN, JÜRIG, Moral Hazard der Überwindbarkeitsrechtsprechung, HAVE 2012, S. 234. (zit. SENN, Moral Hazard)

STOLKIN, PHILIP, Was ist Sachverhalt und was ist Recht? Eine Konfusion des Bundesgerichts in vier Urteilen, Jusletter 25. August 2014. (zit. STOLKIN, Was ist Sachverhalt und was ist Recht?)

SUTER, PATRICK, Die Preisgabe der Überwindbarkeitsvermutung – einige Gedanken aus haftpflichtrechtlicher Sicht, HAVE 2015, S. 447. (zit. SUTER, Die Preisgabe der Überwindbarkeitsvermutung)

SUTER, PATRICK, Unklare Beschwerdebilder im Haftpflichtrecht: Ein Lösungsvorschlag, in: WEBER, STEPHAN [Hrsg.], Personen-Schaden-Forum 2015, Zürich · Basel · Genf 2015, S.79. (zit. SUTER, Unklare Beschwerdebilder im Haftpflichtrecht)

WIDMER, DIETER, Die Sozialversicherung in der Schweiz, 10. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2015. (zit. WIDMER, Sozialversicherung)

ZIMMERMANN, MARKUS, Somatoforme Schmerzstörung in der Privatversicherung. Urteil des Bundesgerichts vom 24.03.2011 (4A\_5/2011), HAVE 2011, S. 259. (zit. ZIMMERMANN, Somatoforme Schmerzstörung in der Privatversicherung)

### III. Materialienverzeichnis

Antwort des Bundesrates vom 28. September 2007 zur Interpellation 07.3475 vom 21. Juni 2007 eingereicht von Guy Parmelin, Schleudertrauma. Eine «Epidemie» der Deutschschweiz?, «[http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20073475](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20073475)», Stand: 20.01.2016. (zit. Antwort des Bundesrates auf Interpellation 07.3475)

AWMF-Leitlinie, Beschleunigungstrauma der Halswirbelsäule, AWMF-Reg.-Nr. 030-095, Langfassung, Stand September 2012, gültig bis 29. September 2017, abrufbar unter «<http://www.awmf.org/leitlinien/detail/ll/030-095.html>», Stand 27.02.2016. (zit. AWMF-Leitlinie Nr. 030-095)

AWMF-Leitlinie, Umgang mit Patienten mit nicht-spezifischen, funktionellen und somatoformen Körperbeschwerden, AWMF-Reg.-Nr. 051-001, Langfassung, Stand: 15. April 2012, gültig bis 31. März 2017, abrufbar unter «<http://www.awmf.org/leitlinien/detail/ll/051-001.html>», Stand 26.02.2016. (zit. AWMF-Leitlinie Nr. 051-001)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (5. Revision) vom 22. Juni 2005, 05.052, BBl 2005 4459. (zit. Botschaft 5. IV-Revision, BBl 2005)

BSV, IV-Rundschreiben Nr. 339, Auftrag für ein medizinisches Gutachten in der Invalidenversicherung vom 9. September 2015. (zit. IV-Rundschreiben Nr. 339)

Comité Européen des Assurances (CEA), Schadenhäufigkeit und Schadenaufwand bei leichten Verletzungen der Halswirbelsäule, Vergleichende Studie, Paris · Brüssel 2004. (zit. CEA-Studie)

IV-Statistik 2014, in: Bundesamt für Sozialversicherungen BSV [Hrsg.], Statistiken zur sozialen Sicherheit, Bern 2015. (zit. IV-Statistik 2014)

Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 17. Juni 2015 zum Urteil vom 3. Juni 2015 (9C\_492/2014), 11.5.2/22\_2015, Lausanne 2015. (zit. Medienmitteilung des Bundesgerichts zum Urteil 9C\_492/2014)

Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 28. Dezember 2015 zum Urteil vom 24. November 2015 (8C\_590/2015), 11.5.2/53\_2015, Lausanne 2015. (zit. Medienmitteilung des Bundesgerichts zum Urteil 8C\_590/2015)

## **IV. Entscheidverzeichnis**

### **Publizierte Entscheide des Bundesgerichts**

BGE 111 II 72

BGE 123 III 110

BGE 140 III 24

BGE 102 V 165

BGE 114 V 281

BGE 115 V 133

BGE 117 V 359

BGE 125 V 351

BGE 127 V 294

BGE 130 V 343

BGE 130 V 352

BGE 130 V 396

BGE 131 V 49

BGE 132 V 65 = Pra 96 (2007) Nr. 38

BGE 132 V 393

BGE 134 V 109

BGE 135 V 201

BGE 136 V 279

BGE 137 V 64

BGE 137 V 199

BGE 137 V 210

BGE 139 V 346

BGE 139 V 547

BGE 140 V 8

BGE 141 V 281

### **Nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts**

Urteil 9C\_662/2009 vom 17. August 2010

Urteil 4A\_5/2011 vom 24. März 2011

Urteil 9C\_776/2010 vom 20. Dezember 2011

Urteil 9C\_148/2012 vom 17. September 2012

Urteil 9C\_1026/2012 vom 13. Februar 2013

Urteil 9C\_922/2012 vom 19 März 2013

Urteil 4A\_275/2013 vom 30. Oktober 2013

Urteil 9C\_492/2014 vom 3. Juni 2015

Urteil 9C\_899/2014 vom 29. Juni 2015

Urteil 9C\_173/2015 vom 29. Juni 2015

Urteil 8C\_421/2015 vom 23. September 2015

Urteil 8C\_582/2015 vom 8. Oktober 2015

### **Entscheide des EVG**

Urteil des EVG vom 19. Januar 2000, in: AHI-Praxis, 3/2000, S. 149 ff.

### **Kantonale Entscheide**

Urteil des Bezirksgerichts Schwyz BZ 09 34/dre vom 28. Juni 2012

Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Zug A2 2010 26 vom 1. Juli 2013

Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau ZBR 2010.84 vom 31. März 2011, in: RBOG 2011 Nr. 31

## V. Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AHI-Praxis	Rechtsprechung und Verwaltungspraxis in den Bereichen AHV, IV etc. (Hrsg.: BSV)
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, vom 20. Dezember 1946, SR 831.10
AJP	Aktuelle juristische Praxis
Art.	Artikel
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, vom 6. Oktober 2000, SR 830.1
AWMF	Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, vom 17. Juni 2005, SR 173.110)
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vom 18. April 1999, SR 101
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, vom 25. Juni 1982, SR 831.40
bzw.	beziehungsweise
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, vom 28. November 1974, SR 0.101
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
f.	folgende/r

ff.	folgende
Fn.	Fussnote
HAVE	Haftung und Versicherung
Hrsg.	Herausgeber
ICD	International Classification of Diseases
i.d.R.	in der Regel
insb.	insbesondere
IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, vom 19. Juni 1959, SR 831.20
i.V.m.	in Verbindung mit
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
MEDAS	Medizinische Abklärungsstelle
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), vom 30. März 1911, SR 220
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kanton Thurgau
Rz.	Randziffer
S.	Seite
sog.	sogenannte/r
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
u.a.	unter anderem
UV	Unfallversicherung
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210

Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
z.T.	zum Teil

# 1. Einleitung

Bis in das Jahr 2003 nahmen die Invalidenneurenten jährlich zu, bis zum Höchststand von 27'700 Neurenten. Im darauffolgenden Jahr sprach das damalige EVG mit BGE 130 V 352 ein Urteil aus, welches diese Zahl drastisch senken sollte, um die Sparziele der Invalidenversicherung zu erreichen. Die Zahl der neu zugesprochenen Invalidenrenten ist mittlerweile um mehr als die Hälfte verringert worden.<sup>1</sup> Das genannte Urteil enthielt die sog. Überwindbarkeitsvermutung, welche besagt, dass eine Person, die an einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung leide, diese mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwinden könne und daher nicht arbeitsunfähig sei. Dieses Leiden gehört zu jenen, die organisch nicht nachweisbar sind und daher zu den psychischen Gesundheitsbeschwerden gezählt wird.<sup>2</sup> Die besondere Rechtsprechung soll dabei die Beweisnot entschärfen.<sup>3</sup>

Am 3. Juni 2015 wurde mit BGE 141 V 281 die Überwindbarkeitsvermutung nach erheblicher Kritik auf Seiten der Rechtswissenschaften und der Medizin fallen gelassen und ein strukturiertes Beweisverfahren eingeführt. Das neue Verfahren soll es ermöglichen, eine ergebnisoffene und einzelfallgerechte Beurteilung vorzunehmen.<sup>4</sup>

In dieser Arbeit wird zuerst ein allgemeiner Blick auf die Invalidenversicherung geworfen, wobei das Hauptaugenmerk auf dem Invaliditätsbegriff mit seinen fünf Elementen liegt. Im Anschluss darauf wird die frühere Überwindbarkeitspraxis vorgestellt, indem u.a. auf die einzelnen Merkmale und der dazu geäußerten Kritik dieser Rechtsprechung eingegangen wird. Auf die alte Rechtsprechung folgt sodann zuerst eine grobe Zusammenfassung der neuen Praxis und danach werden in einem Vergleich zur geänderten Rechtsprechung die einzelnen Bestandteile genauer erläutert, welche u.a. die betroffenen Leiden, die Gutachtenstellung, die Standardindikatoren und intertemporalrechtliche Fragen behandelt. Die Ausführungen zur Rechtsprechung beziehen sich grundsätzlich auf die anhaltende somatoforme Schmerzstörung, weshalb nachfolgend noch auf einige Besonderheiten beim HWS-Schleudertrauma eingegangen wird, welches auch zu den betroffenen Beschwerdebildern gehört. Dies wird einerseits im Hinblick auf die Beurteilung des neuen strukturierten Beweisverfahrens und andererseits in Bezug auf die Anwendung der Schmerzpraxis im Haftpflichtrecht vorgenommen.

Im Kapitel über die Beurteilung der neuen Rechtsprechung werden die bundesgerichtlichen Änderungen in erster Linie nach der hier vertretenen Auffassung beschrieben und ergänzend dazu mit Lehrmeinungen versehen. Ausserdem wird die Meinung von Herrn David Husmann, welcher diesen neuen Leitentscheid erstritten hatte, auf der Basis eines persönlichen Gespräches bei diversen Punkten aufgeführt.

---

<sup>1</sup> IV-Statistik 2014, S. 31; Botschaft 5. IV-Revision, BBl 2005, S. 4460 f.

<sup>2</sup> BGE 130 V 352, E. 2.2.2. ff.

<sup>3</sup> GÄCHTER/MEIER, Einordnung von BGE 141 V 281, S. 436 f.

<sup>4</sup> Medienmitteilung des Bundesgerichts zum Urteil 9C\_492/2014.

Abgeschlossen wird die Arbeit mit der Untersuchung, ob die Schmerzpraxis auch im Haftpflichtrecht zur Anwendung kommt. Hierbei spielt das Leiden des HWS-Schleudertraumas eine wichtige Rolle, wobei hier nicht auf die unfallversicherungsrechtliche Rechtsprechung und deren spezielle Adäquanzpraxis eingegangen wird. Zuerst werden die Systeme, Sozialversicherungsrecht und Haftpflichtrecht, gegenübergestellt, um die verschiedenen Charakteristika aufzuzeigen. Im Anschluss darauf werden die Meinungen aufgezeigt, die unter dem Bestehen der Überwindbarkeitspraxis für und gegen die Anwendung derer in das Haftpflichtrecht sprachen. Dieses Kapitel wird dann mit einer Beurteilung der Anwendbarkeit unter der neuen Rechtsprechung gemäss der eigenen Ansichten abgeschlossen.

## 2. Die Invalidenversicherung

Zu Beginn dieser Arbeit soll ein Überblick über die Invalidenversicherung geschaffen werden, wobei hierzu insb. auf den Invaliditätsbegriff und auf die Invalidenrente als einschlägige Leistung in Bezug auf die hier besprochene bundesgerichtliche Rechtsprechung vertieft eingegangen wird.

### 2.1. Allgemeines

Die Invalidenversicherung gehört zusammen mit der Alters- und Hinterlassenenversicherung sowie den Ergänzungsleistungen zur 1. Säule des Schweizerischen Sozialversicherungssystems. Die AHV und die IV sind betreffend ihre Organisation und Struktur eng miteinander verknüpft. Dies zeigt sich schon daran, dass beide Versicherungen in der Bundesverfassung in dem gemeinsamen Art. 112 BV geregelt werden. Im Bezug zur Leistungscoordination nach Art. 63 Abs. 2 ATSG werden die beiden Versicherungen sodann zusammen als eine Sozialversicherung bezeichnet. Durch die enge Verknüpfung der AHV und der IV gelten hierfür einheitlich Grundsätze, was oft zum Ausdruck gelangt, indem die Gesetzgebung zur Invalidenversicherung auf die Erlasse zur AHV verweist und deren Bestimmungen als verbindlich erklärt. So ist als Beispiel der Versichertenkreis grundsätzlich derselbe wie in der AHV.<sup>5</sup> Durch die Zugehörigkeit zur 1. Säule hilft die Invalidenversicherung mit bei der Deckung des Existenzbedarfs,<sup>6</sup> wohingegen zusammen mit der beruflichen Vorsorge, also der 2. Säule, die Fortsetzung des gewohnten Lebensstandards in angemessener Weise<sup>7</sup> ermöglicht werden soll. Abgerundet wird das System mit der 3. Säule, welche die individuelle Vorsorge oder auch Selbstvorsorge ermöglicht.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 13, Rz. 1; KIESER, Sozialversicherungsrecht, Kapitel 2, Rz. 9.

<sup>6</sup> Vgl. Art. 112 Abs. 2 lit. b BV.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 113 Abs. 2 lit. a BV.

<sup>8</sup> HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 8 f.; LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, § 1, Rz. 32; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 3, Rz. 7; WIDMER, Sozialversicherung, S. 8.

## 2.2. Versicherte Personen

Nach Art. 1b IVG ist in der Invalidenversicherung versichert, wer auch in der Alters- und Hinterlassenenversicherung nach AHVG obligatorisch oder freiwillig versichert ist. Der Versichertenkreis ist somit identisch.<sup>9</sup>

Gemäss Art. 1a Abs. 1 lit. a AHVG sind in der Schweiz sämtliche natürlichen Personen obligatorisch versichert, welche ihren Wohnsitz in der Schweiz begründen. Dies betrifft im Grundsatz die gesamte Wohnbevölkerung. In diesem Kreis sind auch Ausländer, die in der Schweiz wohnhaft sind, eingeschlossen. Vorbehalten bleiben abweichende Regelungen in Sozialversicherungsabkommen zwischen der Schweiz und anderen Staaten. Ebenso erfasst sind auch Flüchtlinge und Staatenlose. Der Wohnsitz bestimmt sich nach Art. 23 und 24 Abs. 1 ZGB. Es handelt sich somit um den zivilrechtlichen Wohnsitz, der sich dort befindet, wo sich eine Person mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält und welcher an jenem Ort bestehen bleibt, bis ein neuer Wohnsitz erworben wird. Die obligatorische Versicherung gilt jedoch nicht nur für in der Schweiz wohnhafte Personen, sondern nach lit. b auch für diejenigen natürlichen Personen, welche in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben, aber im Ausland wohnen. Diese Regelung betrifft in erster Linie die Grenzgänger. Da in der AHV und aufgrund des Verweisartikels auch in der IV das Prinzip der individuellen Versicherung herrscht, ist der im Ausland wohnhafte Ehegatte nicht versichert. Eine Ausnahme ist gegeben, wenn dieser Ehegatte Schweizer ist und sich somit auf freiwilliger Basis versichern lassen kann. Zuletzt gehören zu den obligatorisch Versicherten gemäss lit. c auch jene Schweizer Bürger, welche im Dienste der Eidgenossenschaft, im Dienste internationaler Organisationen, mit denen der Bundesrat ein Sitzabkommen abgeschlossen hat und die als Arbeitgeber gelten oder im Dienste privater, vom Bund namhaft subventionierter Hilfsorganisationen im Ausland tätig sind.<sup>10</sup>

In Art. 1a Abs. 2 AHVG werden Gruppen von Personen genannt, welche nicht versichert sind, obwohl sie unter die obligatorische Versicherung nach Abs. 1 fallen würden. So sind ausländische Staatsangehörige, die im diplomatischen Dienst sind, nicht versichert. Des Weiteren schliesst die Angehörigkeit zu einer ausländischen staatlichen Alters- und Hinterlassenenversicherung die Schweizerische Versicherung aus, sofern daraus eine nicht zumutbare Doppelbelastung folgt. Zuletzt sind Erwerbstätige nicht versichert, welche die Voraussetzungen nach Abs. 1 nur für eine verhältnismässig kurze Zeit erfüllen.<sup>11</sup> In den Absätzen 3 und 4 werden schliesslich noch die Weiterführung der Versicherung in bestimmten Fällen und der Beitritt zur Versicherung geregelt.<sup>12</sup>

Neben der Versicherungspflicht nach Art. 1a AHVG besteht nach Art. 2 AHVG unter bestimmten Voraussetzungen auch die Möglichkeit zum Beitritt der freiwilligen Versicherung. So können sich Schweizer

---

<sup>9</sup> LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, § 28, Rz. 3; KIESER, Sozialversicherungsrecht, Kapitel 3, Rz. 34; MEYER/REICHMUTH, Art. 1b IVG, Rz. 1; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 13, Rz. 13; WIDMER, Sozialversicherung, S. 66.

<sup>10</sup> LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, § 28, Rz. 5 ff.; MEYER/REICHMUTH, Art. 1b IVG, Rz. 2 ff.; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 12, Rz. 30; WIDMER, Sozialversicherung, S. 66.

<sup>11</sup> MEYER/REICHMUTH, Art. 1b IVG, Rz. 6; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 12, Rz. 31.

<sup>12</sup> LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, § 28, Rz. 9 f.; MEYER/REICHMUTH, Art. 1b IVG, Rz. 4; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 12, Rz. 32 f.

Bürger und Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA, die nicht in einem Mitgliedstaat dieser Organisationen leben, der freiwilligen Versicherung beitreten, sofern sie unmittelbar vorher während mindestens fünf aufeinanderfolgenden Jahren obligatorisch versichert waren. Von Bedeutung ist diese Regelung aber vor allem für jene Schweizer Staatsangehörige, welche ausserhalb der EU oder der EFTA leben.<sup>13</sup>

### 2.3. Das ATSG

An dieser Stelle soll noch ein Blick auf das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) als Dachkonstruktion über dem Schweizerischen Sozialversicherungsrecht geworfen werden, bevor der Versicherungszweig der Invalidenversicherung weiter erläutert wird.

Das ATSG wurde nach einer Beratungszeit von etwa 15 Jahren am 6. Oktober 2000 verabschiedet, worauf es am 1. Januar 2003 in Kraft trat. Die ursprünglichen Ziele der Vereinheitlichung und Harmonisierung der einzelnen Sozialversicherungszweige wurden nicht erreicht. Das Endergebnis entsprach eher einem sog. «ATSG-light», welches etlichen Streichungen von Bestimmungen und dem grundsätzlichen Ausschluss der beruflichen Vorsorge zum Opfer fiel.<sup>14</sup> Die Funktion des ATSG besteht nun in der Koordination des schweizerischen Sozialversicherungsrechts. Gemäss Art. 1 ATSG kommt das Gesetz dieser Aufgabe nach, indem allgemeine Begriffe, Grundsätze und Institute des Sozialversicherungsrechts definiert werden, das Verfahren einheitlich festgelegt und die Rechtspflege geregelt wird, die Leistungen koordiniert werden sowie der Regress der Sozialversicherungen auf haftpflichtige Dritte geordnet wird. Dieses Gesetz darf jedoch nicht als Harmonisierungsgesetz verstanden werden, sondern es soll die Rechtsbeziehungen zwischen Versicherten und Versicherern koordinieren. Daher ist das ATSG auch als gleichrangiges Gesetz zu den Einzelgesetzen zu betrachten und nicht als höherrangiges Gesetz.<sup>15</sup>

Das ATSG ist insoweit auf die einzelnen Sozialversicherungszweige anwendbar, sofern die Einzelgesetze dies vorsehen. Mit Ausnahme der beruflichen Vorsorge, sehen alle Sozialversicherungszweige einen Verweis auf die Anwendbarkeit des ATSG in ihren Erlassen vor. Nur einzelne Bestimmungen des ATSG sind gemäss dem BVG unmittelbar auf die berufliche Vorsorge anwendbar. Viele weitere Normen sind jedoch mittelbar anwendbar, da z.B. auf den Entscheid einer anderen Sozialversicherung abgestellt wird und dadurch indirekt deren Bestimmungen zu Anwendung kommen, welche sich dann oft auf das ATSG beziehen. Aber auch bei den anderen Sozialversicherungen, die in ihrem Artikel 1 die Anwendbarkeit des ATSG erklären, gibt es Abweichungen. Die Anwendbarkeit des ATSG muss ausdrücklich erfolgen. Dies

---

<sup>13</sup> LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, § 28, Rz. 11 f.; MEYER/REICHMUTH, Art. 1b IVG, Rz. 5; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 12, Rz. 34.

<sup>14</sup> LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, § 1, Rz. 10 ff.; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 7, Rz. 1; WIDMER, Sozialversicherung, S. 387.

<sup>15</sup> KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 1, Rz. 12 ff. und Art. 2, Rz. 6 f.; LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, § 4, Rz. 31 ff.; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 7, Rz. 2 ff.; WIDMER, Sozialversicherung, S. 387.

kann entweder durch einen expliziten Ausschluss einzelner ATSG-Bestimmungen oder durch abweichende Regelungen in den jeweiligen Einzelgesetzen geschehen. Bei einem stillschweigenden Abweichen vom ATSG wird davon ausgegangen, dass weiterhin das ATSG Vorrang hat.<sup>16</sup> Es ergibt sich somit eine Kaskade mit drei Stufen, um die Anwendbarkeit des ATSG zu ermitteln. Als erstes muss überprüft werden, ob das ATSG überhaupt auf den fraglichen Versicherungszweig anwendbar ist. Danach ist zu klären, ob für das fragliche Problem eine Antwort vorgesehen ist und zu guter Letzt, ob das jeweilige Einzelgesetz zur betreffenden Frage eine abweichende Regelung enthält.<sup>17</sup>

Gemäss Art. 1 IVG ist das ATSG auf die Invalidenversicherung grundsätzlich anwendbar. Von zentraler Bedeutung sind insb. die Legaldefinitionen der Invalidität, der Erwerbsunfähigkeit und der Arbeitsunfähigkeit. Im Rahmen des Leistungsrechts spielen vor allem die Normen bezüglich des Invaliditätsgrades und der Revision von Invalidenrenten eine wichtige Rolle.<sup>18</sup>

## **2.4. Invalidität als versichertes Risiko**

In der Invalidenversicherung kann von drei Risiken gesprochen werden. Das bedeutendste Risiko bildet die Invalidität. Die anderen Risiken sind eher besonderer Art, so kann nebst der Invalidität von der drohenden Invalidität und der Hilflosigkeit gesprochen werden. Das Risiko der drohenden Invalidität kann einen Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen nach Art. 8 Abs. 1 IVG begründen. Die Hilflosigkeit liegt nach Art. 9 ATSG vor, wenn der Versicherte wegen der Beeinträchtigung der Gesundheit für alltägliche Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf.<sup>19</sup> Folgend soll jedoch nur auf das Hauptrisiko, die Invalidität, Bezug genommen werden.

### **2.4.1. Bedeutung**

Das IVG verweist in Art. 4 Abs. 1 auf die Legaldefinition der Invalidität im ATSG. Sie wird dort in Art. 8 i.V.m. Art. 7 ATSG festgehalten und ist ein rein rechtlicher Begriff. Der Grund, warum die Invalidität ein rechtlicher und kein medizinischer Begriff ist, liegt daran, dass nicht der Gesundheitsschaden, sondern dessen wirtschaftliche Auswirkung, sprich die Erwerbsunfähigkeit, entscheidend ist.<sup>20</sup> Der hier relevante Invaliditätsbegriff bezieht sich grundsätzlich auf das Sozialversicherungsrecht und kann in den Privatversicherungen anders umschrieben werden. So kann der Begriff auch in der weitergehenden beruflichen Vorsorge in beschränkter Masse eine andere Bedeutung haben. Weiter ist anzumerken, dass sich die Invalidität nach Art. 8 ATSG im Leistungsrecht nur auf die Invalidenrente bezieht. Im Zusam-

---

<sup>16</sup> LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, § 4, Rz. 34 ff.; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 7, Rz. 5 ff.; WIDMER, Sozialversicherung, S. 387; ausführlich zur Verweisungstechnik KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 2, Rz. 10 ff.

<sup>17</sup> SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 7, Rz. 5.

<sup>18</sup> Vgl. KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 2, Rz. 49 f.; vgl. SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 7, Rz. 14 ff. und Rz. 26 ff.; vgl. Art. 6, 7 und 8 ATSG sowie Art. 16 und 17 ATSG.

<sup>19</sup> SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 13, Rz. 14.

<sup>20</sup> BGE 102 V 165.

menhang mit anderen Versicherungsleistungen wie z.B. Hilfsmitteln kann die Invalidität anders verstanden werden.<sup>21</sup> Vorliegend steht die Invalidenrente im Vordergrund, weshalb von den folgenden Ausführungen zur Invalidität auszugehen ist.

## 2.4.2. Definition

Eine Invalidität liegt nach Art. 8 Abs. 1 ATSG bei voraussichtlich bleibender oder längerer Zeit dauernder ganzer oder teilweiser Erwerbsunfähigkeit vor. Folglich muss zuerst der Begriff der Erwerbsunfähigkeit umschrieben werden, welcher ebenfalls vom Gesetz definiert wird. Als Erwerbsunfähigkeit wird gemäss Art. 7 Abs. 1 ATSG der ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeit auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt bezeichnet, der durch körperliche, geistige oder psychische Gesundheitsbeeinträchtigungen verursacht wird und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibt.<sup>22</sup> Ausserdem liegt die Erwerbsunfähigkeit nur vor, wenn sie gemäss Art. 7 Abs. 2 ATSG objektiv nicht überwindbar ist.<sup>23</sup> Aus diesen beiden Definitionen lassen sich die fünf Elemente des Invaliditätsbegriffs herausnehmen. Diese sind das medizinische, das wirtschaftliche, das kausale und das zeitliche Element sowie das Element der Zumutbarkeit und Schadenminderungspflicht.<sup>24</sup> Zu beachten ist weiter, dass die Erwerbsunfähigkeit nicht mit der Arbeitsunfähigkeit verwechselt werden darf. Die Arbeitsunfähigkeit nach Art. 6 ATSG bezieht sich nur auf die Fähigkeit, in der bisherigen Berufstätigkeit oder im Aufgabenbereich einer zumutbaren Arbeit nachgehen zu können oder auf die Gefahr, dass sich der Gesundheitszustand des Betroffenen verschlimmern könnte,<sup>25</sup> welche im Vergleich zur Erwerbsunfähigkeit weniger weit geht. Bei der späteren Problematik in der hier behandelten Rechtsprechung spielt die Arbeitsunfähigkeit aber eine nicht unbeachtliche Rolle, da sie als Vorstadium der Erwerbsunfähigkeit oft gegeben, aber noch nicht rentenbegründend ist. Der hier beschriebene Invaliditätsbegriff bezieht sich auf die Erwerbstätigen. Wie vorne erläutert, umfasst die Invalidenversicherung grundsätzlich die gesamte Bevölkerung, also auch die Nichterwerbstätigen. In Art. 8 Abs. 3 ATSG wird die Invalidität für volljährige Nichterwerbstätige umschrieben. Sie gelten demnach als invalid, sofern sie vor der Gesundheitsbeeinträchtigung schon nicht erwerbstätig waren und ihnen eine Erwerbstätigkeit auch nicht zugemutet werden kann sowie aufgrund dieser Beeinträchtigung nicht in der Lage sind, sich in ihrem bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen. Bei nichterwerbstätigen Minderjährigen wird nach Art. 8 Abs. 2 ATSG die voraussichtliche ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit aufgrund körperlicher, geistiger oder psychischer Gesundheitsbeeinträchtigungen bestimmt. Ein nichterwerbstätiger Minderjähriger ist so z.B. invalid, wenn

---

<sup>21</sup> KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 8, Rz. 5; LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, § 10, Rz. 2; RIEMER-KAFKA, Versicherungsmedizinische Gutachten, S. 84.

<sup>22</sup> MEYER/REICHMUTH, Art. 4 IVG, Rz. 1 und 6; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 13, Rz. 15 f.

<sup>23</sup> WIDMER, Sozialversicherung, S. 398.

<sup>24</sup> HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 107 f.; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 7, Rz. 16; Aufteilung in lediglich drei Elemente bei MURER, Handkommentar, Art. 4 IVG, Rz. 47.

<sup>25</sup> MEYER/REICHMUTH, Art. 4 IVG, Rz. 3 und 6.

er nicht mehr in der Lage ist, einen Beruf zu erlernen und dadurch für seinen eigenen Lebensunterhalt zu sorgen.<sup>26</sup>

### 2.4.3. Das medizinische Element

Das medizinische Element setzt einen körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheitsschaden voraus. Um zu erkennen, wie ein solcher Gesundheitsschaden zu verstehen ist, muss zuerst geklärt werden, was in der vorliegenden Materie der Begriff der Gesundheit ist. Die Gesundheit kann in einem engeren Sinne und in einem weiteren Sinne verstanden werden. Im engeren Sinne geht es um die subjektive Wahrnehmung der jeweiligen Person bezüglich der Abwesenheit von körperlichen, geistigen und psychischer Störungen oder Veränderungen. Die Gesundheit im weiteren Sinne bezieht sich dagegen auf den Zustand des völligen Wohlbefindens in allen Bereichen. Sobald eine Störung dieser Gesundheitsbegriffe vorliegt, kann von einer Beeinträchtigung der Gesundheit gesprochen werden. Die Ursache einer solchen Gesundheitsbeeinträchtigung ist jedoch im Grundsatz ohne Bedeutung. Die Invalidität kann nach Art. 4 Abs. 1 IVG durch Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall verursacht werden.<sup>27</sup> Nun wird aber auch von einer Gesundheitsbeeinträchtigung mit Krankheitswert gesprochen, was von der Krankheit als Ursache abzugrenzen ist. Diese Gesundheitsbeeinträchtigung mit Krankheitswert wird von den Medizinern festgestellt. Sie folgen dabei einem bio-psycho-sozialen Krankheitsbild, es werden somit alle Lebensumstände erfasst. Im Gegensatz dazu geht die Rechtswissenschaft lediglich von einem bio-psychischen Krankheitsbild aus. Die sozialen Faktoren werden grundsätzlich ausgeklammert und zählen zu den invaliditätsfremden Faktoren. Nebst der Prüfung, ob ein Gesundheitsschaden vorliegt, müssen die Mediziner auch die noch zumutbare Arbeitsleistung beurteilen. Hierbei entstehen jedoch Schwierigkeiten, da in einem Verfahren die Juristen das letzte Wort haben und hier medizinische und juristische Elemente vermischt werden.<sup>28</sup>

#### a. Körperliche und geistige Gesundheitsbeeinträchtigung

Diese beiden Beeinträchtigungen werden hier nur ganz marginal beschrieben, da für die Abhandlung der Schmerzrechtsprechung des Bundesgerichts die psychischen Beschwerden in den Vordergrund treten. Die körperliche Gesundheit gilt als geschädigt, wenn die körperliche Integrität beeinträchtigt ist, sprich, wenn funktionelle Einschränkungen oder dauernde Defekte in der Anatomie auftreten. Die Beeinträchtigung der geistigen Gesundheit liegt hingegen bei mangelhafter intellektueller Entwicklung vor, welche entweder angeboren oder erst später eingetreten ist.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 147 f.; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, §13, Rz. 17 ff.; RIEMER-KAFKA, Versicherungsmedizinische Gutachten, S. 85.

<sup>27</sup> HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 110 f.; KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 7, Rz. 20; LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, § 9, Rz. 10 f.; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 13, Rz. 18 f.

<sup>28</sup> HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 112 f.; KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 7, Rz. 22; MEYER, Arbeitsunfähigkeit, Rz. 10; MEYER/REICHMUTH, Art. 4 IVG, Rz. 24; MURER, Handkommentar, Art. 4 IVG, Rz. 52; RIEMER-KAFKA, Versicherungsmedizinische Gutachten, S. 88.

<sup>29</sup> HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 114 und 116; MURER, Handkommentar, Art. 4 IVG, Rz. 60 und 71.

## b. Psychische Gesundheitsbeeinträchtigung

Die psychischen Beeinträchtigungen spielen eine bedeutende Rolle in der folgenden Arbeit und werden deshalb genauer beschrieben. Überhaupt stehen die psychischen Erkrankungen heute als Ursachen im Vordergrund, die zu einer Invalidität führen. Die psychischen Gesundheitsschäden wurden aber erst mit der 4. IV-Revision redaktionell eingeführt, davor waren sie unter den Begriff der geistigen Gesundheitsbeeinträchtigung zu subsumieren. Der Begriff der Psyche umfasst alle unbewussten und bewussten seelischen Vorgänge und steht dabei in einem Spannungsverhältnis zum Körper und zum Verstand. Eine Beeinträchtigung der psychischen Gesundheit kann durch äussere oder inneren Faktoren verursacht werden. Die Störung zeigt sich entweder emotional oder kognitiv und wirkt sich dauernd oder zumindest über längere Zeit als Steuerungs- und Adaptionsdefekt im beruflichen oder im sozialen Sinne aus. Eine wichtige Frage ist jene, der Abgrenzung von invalidisierenden und nichtinvalidisierenden psychischen Gesundheitsbeeinträchtigungen. Die Grenze wird dabei durch die Frage der Zumutbarkeit einer anderen Arbeit und der Chronizität, also der längeren Dauer der Störung, gezogen. Von einer längeren Dauer wird gesprochen, wenn während mindestens 360 Tagen eine Arbeitsunfähigkeit durch einen Gesundheitsschaden verursacht wird und danach eine Störung bestehen bleibt, welche die Erwerbsfähigkeit negativ beeinflusst. Die Zumutbarkeitsfrage gilt natürlich auch für die körperlichen und geistigen Gesundheitsschäden, sie spielt aber gerade bei den psychischen Störungen eine grössere Rolle und wird deshalb nachfolgend erläutert.<sup>30</sup>

Das Bundesgericht hält sich bei den Anforderungen an die Zumutbarkeit an einen objektiven Zumutbarkeitsbegriff. Hierbei ist festzustellen, ob und in welchem Masse ein Versicherter infolge seines psychischen Gesundheitsschadens auf dem ihm nach seinen Fähigkeiten offenstehenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt seine Erwerbsfähigkeit umsetzen kann. Das erforderliche Mass gilt als erreicht, sofern die Störungen so schwer wiegen, dass die Verwertung der Arbeitsfähigkeit sozialpraktisch nicht mehr zumutbar ist oder sie alternativ für die Gesellschaft untragbar ist. Nicht für sich allein ausschlaggebend ist hingegen die Frage nach der Behandelbarkeit der psychischen Störung. Sie allein kann die Invalidität nicht auslösen. Es muss zwingend die Frage nach der Zumutbarkeit einer anderen Arbeit gestellt werden.<sup>31</sup>

Die Rechtswissenschaft geht von einem bio-psychischen Krankheitsbegriff aus, wodurch soziokulturelle Faktoren auf die invalidisierende Wirkung eines Gesundheitsschadens keinen Einfluss haben. Man spricht deshalb auch von invaliditätsfremden Faktoren. Die soziokulturellen Umstände lassen sich aber oft nicht eindeutig vom medizinischen Substrat trennen.<sup>32</sup> So wird vom Bundesgericht anerkannt, dass die invaliditätsfremden Faktoren zur Entstehung oder Verschlimmerung einer psychischen Störung beitragen oder den Erfolg therapeutischer Massnahmen gefährden können. Es ist somit möglich, dass psychosoziale und soziokulturelle Faktoren begleitend zu einem psychischen Beschwerdebild auftreten. Solange nebst diesen

---

<sup>30</sup> HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 117 ff.; MEYER/REICHMUTH, Art. 4 IVG, Rz. 14; BGE 102 V 165.

<sup>31</sup> BGE 102 V 165; HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 119; MEYER/REICHMUTH, Art. 4 IVG, Rz. 14.

<sup>32</sup> KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 7, Rz. 22; LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, § 10, Rz. 7 f.; RIEMER-KAFKA, Versicherungsmedizinische Gutachten, S. 88 ff.

invaliditätsfremden Faktoren eine verselbständigte psychische Störung vorliegt, die folglich ihre Grundlage in invalidisierenden Faktoren findet, kann eine Invalidität bejaht werden. Es gilt dabei der Grundsatz, dass «je stärker psychosoziale oder soziokulturelle Faktoren im Einzelfall in den Vordergrund treten und das Beschwerdebild mitbestimmen, desto ausgeprägter muss eine fachärztlich festgestellte psychische Störung von Krankheitswert vorhanden sein»<sup>33</sup>. Ein belastender soziokultureller Faktor kann z.B. ein depressiver Verstimmungszustand sein, der aber nicht invalidisierend ist. Es muss sich eine davon abgrenzbare andauernde Depression oder ein vergleichbares psychisches Leiden von einem Facharzt diagnostizieren lassen, damit überhaupt von einer Invalidität aufgrund eines psychischen Gesundheitsschadens gesprochen werden kann.<sup>34</sup>

Nachfolgend sollen in einem eigenen Kapitel die organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebilder beleuchtet werden, welche einen Sonderfall der psychischen Gesundheitsbeschwerden darstellen<sup>35</sup> und aufgrund ihrer bedeutenden Stellung in dieser Arbeit sowie auch in der Rechtslehre im Allgemeinen eine separate Behandlung verdienen.

#### c. Die organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebilder

Die organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebilder werden vom Bundesgericht mit besonderen Grundsätzen behandelt.<sup>36</sup> Der Gesetzgeber ging in der IVG-Schlussbestimmung zur 6. IV-Revision lit. a soweit, dass er für derartige Beschwerdebilder den juristischen Begriff «pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage» schuf. Auf Vorschlag von JEGER wurde dafür die Abkürzung PÄUSBONOG eingeführt. Diese somit geschaffene juristische Krankheitsgruppe ist aber aus ärztlicher Sicht nicht ganz einleuchtend, da unklar ist, welche Gemeinsamkeiten diese Krankheiten auf medizinischer Ebene miteinander haben.<sup>37</sup> Die darunter fallenden Beschwerdebilder sind laut Bundesgericht die anhaltende somatoforme Schmerzstörung,<sup>38</sup> Fibromyalgie,<sup>39</sup> dissoziative Sensibilitäts- und Empfindungsstörung,<sup>40</sup> dissoziative Bewegungsstörung,<sup>41</sup> Chronic Fatigue Syndrome,<sup>42</sup> Neurasthenie,<sup>43</sup> HWS-Verletzungen ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle,<sup>44</sup> nichtorganische Hypersomnie<sup>45</sup> und die leichte Persönlichkeitsveränderung bei chronischem Schmerzsyndrom.<sup>46,47</sup> Die

---

<sup>33</sup> BGE 127 V 294, E. 5.a.

<sup>34</sup> BGE 127 V 294, E. 5.a.; LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, §10, Rz. 6 f.; RIEMER-KAFKA, Versicherungsmedizinische Gutachten, S. 88 ff.

<sup>35</sup> BGE 130 V 352, E. 2.2.2.; HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 121; MEYER/REICHMUTH, Art. 4 IVG, Rz. 32; MURER, Handkommentar, Art. 4 IVG, Rz. 89.

<sup>36</sup> Siehe Kapitel 3. und 4.

<sup>37</sup> JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 162; LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, §10, Rz. 10.

<sup>38</sup> BGE 130 V 352.

<sup>39</sup> BGE 132 V 65.

<sup>40</sup> Urteil des Bundesgerichts I 9/07 vom 9. Februar 2007.

<sup>41</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_903/2007 vom 30. April 2008.

<sup>42</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_662/2009 vom 17. August 2009.

<sup>43</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_662/2009 vom 17. August 2009.

<sup>44</sup> BGE 136 V 279.

<sup>45</sup> BGE 137 V 64.

<sup>46</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_167/2012 vom 15. Juni 2012.

<sup>47</sup> Aufzählung zit. nach GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 3.

genannten Krankheiten haben einzig gemeinsam, dass sie mit vom Bundesgericht anerkannten bildgebenden Verfahren nicht objektiv dargestellt werden können.<sup>48</sup> Nicht zu den PÄUSBONOG-Fällen zählt gemäss Bundesgericht das Cancer-Related-Fatigue (CrF), eine tumorassoziierte Erschöpfung. Das Bundesgericht gibt zwar zu, dass die Ursachen und Entstehung des CrF nicht ganz geklärt sind, aber es beschliesst, dass jenes Beschwerdebild definitionsbedingt auf einer bestehenden oder vergangenen Krebserkrankung beruht und deshalb wird das CrF nur als Begleitsymptom einer onkologischen Erkrankung betrachtet. Damit liegt eine organische Grundlage vor, was die Einordnung in die Kategorie der PÄUSBONOG verhindert.<sup>49</sup> Diese Ansicht wird von JEGER sehr kritisch betrachtet.<sup>50</sup> In der hiesigen Arbeit werden nicht alle dieser Beschwerdebilder genauer erläutert, sondern es wird insb. ein Blick auf die somatoforme Schmerzstörung<sup>51</sup> als Ausgangsfall der hier besprochenen Rechtsprechung geworfen und das HWS-Schleudertrauma<sup>52</sup> als spezielleren Fall vor allem auch in Bezug auf die haftpflichtrechtliche Problematik betrachtet.

Die Ansicht von JEGER, dass bei den PÄUSBONOG-Fällen unklar ist, was sie miteinander gemeinsam haben, wird nicht überall geteilt. So hat der international renommierte Prof. Dr. Peter Henningsen ein Gutachten bezüglich der Schmerzrechtsprechung des Bundesgerichts verfasst, wo er den Begriff der PÄUSBONOG genauer betrachtet hat und welches einen ausschlaggebenden Grund für die Änderung der Schmerzrechtsprechung darstellte.<sup>53</sup> Nach ihm besteht eine grundsätzliche Gemeinsamkeit zwischen den besagten einzelnen Beschwerdebildern. Es handelt sich dabei um Körperbeschwerden, die nicht auf eine organopathologisch definierte Erkrankung zurückgeführt werden können. Die Körperbeschwerden selbst kommen bei den vorherigen Leiden in unterschiedlicher Art zur Geltung, so treten sie als Schmerzen, körperliche Erschöpfung sowie reduzierte Leistungsfähigkeit und Störungen der Willkürsensorik und -motorik auf. Nicht in dieses Bild passt die nichtorganische Hypersomnie, da eine Schlafstörung gemäss HENNINGSEN «nicht unbedingt als Körperbeschwerde anzusehen ist»<sup>54</sup>. Alle der genannten Störungsbilder sind in dem anerkannten medizinischen Klassifikationssystem ICD-10<sup>55</sup> eingetragen, was vom Bundesgericht als notwendig erachtet wird, um eine ausreichende psychiatrische Diagnose erstellen zu können.<sup>56</sup> Die Leiden gehören zum einen Teil zu den psychischen Leiden und zum anderen zu den somatischen Störungen, dennoch werden sie aber anders behandelt als die übrigen Leiden in der jeweiligen Klassifikationsgruppe. Es entsteht somit eine Parallelklassifikation innerhalb der Gruppe der psychischen und somatischen Störungen. HENNINGSEN schlägt vor, eine sog. Interface-Kategorie innerhalb dieses Katalogs

---

<sup>48</sup> JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 163.

<sup>49</sup> BGE 139 V 346, E. 3.3. f.

<sup>50</sup> JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 178 ff., für die kritischen Fragen vgl. S. 186 f.

<sup>51</sup> Siehe Kapitel 3. und 4.

<sup>52</sup> Siehe Kapitel 6.

<sup>53</sup> Vgl. BGE 141 V 281.

<sup>54</sup> HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen, S. 515.

<sup>55</sup> «<http://www.icd-code.de/icd/code/ICD-10-GM-2016.html>», Stand 08.03.2015; zur genauen Einordnung der PÄUSBONOG-Beschwerdebilder innerhalb des ICD-10 vgl. HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen, S. 515.

<sup>56</sup> BGE 131 V 49, E. 1.2.; BGE 130 V 396, E. 5.2. f. und 6.; MEYER/REICHMUTH, Art. 4 IVG, Rz. 33.

einzuführen, welche keiner der beiden Leidensgruppen angehört, wo aber die vorne genannten Beschwerdebilder eingeordnet werden könnten. Dieser Vorschlag wurde bisher aber noch nicht erwidert. Durch die Darstellung von HENNINGSEN ergibt die vom Bundesgericht geschaffene Leidensgruppe der PÄUSBONOG grundsätzlich Sinn, sofern von der nichtorganischen Hypersomnie abgesehen wird.<sup>57</sup>

Des Weiteren ging HENNINGSEN auch dem Begriff «PÄUSBONOG» nach und hat die einzelnen Begriffsteile erläutert sowie sich über ihre Richtigkeit geäußert. Die Bezeichnung «syndromale Beschwerdebilder» ist zutreffend, da es sich tatsächlich um Beschwerden handelt, welche über diverse Symptome definiert sind. Konkretisierungsbedarf ist allerdings bei der Bezeichnung «ohne nachweisbare organische Grundlage» nötig. Gemeint war damit, dass die Leiden keinen objektiven Bezug zum Körper haben dürfen. Subjektive Körperbeschwerden lassen sich nämlich organisch genauso nachweisen wie objektive Körperbeschwerden. Es gibt Möglichkeiten, die Funktionsänderungen im Gehirn und dem zentralen Nervensystem bildgebend darzulegen, welche z.B. bei einem subjektiven Schmerzempfinden auftreten. Dieser zweite Begriffsteil ergibt somit nur Sinn, wenn von einer Körperbeschwerde als Leitsymptom ausgegangen wird. Den ersten Teil der PÄUSBONOG-Abkürzung bilden die Begriffe «pathogenetisch-ätiologisch unklar». Dieser Teil ist nach Ansicht von HENNINGSEN falsch, da einerseits die Pathogenese, also die Entstehung einer Erkrankung, für derartige Beschwerden nicht mehr unklar sind, sondern «eindeutig als Dysfunktion in der zentralnervösen Verarbeitung von körperbezogenen Reizen»<sup>58</sup> beschrieben wird. Gewisse Detailfragen bezüglich der Pathogenese sind aber noch immer unklar. Ein ähnliches Bild ergibt sich bei der Ätiologie, welche die Ursache einer Erkrankung beschreibt. Es ist heute in der Medizin klar, dass ein bio-psycho-soziales Modell zur Anwendung kommt, da alle diese Faktoren relevant sind, um ein Leiden aufrecht zu erhalten und sie ausserdem unmittelbaren und untrennbaren Einfluss auf das Beschwerdeerleben haben. Unklar ist hingegen, wie die einzelnen Faktoren gewichtet werden. So kann insgesamt festgehalten werden, dass die Beschwerdebilder in pathogenetischer und ätiologischer Hinsicht nicht komplett unklar sind, sondern dass sie zum Teil klar sind. Die gewählte Begriffsbezeichnung ist somit abzulehnen. HENNINGSEN schlägt daher vor, einen anderen Begriff statt PÄUSBONOG zu verwenden. Nach ihm wäre die zutreffendere Bezeichnung «Syndromale Körperbeschwerden ohne nachweisbare organische Grundlage (SKONOG)»<sup>59, 60</sup> Bisher wurde aber auf diesen Vorschlag in der Schweiz nicht eingegangen, weshalb auch hier weiter von PÄUSBONOG gesprochen wird.

Wie aus der Bezeichnung schon hervorgeht, sind diese Krankheiten organisch nicht nachweisbar, da die PÄUSBONOG-Fälle oftmals die Schmerzempfindung oder sonst andere Bereiche der subjektiven Empfindung betreffen wie z.B. das Chronic Fatigue Syndrome. Es ist naturgemäss schwierig, die Schmerzen und deren Intensität, welche eine Person wahrnimmt, organisch oder physiologisch nachzuweisen, da Schmerzen immer im Gehirn entstehen. Schmerzstörungen werden grundsätzlich durch psychiatrische

---

<sup>57</sup> HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen, S. 514 f.

<sup>58</sup> HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen, S. 518.

<sup>59</sup> HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen, S. 521.

<sup>60</sup> HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen, S. 516 ff.

Gutachten abgeklärt, welche sich auf ein anerkanntes Klassifikationssystem stützen müssen. Heute gilt als anerkanntes System das ICD-10: F45<sup>61</sup> für somatoforme Störungen. Die Schwierigkeit bei der Beurteilung liegt darin, dass die durch die Ärzte erhobenen medizinischen Befunde den subjektiven Beschreibungen durch den Patienten widersprechen. Für den Patienten eher schwierig zu verstehen, ist die Tatsache, dass allein aufgrund von seinem subjektiven Krankheitsempfinden noch keine Invalidität begründet werden kann. Es ist eine fachärztliche Untersuchung notwendig, welche im Ergebnis die subjektiven Empfindungen stützen kann.<sup>62</sup>

Wie auch bei den nachweisbaren psychischen Gesundheitsschäden, spielt die Frage, der Zumutbarkeit einer Arbeitstätigkeit nachzugehen, eine grosse Rolle in der Behandlung von Fällen mit organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebildern. Ein Problem, welches sich bei solchen Fällen der subjektiven Empfindungen ergibt, ist jenes der persönlichen Einstellung des jeweiligen Patienten. So wird zwischen den Fällen des Nicht-Können-Wollens und des Nicht-Wollen-Könnens unterschieden. Dies führt dazu, dass die möglichen Schmerzursachen äusserst detailliert ermittelt werden müssen, um Patienten herauszufiltern, die zwar in der Lage wären, ihre missliche Lage zu überwinden, aber es nicht wollen.<sup>63</sup> Davon abzugrenzen sind aber Personen, welche entweder gar keine derartigen Beschwerden haben, also ihre Situation simulieren, oder ihre Lage masslos übertreiben, was auch als Aggravation bezeichnet wird. Eine wichtige Unterscheidung ist zwischen einer Aggravation und einer Verdeutlichungstendenz vorzunehmen, die aber im Alltag nicht einfach auszumachen ist. Jedoch ist diese Unterscheidung bedeutend, wenn es um die Beurteilung der Invalidität und den Leistungsanspruch geht. Die reine Tendenz, eine Krankheit dem Arzt bzw. dem Gutachter gegenüber sehr deutlich zu machen, schliesst einen Anspruch auf Invalidenleistungen nicht aus. Bei einem aggravatorischen Verhalten werden tatsächlich vorhandene Symptome mittels Übertreibungen oder Ausweitung der Beschwerden verstärkt dargestellt, um ein gewisses Ziel zu erreichen, welches in diesem Falle die Zusprache einer Invalidenrente wäre.<sup>64</sup> Dieses Abgrenzungsthema wird im Zusammenhang mit der Besprechung der Rechtsprechung noch einmal vertiefter aufgegriffen.<sup>65</sup>

Im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung wird, wie auch bei den anderen psychischen und auch körperlichen sowie geistigen Gesundheitsschäden, die in Art. 7 Abs. 2 ATSG enthaltene für den Patienten mögliche Willensanstrengung zur Verrichtung einer entsprechenden Arbeitstätigkeit beurteilt. Bei den organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebildern wurde dazu aber eine besondere Rechtsprechung entwickelt, die grundsätzlich Schmerzrechtsprechung oder Überwindbarkeitsrechtsprechung genannt wird. Dieser Begriff kommt daher, dass davon ausgegangen wird, die Schmerzstörungen seien im Grundsatz willentlich

---

<sup>61</sup> ICD-10: F45.40, «<http://www.icd-code.de/icd/code/F45.-.html>», Stand: 08.03.2016.

<sup>62</sup> LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, §10, Rz. 11; HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 122 f.; HUSMANN, Ei des Kolumbus, S. 194 in fine.

<sup>63</sup> HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 123.

<sup>64</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_899/2014 vom 29. Juni 2015, E. 4.2.

<sup>65</sup> Siehe Kapitel 5.3.2., S. 45 f.

überwindbar bzw. derart überwindbar, dass einer Arbeit nachgegangen werden kann.<sup>66</sup> Diese Rechtsprechung und die in diesem Sommer erlassene Änderung der Rechtsprechung werden im Anschluss an das Kapitel über die Invalidenversicherung ausführlich besprochen.<sup>67</sup>

#### 2.4.4. Das wirtschaftliche Element

Entscheidend für das Vorliegen einer Invalidität ist nicht nur der Gesundheitsschaden, sondern vor allem auch dessen Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit, so dass damit eine wirtschaftliche Einbusse für die betroffene Person eintritt. Das versicherte Risiko ist nicht der Gesundheitsschaden an sich, sondern eine auf diesem beruhende, bleibende oder zumindest längere Zeit dauernde Erwerbsunfähigkeit. Der zentrale Aspekt dieses wirtschaftlichen Elements stellt die Arbeitsunfähigkeit dar. Sie ist wie vorne erwähnt das Vorstadium zur Erwerbsunfähigkeit und dient als Verbindung zwischen dem Gesundheitsschaden und der erwerblichen Auswirkung.<sup>68</sup>

Bei längerer Zeit dauernder Arbeitsunfähigkeit nach Art. 6 Satz 2 ATSG muss berücksichtigt werden, dass auch eine zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich in Frage kommen kann. Diese längere Dauer kommt dann in Betracht, wenn die Arbeitsunfähigkeit länger als 6 Monate dauert. Diese Grenze darf jedoch nicht als absolut angesehen werden, sondern es muss im Einzelfall anhand der medizinischen Unterlagen geprüft werden, ob die Arbeitstätigkeit im bisherigen Beruf wiederaufgenommen werden kann.<sup>69</sup>

Die Arbeitsunfähigkeit spielt bei den organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebildern eine grosse Rolle, da die Problematiken in dieser Kategorie einerseits in der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit an sich und andererseits in der Zumutbarkeitsfrage liegen.<sup>70</sup> Um die Erwerbsunfähigkeit zu bestimmen, muss grundsätzlich zuerst das Stadium der Arbeitsunfähigkeit durchlaufen werden,<sup>71</sup> da die besonderen PÄUSBONOG-Beschwerden die Möglichkeit einem anderen Beruf, einer sog. Verweisungstätigkeit, nachzugehen, nicht ausschliessen, womit eine Erwerbsfähigkeit beibehalten wird.<sup>72</sup> Für die Mediziner ist es ein schwieriges Unterfangen, das Ausmass der Arbeitsfähigkeit in diesen Fällen zu eruieren, da sie eben nicht organisch nachgewiesen werden können.<sup>73</sup>

Der in Art. 6 ATSG enthaltene Zumutbarkeitsaspekt ist ein wichtiger Bestandteil der PÄUSBONOG-Rechtsprechung, weil sich die Rechtsprechung mit dem Aufbringen allen zumutbaren Willens befasst und so lange wie die Zumutbarkeit bejaht wird, kann eine Arbeitsunfähigkeit nicht vorliegen und folglich

---

<sup>66</sup> Vgl. BGE 130 V 352, E. 2.; HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 134; MURER, Handkommentar, Art. 4 IVG, Rz. 80.

<sup>67</sup> Siehe Kapitel 3. ff.

<sup>68</sup> HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 147 f.; MURER, Handkommentar, Art. 4 IVG, Rz. 92 f.; BGE 115 V 133, E. 2.

<sup>69</sup> HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 174; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, §7, Rz. 15.

<sup>70</sup> KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 6, Rz. 40.

<sup>71</sup> BGE 115 V 133, E. 2.; HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 148; MEYER/REICHMUTH, Art. 4 IVG, Rz. 3 und 6.

<sup>72</sup> BGE 130 V 352, E. 2.2.3.

<sup>73</sup> HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen, S. 501; JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 148 f.

natürlich auch keine Erwerbsunfähigkeit.<sup>74</sup> Die Beschwerden gelten grundsätzlich als willentlich überwindbar. Aus diesen Gründen steht bei organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebildern die Frage nach der Arbeitsunfähigkeit im Vordergrund.<sup>75</sup>

Die Arbeitsunfähigkeit hat aber auch in anderen Zusammenhängen eine wichtige Bedeutung. So wird der Anspruch auf eine Invalidenrente erst begründet, wenn die betroffene Person nach Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch im Durchschnitt mindestens 40% arbeitsunfähig war. Erst im Anschluss an dieses Wartejahr in lit. c spricht das Gesetz davon, dass die Person zu mindestens 40% invalid sein muss. Folglich ist die Arbeitsunfähigkeit ein wichtiger Indikator, um den Zeitpunkt des Anspruchsbeginns einer Invalidenrente festzusetzen.<sup>76</sup>

Gemäss Bundesgericht wird der wirtschaftliche Aspekt der Arbeitsunfähigkeit nicht in einer monetären Einbusse gesehen, sondern vielmehr in der Einbusse des funktionellen Leistungsvermögens. Massgebend ist also die noch zumutbare Arbeitstätigkeit, welche von einem Mediziner aufgrund der gesundheitlichen Beschwerden prognostiziert wird.<sup>77</sup> In der Lehre wurde die Arbeitsunfähigkeit vor Einführung der Legaldefinition auf verschiedenste Weise definiert. Mit der Legaldefinition in Art. 6 ATSG wurden die unterschiedlichen Definitionen überflüssig.<sup>78</sup> Allerdings gilt die Rechtsprechung zur Arbeitsunfähigkeit, welche vor Erlass des ATSG gesprochen wurde, weitestgehend auch weiterhin.<sup>79</sup>

#### **2.4.5. Das kausale und finale Element**

Die Invalidenversicherung enthält ein kausales Element, welches explizit in Art. 7 Abs. 2 ATSG genannt wird. Demnach darf nur eine Erwerbsunfähigkeit berücksichtigt werden, welche durch einen Gesundheitsschaden verursacht wurde. Somit ist es möglich, dass die Invalidität aufgrund einer überholenden Kausalität ausgeschlossen werden kann. Die Erwerbsunfähigkeit würde in diesem Falle nicht durch einen Gesundheitsschaden, sondern durch ein anderes Ereignis eintreten, welches zwar nach dem Gesundheitsschaden stattfindet, aber die Erwerbsunfähigkeit früher auslöst. Nicht relevant ist die Art des Gesundheitsschadens. In diesem Sinne wird von dem finalen Element der Invalidenversicherung gesprochen. Daraus schliesst sich, dass der gesundheitliche Zustand einer betroffenen Person immer als Ganzes zu betrachten ist. Bei mehreren Gesundheitsschäden sind stets deren gemeinsame Auswirkung auf den Gesundheitszustand zu prüfen und somit die Schwere einer allfälligen Invalidität zu bestimmen. Eine Ausnahme des finalen Elements bildet der Leistungsanspruch für Geburtsgebrechen bei Jugendlichen bis zum vollendeten 20. Altersjahr nach Art. 13 IVG.<sup>80</sup>

---

<sup>74</sup> Vgl. MEYER, Arbeitsunfähigkeit, Rz. 22 f.

<sup>75</sup> BGE 130 V 352, E. 2.2.3.

<sup>76</sup> HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 147; MEYER/REICHMUTH, Art. 28 IVG, Rz. 24.

<sup>77</sup> BGE 114 V 281, E. 3.c.; HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 160 und 164; LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, § 8, Rz. 2.

<sup>78</sup> HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 150 ff.

<sup>79</sup> BGE 130 V 343, E. 3.1.1.

<sup>80</sup> MEYER/REICHMUTH, Art. 4 IVG, Rz. 51 f.; MURER, Handkommentar, Art. 4 IVG, Rz. 100 f.

Die Kausalität wird grundsätzlich in einem natürlichen und einem adäquaten Zusammenhang geprüft. Der natürliche Kausalzusammenhang befasst sich mit Ursachen, bei deren Fehlen der eingetretene Erfolg ausgeblieben oder nicht in gleichem Umfang entstanden wäre. Eine erweiterte Frage wird mit der Beantwortung der adäquaten Kausalität gelöst, indem geprüft wird, ob der natürlicher Kausalzusammenhang rechtlich relevant ist. Der adäquate Kausalzusammenhang fragt danach, ob die Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung zur erfolgten Wirkung führen durfte. Anders als bei der natürlichen Kausalität gilt hier ein wertendes Urteil, welches durch eine rückblickende objektive Sicht auf die Geschehnisse erbracht wird. Es ist unumstritten, dass der natürliche Kausalzusammenhang bei der Frage nach der Invalidität erforderlich ist. Unterschiedliche Meinungen werden in der Lehre jedoch bei der adäquaten Kausalität vertreten. So verlangt die Mehrheit in der Lehre die Anwendung der natürlichen sowie der adäquaten Kausalität.<sup>81</sup> Hingegen ist die adäquate Kausalität nach SCARTAZZINI überflüssig, da aufgrund des finalen Elements nur ein Gesundheitsschaden eintreten muss, um die Erwerbsunfähigkeit zu bezwecken. Die Unerheblichkeit der Ursache für den Gesundheitsschaden dient als Begründung, weshalb der natürliche Kausalzusammenhang genügt.<sup>82</sup> Der Mehrheitsmeinung angeschlossen sind u.a. MURER und KIESER welche es für notwendig befinden, dass der adäquate Kausalzusammenhang ebenfalls bestehen muss. Sie gehen mit der Kausalitätsprüfung des Bundesgerichtes einher, welches jeweils beide Kausalzusammenhänge prüft. Der adäquaten Kausalität kommt durch die zusätzliche Wertung eine gewisse Haftungsbegrenzung zu. An die Adäquanzen werden aufgrund ihres wertenden Gehalts je nach Sozialversicherungszweig unterschiedliche Anforderungen gestellt.<sup>83</sup> So gilt z.B. in der obligatorischen Unfallversicherung eine spezielle Adäquanzenrechtsprechung mit strengen Anforderungen an die adäquate Kausalität, welche grundsätzlich auf HWS-Schleudertraumata anwendbar ist, die keine organisch nachweisbare Grundlage besitzen.<sup>84</sup>

Bei den PÄUSBONOG-Fällen, wo die Prüfung der Überwindbarkeit einer Schmerzstörung im Vordergrund steht, wird eine Überprüfung auf der Ebene der Kausalität durchgeführt. Gemäss der Rechtsprechung ist nicht eindeutig, auf welchen Kausalzusammenhang Bezug genommen wird. Die Kriterien der Überwindbarkeitspraxis haben nach der Meinung von KIESER aber alle einen tatsächlichen Gehalt und stellen keine Rechtsfragen dar, wonach diese Prüfung auf der Ebene der natürlichen Kausalität statt zu finden hat.<sup>85</sup> Die höchstrichterliche Rechtsprechung zu den PÄUSBONOG-Fällen verwendet aber einen Kriterienkatalog, welcher allgemein betrachtet für die Kausalitätsbeurteilung relevant ist und der ursprünglich von medizinischen Tatsachen ausging und später vom Gericht explizit zu einem rechtlichen

---

<sup>81</sup> HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 217 ff. und 230 f.; KIESER, ATSG-Kommentar, Vorbemerkungen, Rz. 88 ff. und Art. 7, Rz. 37; MURER, Handkommentar, Art. 4 IVG, Rz. 97.

<sup>82</sup> Zit. aus HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 231.

<sup>83</sup> KIESER, ATSG-Kommentar, Vorbemerkungen, Rz. 88 ff. und Art. 7, Rz. 37; MURER, Handkommentar, Art. 4 IVG, Rz. 97.

<sup>84</sup> Vgl. BGE 134 V 109.

<sup>85</sup> KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 7, Rz. 38.

Anforderungsprofil verselbständigt wurde, wodurch sich die Prüfung auf die Ebene der Adäquanz verschoben hat. Weiter führt es aus, dass keine direkte Anbindung an die medizinischen Erkenntnisse bestehe, sondern dass sich die Kriterien lediglich daran orientieren.<sup>86</sup>

Nebst der natürlichen und adäquaten Kausalität kann auch zwischen der haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität unterschieden werden. Diese Unterscheidung spielt hier primär eine Rolle, wenn es um die Anwendbarkeit der Überwindbarkeitsrechtsprechung auf das Haftpflichtrecht geht.<sup>87</sup> Der haftungsbegründende Kausalzusammenhang befasst sich mit der Frage, ob eine bestimmte Ursache massgeblich auf ein Rechtsgut eingewirkt hat. Hingegen stellt der Rückschluss einer Rechtsgutsverletzung und die damit verbundene wirtschaftliche Einbusse auf die Ursache die haftungsausfüllende Kausalität dar. Diese letztere Form des Kausalzusammenhangs wird grundsätzlich erst an zweiter Stelle geprüft und hilft u.a. Sonderprobleme zu lösen wie dasjenige der konstitutionellen Prädisposition. Im Falle der Invalidenversicherung, wo der Zusammenhang zwischen dem Gesundheitsschaden und der Erwerbsunfähigkeit zur Frage steht, also die Kausalität zwischen dem medizinischen und wirtschaftlichen Element, gilt die haftungsausfüllende Kausalität. Durch sie werden in den finalen Versicherungen die versicherungsrelevanten Schäden von den irrelevanten abgegrenzt.<sup>88</sup>

#### **2.4.6. Das zeitliche Element**

Für den Übergang einer Erwerbsunfähigkeit zur Invalidität ist das zeitliche Element bedeutend. Denn nur durch die voraussichtlich bleibende oder die längere Zeit dauernde Erwerbsunfähigkeit kann eine Person invalid werden. Dies ist das einzige Element, welches gesondert in Art. 8 Abs. 1 ATSG erwähnt wird, wohingegen die vorherigen Elemente in Art. 7 ATSG enthalten sind. Die erste Variante, bleibende Erwerbsunfähigkeit, setzt grundsätzlich voraus, dass die Person zwar unfähig ist, einer Arbeit auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt nachzugehen, aber dennoch ein stabiler Gesundheitszustand vorliegt. Im zweiten Fall der längeren Zeit dauernden Erwerbsunfähigkeit wird durch das Gesetz offengelassen, was genau damit gemeint ist. Da in den Einzelgesetzen der Begriff der «längeren Zeit» verschiedentlich vorkommt und damit unterschiedliche Wartefristen verknüpft sind, ist bei der entsprechenden Prüfung die Regelung im jeweiligen Einzelgesetz heranzuziehen. In der nachfolgend besprochenen Rechtsprechung handelt es sich bei der einschlägigen Versicherungsleistung um die Invalidenrente, womit nach Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG unter der längeren Zeit die Dauer von einem Jahr gemeint ist. Dass diese beiden Varianten «voraussichtlich» gegeben sein müssen, ist an sich selbst erklärend, da sich die Prüfung des zeitlichen Elements auch auf zukünftige Geschehnisse bezieht. Auf die Diskussion, ob das zeitliche Element als selbständiges Element zu betrachten ist oder ob es dem medizinischen und

---

<sup>86</sup> Urteil 9C\_776/2010 vom 20. Dezember 2011, E. 2.4.; HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 52 f.

<sup>87</sup> Siehe Kapitel 8.

<sup>88</sup> HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 223 f.; HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht, Rz. 136.

wirtschaftlichen Element jeweils anhängt, wird hier nicht eingegangen, da dieser keiner Relevanz zukommt.<sup>89</sup>

#### **2.4.7. Schadenminderungsobliegenheit**

In der gesamten Invalidenversicherung gilt der Grundsatz «Eingliederung vor Rente». Damit wird die Schadenminderungsobliegenheit der Versicherten ausgedrückt. Demnach liegt eine Erwerbsunfähigkeit erst vor, wenn eine zumutbare Behandlung und Eingliederung erfolgt ist. Es gilt aber auch ganz allgemein, dass der Versicherte durch das ihm zumutbare Verhalten den invalidisierenden Zustand möglichst mildern soll. Mit diesem Grundsatz soll nach Art. 1a lit. a IVG bezweckt werden, dass eine Person durch geeignete Massnahmen nicht oder in einem geringeren Masse invalid wird und dadurch weiterhin einer Arbeit nachgehen kann, wodurch im Grundsatz ein erfüllteres Leben ermöglicht wird. Mit der IVG-Revision 6a im Jahr 2012 wurde die Eingliederung um die Wiedereingliederung erweitert. So sollen Rentempfänger, bei welchen ein entsprechendes Potential besteht, wieder in den Arbeitsprozess zurückgeführt werden. Eine Invalidenrente wird demnach gemäss Art. 28 Abs. 1 lit. a IVG erst ausgerichtet, wenn u.a. zumutbare Eingliederungsmassnahmen die Erwerbsfähigkeit nicht wiederherzustellen, zu erhalten oder zu verbessern vermochten.<sup>90</sup>

Mit Art. 7 Abs. 2 ATSG wurde die Schadenminderungsobliegenheit weiter ausgebaut. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt danach nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwunden werden kann. Dieser Umschreibung kommt nach dem Gesetzeswortlaut eine allgemeine Bedeutung zu, wohingegen sich der Erwerbsunfähigkeitsbegriff nach Abs. 1 nur auf die Begründung einer Rente bezieht. Dies wird damit argumentiert, dass der Grundsatz «Eingliederung vor Rente» in diesem ersten Absatz genannt wird. Durch die unterschiedliche Bedeutung der Erwerbsunfähigkeit in Art. 7 ATSG kann es zu Anwendungsschwierigkeiten kommen, welche hier aber vernachlässigt werden, da es sich im Folgenden um Fälle der Invalidenrente handelt, die von beiden Absätzen betroffen ist.<sup>91</sup>

### **2.5. Die Leistungen in der Invalidenversicherung**

Die Invalidenversicherung kennt fünf Gruppen von Versicherungsleistungen. Es handelt sich dabei um die Massnahmen der Früherfassung und Frühintervention, die Eingliederungsmassnahmen und Taggelder, die Renten, die Hilflosenentschädigungen sowie die Assistenzbeiträge. Im Folgenden wird hier innerhalb der Renten auf die Anspruchsvoraussetzungen und die Abstufung der Invalidenrente eingegangen, andere Renten wie Kinderrenten oder sonstige Leistungen werden aufgrund des Themas vernachlässigt.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 8, Rz. 11 ff.; vgl. HÜRZELER, Invaliditätsproblematiken, Rz. 274 f.

<sup>90</sup> KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 7, Rz. 25; MEYER/REICHMUTH, Art. 4 IVG, Rz. 57; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 13, Rz. 31.

<sup>91</sup> KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 7, Rz. 26 ff.

<sup>92</sup> Zu den verschiedenen Leistungen vgl. SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 13, Rz. 30 ff.

### 2.5.1. Invalidenrente

In der Invalidenversicherung wird der allgemeine Invaliditätsbegriff nach Art. 8 ATSG angewandt. Konkretisiert wird er aber dadurch, dass in Art. 4 Abs. 2 IVG von einem leistungsbezogenen Invaliditätsbegriff ausgegangen wird. Nach diesem gilt die Invalidität als eingetreten, sobald sie die für die Begründung des Anspruchs auf die jeweilige Leistung erforderliche Art und Schwere erreicht hat. Bei der Invalidenrente wird dies erfüllt, sofern nach Art. 28 Abs. 1 lit. a IVG einerseits die Erwerbsfähigkeit nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wiederhergestellt, erhalten oder verbessert werden kann und andererseits die versicherte Person nach lit. b und c während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens 40% arbeitsunfähig war und nach Ablauf dieses Wartejahres mindestens zu 40% invalid ist. Ein wesentlicher Unterbruch liegt vor, wenn eine volle Arbeitsfähigkeit an mindestens 30 aufeinanderfolgenden Tagen gegeben ist. Allerfrühestens entsteht der Anspruch aber gemäss Art. 29 Abs. 1 IVG nach Ablauf von sechs Monaten nach Geltendmachung des Anspruchs und frühestens im Monat, der auf die Vollendung des 18. Altersjahres folgt.<sup>93</sup>

Die Invalidenversicherung staffelt die Rente je nach Invaliditätsgrad in vier Stufen. Eine prozentgenaue Aufteilung wie z.B. in der Unfallversicherung wird nicht vorgenommen. Bei einem Mindestinvaliditätsgrad von 40% besteht ein Anspruch auf eine Viertelsrente, bei einem IV-Grad von 50% besteht ein Anspruch auf eine halbe Rente, bei einem IV-Grad von 60% besteht ein Anspruch auf eine Dreiviertelsrente und bei einem IV-Grad von 70% besteht ein Anspruch auf eine ganze Rente. Es wird demnach zwischen Teilrenten und ganzen Renten unterschieden. Die Viertelsrente, welche bei einem Invaliditätsgrad unter 50% gilt, wird nach Art. 29 Abs. 4 IVG nur ausbezahlt, wenn die versicherte Person ihren Wohnsitz und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat.<sup>94</sup>

Der Anspruch auf eine Invalidenrente erlischt nach Art. 30 IVG, sobald der versicherten Person ein Anspruch auf eine Altersrente der AHV zusteht oder die Person verstirbt. Nicht ausdrücklich genannt wird die Aufhebung der Rente, wenn der Invaliditätsgrad unter 40% sinkt. In diesem Fall wird aber die Invalidenrente mittels einer Rentenrevision angepasst bzw. aufgehoben.<sup>95</sup>

## 3. Die Überwindbarkeitsrechtsprechung des Bundesgerichts

Im Folgenden wird die Ausgangslage zur bundesgerichtliche Rechtsprechung in Bezug auf den Anspruch auf eine Invalidenrente bei organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebildern aus dem Jahr

---

<sup>93</sup> KIESER, Sozialversicherungsrecht, Kapitel 9, Rz. 170; LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, § 54, Rz. 11 f.; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 13, Rz. 83; ausführlich dazu MEYER/REICHMUTH, Art. 28 IVG, Rz. 3 ff.

<sup>94</sup> KIESER, Sozialversicherungsrecht, Kapitel 9, Rz. 172 ff.; LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, § 54, Rz. 5; MEYER/REICHMUTH, Art. 28 IVG, Rz. 42 und 44; MEYER/REICHMUTH, Art. 29 IVG, Rz. 2, 5 und 20; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 13, Rz. 84 ff.; WIDMER, Sozialversicherung, S. 92.

<sup>95</sup> KIESER, Sozialversicherungsrecht, Kapitel 9, Rz. 178; LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, § 54, Rz. 13; MEYER/REICHMUTH, Art. 30-31 IVG, Rz. 2 und 6; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 13, Rz. 89.

2004 aufgezeigt und die Rechtsprechung zusammengefasst, welche sich grundsätzlich auf BGE 130 V 352 bezieht und durch weitere Entscheide ergänzt und ausgeweitet wurde. Im Anschluss wird die neue Schmerzrechtsprechung des Bundesgerichts gemäss BGE 141 V 281 zusammengefasst, woraufhin die beiden Rechtsprechungen verglichen und beurteilt werden.

### **3.1. Ausgangslage zur Überwindbarkeitspraxis**

In der Schweiz war eine stetige Zunahme der Invalidenrenten seit den 90er Jahren auszumachen. Im Jahr 2003 wurde dann der Höchststand mit 27'700 Neurenten verzeichnet. Der grösste Teil der Invalidenrenten wird dabei durch psychische Krankheiten verursacht. Aus diesem Grund kam der Gedanke auf, dass die Zahl der Neurenten verkleinert werden soll. Diesem Zweck folgte primär die 5. IV-Revision, welche den Art. 7 Abs. 2 ATSG einführte, wodurch eine Erwerbsunfähigkeit nur vorliegt, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist. Der Gesetzgeber ist mit dieser Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gefolgt, da die Revision am 1. Januar 2008 in Kraft trat und das Bundesgericht schon seit 2004 die Überwindbarkeitsrechtsprechung angewandt hat. Die 5. IV-Revision wollte durch geeignete Massnahmen in der Invalidenversicherung Gelder sparen, was mittels der Überwindbarkeitsrechtsprechung und ihrer neuen expliziten gesetzlichen Grundlage auch erreicht werden konnte. Nach den neusten Daten des Bundesamtes für Statistik ging die Zahl der Neurenten von 2003 bis 2014 um mehr als die Hälfte auf 13'600 zurück.<sup>96</sup>

### **3.2. Zusammenfassung der Überwindbarkeitspraxis nach BGE 130 V 352**

Das Eidgenössische Versicherungsgericht<sup>97</sup> hat 2004 in seinem Leitentscheid BGE 130 V 352 die sog. Überwindbarkeitsrechtsprechung, oder auch Schmerzrechtsprechung genannt, aufgestellt. Diese Rechtsprechung entwickelte sich aus dem in BGE 127 V 294 beurteilten Fall. In diesem verdeutlichte das Bundesgericht, dass von einer fachärztlichen Diagnose über eine psychische Krankheit an sich noch nicht auf die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit geschlossen werden kann. Auch sagt die Behandelbarkeit der psychischen Störung nichts über eine mögliche Invalidität aus. Viel mehr ist entscheidend, dass nach einem möglichst objektiven Massstab beurteilt wird, ob und inwiefern die Erwerbsfähigkeit aufrechterhalten bleibt. Damit wurde nach der Teilzumutbarkeit der Verwertung der Restarbeitsfähigkeit gefragt, wohingegen durch die Überwindbarkeitspraxis eine Vermutung aufgestellt wurde, bei welcher Schmerzstörungen grundsätzlich nicht invalidisierend wirken.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> Botschaft 5. IV-Revision, BBl 2005, S. 4460 f. und 4472 ff.; IV-Statistik 2014, S. 31 f.; HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S.49 f.

<sup>97</sup> Das EVG ist heute Teil des Bundesgerichts, weshalb im Folgenden zur Vereinfachung nur von Bundesgericht gesprochen wird.

<sup>98</sup> BGE 127 V 294, E. 4.c.; GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 17; HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 49; RIEMER-KAFKA, GABRIELA, Zur Überwindung der Überwindbarkeitsvermutung, S. 377.

Im Fall zu BGE 130 V 352 stand das Krankheitsbild der anhaltenden somatoformen Schmerzstörung zur Diskussion, welche zur Kategorie der psychischen Leiden zählt und geeignet sein kann, um eine Arbeitsunfähigkeit zu verursachen. Mittels einem psychiatrischen Gutachten wird i.d.R. über das Bestehen eines psychischen Leidens befunden sowie auch über dessen Ausmass, welches zu einer durch den Rechtsanwender beurteilten Arbeitsunfähigkeit führen kann. Ein reines Abstellen auf die subjektiven Angaben der betroffenen Person über ihr Schmerzbefinden genügt aufgrund der damit verbundenen Beweisschwierigkeiten nicht, um eine Invalidität annehmen zu können. Die Schmerzangaben des Patienten müssen dafür mit der übereinstimmenden, fachärztlich schlüssigen Diagnose hinreichend erklärbar sein. Das Bundesgericht macht mit dem Grundsatz geltend, dass ein fachärztlich ausgewiesenes psychisches Leiden mit Krankheitswert eine notwendige, aber noch keine hinreichende Voraussetzung für eine Invalidisierung sein dürfte. In der Rechtsprechung gilt, dass eine festgestellte anhaltende somatoforme Schmerzstörung i.d.R. keine lang dauernde Arbeitsunfähigkeit auslöst, welche zur Invalidität führt. Die Gründe dafür hängen mit der Anwendung der sog. Foerster-Kriterien<sup>99</sup> zusammen, welche im nächsten Absatz genannt und weiter hinten erläutert werden. Allgemein kann aber von diesem Grundsatz abgewichen werden, sofern das somatoforme Leiden eine solche Schwere aufweist, dass die restliche Arbeitskraft bei objektiver Betrachtung sozialpraktisch nicht mehr zumutbar oder dies für die Gesellschaft gar untragbar ist.<sup>100</sup>

Die willentliche Schmerzüberwindung kann im Ausnahmefall unzumutbar sein und somit die Wiederaufnahme einer Arbeitstätigkeit verhindern. Das Bundesgericht nennt die Gründe, welche zu einer derartigen Ausnahme führen können. Es muss demnach in jedem Fall eine «mitwirkende, psychisch ausgewiesene Komorbidität von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer oder aber das Vorhandensein anderer qualifizierter, mit gewisser Intensität und Konstanz erfüllter Kriterien»<sup>101</sup> vorliegen. Sofern keine psychiatrische Komorbidität vorliegt, können insb. «chronische körperliche Begleiterkrankungen und mehrjähriger Krankheitsverlauf bei unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne längerfristige Remission, ein ausgewiesener sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens, ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr angehbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung [...] oder schliesslich unbefriedigende Behandlungsergebnisse trotz konsequent durchgeführter ambulanter und/oder stationärer Behandlungsbemühungen [...] und gescheiterte Rehabilitationsmassnahmen bei vorhandener Motivation und Eigenanstrengung der versicherten Person für die ausnahmsweise Unüberwindlichkeit der somatoformen Schmerzstörung»<sup>102</sup> sprechen. Dieser genannte Kriterienkatalog wurde vom Bundesgericht in Anlehnung an die Habilitationsschrift des Psychiatrieprofessors Klaus Foerster eingeführt. Im Schrifttum werden diese Kriterien deshalb auch «Foerster-Kriterien» genannt. Die Kriterien wurden aber von FOERSTER weder in der Ursprungsform noch in den späteren ergänzenden Versionen so formuliert und gewichtet, wie dies das Bundesgericht auflistete.<sup>103</sup>

---

<sup>99</sup> Siehe Kapitel 3.4., S. 24 ff.

<sup>100</sup> BGE 130 V 352, E. 2.2.2. f.; MEYER, Arbeitsunfähigkeit, Rz. 59 ff.

<sup>101</sup> BGE 130 V 352, E. 2.2.3.

<sup>102</sup> BGE 130 V 352, E. 2.2.3. in fine.

<sup>103</sup> JEGGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 163 ff., mit einer Darstellung der Veränderungen der Originalkriterien von Foerster.

Im Falle, dass die Leistung der Sozialversicherung durch die psychiatrische Diagnose nicht genügend begründet werden kann, muss der begutachtende Psychiater eine Prognose über die Arbeitsunfähigkeit und die aus medizinischer Sicht noch zumutbare Arbeitsfähigkeit erstellen und diese der IV-Stelle oder dem Gericht aufzeigen. Darin enthalten ist auch eine Beurteilung darüber, ob und inwiefern der Versicherte über psychische Ressourcen verfügt, mit welchen die Schmerzen durch die Willensanstrengung überwunden werden können. Die Stellungnahme des Arztes ist eine unabdingbare Voraussetzung, um die Rechtsfrage nach der zumutbaren Willensanstrengung und der Verwertung der Restarbeitsfähigkeit zu beurteilen. Die Verwaltung oder im Streitfall das Gericht prüfen das ärztliche Gutachten nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Hierbei dürfen sie sich aber nicht über die medizinischen Tatsachenerfeststellungen hinwegsetzen und auch nicht den Einschätzungen und Schlussfolgerungen des Psychiaters zur verbleibenden Arbeitsfähigkeit folgen, ohne mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, ob sozialversicherungsrechtlich irrelevante Tatsachen wie z.B. invaliditätsfremde Faktoren miteinbezogen wurden und sie diesfalls eine eigene Wertung vornehmen müssen.<sup>104</sup>

Im vorliegenden Fall BGE 130 V 352 wurde die invalidisierende Wirkung der anhaltenden somatoformen Schmerzstörung abgelehnt, da keine hinreichenden Gründe für eine Ermangelung an psychischen Ressourcen sprachen. Damit wird die Zumutbarkeit der Schmerzüberwindung mittels der Willenskraft bejaht.<sup>105</sup>

### 3.3. Die Überwindbarkeitsvermutung

Im Ausgangsentscheid BGE 130 V 352 spricht das Bundesgericht von einem Grundsatz, dass die anhaltende somatoforme Schmerzstörung keine lang dauernde, zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bewirken kann.<sup>106</sup> Erst im nachfolgenden Entscheid BGE 131 V 49 wurde der Begriff der Vermutung explizit genannt, dass die somatoforme Schmerzstörung oder ihre Folgen mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar seien.<sup>107</sup>

Eine Vermutung besteht aus der Vermutungsbasis, dem Erfahrungssatz und der Vermutungsfolge. Die Überwindbarkeitsvermutung hat ihre Basis in der Diagnose einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung. Diese kann umgestossen werden, indem durch einen Gegenbeweis beim Richter Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Diagnose ausgelöst werden. Gestützt wird die Vermutung gemäss Bundesgericht auf die medizinische Empirie als Erfahrungssatz. Die medizinischen Angaben besagen demnach, dass eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung i.d.R. keine andauernde zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bewirkt. Gemäss dem Bundesgericht ist der Erfahrungssatz an sich nicht beweisbedürftig,<sup>108</sup> jedoch besteht die Möglichkeit den Gegenbeweis zu erbringen, welcher aber nur mittels neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse erbracht werden kann. In der Folge wird vermutet,

---

<sup>104</sup> BGE 130 V 352, E. 2.2.4. f.

<sup>105</sup> BGE 130 V 352, E. 3.3.2. in fine.

<sup>106</sup> BGE 130 V 352, E. 2.2.3.

<sup>107</sup> BGE 131 V 49, E. 1.2.

<sup>108</sup> BGE 111 II 72, E. 2.a.

dass die festgestellte Beschwerde mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwunden werden kann. Ein Beweis ist bei der Annahme einer natürlichen Vermutung nicht notwendig, dafür kann die Vermutungsfolge mit Hilfe des Gegenbeweises entkräftet werden, welcher mit Hilfe der Foerster-Kriterien erbracht werden kann. Es genügt dabei, beim Richter Zweifel an der Richtigkeit hervorzurufen.<sup>109</sup>

### 3.3.1. Rechtsnatur

Die Rechtsnatur der Überwindbarkeitsvermutung ist nicht ganz eindeutig. In der Lehre wird sodann einerseits die Meinung vertreten, dass es sich um eine natürliche Vermutung und andererseits, dass es sich um eine Tatsachenvermutung, also eine gesetzliche Vermutung, handelt. Allgemein kann zwischen natürlichen und gesetzlichen Vermutungen unterschieden werden. Erstere kann weiter in die einfache und die qualifizierte natürliche Vermutung unterteilt werden. Eine einfache natürliche Vermutung wird vom Richter aufgrund seiner allgemeinen Lebenserfahrung aus dem Gesamtbild eines konkreten Falles aufgestellt. Zu einer qualifizierten natürlichen Vermutung wird diese, sobald sie über den konkreten Sachverhalt hinaus Geltung erhält. Man spricht dann auch von einer Normhypothese. Bewiesen wird eine natürliche Vermutung mit dem Hauptbeweis des Vermutungsträgers über die Vermutungsbasis. Der Vermutungsgegner kann diese grundsätzlich mittels des Gegenbeweises umstossen, indem er beim Richter Zweifel am Hauptbeweis hervorruft. Für die Vermutungsfolge ist weiter aber kein Hauptbeweis mehr notwendig. Sie lässt sich aber mit Hilfe des Gegenbeweises entkräften, womit keine Beweislastumkehr entsteht.<sup>110</sup>

Die gesetzlichen Vermutungen lassen sich dagegen in Tatsachenvermutungen, Rechtsvermutungen und Fiktion unterteilen. Da hier nur die Tatsachenvermutung von Relevanz ist, wird auf eine Erläuterung der beiden anderen verzichtet. Eine gesetzliche Vermutung wird entweder vom Gesetzgeber oder durch Lückenschliessung vom Richter geschaffen. Auch hier lässt sich die Vermutungsbasis mit dem Hauptbeweis begründen und dem Gegenbeweis entkräften. Anders als bei der natürlichen Vermutung kann die Vermutungsfolge nicht mit dem Gegenbeweis umgestossen werden, sondern nur mit dem Beweis des Gegenteils, welcher nicht schon bei Hervorrufen von Zweifeln auf Seiten des Richters erbracht ist. Damit wird die Beweislast umgekehrt.<sup>111</sup>

Gemäss MÜLLER ist die Überwindbarkeitsvermutung eine qualifizierte natürliche Vermutung.<sup>112</sup> Zu diesem Entschluss kommt er, da weder eine echte noch eine unechte Lücke vorhanden sind. Im Gesetz wird die Frage beantwortet, wie die Invalidität bei somatoformen Schmerzstörungen bestimmt werden muss, entscheidend ist nämlich die Zumutbarkeit, welche u.a. in Art. 6 und Art. 16 ATSG genannt wird. Somit schliesst dies eine echte Lücke aus. Da die gesetzliche Lösung sachlich zu einem befriedigenden Ergebnis führt, fehlt es auch an der Grundlage für eine unechte Lücke. Weiter wird vom Bundesgericht angegeben,

---

<sup>109</sup> MÜLLER, Natürliche Vermutung, S. 561 f.

<sup>110</sup> MÜLLER, Natürliche Vermutung, S. 551 ff.

<sup>111</sup> MÜLLER, Natürliche Vermutung, S. 554 ff.

<sup>112</sup> Zustimmend auch MOSIMANN, Unklare Beschwerdebilder, S. 29.

dass die Vermutung auf der medizinischen Empirie beruht, was ein typischer Erfahrungssatz in der natürlichen Vermutung darstellt. Zuletzt wäre es stossend, wenn die versicherte Person neben der objektiven Beweislast, also dem Risiko der Beweislosigkeit im Prozess, auch noch der Beweis des Gegenteils auferlegt wird, welcher bei der Tatsachenvermutung eine Beweislastumkehr zur Folge hat.<sup>113</sup>

HUSMANN ist hingegen der Meinung, dass die Überwindbarkeitsvermutung eine richterliche Tatsachenvermutung darstellt. Sie müsste demnach in Form einer Lückenschliessung durch den Richter erfolgt sein. Da das entscheidende Urteil BGE 130 V 352 vor Inkrafttreten der 5. IV-Revision gesprochen wurde und dadurch die Bestimmung nach Art. 7 Abs. 2 ATSG, die besagt, dass eine Erwerbsunfähigkeit nur vorliegt, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist, zu diesem Zeitpunkt noch nicht galt, geht er hier von einer Gesetzeslücke, also einer echten Lücke, aus.<sup>114</sup>

Das Bundesgericht äussert sich jeweils nicht zur Rechtsnatur seiner Vermutungen, weshalb es an der Lehre liegt, die rechtliche Bedeutung zu eruieren. Nach den vorherigen Argumenten erscheint es sachgemäss von einer qualifizierten natürlichen Vermutung auszugehen, da insb. keine Grundlage für eine Gesetzeslücke ersichtlich ist und eine gesetzliche Vermutung ebenfalls nicht vorliegt, denn Art. 7 Abs. 2 ATSG stellt noch keine Tatsachenvermutung auf. Ausserdem erfolgt die Vermutung auf der medizinischen Empirie, deren Richtigkeit zwar gerade von ärztlicher Sicht in Frage gestellt wird,<sup>115</sup> aber an sich ein typisches Merkmal der natürlichen Vermutung darstellt. Um eine natürliche Vermutung zu begründen, wird immer auf die jeweilige richterliche Lebenserfahrung oder spezielle Fachkenntnisse abgestellt, welche nur dann zu einer Tatsachenvermutung führen können, sofern die damit erzielte Vermutung nicht der Beweiswürdigung dient. Der Erfahrungssatz bei einer gesetzlichen Vermutung lässt sich als solcher nicht widerlegen, wohingegen dies nach MÜLLER bei der natürlichen Vermutung mit Hilfe des Gegenbeweises möglich ist. Auch bei einer Normhypothese, also einer qualifizierten natürlichen Vermutung, kann der Gegenbeweis erbracht werden, denn der allgemeine Charakter der Normhypothese wirkt sich primär auf die Kognition des Bundesgerichts aus, aber nicht auf die Widerlegbarkeit der Vermutung, da sie lediglich auf dem Wissensstand des Richters beruht. Sollte das Wissen des Richters jedoch allgemein verbreitet sein, so kann die Vermutung als gerichtsnotorisch gelten, was einen weiteren Beweis erübrigt und den Gegenbeweis deutlich erschwert. Der Erfahrungssatz einer qualifizierten natürlichen Vermutung steht gemäss dem Bundesgericht aber an sich nicht der Beweisführung offen, da der Vermutung die Funktion einer Norm zukommt, welche nicht bewiesen werden muss.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> MÜLLER, Natürliche Vermutung, S. 558 ff.

<sup>114</sup> HUSMANN, Ei des Kolumbus, S. 194.

<sup>115</sup> Vgl. HENNINGSSEN, Probleme und offene Fragen; JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 162.

<sup>116</sup> MÜLLER, Natürliche Vermutung, S. 553 ff.; HUSMANN, Ei des Kolumbus, S. 194; BGE 111 II 72, E. 2.a.

### 3.4. Foerster-Kriterien

In Ausnahmefällen erachtet es das Bundesgericht als gegeben, dass die willentliche Überwindung der Schmerzen und der Wiedereinstieg in die Arbeitswelt als unzumutbar erscheinen. Hierfür zählt es katalogartig mehrere Kriterien auf. Von grösster Bedeutung ist das Vorliegen einer mitwirkenden, psychisch ausgewiesenen Komorbidität. Alternativ können auch andere Kriterien zu einem solchen Ausnahmefall führen, sofern sie qualifiziert sind und mit gewisser Intensität und Konstanz vorliegen.<sup>117</sup> Das Bundesgericht nennt in BGE 130 V 352 die Kriterien zwar nicht Foerster-Kriterien, aber es verweist auf ältere Entscheide,<sup>118</sup> aus denen zu entnehmen ist, dass es ursprünglich den Ansichten von MOSIMANN<sup>119</sup> gefolgt war, welcher die Kriterien von FOERSTER aufgenommen hat. Ausserdem wird regelmässig auch MEYER<sup>120</sup> zitiert,<sup>121</sup> der auch von den Foerster-Kriterien spricht. FOERSTER hat seine Kriterien erstmals in seiner Habilitationsschrift niedergeschrieben und hat diese in weiteren Publikationen ergänzt, zuletzt 2009. Die aufgestellten Kriterien entsprechen jedoch keiner empirischen Studie im medizinischen Bereich, sondern lediglich den persönlichen Ansichten und Erfahrungswerten von FOERSTER selbst.<sup>122</sup> Um daraus eine gewisse Signifikanz abzuleiten, genügen solche Werte noch lange nicht. Bemerkenswert ist jedoch, dass der Kriterienkatalog des Bundesgerichts nirgends so in den Publikationen von FOERSTER zu finden ist. Die Kriterien werden als Hilfsbeweis angewandt, da es in der Sache der Natur für den Gutachter schwierig ist, die Intensität eines organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebildes zu messen. Durch die Foerster-Kriterien soll dieser Umstand erleichtert werden.<sup>123</sup>

#### 3.4.1. Psychiatrische Komorbidität

Das Kriterium der psychiatrischen Komorbidität wird vom Bundesgericht an erster Stelle genannt und die bedeutendste Rolle dieser Kriterien zugewiesen. In der ersten Publikation von FOERSTER wurde die Komorbidität noch gar nicht erwähnt, erst mit den nachfolgenden Versionen seiner Kriterien fand sie Einzug in den Katalog, wo deren Beschreibung aber mehrmals änderte. Dass sie in einer erheblichen Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer vorliegen muss, hat FOERSTER im Gegensatz zum Bundesgericht nie behauptet. Den Erfahrungswerten nach, erschwert eine zusätzliche Krankheit, also eine Komorbidität, die somatoforme Schmerzstörung, da es schwierig ist, mehrere Beschwerdebilder gleichzeitig zu behandeln. Als Beispiel einer psychiatrischen Komorbidität werden neben der Persönlichkeits- und Verhaltensstörung auch neurotische und dissoziative Störungen genannt, welche allesamt nach ICD-10 klassifiziert sind.<sup>124</sup>

---

<sup>117</sup> Vgl. BGE 130 V 352, E. 2.2.3.

<sup>118</sup> Vgl. statt vieler Urteil des EVG vom 19. Januar 2000, E. 2.c. in: AHI-Praxis, 3/2000, S. 152 f.

<sup>119</sup> Vgl. MOSIMANN, Somatoforme Störungen, S. 1 ff.

<sup>120</sup> MEYER, Arbeitsunfähigkeit, Rz. 56 ff.

<sup>121</sup> BGE 130 V 352, E. 2.2.3.

<sup>122</sup> SANER/GEHRING, Überwindbarkeitsrechtsprechung zur Sozialversicherung, S. 816.

<sup>123</sup> BGE 130 V 352, E. 2.2.3.; HUSMANN, Ei des Kolumbus, S. 194; zu den verschiedenen durch Klaus Foerster publizierten Kriterienkatalogen siehe JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 163 ff.; BITTEL/BECK, Kürzungen oder Verweigerungen von Versicherungsleistungen, S. 450.

<sup>124</sup> JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 166 f.; MEYER, Arbeitsunfähigkeit, Rz. 59.

In der Praxis erscheint es, als sei die psychiatrische Komorbidität das entscheidende Kriterium, um die Invalidisierung einer somatoformen Schmerzstörung zu begründen. Gleichzeitig sind die Anforderungen an dieses Kriterium sehr hoch gelegt worden, so dass es kaum je erfüllt wird. Dies ist auch der Grund, weshalb eine lang dauernde Arbeitsunfähigkeit bei somatoformen Schmerzstörungen selten bejaht wird. Nach JEGER sind die Anforderungen an die Komorbidität bezüglich der erheblichen Schwere und Dauer derart hoch, dass dieses Leiden an sich schon invalidisierend sein kann und die ursprünglichen Morbiditätskriterien der somatoformen Schmerzstörung gar nicht mehr in das Gewicht fallen. Die psychiatrische Komorbidität steht in der Lehre unter der Prämisse, dass sie grundsätzlich immer vorliegen muss, um überhaupt eine Invalidität bei einem PÄUSBONOG-Fall herbeizuführen.<sup>125</sup> In der Rechtsprechung wurde nach den Ausführungen von MEYER bis Ende 2002, soweit ersichtlich, noch kein Urteil gesprochen, welches die invalidisierende Wirkung einer somatoformen Schmerzstörung ohne eine psychiatrische Komorbidität, sondern mit einem der übrigen Kriterien, bejaht hätte.<sup>126</sup> Bis zur Änderung der Rechtsprechung im Sommer 2015 wurde die psychiatrische Komorbidität vom Bundesgericht zum Teil relativiert. So wurde mittlerweile eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung ohne das Vorliegen einer psychiatrischen Komorbidität bejaht. Das Bundesgericht widersprach dabei sogar dem psychiatrischen Gutachter und bezeichnete die vorher genannte Prämisse als «unzutreffend». Bemerkenswert ist weiter, dass im gleichen Fall eine Teilinvalidität anerkannt und nicht nur ein Alles-oder-Nichts-Entscheid gesprochen wurde.<sup>127</sup>

Unbestritten an der psychiatrischen Komorbidität ist der Umstand, dass sie geeignet ist, einer versicherten Person ihre verfügbaren körperlichen und geistigen Ressourcen zu schwächen und damit eine unzumutbare Willensanstrengung zur Schmerzüberwindung herbeizuführen.<sup>128</sup>

### **3.4.2. Die alternativen Kriterien**

Die alternativ zur psychiatrischen Komorbidität stehenden Kriterien spielen in der Praxis nahezu keine Rolle, weshalb hier jeweils nur kurz auf die einzelnen Punkte eingegangen wird.

Das Kriterium der chronischen körperlichen Begleiterkrankungen und mehrjährigem Krankheitsverlauf ist an sich selbsterklärend. Ein bestehendes Leiden kann nur erschwert behandelt werden, wenn zusätzlich noch ein anderes chronisches somatisches Leiden vorliegt und dadurch von der betroffenen Person weitere Kräfte aufgewendet werden müssen, um die Leiden zu überwinden. Ebenso erscheint es einleuchtend, dass ein mehrjähriger Krankheitsverlauf bei gleichbleibender oder sogar verschlechterter Symptomatik die Prognose auf eine Verbesserung kaum ermöglicht.<sup>129</sup>

---

<sup>125</sup> JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 167; MEYER, Arbeitsunfähigkeit, Rz. 66.

<sup>126</sup> MEYER, Arbeitsunfähigkeit, Rz. 60.

<sup>127</sup> Urteil 9C\_148/2012 vom 17. September 2012, E. 2.4. f.

<sup>128</sup> JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 167 f.

<sup>129</sup> JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 168.

An die Erfüllung des Kriteriums des sozialen Rückzuges in allen Belangen des Lebens werden vom Bundesgericht hohe Anforderungen gestellt. Konkret dargestellt hat das Bundesgericht die strenge Rechtsprechung bezüglich der Anwendung der Foerster-Kriterien beim Chronic Fatigue Syndrome. Darin wurde festgehalten, dass die Aufgabe von zahlreichen Vereinstätigkeiten, aber der regelmässige Kontakt mit Freunden und Familie nicht ausreicht, um einen sozialen Rückzug in allen Belangen des Lebens zu bejahen.<sup>130</sup> Es wird kritisiert, dass jemand, der aufgrund einer somatoformen Schmerzstörung invalid sein könnte, dies u.a. nur erreichen kann, indem die betroffene Person sämtliche sozialen Kontakte abbricht und sich in die eigenen vier Wände zurückzieht. Dies kann von FOERSTER kaum gemeint gewesen sein, da er laut JEGER zu diesem Kriterium Umstände wie Arbeitsplatzverlust und Ehescheidung nannte, welche gemäss Bundesgericht zu den sozialen Elementen gehören, die unter die invaliditätsfremden Faktoren fallen. Ausserdem wird mit dieser bundesgerichtlichen Interpretation die Annahme einer Teilinvalidität nahezu verhindert, da eine Person, die noch Teilzeit arbeitet, nicht in allen Belangen des Lebens zurückgezogen ist.<sup>131</sup>

Ein PÄUSBONOG-Fall kann auch vorliegen, wenn das Leiden einen verfestigten innerseelischen Verlauf nimmt oder anders gesagt, wenn ein primärer Krankheitsgewinn vorliegt. Dieser löst bei der versicherten Person ein Verhalten aus, bei welchem sie die Vorteile einer Krankheit erblickt und damit versucht, einem Konflikt aus dem Weg zu gehen, welcher für die Person scheinbar nicht zu lösen ist. Die betroffene Person flüchtet demnach in die Krankheit. Die Herleitung dieses Kriteriums widerspricht aber dem Sinn der Überwindbarkeitsrechtsprechung in seinem Grundsatz. Ziel dieser Praxis soll sein, dass organisch nicht nachweisbare Beschwerdebilder objektiviert werden. Das Problem bei dem Nachweis eines primären Krankheitsgewinns liegt jedoch darin, dass es sich bei diesem um eine Hypothese handelt, die von den Fähigkeiten des Gutachters abhängt. Es ist nicht möglich einen primären Krankheitsgewinn mit Hilfe von objektiven Kriterien zu belegen. In den Publikationen von FOERSTER wurde übrigens nebst dem sekundären auch der primäre Krankheitsgewinn als schlecht geeignetes Prognosekriterium aufgezählt. Der sekundäre Krankheitsgewinn, bei welchem dem Versicherten äussere Vorteile aus der Krankheit erwachsen könnten wie z.B. finanzielle Vorteile, wird auch im Kriterienkatalog des Bundesgerichts nicht aufgeführt. Damit soll verhindert werden, dass die betroffene Person das Sozialsystem nicht auf Kosten der anderen Versicherten ausnutzt und ein «Moral Hazard»<sup>132</sup>-Verhalten an den Tag legt. JEGER erachtet es aus medizinischer Sicht als sinnvoller, wenn mit dem verfestigten innerseelischen Verlauf der Krankheit eine Therapieresistenz gemeint ist. Demnach würde es aber sogleich im nachfolgenden letzten Kriterium untergehen.<sup>133</sup>

Als letztes Kriterium werden vom Bundesgericht nämlich die unbefriedigenden Behandlungsergebnisse genannt. Es kann für einen Patienten sehr frustrierend sein, wenn er bei der durchgeführten Therapie stets

---

<sup>130</sup> Urteil 9C\_662/2009 vom 17. August 2010, E. 3.1.

<sup>131</sup> JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 168 f. und 173.

<sup>132</sup> Der Begriff «Moral Hazard» kann als unbewusstes Verhalten verstanden werden, wobei durch das Bestehen einer Versicherung falsche Anreize geschaffen werden, zit. nach MURER, Moral Hazard, S. 252.

<sup>133</sup> JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 169 f.

motiviert und kooperativ mitgemacht hat, aber dennoch kein Erfolg in der Behandlung erreicht wurde. Für die Mediziner ist dies eines der wichtigsten Kriterien für die Prognose, da dies auch ein Zeichen dafür ist, dass sich am fehlenden Behandlungserfolg in naher Zukunft nichts ändern wird. Es liegt an den Medizinem, zu zeigen, ob die Therapien dem heutigen wissenschaftlichen Standard entsprechen und ob die angewandten Therapien korrekt durchgeführt wurden. Ausserdem müssen sie darlegen, ob möglicherweise noch andere Behandlungen zur Verfügung stehen, die das Leiden mindern können. Die Prognosen betreffend die Behandlung müssen sehr vorsichtig aufgestellt werden, da die jeweiligen Studien zu den Therapien nur statistische Aussagen beinhalten und bei einem Individuum stets die Möglichkeit besteht, dass es sich um einen Therapieversager handelt. Zu unterscheiden hat der Gutachter aber, ob ein Fall eines echten medizinischen Therapieversagers vorliegt oder ob das Versagen der Therapie auf mangelnder Motivation und Kooperation beruht. Letzteres ist nicht Teil dieses Foerster-Kriteriums und bleibt damit unbeachtet bei der Prüfung, ob ein Ausnahmefall der zumutbaren willentlichen Schmerzüberwindung vorliegt.<sup>134</sup>

### **3.4.3. Änderungen an den Kriterien**

Die ursprünglichen Kriterien von FOERSTER wurden von ihm mehrmals im Laufe der Zeit abgeändert. Er hat es grundsätzlich unterlassen, seine Änderungen zu begründen oder statistisch zu belegen. Auffallend ist aber, dass die Anforderungen an den Katalog geringer wurden, je öfter FOERSTER die Kriterien anpasste, desto einfacher wurde es für die Patienten, die Kriterien zu erfüllen. Im Gegensatz dazu hat das Bundesgericht mit den sog. Foerster-Kriterien einen viel strengeren Katalog zur Anwendung gebracht. Ein solch medizinischer Kriterienkatalog kann kaum fehlerfrei sein und dementsprechend gibt es nur wenige ideale Kataloge zu medizinischen Fragen. Bei der konkreten Anwendung im Einzelfall kann es daher immer zu Fehlern kommen, welche dann als Folge falsche Entscheide hervorrufen. Es wird dabei zwischen falsch-negativen und falsch-positiven Entscheiden unterschieden. Bei einem falsch-positiven Entscheid wird eine ungerechtfertigte Leistungszusprache zugestanden und bei einem falsch-negativen Entscheid eine ungerechtfertigte Leistungsablehnung ausgesprochen. Durch den verschärften Kriterienkatalog des Bundesgerichts werden nach Ansicht von JEGER viele falsch-negative Entscheide gesprochen, indem den betroffenen Personen zugemutet wird, dass sie ihre Schmerzen willentlich überwinden können, was aber tatsächlich nicht möglich ist.<sup>135</sup>

## **3.5. Funktion des Gutachtens und dessen Beweiswürdigung**

In der Schmerzpraxis spielen die medizinischen Gutachten eine wichtige Rolle. Im Folgenden werden die verschiedenen Gutachtensformen im Sozialversicherungsrecht aufgezeigt und wie diese im Beweisverfahren gewürdigt werden. Ausserdem werden entsprechend dem Schwerpunkt dieser Arbeit gewisse Besonderheiten in Bezug auf die psychischen Leiden hervorgehoben.

---

<sup>134</sup> JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 170 f.

<sup>135</sup> JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 172 f.; JEGER, Sicherheit und Unsicherheit, S. 330.

### 3.5.1. Das Gutachten im Sozialversicherungsrecht

Im Bereich der Invalidenversicherung gilt der Untersuchungsgrundsatz, wonach die IV-Stellen für die Beschaffung des Prozessstoffes verantwortlich sind.<sup>136</sup> Ein psychisches Leiden mit Krankheitswert muss gemäss dem Bundesgericht fachärztlich ausgewiesen sein, damit eine invalidisierende Arbeitsunfähigkeit überhaupt vorliegen kann. Im Sozialversicherungsrecht wird dies üblicherweise mittels medizinischer Berichterstattung erhoben, welche sich zur Diagnose und zur Arbeitsunfähigkeit äussern. Weitere Ausführungen zu den medizinischen Erhebungen und Befundbeschreibungen sind darin, im Gegensatz zur medizinischen Begutachtung, nicht enthalten. Auf eine solche Berichterstattung sollte grundsätzlich nur dann abschliessend Bezug genommen werden, wenn der Fall aus medizinischer Sicht eindeutig ist. Bei psychischen Leiden wie eben den organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebildern ist dies oft nicht gegeben. Eine ärztliche Berichterstattung stellt die medizinischen Leiden kürzer und stichwortartig dar, was nach den Anforderungen in der Rechtsprechung i.d.R. nicht ausreicht, um einer schlüssigen medizinischen Expertise zu genügen.<sup>137</sup>

Neben den Berichten des Hausarztes oder eines Spezialisten kommen vor allem medizinische Expertisen als Beweismittel in Frage. Je nach dem von wem die Gutachten in Auftrag gegeben werden und in welchem Verhältnis der Gutachter mit dem Auftraggeber steht, gibt es verschiedene Arten. Es wird unterschieden zwischen dem Administrativgutachten, welches vom Sozialversicherungsträger bei einem unabhängigen Dritten eingeholt wird, dem versicherungsinternen Gutachten, welches ebenfalls vom Sozialversicherungsträger eingeholt wird, aber im Gegensatz zum Administrativgutachten bei einem Arzt, der z.B. bei einer MEDAS der Invalidenversicherung arbeitet, dem Gerichtsgutachten, welches von einem Sozialversicherungsgericht bei einem unabhängigen Dritten eingeholt wird und zuletzt dem Parteigutachten, welches von der versicherten Person oder wiederum vom Sozialversicherungsträger im Beschwerdeverfahren, wo er selbst Parteistellung innehat, eingeholt wird.<sup>138</sup>

Das Gutachten im Allgemeinen verhilft dem Auftraggeber zu Fachwissen über die möglicherweise vorhandene Störung. Prozessual befindet sich das Gutachten in der Sachverhaltsermittlung und dem Beweisverfahren. Gerade als Beweismittel stellen die medizinischen Gutachten eine zentrale Rolle dar. Die medizinischen Erkenntnisse müssen für Dritte nachvollziehbar und entsprechend belegt sein. Ausserdem müssen Leiden, die nicht objektivierbar sind, als solche gekennzeichnet werden und es muss begründet werden, weshalb dies nicht möglich ist. Ein wichtiger Inhalt des Gutachtens besteht darin aufzuzeigen, welche Leistungen vom Patienten mit den festgestellten Befunden noch möglich sind. Dazu wird ein Leistungs- oder Funktionsfähigkeitsprofil von dem behandelnden Arzt erstellt sowie ein Therapiekonzept, sofern dadurch eine Verbesserung der Leistung erreicht werden kann. Zusätzlich muss das Gutachten eine Prognose über die weitere Entwicklung der Leistungsfähigkeit enthalten. Das Gutachten soll jedoch nicht nur aufzeigen, was der Patient nicht mehr kann, sondern es soll auch Bezug zu den weiterhin oder anderen

---

<sup>136</sup> MÜLLER, Natürliche Vermutung, S. 557; RHINOW ET AL., Öffentliches Prozessrecht, Rz. 991 und 994 f.

<sup>137</sup> MEYER, Arbeitsunfähigkeit, Rz. 32; BGE 130 V 352, E. 2.2.3.

<sup>138</sup> MEYER, Arbeitsunfähigkeit, Rz. 33 ff.; RIEMER-KAFKA, Versicherungsmedizinische Gutachten, S. 29.

erfüllbaren Tätigkeiten nehmen. Um ein solch umfassendes Gutachten erstellen zu können, muss der Gutachter alle relevanten Lebensumstände des Patienten möglichst genau erfassen. Dies erweist sich oft als nicht ganz einfach, da der untersuchende Arzt i.d.R. anders als der Hausarzt zum ersten Mal mit dem Patienten in Kontakt tritt und die einzelnen Facetten dessen Lebens nicht kennt. Dem Arzt sollen dabei keine Rechtsfragen zur Überwindbarkeit der Arbeitsunfähigkeit oder zum Invaliditätsgrad gestellt werden, sondern lediglich medizinische Sachfragen. Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, muss nicht nur der Gutachter seine Expertise dementsprechend verfassen, sondern der Auftraggeber auch die Fragen so stellen, dass nur medizinische Sachumstände geklärt werden. Für den Fall, dass der Arzt eine Frage nicht beantworten kann, sollte er dies mit einer Begründung kundtun.<sup>139</sup>

### **3.5.2. Beweiswürdigung des Gutachtens**

Im Sozialversicherungsrecht herrscht nach Art. 61 lit. c ATSG der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Demnach würdigt das Gericht die Beweise ohne an förmliche Regeln gebunden zu sein. Entscheidend für den Beweiswert ist nach Angaben des Bundesgerichts nicht die Herkunft oder Bezeichnung des Gutachtens oder des Berichts, sondern vielmehr der Inhalt. Soll eine Expertise einen hohen Beweiswert haben, so muss eine umfassende Antwort auf die gestellte Frage enthalten sein, welche sich auf breiten Untersuchungen abstützt und die angegebenen Beschwerden sowie die früheren Akten in Bezug nimmt. Die medizinischen Zusammenhänge müssen sodann einleuchtend dargestellt werden und eine nachvollziehbare Schlussfolgerung enthalten. Trotz der freien Beweiswürdigung verstossen Richtlinien zur Würdigung von medizinischen Gutachten nicht gegen diesen Grundsatz. Allgemein gilt, dass ein versicherungsinterner Arzt nicht per se seine Expertisen mit mangelnder Objektivität anfertigt. Es müssen vermehrt Umstände vorliegen, welche am Vertrauen des Arztes Zweifel aufkommen lassen. Die volle Beweiskraft gilt auch für Administrativgutachten, sofern sie dem soeben genannten materiellen Inhalt genügen. Das Gerichtsgutachten soll dem Richter das medizinische Fachwissen des Gutachters vermitteln, weshalb sich das Gericht grundsätzlich daranhalten sollte. Davon abweichen darf der Richter nur, wenn zwingende Gründe vorliegen, die gegen die Glaubwürdigkeit des Gutachtens sprechen. Dies ergibt sich primär durch widersprüchliche Expertisen, durch ein überzeugenderes gerichtliches Obergutachten oder durch andere gegensätzliche Meinungen, welche das Gericht zu einer zutreffenderen Schlussfolgerung bewegen. Einen Rang hinter dem Administrativ- und dem Gerichtsgutachten liegt das Parteigutachten. Der Umstand, dass es von einer Partei eingeholt wird, stellt keine Zweifel am Beweiswert dar. Jedoch gelten für die beiden anderen Gutachtensarten gesetzliche Regelungen zur Einholung, weshalb sie einen gewissen Vorrang genießen. Da aber auch das Parteigutachten dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung unterliegt, ist es geeignet die Aussagen der anderen Gutachten zu entkräften, wenn eine schlüssigere Argumentation vorliegt. Eine zwiespältige Ansicht ergibt sich, wenn der Bericht vom Hausarzt der versicherten Person erhoben wurde. Einerseits soll dem Gericht bewusst sein, dass ein Hausarzt aufgrund der

---

<sup>139</sup> RIEMER-KAFKA, Versicherungsmedizinische Gutachten, S. 27 ff.

Vertrauensstellung gegenüber seinem Patienten im Zweifel eher zugunsten dessen den Bericht verfasst. Andererseits kennt der Hausarzt aus der i.d.R. langjährigen Betreuung die Aktenlage und weitere persönliche Umstände des Patienten, wodurch ein vertieftes Gesundheitsbild geschaffen werden kann.<sup>140</sup>

In den Sozialversicherungen muss nicht der volle Beweis erbracht werden, da diese ansonsten überfordert wären. Als Regelbeweisgrad gilt daher die überwiegende Wahrscheinlichkeit, welche erfüllt ist, wenn mehr Anhaltspunkte für den einen Sachverhalt sprechen als für einen abweichenden Sachverhalt und das Gericht dadurch den ihm am wahrscheinlichsten erscheinenden Ablauf würdigt. Als ungenügend erbrachte Beweise gelten bloss glaubhaft gemachte oder nur möglicherweise bestehende Tatsachen. Die Beurteilung, ob mit den erbrachten medizinischen Expertisen der erforderliche Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erreicht wurde, liegt nicht bei dem medizinischen Sachverständigen, sondern beim Sozialversicherungsträger wie z.B. der IV-Stelle oder im Falle eines Streits beim Sozialversicherungsgericht.<sup>141</sup>

Bei der Beurteilung der Beweislage sind drei Ergebnisse denkbar. Einerseits kann mit den Gutachten das Regelbeweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erreicht werden, worauf gestützt der Sozialversicherungsträger oder das Gericht eine Entscheidung über den Leistungsanspruch fällt. Ein anderes Ergebnis entsteht, wenn die rechtserheblichen Tatsachen nicht bewiesen, aber die Aktenlage es zulässt, dass durch eine zusätzliche Abklärung weitere Tatsachen offengelegt werden können, damit danach die Beweislage eine abschliessende Beurteilung erlaubt. Diese zusätzliche Abklärung kann das feststellende Sozialversicherungsgericht entweder selbst vornehmen oder es kann die Sache an den Sozialversicherungsträger zu einer neuen Verfügung zurückweisen und die angefochtenen Entscheide aufheben. Im letzten Fall kann der Beweis ebenfalls nicht erbracht werden und zudem erweist sich die Prüfung der Aktenlage als endgültig. Eine zusätzliche Abklärung von weiteren relevanten Tatsachen würde unter Anwendung der antizipierten Beweiswürdigung an der Erfüllung des Regelbeweismasses nichts mehr ändern, wodurch bewiesen ist, dass die anspruchsbegründenden Tatsachen nicht bestehen.<sup>142</sup>

### **3.5.3. Besonderheiten bei psychiatrischen Gutachten**

Die organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebilder sind in erster Linie psychische Leiden, weshalb oft die psychiatrischen Gutachten die nötigen Beweise erbringen können. Es gelten trotzdem dieselben Grundsätze und Regeln des materiellen Rechts und des Beweisrechts wie für andere medizinischen Gutachten auch. Problematisch an der Sache ist dabei, dass die Körperbeschwerden wie z.B. Schmerzen innere Tatsachen darstellen, welche i.d.R. nicht direkt bewiesen werden können. Die zur Verfügung ste-

---

<sup>140</sup> RIEMER-KAFKA, Versicherungsmedizinische Gutachten, S. 31 f.; MEYER, Arbeitsunfähigkeit, Rz. 41 f.; SENN, Moral Hazard, S. 237; BGE 125 V 351, E. 3.a. f.; BGE 122 V 157, E. 1.c.

<sup>141</sup> MEYER, Arbeitsunfähigkeit, Rz. 43 f.

<sup>142</sup> MEYER, Arbeitsunfähigkeit, Rz. 45.

henden Beweisvorkehren sind aus diesem Grund bei psychiatrischen Gutachten eingeschränkt. Der fachkundige Arzt kann zur Erhebung des Gutachtens insb. auf die Anamnese,<sup>143</sup> das Interview mit dem Patienten, die Exploration,<sup>144</sup> die Verhaltensbeobachtung, die Durchführung von Tests oder auf die Angaben von Dritten wie Freunde und Verwandte Bezug nehmen. Die Angaben von Dritten gewinnen vor allem dann an Bedeutung, wenn der Patient an einer Schmerzstörung leidet, welche er nicht oder nur ungenügend selbst beschreiben kann oder er sich nicht darüber aussprechen will. Die Befragung Dritter dient in diesem Fall zur Überprüfung der Glaubwürdigkeit.<sup>145</sup>

Die psychiatrischen Gutachten haben zum Ziel, der Verwaltung oder dem Gericht aufzuzeigen, über wie viele psychische Ressourcen der Patient trotz seines Leidens noch verfügt, mit welchen er auskommen muss, um die Schmerzen zu verarbeiten. Sofern der Gutachter zum Schluss kommt, dass nach der Schmerzverarbeitung noch weitere Ressourcen verfügbar sind, so sind diese unter Umständen in der Arbeitsfähigkeit verwertbar. Die somit verbleibende zumutbarerweise verwertbare Arbeitsfähigkeit wird weitgehend nach einem objektiven Massstab bestimmt, worin das subjektive Schmerzempfinden des Patienten seine normative Grenze erfährt. Der objektive Massstab wird einerseits durch die Überprüfung der Foerster-Kriterien erreicht und andererseits durch die eher strenger werdenden Anforderungen der Wirtschaft an die einzelnen Arbeitnehmer.<sup>146</sup>

Nebst der Schwierigkeit bzw. Unzugänglichkeit des direkten Beweises bei psychischen Störungen gehört nach MEYER auch die Zuverlässigkeit oder die sog. Reliabilität der Begutachtungsergebnisse zu den Problemfeldern, da im Einzelfall notwendigerweise das Ermessen des Sachverständigen in das Ergebnis eingreift. Bei psychiatrischen Gutachten im Rahmen von Schmerzstörungen wird dieser Effekt aufgrund der mangelnden Objektivierbarkeit noch verstärkt. Um dieses Risiko einzudämmen, wurden diverse Begutachtungsleitlinien erlassen, welche eine Qualitätssteigerung in der Begutachtungspraxis fokussieren. Die Abweichungen der Resultate zwischen mehreren Gutachtern entsprechen auch heute noch der Realität, doch erscheint es wichtig anzumerken, dass der Reliabilitätswert<sup>147</sup> nach einer Erhebung im Journal of Psychosomatic Research der «Complex Somatic Symptom Disorder» bei 0.61 liegt und damit an der dritthöchsten Stelle der aufgeführten psychischen Leiden steht. Andere psychische Erkrankungen wie z.B. die Schizophrenie mit einem Wert von 0.50 welche nicht der besonderen Überwindbarkeitsrechtsprechung unterliegen, weisen eine niedrigere Zuverlässigkeitsrate auf. Dadurch wird die Berechtigung der Überwindbarkeitspraxis erneut in Frage gestellt.<sup>148</sup>

---

<sup>143</sup> Unter Anamnese versteht man die Konsultierung der Vorakten und die aktuellen Angaben des Probanden., zit. nach <[http://www.medpsych.uni-freiburg.de/OL/glossar/body\\_anamnese.html](http://www.medpsych.uni-freiburg.de/OL/glossar/body_anamnese.html)>, Stand: 26.02.2016.

<sup>144</sup> Bei der Exploration werden gezielte Fragen gestellt, um psychopathologische Erscheinungen bei einem Patienten zu ermitteln., zit. nach <[http://www.medpsych.uni-freiburg.de/OL/glossar/body\\_exploration.html](http://www.medpsych.uni-freiburg.de/OL/glossar/body_exploration.html)>, Stand: 26.02.2016.

<sup>145</sup> MEYER, Arbeitsunfähigkeit, Rz. 46 ff.

<sup>146</sup> MEYER, Arbeitsunfähigkeit, Rz. 50.

<sup>147</sup> Auch Kappa-Wert genannt, welcher das statistische Mass der Übereinstimmung zwischen zwei Beurteilern angibt, wobei 0 der niedrigste und 1 der höchste erzielbare Wert ist, zit. nach HENNINGSSEN, Probleme und offene Fragen, S. 527.

<sup>148</sup> MEYER, Arbeitsunfähigkeit, Rz. 52; HENNINGSSEN, Probleme und offene Fragen, S. 527 f.; HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 57; DIMSDALE, ET AL., Somatic Symptom Disorder, S. 226.

### 3.6. Kritik an der Überwindbarkeitspraxis

Die Überwindbarkeitspraxis des Bundesgerichts, welche mit BGE 130 V 352 begründet wurde, ist vielfach auf Kritik in der Medizin und der Rechtswissenschaft gestossen. Im Fokus standen die Überwindbarkeitsvermutung an sich, die Alles-oder-Nichts-Rechtsprechung, die fehlende medizinische Evidenz der Foerster-Kriterien, die Beweiswürdigung der Gutachten und Zweifel an der EMRK-Konformität dieser Rechtsprechung.<sup>149</sup>

#### 3.6.1. Kritik an der Vermutung selbst und an den Foerster-Kriterien

Wie vorne festgehalten,<sup>150</sup> wird hier die Meinung vertreten, dass es sich bei der Überwindbarkeitsvermutung um eine natürliche Vermutung handelt, welche das Bundesgericht aufgestellt hat. Damit der Richter von etwas Bekanntem auf etwas Unbekanntes schliessen kann, muss er seine Lebenserfahrung heranziehen. Die Erfahrung kann sich dabei auch auf die medizinische Empirie oder eine andere Wissenschaft stützen.<sup>151</sup> Im Bereich der Vermutung, dass eine betroffene Person eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung mit Hilfe einer zumutbaren Willensanstrengung überwinden könne, wird jedoch stark kritisiert, dass diese Lebenserfahrung nicht durch die medizinische Empirie gestützt ist. Aus der Schweiz erhielt die Rechtsprechung durch JEGER von Anfang an Kritik daran, dass die soeben genannte Behauptung medizinisch nicht Stand hält, da kaum Fachliteratur zur willentlichen Überwindbarkeit vorhanden ist. Besonders hervorgehoben wird von ihm der Umstand, dass es keine Anleitung gibt, um das andauernde pathologische Einschlafen, wie es beim Chronic Fatigue Syndrome vorkommt, willentlich zu überwinden.<sup>152</sup> Aus juristischer Sicht wird plädiert, dass eine natürliche Vermutung aus dem Grund nicht möglich wäre, da der Wille eines jeden Individuums pauschalisiert dargestellt wird. Gerade der Wille bzw. die Willenskraft einer Person hängt stark von individuellen Gesichtspunkten ab. Daher erscheint es als unsachlich eine Vermutung über den Willen anzustellen, indem auf eine angebliche Lebenserfahrung Rückschluss genommen wird.<sup>153</sup>

Von HUSMANN wird zudem aufgeführt, dass unklar ist, was genau vermutet wird, da die höchstrichterliche Praxis in BGE 131 V 49 besagt, dass die «somatoforme Schmerzstörung oder ihre Folgen»<sup>154</sup> mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar seien. Wenn die Schmerzstörung an sich mittels der Vermutung überwindbar sein soll, dann würde die Vermutung im Sinne eines Heilmittels die Beschwerde verschwinden lassen, was kaum gemeint sein kann. In Bezug auf deren Folgen besteht aber Unklarheit, welche Folgen gemeint sind. Einerseits kann damit die Arbeitsunfähigkeit überwindbar sein, wobei wiederum unklar wäre, ob sie sich auf die bisherige Berufstätigkeit oder eine Verweisungstätigkeit bezieht

---

<sup>149</sup> HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 51 f.

<sup>150</sup> Kapitel 3.3.1., S. 23.

<sup>151</sup> MÜLLER, Natürliche Vermutung, S. 551.

<sup>152</sup> JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 162 f.

<sup>153</sup> STOLKIN, Was ist Sachverhalt und was ist Recht?, Rz. 4.

<sup>154</sup> BGE 131 V 49, E. 1.2.

und andererseits könnte sich die Vermutung auf die Erwerbsunfähigkeit beziehen, welche aber wirtschaftlich definiert ist und aus diesem Grund kaum gemeint sein konnte. Am ehesten lässt sich die Vermutung auf die Arbeitsunfähigkeit als Folge der Schmerzstörung anwenden, wobei auch diese Möglichkeit nicht sachgemäss ist, da die Arbeitsfähigkeit nach den erforderlichen arbeitsphysiologischen und -psychologischen Anforderungen definiert wird, sprich nach dem Tätigkeitsprofil. Es ist aber nicht möglich, die anhaltenden Schmerzen in jedem Tätigkeitsprofil zu überwinden. In einer Berufstätigkeit, wo z.B. ein hohes Mass an Konzentration benötigt wird wie bei einem Piloten, kann die Arbeitsunfähigkeit, welche aufgrund der durch die Schmerzen verursachten Konzentrationsstörungen auftritt, nicht überwunden werden.<sup>155</sup>

Die Ausgestaltung der Überwindbarkeitsvermutung begünstigt ausserdem die Ansicht, dass die Überwindbarkeit unteilbar ist. Die Annahme, dass die versicherte Person entweder ihr Leiden mit einer zumutbaren Willensanstrengung entweder ganz überwinden kann oder gar nicht, führt dazu, dass es bei der Beurteilung jeweils nur um die Erueierung der vollen Arbeitsunfähigkeit oder das Fehlen einer solchen geht. Aufgrund dieser Handhabung der Überwindbarkeitsvermutung ist es nicht möglich eine Verweistätigkeit in Betracht zu ziehen, in welcher der Versicherte seine restliche Arbeitsfähigkeit verwirklichen kann und dadurch nur eine Teilinvalidität vorliegen würde. Da durch diese Alles-oder-Nichts-Rechtsprechung, wenn überhaupt, dann nur ganze Invalidenrenten erbracht werden, wird das stufenbasierte Rentensystem der IV ausgehebelt.<sup>156</sup>

Nicht nur die Vermutung, sondern auch die Foerster-Kriterien, welche es ermöglichen eine Ausnahme der Vermutung zu bewirken, werden kritisiert. Als entscheidender Kritikpunkt wird aufgeführt, dass FOERSTER die Kriterien aus seiner eigenen Berufserfahrung heraus niedergeschrieben hat und sie im Laufe der Zeit mehrmals abgeändert hat. Im Endeffekt wurden die Originalkriterien immer mehr relativiert und dadurch einfacher zu erfüllen. Es besteht keine fundierte Grundlage im Sinne einer medizinischen Evidenz, wenn Kriterien, die aus der Berufserfahrung einer einzigen Person heraus stammen, von einem Gericht für eine mehr oder weniger bestimmte Gruppe an Beschwerdebildern als allgemein anwendbar erklärt werden.<sup>157</sup> Ausserdem hat FOERSTER in einem schweizerischen Medium selbst kundgetan, dass die Schweizer Rechtsprechung seine Kriterien so anwendet, wie er es nie beabsichtigt habe.<sup>158</sup>

Die Foerster-Kriterien wie auch die Überwindbarkeitsvermutung an sich wurden nicht nur in der Schweiz kritisiert, sondern auch von Medizinern aus Deutschland. Nebst der Distanzierung der Anwendung «seiner» Kriterien von FOERSTER zeigte HENNINGSEN in seinem Gutachten vom Mai 2014 viele fundierte medizinische Punkte auf, welche der bundesgerichtlichen Überwindbarkeitspraxis widersprechen.<sup>159</sup> Ei-

---

<sup>155</sup> HUSMANN, Ei des Kolumbus, S. 195.

<sup>156</sup> GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 29; HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 52; BGE 141 V 281, E. 3.4.2.2.

<sup>157</sup> Vgl. JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 163 ff.

<sup>158</sup> Beobachter 10/2013.

<sup>159</sup> HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 54 f.; vgl. HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen.

nige Punkte aus dem Gutachten von HENNINGSSEN wurden weiter vorne bei den Erläuterungen zum PÄUS-BONOG-Begriff bereits ausgeführt.<sup>160</sup> Neben diesen Äusserungen wurden weitere Kritikpunkte aufgezeigt, welche u.a. die Eignung der Foerster-Kriterien in Frage stellen. So wird zunächst festgehalten, dass die zumutbare Willensanstrengung zur Überwindung von Beschwerden nicht von der in Frage kommenden Störung abhängt, sondern direkt vom Schweregrad und der Prognose. Dies bedeutet, umso schwerer eine Störung auftritt, desto ungünstiger wird die Prognose ausfallen und desto unzumutbarer wird die Willensanstrengung des Patienten. Da die Foerster-Kriterien in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dazu dienen, einen Hilfsbeweis zu erstellen, spricht HENNINGSSEN von Indikatoren, welche einen möglichen Weg zur Diagnosestellung aufzeigen sollen. Der Begriff des Kriteriums ist an dieser Stelle unzutreffend, da er dazu verleitet, die Beurteilung zu stark auf die Erfüllung dieser Kriterien zu fokussieren. Diesen Kritikpunkt hat das Bundesgericht denn auch in seiner neusten Praxis eingesehen und zugegeben, dass im Verwaltungsprozess zu sehr darauf geachtet wurde, ob Gründe vorliegen, welche den Regelfall der Überwindbarkeitsvermutung eintreten lassen, statt auch Gegebenheiten zu betrachten, welche das Vorliegen eines solchen Ausnahmefalles begünstigen würden.<sup>161</sup> Daneben kritisiert HENNINGSSEN auch das Abstellen auf die psychiatrische Komorbidität, da diese empirisch nicht belegt ist.<sup>162</sup>

Der bundesgerichtlichen Argumentation bezüglich der eigentlichen Überwindbarkeitsvermutung wird die Grundlage entzogen, indem aufgezeigt wird, dass somatoforme Störungen in einem vergleichbaren Ausmass Beeinträchtigungen bei der Lebensqualität bewirken wie depressive Störungen, welche nicht unter die besondere Rechtsprechung fallen. Aufgrund dieser Aussage ist nicht ersichtlich, weshalb die Vermutung, dass eine somatoforme Schmerzstörung zu keiner langandauernden invalidisierenden Arbeitsunfähigkeit führen soll, noch berechtigt ist. Weiter ist zu betonen, dass die Patienten von organisch nicht nachweisbaren Leiden insgesamt keine gute Prognose erwartet. Die aufgestellte Überwindbarkeitsvermutung mag früheren medizinischen Erkenntnissen noch genügen, jedoch entspricht sie heute überholten Vorurteilen, welche medizinisch nicht mehr haltbar sind.<sup>163</sup>

### **3.6.2. Kritik an der Beweisabklärung und Einschränkung des Beweisthemas**

Im Rahmen der Beweisabklärung und -würdigung wurde ebenfalls erhebliche Kritik laut. Nach dem in der Invalidenversicherung geltenden Untersuchungsgrundsatz muss die IV-Stelle die notwendigen Prozessunterlagen zusammentragen und im Nachgang die verschiedenen Gründe heranziehen und abwägen, was aber tatsächlich nur ungenügend erledigt wird.<sup>164</sup> Aus langjähriger Erfahrung in anwaltlicher Tätigkeit auf diesem Gebiet macht SENN die Aussage, dass im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren das Augenmerk bei der Abklärung der Beweise auf die Überprüfung und die Durchführung von medizi-

---

<sup>160</sup> Siehe Kapitel 2.4.3.c., S. 10 f.

<sup>161</sup> HENNINGSSEN, Probleme und offene Fragen, S. 532 f.; BGE 141 V 281, E. 3.4.2.2.

<sup>162</sup> HENNINGSSEN, Probleme und offene Fragen, S. 539 f.; vgl. GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 55.

<sup>163</sup> HENNINGSSEN, Probleme und offene Fragen, S. 524 ff.

<sup>164</sup> MÜLLER, Natürliche Vermutung, S. 560.

nischen Gutachten liegt. Anderen Beweisen, die von den Parteien angeboten werden, wird keine Beachtung geschenkt und Zeugenbefragungen sowie Befragungen der Versicherten, deren Angehörigen, behandelnden Ärzten etc. werden nicht vorgenommen.<sup>165</sup> Dieses Vorgehen wurde auch von HUSMANN auf persönliche Anfrage bestätigt.

Besonders in Frage gestellt werden die vom Bundesgericht aufgestellten Beweisregeln<sup>166</sup> im Zusammenhang mit dem Erstellen von medizinischen Gutachten und der Beschränkung des Beweisthemas durch die Überwindbarkeitsvermutung und die Foerster-Kriterien. In Folge der bundesgerichtlichen Beweisrichtlinien wird die Beweiswürdigung in den entsprechenden Urteilen oftmals nur floskelhaft und kaum begründet. Weiter kritisiert SENN, die Anwendung des Echtzeitgrundsatzes, welcher ein bundesgerichtlicher Beweiswürdigungsgrundsatz darstellt, der besagt, dass Aussagen der ersten Stunde besonders zu gewichten sind. Diese verallgemeinerte Feststellung wird von KIESER als unzulässig erachtet. Zudem wird der Grundsatz nicht konsequent angewandt, indem einerseits z.B. der versicherten Person fehlende Dokumentationen zur Unfallzeit zur Last gelegt werden, welche später durch entsprechende Informationen korrigiert werden sollen, aber vom Gericht keine Beachtung geschenkt bekommen. Andererseits werden von den MEDAS rückwirkend erstellte Arbeitsunfähigkeitszeugnisse, welche korrigierend in die Sachlage eingreifen, beachtet, da die MEDAS-Gutachten als Administrativgutachten einen höheren Beweiswert haben als das Vorbringen der Parteien und der Echtzeitgrundsatz durch diese Beweiswürdigungsregel unbeachtet bleibt. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung wird zudem durch die «Einzeleliminationsmethode» weiter relativiert. Dabei werden den Beweisen im Voraus ihr Beweiswert vom Gericht aberkannt, indem sie als beweisuntauglich bezeichnet werden. Als Beispiel sind Untersuchungen im offenen MRI-Gerät zu nennen.<sup>167</sup> Als tauglich empfunden werden grundsätzlich nur bildgebende Befunde, welche von Ärzten erhoben oder anerkannt wurden, die interessensmässig auf der Seite der Versicherung stehen. Durch diese Selektierung wird der Blick auf die gesamte Sachlage verschleiert, worunter einerseits der Grundsatz der freien Beweiswürdigung leidet und andererseits der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 BV. Im Gegensatz dazu wird der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Zivilrecht strenger angewandt. Die Beweise werden in ihrer Gesamtheit betrachtet, damit ein möglichst vollständiges Bild der Sachlage entsteht. Ebenso wird die Beweiswürdigung im Zivilrecht ohne festgelegte Regeln und Hierarchien durchgeführt und es findet keine einseitige Selektion der Beweismittel statt.<sup>168</sup>

Im Rahmen des Beweisverfahrens geraten erneut die Foerster-Kriterien in die Kritik, weil der Gegenbeweis zur Überwindbarkeitsvermutung nur mit Hilfe dieser Kriterien erbracht werden kann. Dadurch wird gemäss HUSMANN das Beweisthema erheblich eingeschränkt. Ein ärztliches Gutachten, welches sich nicht an die Foerster-Kriterien hält, sondern sich konkret zur Überwindbarkeit des Leidens äussert, wird vom

---

<sup>165</sup> SENN, Moral Hazard, S. 237; zur selben Ansicht kommt auch MURER, Moral Hazard, S. 266 f.

<sup>166</sup> Siehe Kapitel 3.5.2., S. 29 f.

<sup>167</sup> SENN, Moral Hazard, S. 238, m.w.H. zu untauglichen Beweisen.

<sup>168</sup> SENN, Moral Hazard, S. 237 f.; KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 61, Rz. 120 f.; HUSMANN, Ei des Kolumbus, S. 195.

Gericht nicht als Beweismittel anerkannt. Da HUSMANN zusätzlich die Meinung vertritt, die Überwindbarkeitsvermutung sei eine Tatsachenvermutung und keine natürliche Vermutung, ergibt sich eine Beweislastumkehr zu Lasten der versicherten Person. Ein solch kombiniertes Konstrukt im Beweisverfahren ist nach seinen Worten aussergewöhnlich und nicht sachgerecht. Nebst den Zweifeln, ob dieses Konstrukt überhaupt zulässig ist, wäre die Beschränkung des Beweisthemas auf die Foerster-Kriterien nur dann zulässig, sofern sie eine wissenschaftliche Anerkennung geniessen würden.<sup>169</sup> Wie insb. durch die Kritik von HENNINGSEN<sup>170</sup> und JEGER<sup>171</sup> deutlich wurde, sind diese Kriterien in der medizinischen Wissenschaft nicht haltbar. Auf der anderen Seite sorgten die Foerster-Kriterien aufgrund der Möglichkeit, diese schematisch abzarbeiten für eine gewisse Rechtssicherheit, da es vor allem nach einer bestimmten Einarbeitungszeit leicht war, sich strikte daran zu halten.<sup>172</sup>

### 3.6.3. Fehlende EMRK-Konformität?

Die umstrittene bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebildern löste vermehrt die Frage nach der Gleichbehandlung der Versicherten aus. So wurde von KRADOLFER ein Gutachten verfasst, welches sich mit der Frage befasst, ob die Überwindbarkeitspraxis die Grundrechte der EMRK einhält.<sup>173</sup> Vorwegzunehmen ist der Umstand, dass sich der EGMR bis heute trotz einiger vorgebrachter Fälle noch zu keinem geäussert hat.<sup>174</sup>

Aus Sicht der Gleichbehandlung ist es störend, dass die Schmerzpraxis auf einer natürlichen Vermutung basiert, welche nur mit vom Bundesgericht geschaffenen Kriterien umgestossen werden kann. Eine Ungleichbehandlung ist grundsätzlich dann gerechtfertigt, wenn sie auf sachlichen Gründen beruht. Im vorliegenden Fall können sich die Gründe entweder auf eine juristische oder eine medizinische Argumentation stützen, um die geforderte Sachlichkeit zu erhalten. Die Ermittlung der Arbeitsunfähigkeit ist eher eine medizinische Frage und sie kann auch mit Hilfe von medizinischen Methoden weitgehend beurteilt werden. Wie schon beschrieben geht die Medizin aber von einem sehr umfassenden bio-psycho-sozialen Krankheitsbegriff aus. Für die Anwendbarkeit in der Rechtswissenschaft erscheint ein solch umfassender Begriff als zu kompliziert, weshalb ab und an durch den Gesetzgeber oder die Rechtsprechung normative Komponenten entwickelt werden, um die Praktikabilität zu erhalten. Im Falle der Überwindbarkeitspraxis wurden aus diesem Grund die erwähnten normativen Vorgaben entwickelt. Fraglich ist jedoch, ob das einerseits notwendig war und andererseits ob der normative Eingriff zu weit ging. Vom EGMR wird zudem verlangt, dass eine sachliche Begründung nicht abstrakt ist, sondern dass ein gewisser konkreter Bezug zum tatsächlichen Sachverhalt besteht. Es gilt festzuhalten, dass eine Ungleichbehandlung durch normative Grundsätze gerechtfertigt sein kann, sie muss aber die tatsächlichen Verhältnisse und das aktuelle

---

<sup>169</sup> HUSMANN, *Ei des Kolumbus*, S. 195 f.

<sup>170</sup> Vgl. HENNINGSEN, *Probleme und offene Fragen*.

<sup>171</sup> Vgl. JEGER, *Die persönlichen Ressourcen*.

<sup>172</sup> JEGER, *Auswirkungen der neuen Rechtsprechung auf medizinische Gutachten*, S. 90.

<sup>173</sup> Vgl. KRADOLFER, *Nicht objektivierbare Gesundheitsschäden im Lichte der EMRK*.

<sup>174</sup> KOCHER, *Chance für die IV*, S. 442.

medizinische Fachwissen berücksichtigen. I.d.R. nimmt der EGMR einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 14 EMRK nur in Fällen an, wo der entsprechende Staat an einer zu regelnden Sachlage vorbeilegiert.<sup>175</sup>

Wie schon vorne erwähnt,<sup>176</sup> wurde der aktuelle Stand der Medizin nicht bzw. nur ungenügend in die Schmerzpraxis übernommen. So kann der PÄUSBONOG-Begriff von Medizinern verschieden verstanden werden, wenn man sich allein auf die Begrifflichkeiten stützt. Ebenso gehören andere psychische Krankheiten wie z.B. die Depression nicht zu diesen besonderen Beschwerdebildern, obwohl sie auch zu einem grossen Teil von den subjektiven Empfindungen des Patienten abhängen. Auf der anderen Seite ist es in der Medizin umstritten, ob die Fibromyalgie überhaupt zu den psychischen Krankheiten zu zählen ist. Aufgrund der Beweisschwierigkeiten bei den organisch nicht nachweisbaren Leiden liegt nach KRADOLFER aber von der juristischen Seite her ein Grund vor, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigt. Somit lässt sich festhalten, dass die normative Eingrenzung durch die Gruppierung der PÄUSBONOG aufgrund der Beweisschwierigkeiten gerechtfertigt ist, obwohl diese Gruppierung aus medizinischer Sicht nicht optimal gebildet wurde.<sup>177</sup>

Nebst den PÄUSBONOG-Fällen stellen auch die Foerster-Kriterien eine normative Einschränkung dar. Durch diese Kriterien wird, einerseits das Beweisthema eingeschränkt und andererseits wird eine antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen. Dies ist nicht mit dem Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK vereinbar. Diese Elemente des unfairen Verfahrens betreffen aber nur Personen, welche an einer in die Gruppe der PÄUSBONOG fallenden organisch nicht nachweisbaren Beschwerden leiden, wofür es aber keinen sachlichen Grund gibt. Die besondere Einteilung der organisch nicht nachweisbaren Leiden in die Gruppierung der PÄUSBONOG ist an sich mit der EMRK verträglich. Problematisch sind aber die Rechtsfolgen dieser Einteilung. Durch die besondere Behandlung, welche die Anwendung der Foerster-Kriterien zur Folge hat sowie die dünne medizinische Evidenz bezüglich dieser Kriterien und der Grundlage für die PÄUSBONOG Einteilung, wird der Rahmen von Art. 14 EMRK überdehnt. In der Summe sind die Überwindbarkeitsvermutung und die Foerster-Kriterien nicht mehr mit dem Diskriminierungsverbot der EMRK vereinbar, da sie nicht nur geeignet sind, in einem konkreten Fall dieses zu verletzen, sondern weil das Konzept an sich diese Norm verletzt.<sup>178</sup>

### **3.7. Schleichende Änderungen an der Rechtsprechung**

Seit die Überwindbarkeitsrechtsprechung im Jahr 2004 mit dem Leitentscheid BGE 130 V 352 eingeführt wurde, hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung mehrmals konkretisiert und angepasst. Auf

---

<sup>175</sup> KRADOLFER, Nicht objektivierbare Gesundheitsschäden im Lichte der EMRK, Rz. 152 ff.; Urteil 9C\_776/2010 vom 20. Dezember 2011, E. 2.4.

<sup>176</sup> Siehe Kapitel 3.6.1., S. 34 in fine.

<sup>177</sup> KRADOLFER, Nicht objektivierbare Gesundheitsschäden im Lichte der EMRK, Rz. 159 ff.

<sup>178</sup> KRADOLFER, Nicht objektivierbare Gesundheitsschäden im Lichte der EMRK, Rz. 187 ff.

der einen Seite wurden redaktionelle Änderungen<sup>179</sup> vorgenommen und auf der anderen Seite Änderungen mit rechtlichen Folgen.

Die Foerster-Kriterien wurden inhaltlich vom Bundesgericht während ihres Bestehens nicht geändert, wohingegen diese Kriterien von FOERSTER selbst in seinen Publikationen mehrmals verändert wurden. Das Bundesgericht nahm jedoch eine rechtliche Änderung an den Foerster-Kriterien vor.<sup>180</sup> Aufgrund der Kritik an der fehlenden medizinischen Evidenzbasis, die dem Kriterienkatalog zugrunde lag, hat das Bundesgericht die Daseinsberechtigung dieser Kriterien von der medizinischen Evidenz losgelöst und zu einem rechtlichen Anforderungsprofil verselbständigt. Damit wird ebenfalls begründet, weshalb die neuen Formulierungen von FOERSTER nie übernommen wurden. Es findet zwar eine Orientierung an den medizinischen Fachkenntnissen statt, aber es besteht keine direkte Anbindung an jene. Aus diesem Grund stellt sich gemäss Bundesgericht auch nicht die Frage nach der Plausibilität der aufgestellten Kriterien.<sup>181</sup> Durch die Verrechtlichung der eigentlich auf medizinischer Grundlage beruhenden Kriterien werden diese in den Bereich der Adäquanz gerückt, womit gleichzeitig eine strenge Hürde geschaffen wurde. Aufgrund der starken Kritik auf Seiten der Mediziner, welche widerlegen, dass eine somatoforme Schmerzstörung nicht geeignet ist, um eine langandauernde invalidisierende Arbeitsunfähigkeit hervorzurufen, wird der Adäquanzbegriff überdehnt. Die Definition der Adäquanz, die besagt, dass ein Ereignis nur dann kausal ist, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung eintritt, kann nach der fundierten medizinischen Kritik insb. von HENNINGSEN<sup>182</sup> und JEGER<sup>183</sup> nicht erfüllt sein.<sup>184</sup>

In einem neueren Entscheid von 2013 hat das Bundesgericht von der ursprünglichen Form der Überwindbarkeitspraxis, welche in erster Linie auf einer Vermutung basierte, auf eine beweisrechtliche Argumentation gewechselt. Da die organisch nicht nachweisbaren Leiden gemäss dem Bundesgericht nicht messbar sind, ist folglich eine Überprüfung kaum möglich. Die betroffenen Störungen sind somit nicht objektivierbar. Um aber trotzdem die anspruchsbegründende Arbeitsunfähigkeit nachweisen zu können, werden explizit behelfsweise Indizien verwendet, welche einen indirekten Beweis der invalidisierenden Wirkung einer somatoformen Schmerzstörung zulassen. Unter den Indizien versteht das Bundesgericht jedoch weiterhin die Morbiditätskriterien, also die Foerster-Kriterien. Durch die fehlende Beweisbarkeit bei diesen besonderen Fällen kann das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ohne die Hilfstatsachen der Foerster-Kriterien nicht erreicht werden. Die weitgehend subjektiven Symptome sollen neu einer objektivierenden Konsistenzprüfung<sup>185</sup> unterzogen werden. Gemäss den Aussagen des Bundesgerichts soll

---

<sup>179</sup> Zuerst sprach das Bundesgericht von einem Grundsatz und erst später explizit von einer Vermutung, siehe Kapitel 3.3., S. 21.

<sup>180</sup> Vgl. JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 163 ff.

<sup>181</sup> Urteil 9C\_776/2010 vom 20. Dezember 2011, E. 2.4.

<sup>182</sup> Vgl. HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen.

<sup>183</sup> Vgl. JEGER, Die persönlichen Ressourcen.

<sup>184</sup> HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 52 f.

<sup>185</sup> Die Konsistenzprüfung spielt in der neuen Rechtsprechung eine grosse Rolle, daher wird weiter hinten darauf eingegangen, siehe Kapitel 5.5.2., S. 51 f.

dieses normative Instrumentarium die Beweislosigkeit in den PÄUSBONOG-Fällen verhindern, was im Grundsatz der betroffenen Person zugutekommen soll, da diese die materielle Beweislast trägt.<sup>186</sup>

Ebenfalls in einem schon erwähnten jüngeren Entscheid aus dem Jahr 2012 wurde die Anwendung der Foerster-Kriterien etwas gelockert, indem das Bundesgericht bei einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung eine Teilinvalidität annahm, ohne dass eine psychiatrische Komorbidität vorlag. In dem Entscheid wurde sogar dem Gutachter widersprochen, welcher die Arbeitsunfähigkeit aufgrund der fehlenden psychiatrischen Komorbidität verneint hatte.<sup>187</sup> Es entsteht der Eindruck, dass das Bundesgericht mit diesem Entscheid einer neuen Herangehensweise bei der Beurteilung von Fällen der anhaltenden somatoformen Schmerzstörung folgt. Das Augenmerk scheint mehr auf den Beweis der Störung gelegt worden zu sein und auch nicht mehr so stark auf die Diagnose des Gutachters. Diese neue Argumentationsweise des Bundesgerichts wurde in weiteren Entscheiden fortgesetzt. So wurde im Prinzip nicht mehr von der willentlichen Überwindbarkeit gesprochen, sondern die Fälle wurden anhand der Beweislage beurteilt. Eine diagnostizierte Arbeitsunfähigkeit von 60% aufgrund von Schulterschmerzen wurde z.B. abgelehnt, da die betroffene Person in ihrer Freizeit weiterhin Sportarten wie Mountainbiking, Skifahren und Klettern betrieb. Der Beweis eines Leidens, welches die Arbeitsfähigkeit einschränkt, konnte damit nicht überzeugend erbracht werden.<sup>188</sup> Eine Argumentation, welche auf die Konsistenz eines Leidens absieht, wird in der Medizin sehr begrüsst, da sie sachlich und neutral erfolgt.<sup>189</sup>

#### **4. Die neue Rechtsprechung bei organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebildern**

Am 3. Juni 2015 wurde von der II. sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts in dem neuen Leitentscheid BGE 141 V 281 die bisherige Überwindbarkeitspraxis im Rahmen der anhaltenden somatoformen Schmerzstörungen und vergleichbaren psychosomatischen Leiden mit ihrer Vermutung aufgegeben und stattdessen ein strukturiertes Beweisverfahren eingeführt. Ziel der neuen Rechtsprechung ist es, mit Hilfe des strukturierten Beweisverfahrens das tatsächliche Leistungsvermögen der betroffenen Personen ergebnisoffen und einzelfallgerecht zu bewerten.<sup>190</sup>

##### **4.1. Änderung einer langjährigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung**

Wenn das Bundesgericht seine Praxis ändern möchte, müssen gemäss Art. 23 Abs. 1 BGG die anderen betroffenen Abteilungen beigezogen werden. Im Falle des Sozialversicherungsrechts gibt es zwei

---

<sup>186</sup> BGE 139 V 547, E. 7.2.

<sup>187</sup> Urteil 9C\_148/2012 vom 17. September 2012, E. 2.4.; JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 184 f.

<sup>188</sup> Vgl. Urteil 9C\_922/2012 vom 19. März 2013, insb. E. 3.2.; für ein weiteres Beispiel siehe Urteil 9C\_1026/2012 vom 13. Februar 2013.

<sup>189</sup> JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 185 f.

<sup>190</sup> Vgl. BGE 141 V 281 (als nicht-publizierter Entscheid: 9C\_492/2014); Medienmitteilung des Bundesgerichts.

sozialrechtliche Abteilungen,<sup>191</sup> welche beide Entscheide betreffend die Invalidenversicherung fällen können. In diesem Zusammenhang wurden die I. und II. sozialrechtliche Abteilung zusammengerufen, um drei Rechtsfragen zu beantworten. Die erste Frage befasste sich damit, ob die funktionellen Auswirkungen und die Ausschlussgründe nach BGE 131 V 49 E. 1.2.<sup>192</sup> bei der Diagnose einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung und vergleichbarer psychosomatischer Störungen berücksichtigt werden müssen. Weiter wurde die Frage nach dem Ersetzen der Überwindbarkeitsvermutung durch ein strukturiertes Beweisverfahren beantwortet. Gleichzeitig soll aber die Erwerbsunfähigkeit weiterhin nur vorliegen, wenn objektivierbare Gründe nach Art. 7 Abs. 2 ATSG gegeben sind. Zuletzt wurde der Frage nachgegangen, ob im strukturierten Beweisverfahren der Nachweis des funktionellen Schweregrades und der Konsistenz der Gesundheitsschädigung unter Verwendung der massgeblichen Indikatoren zu erbringen ist. Diese Fragen wurden von den beiden sozialrechtlichen Abteilungen mit Beschluss vom 13. Mai 2015 mehrheitlich bejaht.<sup>193</sup>

#### **4.2. Zusammenfassung von BGE 141 V 281**

Eine 1958 geborene Mutter von sechs erwachsenen Kindern war von 1995 bis Mitte März 2012 als Küchengehilfin teilerwerbstätig. Im Juni desselben Jahres meldete sie sich bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an, wobei sie verschiedenartige, sich rasch verschlimmernde gesundheitliche Beschwerden angab. Dazu zählten u.a. Schmerzen am Rücken und Extremitäten, Schlafstörungen, Kraftlosigkeit und Niedergeschlagenheit. Das durch die IV-Stelle des Kantons Zug eingeholte psychiatrische Gutachten stellte fest, dass keine anspruchsbegründende Invalidität vorliegt. Die darauf erhobene Beschwerde wurde von der Vorinstanz abgewiesen, wonach sie mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gelangte und ein Rechtsbegehren auf Ausrichtung einer ganzen Invalidenrente stellte.<sup>194</sup> Das Bundesgericht stellt sich in der Folge die Frage, ob an der Überwindbarkeitsvermutung weiterhin festzuhalten ist und wie es sich mit der Rechtsfigur der Überwindbarkeit verhält.<sup>195</sup>

Aufgrund ernsthafter sachlicher Gründe, welche primär in der Anerkennung der Kritik von medizinischer und juristischer Seite bestanden, wurden die Interessen an einer Rechtsprechungsänderung höher gewichtet als an der Weiterführung der langjährigen Praxis. In der Folge ist die Überwindbarkeitsvermutung aufzugeben. Das Bundesgericht stellt sogleich die neue Methode vor, welche die Frage der ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit bei einer diagnostizierten Schmerzstörung beantworten soll. Das bisherige Regel/Ausnahme-Modell wird durch ein strukturiertes, normatives Prüfungsraster ersetzt. Anstelle der Foerster-Kriterien tritt ein Katalog von Indikatoren, welche eine ergebnisoffene symmetrische Beurteilung

---

<sup>191</sup> Vgl. [«http://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-gericht/federal-gerichts-geschaeftsverteilung.htm»](http://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-gericht/federal-gerichts-geschaeftsverteilung.htm), Stand 05.01.2016.

<sup>192</sup> Aggravation und ähnliche Konstellationen.

<sup>193</sup> BGE 141 V 281, Sachverhaltsdarstellung C.b.

<sup>194</sup> BGE 141 V 281, Sachverhaltsdarstellung A. - C.

<sup>195</sup> BGE 141 V 281, E. 3.1.

des tatsächlich erreichbaren Leistungsvermögen ermöglichen soll, wobei die leistungshindernden äusseren Belastungsfaktoren und die Ressourcen, um die Leistungsfähigkeit zu kompensieren, ebenfalls berücksichtigt werden. Hervorzuheben ist jedoch der Umstand, dass sich dieser neue Leitentscheid nicht über die gesetzlichen Regelungen des ATSG hinwegsetzt, weshalb sich an den Regeln über die Zumutbarkeit nichts ändert. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt weiterhin nur vor, wenn sie nach Art. 7 Abs. 2 ATSG aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist. Die frühere langjährige Praxis wurde in das Gesetz übernommen und soll daher weiterhin angewandt werden. Es muss somit nach wie vor eine objektivierte Betrachtung zur Frage erfolgen, ob der betroffenen Person zuzumuten ist, eine Arbeitsleistung zu erbringen. Die subjektiven Empfindungen sind immer noch unmassgeblich. Damit soll verhindert werden, dass auch in Zukunft nicht begründbare Selbsteinschätzungen und -limitierungen zu einer Invalidisierung führen.<sup>196</sup>

Als Folge der Aufgabe der Überwindbarkeitsvermutung wurde über das Konzept der Foerster-Kriterien nachgedacht. Schon in früheren Entscheiden sprach das Bundesgericht nicht mehr von Kriterien, sondern von Indikatoren,<sup>197</sup> wobei die Formulierung derer dieselbe blieb und sich daher am Inhalt nichts geändert hatte. In der neuen Rechtsprechung wird der Begriff der Indikatoren weiterverwendet sowie auch ihre Formulierung angepasst und es werden sachliche Erweiterungen vorgenommen. Als Referenz wird der Katalog der deutschen AWMF-Leitlinie<sup>198</sup> und die Kritik von HENNINGSSEN<sup>199</sup> angebracht. Es wird zudem klargelegt, dass der Katalog keine «abhakbare Checkliste» sei, sondern dass er dem Einzelfall gerecht zur Anwendung kommen soll. Weiter wird die Offenheit des neuen Katalogs betont, in welchem neue medizinische Kenntnisse Anerkennung finden sollen, wodurch der Katalog nicht mehr als unverrückbar gelten soll, sondern eine gewisse dynamische Entwicklung ermöglicht wird. Die Standardindikatoren wurden in eine neue Systematik gegliedert, wobei der vorher bedeutendste Punkt, die psychiatrische Komorbidität, nicht mehr übernommen wurde. Daneben wurde auch auf den Aspekt des primären Krankheitsgewinns verzichtet. Das Grundgerüst bilden Indikatoren, welche sich auf den funktionellen Schweregrad des Leidens beziehen. Damit werden die möglichen Folgerungen der Beschwerde abgeschätzt und einer Konsistenzprüfung unterzogen, welche den zweiten wichtigen Eckpunkt des neuen Katalogs darstellt. Mit den durch die Mediziner erbrachten Antworten werden den Rechtsanwendern Indizien zur Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit bei psychosomatischen Störungen geliefert, welche ihnen dazu dienen, den damit verbundenen Beweisnotstand zu überwinden. In der Folge führt das Bundesgericht die neuen Indikatoren<sup>200</sup> sowie die Vorgehensweise für die Invaliditätsbemessung aus. Da durch die rechtliche Verselbständigung der früheren Foerster-Kriterien der Zugang der Medizin verweigert wurde, sollen zukünftig aber die Fachbereiche der Rechtswissenschaft und der Medizin enger zusammenarbeiten, um im Einzelfall ein gerechteres Ergebnis zu erzielen. Hierbei wurde den medizinischen Fachgesellschaften die Aufgabe zugeteilt, konkretisierende Leitlinien innerhalb des vorgegebenen bundesgerichtlichen Rahmens auszuarbeiten, da

---

<sup>196</sup> BGE 141 V 281, E. 3.5., E. 3.6., E. 3.7. ff.

<sup>197</sup> Vgl. BGE 139 V 547, E. 7.2.

<sup>198</sup> Vgl. AWMF-Leitlinie Nr. 051-001, Empfehlung 143, S. 227 f.

<sup>199</sup> Vgl. HENNINGSSEN, Probleme und offene Fragen.

<sup>200</sup> Siehe Kapitel 5.5.

in Bezug auf die psychiatrische Begutachtung ein dringender Handlungsbedarf besteht. An der Ausarbeitung befindet sich sodann eine Arbeitsgruppe der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungspsychiatrie. Die neuen Standardindikatoren müssen gemäss Bundesgericht schlüssig und widerspruchsfrei mit mindestens überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden, ansonsten trägt weiterhin die versicherte Person die materielle Beweislast und muss die Folgen der Beweislosigkeit ertragen.<sup>201</sup>

### 4.3. Gründe für die Änderung der Rechtsprechung

Zunächst fasst das Bundesgericht die Überwindbarkeitsrechtsprechung, welche auf BGE 130 V 352 aufbaute und durch weitere Entscheide weiterentwickelt wurde, zusammen und greift dabei die verschiedenen Kritikpunkte auf, die sich in diesem Zusammenhang von medizinischer und juristischer Seite ergaben. Es erkannte, dass zu stark auf die Erfüllung der Indizien bzw. der Foerster-Kriterien geachtet wurde, wobei primär nach belastenden Faktoren gesucht wurde, um den Ausnahmefall, die Arbeitsunfähigkeit, abzuwenden. Dabei wurden jedoch die potenziellen Ressourcen tendenziell vernachlässigt. Ein gesamthafter Blick auf die Defizite sowie auch auf das positive Leistungsbild, wie es eigentlich sein sollte, wurde nicht angewandt. Weiter äussert sich das Bundesgericht zum eng gefassten Krankheitsbegriff, welcher die sozialen Faktoren ausser Acht lässt. Es betont dabei, dass die sozialen Faktoren nur soweit ausgeklammert werden, als sie die für die Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit kausalen versicherten Faktoren umschreiben. Bei den funktionellen Leistungseinbussen aufgrund der erfassten Leiden werden auch die psychosozialen und soziokulturellen Belastungsfaktoren berücksichtigt. Nach dem alten Prüfungsraster konnte dieses Vorhaben allerdings nicht konsequent umgesetzt werden.<sup>202</sup>

Auch die Kritik an der ungenügenden Durchführung des Untersuchungsgrundsatzes wurde aufgegriffen und anerkannt. Die Verwaltung und die Gerichte wurden durch die Überwindbarkeitsvermutung dazu verleitet, die Beweismittel so auszusuchen, dass die dadurch hervorgebrachten massgebenden Sachverhaltselemente den Regelfall der vollen Arbeitsfähigkeit erfüllten. Nach Meinung des Bundesgerichts ergab sich dieser Umstand als Ausgleich für die Ressourcen, welchen im Prüfungsraster kaum eine tatsächliche Bedeutung zukam. Das Bundesgericht spricht in diesem Zusammenhang sogar von einem «Bias», wodurch Schematismen gefördert werden, welche gegen die freie Beweiswürdigung und der Rechtsanwendung von Amtes wegen sprechen.<sup>203</sup>

Diese Gründe sprechen in ihrer Ernsthaftigkeit und Sachlichkeit für die Änderung einer langjährigen Gerichtspraxis, da die Interessen an deren Weiterführung weniger gewichtig sind, als die Interessen an einer Anpassung der Rechtsprechung.<sup>204</sup>

---

<sup>201</sup> BGE 141 V 281, E. 4. ff.; E. 5.1. ff.; E. 6.; LOCHER, L., «Überwindbarkeitsvermutung ist aufzugeben», S. 315.

<sup>202</sup> BGE 141 V 281, E. 3.4.2.1.

<sup>203</sup> BGE 141 V 281, E. 3.4.2.2.; E. 3.5.

<sup>204</sup> Vgl. BGE 141 V 281, E. 3.5.

## 5. Vergleich der geänderten Rechtsprechungen

Im Folgenden wird die neue Rechtsprechung mit der alten Überwindbarkeitsrechtsprechung verglichen, wobei auf die verschiedenen Bestandteile der Rechtsprechungen einzeln eingegangen wird.

### 5.1. Betroffene Beschwerdebilder

Im neuen bundesgerichtlichen Leitentscheid ist nicht mehr die Rede von PÄUSBONOG, sondern es wird von anhaltender somatoformer Schmerzstörung und vergleichbaren psychosomatischen Leiden gesprochen. Aufgrund der offenen Beschreibung stellt sich die Frage, welche Beschwerdebilder von der neuen Rechtsprechung tatsächlich betroffen sind. Die Antwort dazu liefert das Bundesgericht selbst, indem es auf einen früheren Bundesgerichtsentscheid verweist, wo sämtliche PÄUSBONOG-Fälle aufgezählt sind. Daraus lässt sich schliessen, dass die neue Rechtsprechung ebenfalls sämtliche Beschwerdebilder einschliesst, welche früher unter die Gruppierung der PÄUSBONOG zusammengefasst wurden.<sup>205</sup> Nicht ganz unproblematisch sieht das MOSIMANN, da die von HENNINGSEN kritisierte Einbeziehung der nicht organischen Hypersomnie somit immer noch besteht.<sup>206</sup> Trotzdem wird durch die Einführung der neuen Indikatoren und dem strukturierten Beweisverfahren eine unterschiedliche und dadurch gerechtere Behandlung der einzelnen Beschwerdebilder erwartet.<sup>207</sup>

Mit dem IV-Rundschreiben Nr. 339 vom 9. September 2015, welches das BSV erlassen hat, wurde mitgeteilt, dass die medizinische Begutachtung, wie sie in BGE 141 V 281 insb. anhand der Standardindikatoren vorzunehmen ist, für alle Arten von Gesundheitsschädigungen gilt. Es ergibt gemäss BSV keinen Sinn, bei einer ressourcenorientierten Abklärung zwischen psychosomatischen und anderen Leiden zu unterscheiden.<sup>208</sup> Diese Aussage des BSV entspricht trotz des allgemeinen Verweises auf BGE 141 V 281 ohne Angaben von Erwägungen nicht dem Inhalt dieses Urteils. Dieses spricht klar von anhaltender somatoformer Schmerzstörung und vergleichbaren psychosomatischen Leiden.<sup>209</sup> Das Abweichen vom Urteil ist nach JEGER weder sachgerecht noch effizient, da bei gewissen Beschwerden wie Lähmungen keine Beweislücke besteht, welche mittels dieser speziellen Prüfung bewiesen werden muss und ist daher auch abzulehnen.<sup>210</sup> In einem nach Erlass des Rundschreibens ergangenen Urteil spricht das Bundesgericht in diesem Zusammenhang sodann auch nur von einem Leitliniencharakter des Rundschreibens<sup>211</sup> und in einem noch späteren Urteil verneint es die Anwendung der Schmerzpraxis in Bezug auf Alkohol- und Sucht-leiden, was wiederum gegen die Auslegung des BSV spricht.<sup>212</sup>

---

<sup>205</sup> BGE 141 V 281, E. 4.2., mit Verweis auf BGE 140 V 8, E. 2.2.1.3.; so auch BERGER, «Nur, aber immerhin», S. 294.

<sup>206</sup> MOSIMANN, Grundsatzentscheid BGE 141 V 281, S. 431; HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen, S. 516.

<sup>207</sup> GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 76 f.

<sup>208</sup> IV-Rundschreiben Nr. 339, S. 1; GÄCHTER/MEIER, Einordnung von BGE 141 V 281, S. 436.

<sup>209</sup> Vgl. BGE 141 V 281, E. 4.2.

<sup>210</sup> JEGER, Auswirkungen der neuen Rechtsprechung auf medizinische Gutachten, S. 106 f.; gleicher Ansicht GÄCHTER/MEIER, Einordnung von BGE 141 V 281, S. 437; anderer Ansicht RIEMER-KAFKA, Zur Überwindung der Überwindbarkeitsvermutung, S. 381.

<sup>211</sup> Urteil 8C\_421/2015 vom 23. September 2015, E. 5.3.

<sup>212</sup> Urteil 8C\_582/2015 vom 8. Oktober 2015, E. 4.

## 5.2. Unveränderter Ausgangspunkt

Der Ausgangspunkt der beiden Rechtsprechungen ist jeweils derselbe. In der alten wie auch in der neuen Rechtsprechung ist die medizinische Befundlage der entscheidende Punkt für die Anspruchsprüfung nach Art. 4 Abs. 1 IVG und Art. 6 ff. ATSG. Demnach ist weiterhin eine fachärztlich einwandfrei diagnostizierte Gesundheitsbeeinträchtigung notwendig, welche die Leistungsfähigkeit der versicherten Person einschränkt, um die Möglichkeit auf einen Anspruch auf Leistungen der Invalidenversicherung erhalten zu können.<sup>213</sup>

## 5.3. Präzisierung der Anforderungen einer Diagnosestellung

Mit der neuen Rechtsprechung wurden die Anforderungen an die Diagnosestellung erhöht. Sie fällt neuerdings noch komplexer aus, womit auch eine erhöhte Sorgfalt von den Gutachtern erwartet werden muss. Daneben stellen die Aggravation und ähnliche Verhalten einen gewichtigen Aspekt dar, welcher nachfolgend erläutert wird.

### 5.3.1. Erhöhte Sorgfalt

In den früheren Entscheiden äusserte sich das Bundesgericht bezüglich der Diagnosestellung von psychischen Störungen eher vage. Es stellte lediglich klar, dass eine diagnostizierte psychische Krankheit noch nicht per se eine Invalidität zur Folge hat, sondern, dass im Einzelfall eine Erwerbsunfähigkeit vorliegen muss. Die Beurteilung muss nach einem möglichst objektiven Massstab erfolgen, ob und inwiefern die versicherte Person noch einer Arbeit nachgehen kann. Zur Begründung der Invalidität wird in jedem Fall ein medizinisches Substrat benötigt, welches durch einen Facharzt schlüssig ermittelt wurde. Belastende soziokulturelle Faktoren werden hierbei nicht berücksichtigt, wohingegen der Fokus vielmehr auf psychiatrische Befunde zu legen ist, indem z.B. eine klar unterscheidbare andauernde Depression von depressiven Verstimmungszuständen abgegrenzt wird.<sup>214</sup>

In BGE 141 V 281 anerkennt die höchstrichterliche Instanz, dass bei der Überprüfung eines möglicherweise bestehenden Anspruchs vor allem die Anwendung des Kriterienkatalogs der Foerster-Kriterien im Mittelpunkt stand. Eine sachgerechte Feststellung einer Schmerzstörung als Gesundheitsbeeinträchtigung wird in der Versicherungspraxis kaum durchgesetzt. Aus diesem Grund beschreibt das Bundesgericht die Anforderungen zur Diagnosestellung in dieser Entscheidung präziser als zuvor. Es wird explizit auf die Definition der anhaltenden somatoformen Schmerzstörung gemäss ICD-10: F45.40<sup>215</sup> hingewiesen, wonach die Diagnose gestellt werden soll. Ausserdem muss die Begründung so ausgestaltet sein, dass sie von der Rechtsanwendung nachvollzogen werden kann.<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> BGE 141 V 281, E. 2.1.; BGE 131 V 49, E. 1.2.; BERGER, «Nur, aber immerhin», S. 291.

<sup>214</sup> BGE 139 V 547, E. 5.2.

<sup>215</sup> ICD-10: F45.40, «<http://www.icd-code.de/icd/code/F45.-.html>», Stand: 08.03.2016.

<sup>216</sup> BGE 141 V 281, E. 2.1.1.

Zukünftig soll im Falle einer somatoformen Schmerzstörung dem diagnose-inhärenten Schweregrad mehr Beachtung geschenkt werden. Gemäss der ICD Klassifikation wird als vorherrschende Beschwerde ein andauernder, schwerer und quälender Schmerz verlangt. Die gewöhnlichen Folgen einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung werden als beträchtliche persönliche oder medizinische Betreuung oder Zuwendung beschrieben.<sup>217</sup> Diese grundlegenden Merkmale dieser Erkrankung wurden bisher über weite Strecken bei der Diagnosestellung nicht berücksichtigt, was zu einer häufig vorschnellen ärztlichen Feststellung einer somatoformen Schmerzstörung führte. Durch diese präzisere Formulierung der Anforderungen wird der Begriff der anhaltenden somatoformen Schmerzstörung enger gefasst, wodurch es zu weniger Diagnosen kommen soll, aber die gestellten Diagnosen dafür auf medizinischer Ebene präziser umschrieben werden. Die Diagnose dient jedoch nicht nur zur Feststellung, ob eine bestimmte Beschwerde vorliegt, sondern sie soll auch allfällige Funktionseinschränkungen abbilden. Der Ursprung der konkreten Beeinträchtigungen der Alltagsfunktionen darf sich nur aus jenen Befunden ergeben, welche auch für die Diagnose des Leidens an sich massgeblich waren. Diese Einschränkungen werden sodann mit den Anforderungen der Arbeit abgeglichen und mit Hilfe der neu formulierten Indikatoren zum Schweregrad und zur Konsistenz in eine allfällige Arbeitsunfähigkeit umgesetzt. Dass die Diagnose auch mögliche Leistungseinschränkungen erfassen muss, war zwar schon nach der früheren Rechtsprechung so, jedoch wurde dieser Aspekt derart konkretisiert, dass die Einschränkungen genauer ersichtlich sein müssen und die Befunde dadurch stärker berücksichtigt werden müssen.<sup>218</sup>

### 5.3.2. Aggravation und Verdeutlichungstendenz

Nebst dieser erhöhten Sorgfalt bei der Diagnosestellung muss die Diagnose auch den Ausschlussgründen nach BGE 131 V 49 standhalten. Unter den Gründen, welche das Vorliegen einer versicherten Gesundheitsschädigung verhindern, versteht das Bundesgericht die Aggravation oder eine ähnliche Erscheinung. Ein Hinweis auf eine Aggravation ist gegeben, wenn «eine erhebliche Diskrepanz zwischen den geschilderten Schmerzen und dem gezeigten Verhalten oder der Anamnese besteht; intensive Schmerzen angegeben werden, deren Charakterisierung jedoch vage bleibt; keine medizinische Behandlung und Therapie in Anspruch genommen wird; demonstrativ vorgetragene Klagen auf den Sachverständigen unglaubwürdig wirken; schwere Einschränkungen im Alltag behauptet werden, das psychosoziale Umfeld jedoch weitgehend intakt ist»<sup>219</sup>. Nebst den genannten Hinweisen wird das aggravatorische Verhalten durch externe Motivation in Form einer möglichen Rente und durch Bewusstseinsnähe angetrieben. Eine Aggravation kann umso eher angenommen werden, desto mehr die Symptome absichtlich, gesteuert oder bewusst erzeugt werden. Sofern ein Ausschlussgrund in diesem Ausmass vorliegt, dass keine Gesundheitsbeeinträchtigung angenommen werden kann, besteht von vornherein keine Anspruchsgrundlage für

---

<sup>217</sup> ICD-10: F45.40, «<http://www.icd-code.de/icd/code/F45.-.html>», Stand: 08.03.2016.

<sup>218</sup> BGE 141 V 281, E. 2.1.1. f.; Urteil 9C\_899/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.2.; GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 80.

<sup>219</sup> BGE 131 V 49, E. 1.2. in fine.

eine Invalidenrente. Dies auch dann nicht, wenn die Merkmale nach ICD-10 Ziff. F45.40 für eine somatoforme Schmerzstörung erfüllt sind. Andernfalls würde gegen Art. 7 Abs. 2 ATSG verstossen werden. Diesem Aspekt ist in der Vergangenheit zu wenig Beachtung geschenkt worden, was sich zukünftig ändern soll. Für den Fall, dass nebst einem Ausschlussgrund noch eine tatsächliche Gesundheitsschädigung vorliegen sollte, welche selbständig in der Lage ist, eine Invalidität herbeizuführen, so sind deren Auswirkungen unter Berücksichtigung der Aggravation zu beurteilen.<sup>220</sup>

Davon abzugrenzen ist blosses verdeutlichendes Verhalten, welches den Anspruch nicht ausschliesst. Die Abgrenzung ist aber heikel, da es das Wesen einer Schmerzstörung mit sich bringt, dass die betroffene Person aufgrund der fehlenden organischen Nachweisbarkeit zur Schmerzausweitung und -verdeutlichung neigt. Verstärkt wird diese Tendenz ausserdem durch die Ausgestaltung des Abklärungsverfahrens. Durch die Anmeldung bei der Invalidenversicherung, welche notwendig ist, um überhaupt einen Anspruch auf Leistungen zu erhalten, müssen die Leiden der versicherten Person hervorgehoben werden. Diese Präsentation der Gesundheitsschäden darf aber nicht dazu führen, dass der Leistungsanspruch verwehrt wird.<sup>221</sup>

Um die Ausschlussgründe zu eruieren und in der Praxis von der Verdeutlichungstendenz abzugrenzen, ist es zentral, dass der Gutachter sich an allen verfügbaren Hinweisen aus dem Alltag der versicherten Person bedient und sich dabei nicht nur auf den beruflichen Bereich konzentriert. Mit diesen Informationen soll im Anschluss eine Verbindung zwischen dem festgestellten Gesundheitsschaden inklusive der festgestellten funktionellen Einschränkungen und den tatsächlichen sowie geschilderten oder durch Angaben von Dritten erhobenen Auswirkungen in Bezug auf die Aktivitäten und Teilnahme hergestellt werden. Damit nicht fälschlicherweise eine Verdeutlichungstendenz angenommen wird, soll die Abweichung zwischen geschildertem und festgestelltem Leiden gemäss Bundesgericht über das im Rahmen einer blossen Verdeutlichung «Normale» hinausgehen.<sup>222</sup>

Es lässt sich somit festhalten, dass bei deutlich überwiegenden Gründen, welche für eine Aggravation sprechen und die Grenzen zur Verdeutlichungstendenz überschreiten, grundsätzlich der Anspruch auf eine Invalidenrente von Beginn an ausgeschlossen ist und das strukturierte Beweisverfahren gar nicht zur Anwendung kommt.<sup>223</sup> Das Bundesgericht bringt hierbei jedoch richtigerweise einen Vorbehalt an. Eine nach den vorher genannten Gründen festgestellte Aggravation schliesst den Rentenanspruch nicht von vornherein aus, sofern das aggravatorische Verhalten auf eine verselbständigte, krankheitswertige psychische Störung zurückzuführen ist. In diesem Fall ist das Verhalten eine direkte Folge des Gesundheitsschadens und keine extern motivierte Erscheinung.<sup>224</sup>

---

<sup>220</sup> BGE 141 V 281, E. 2.2. ff.; Urteil 9C\_899/2014 vom 29. Juni 2015, E. 4.2.2.

<sup>221</sup> Urteil 9C\_899/2014 vom 29. Juni 2015, E. 4.2.1.; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 13, Rz. 34 und 86.

<sup>222</sup> Urteil 9C\_899/2014 vom 29. Juni 2015, E. 4.2.2.

<sup>223</sup> BGE 141 V 281, E. 2.2.1. f.; Urteil 9C\_899/2014 vom 29. Juni 2015, E. 4.1. und 4.2.4.; MOSIMANN, Grundsatzentscheid BGE 141 V 281, S. 434; SUTER, Die Preisgabe der Überwindbarkeitsvermutung, S. 450.

<sup>224</sup> Urteil 9C\_899/2014 vom 29. Juni 2015, E. 4.2.4.

## 5.4. Bedeutung des Gutachtens

Dadurch, dass die Anforderungen an die Diagnosestellung präzisiert wurden, hat sich der Stellenwert des Diagnosedokuments bzw. des Gutachtens gegenüber der früheren Praxis verändert. Die frühere Verselbständigung der Foerster-Kriterien zu einem rechtlichen Anforderungsprofil entzog der Medizin insoweit die Möglichkeit, neue Erkenntnisse einzubringen. Das Gutachten musste damals von einem medizinischen Sachverständigen *lege artis* unter Berücksichtigung dieses Anforderungsprofils durchgeführt worden sein, wobei dies auch für die Gutachtenerstellung unter der neuen Praxis gilt.<sup>225</sup> Im jüngsten Leitscheid stellt das Bundesgericht klar, dass auch die neu eingeführten Indikatoren nicht unmittelbar vom medizinisch-empirischen Kenntnisstand abhängig sind. Begründet wird dies damit, dass in der Rechtswissenschaft eine einheitliche und rechtsgleiche Einschätzung der Arbeitsfähigkeit gewährleistet werden muss, wohingegen die facettenreiche medizinische Anwendung in der Rechtsanwendung nicht praktikabel wäre. Um die juristische Praktikabilität in den tiefgründigen medizinischen Diagnosen beibehalten zu können, sind im Einklang mit der bundesgerichtlichen Meinung objektive Kriterien unablässig. Die Kriterien, welche unter Berücksichtigung der medizinischen Empirie festgelegt wurden, sollen auch zukünftig rascher an neue Erkenntnisse angepasst werden, weshalb das Bundesgericht keinen Anlass sieht, die Kriterien im Gesetz festzuhalten.<sup>226</sup>

Gemäss Bundesgericht soll sich der Gutachter mit der Frage befassen, wie er das Leistungsvermögen der betroffenen Person einschätzt, wenn er sich dabei an die neu formulierten einschlägigen Indikatoren hält. In der Folge wird das Ergebnis von den Rechtsanwendern frei darauf überprüft, ob sich die Gutachter an die Rahmenbedingungen gehalten haben. Diese sind erfüllt, wenn ausschliesslich funktionelle Ausfälle berücksichtigt wurden, welche zu einer funktionellen Beeinträchtigung führten, und wenn für die versicherungsmedizinische Zumutbarkeitsbeurteilung auf eine objektive Grundlage abgestellt wurde. Der Facharzt, welcher das Gutachten erstellt, kann aufgrund der präzisierten Anforderungen der Diagnosestellung die Wahrnehmung und Beurteilung seitens der Rechtsanwender selbst mitbestimmen, denn je sorgfältiger und genauer er sich an Vorgaben hält sowie die funktionellen Einschränkungen und die Kausalität zwischen den Einschränkungen und dem Gesundheitsschaden begründet, desto weniger kann der Rechtsanwender davon abweichen. Medizin und Recht sollen zukünftig mehr Hand in Hand gehen. Dies wird vom Bundesgericht u.a. auch dadurch betont, dass beide Disziplinen ein und dieselbe Arbeitsunfähigkeit beurteilen, weshalb aber auch eine gewisse normative Einschränkung bezüglich der Diagnosestellung notwendig ist. Damit soll eine freihändige medizinische Überprüfung verhindert werden, welche zu einer losgelösten Parallelüberprüfung durch die Rechtsanwender führen würde.<sup>227</sup>

---

<sup>225</sup> GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 83 f.

<sup>226</sup> BGE 141 V 281, E. 5.1.1.

<sup>227</sup> BGE 141 V 281, E. 5.2.2. f.; GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 85 f.

## 5.5. Die Standardindikatoren

Nach der Aufgabe des Begriffs des Kriteriums wurden vom Bundesgericht sogleich neue Standardindikatoren formuliert und in einem Katalog systematisiert. Der Katalog besteht aus zwei Kategorien, dem «funktionellen Schweregrad» und der «Konsistenz». Die Kategorie des funktionellen Schweregrades wird weiter in die drei Komplexe «Gesundheitsschädigung», «Persönlichkeit» und «Sozialer Kontext» eingeteilt. Der Komplex der Gesundheitsschädigung wird als einziger weiter differenziert in «Ausprägung der diagnoserelevanten Befunde», «Behandlungs- und Eingliederungserfolg oder -resistenz» und «Komorbiditäten». Die zweite Kategorie, welche sich mit der Konsistenz befasst wird durch die Punkte «gleichmässige Einschränkung des Aktivitätenniveaus in allen vergleichbaren Lebensbereichen» und «behandlungs- und eingliederungsanamnestisch ausgewiesener Leidensdruck» konkretisiert.<sup>228</sup> Im IV-Rundschreiben Nr. 339 wird der Auftrag zur Erstellung der medizinischen Gutachten erstellt, was aufgrund der fehlenden gefestigten Rechtsprechung und Umsetzung in den Kantonen in erster Linie sinnvoll erscheint. Die Anweisungen in diesem Schreiben orientieren sich natürlich sehr stark an den Standardindikatoren, da ohne grosse praktische Erfahrungen mit dem Umgang noch keine Abweichungen vorgenommen werden.<sup>229</sup> Im Folgenden wird auf die einzelnen Punkte der Standardindikatoren und ihre Bedeutung genauer eingegangen.

### 5.5.1. Kategorie «funktioneller Schweregrad»

Die Indikatoren dieser Kategorie bilden das Grundgerüst der Folgenabschätzung einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung und vergleichbaren psychosomatischen Leiden. Die daraus gewonnenen Folgerungen werden in der zweiten Kategorie einer Konsistenzprüfung unterzogen.<sup>230</sup>

#### a. Komplex «Gesundheitsschädigung»

Der erste Indikator des neuen Kataloges ist die Ausprägung der diagnoserelevanten Befunde und Symptome. Es geht dabei um die Feststellung der konkreten Erscheinungsform einer diagnostizierten Gesundheitsschädigung, damit die Funktionseinschränkungen, welche zur Gesundheitsschädigung kausal sind, ermittelt und von den Folgen invaliditätsfremder Faktoren abgegrenzt werden können. Als Ausgangspunkt der Feststellung gilt der diagnose-inhärente Mindestschweregrad gemäss ICD-10. Gleichzeitig müssen auch die Ausschlusskriterien wie jener der Aggravation beachtet und bewertet werden, um herauszufinden, ob tatsächlich eine rechtserhebliche Gesundheitsschädigung vorliegt. Zu den diagnoserelevanten Befunden und Symptomen gehört auch die Berücksichtigung aller verfügbarer Elemente, die sich aus der diagnoserelevanten Ätiologie und Pathogenese ergeben. Anders als früher wird der Schweregrad

---

<sup>228</sup> BGE 141 V 281, E. 4.1.3.

<sup>229</sup> GÄCHTER/MEIER, Einordnung von BGE 141 V 281, S. 437; IV-Rundschreiben Nr. 339.

<sup>230</sup> BGE 141 V 281, E. 4.3.

einer Gesundheitsbeeinträchtigung nicht mehr anhand des primären Krankheitsgewinns bestimmt, da dieses Konzept in der psychiatrischen Medizin keine grosse Anerkennung genießt.<sup>231</sup>

Als zweiter Indikator wird «Behandlungserfolg oder -resistenz» aufgeführt. Damit stellen der Verlauf und der Ausgang einer Therapie wichtige Aspekte bezüglich des Schweregrades dar. In diesem Sinne führt das Scheitern einer fachgemäss durchgeführten Therapie mit optimaler Compliance des Patienten zu einer negativen Prognose. Sollte aber eine Behandlung gewählt worden sein, welche nicht mehr dem neusten Stand der Medizin entspricht oder dem Leiden entsprechend ungeeignet ist, so wirkt sich diese nicht auf den Schweregrad aus. Bei psychischen Störungen gilt der Schweregrad, welcher für eine Invalidität ausreicht, erst als erreicht, wenn sie nur schwer und therapeutisch nicht oder nicht mehr angebar ist. Diese Ansicht ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts und wird weiter fortgesetzt. Um die Behandlungsresistenz einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung festzustellen, muss die Störung über eine längere Dauer vorliegen, da ansonsten noch regelmässig therapeutische Massnahmen ergriffen werden können. Das Bundesgericht spricht selbst von einer langjährigen Entwicklung, bevor überhaupt eine invalidisierende Arbeitsunfähigkeit vorliegen kann. Unter diesem Indikator wird nicht nur der Erfolg oder die Resistenz von Therapien aufgegriffen, sondern er berücksichtigt auch die proaktive Seite des Patienten in Bezug auf die berufliche Eingliederung. Grundsätzlich handelt es sich hierbei um eine Selbsteingliederungspflicht, wo jedoch auch nach ärztlicher Einschätzung Massnahmen vorgeschlagen werden können und der versicherten Person diesbezüglich Unterstützung angeboten wird. Im Falle einer Nichtteilnahme an geeigneten Massnahmen wirkt dies als starkes Indiz für eine nicht-invalidisierende Gesundheitsschädigung.<sup>232</sup>

Der letzte Aspekt im Rahmen des Komplexes der Gesundheitsschädigung befasst sich mit der Komorbidität. Das Bundesgericht anerkennt die Kritik an der fehlenden Empirie in Bezug auf die psychiatrische Komorbidität, weshalb die herausragende Bedeutung aberkannt wird. Neuerdings wird sie nur noch im Einzelfall hinzugezogen, um als Gradmesser anzuzeigen, ob durch sie Ressourcen der versicherten Person verloren gehen. Die ehemaligen Funktionen als Ausnahmekriterium und dessen vorrangigen Stellenwert werden dadurch aufgegeben sowie auch auf den Zusatz «von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer» wird verzichtet. Die frühere Unterscheidung zwischen psychiatrischer Komorbidität und körperlicher Begleiterkrankung wurde zugunsten einer gesamthaften Betrachtung der Wechselwirkung und anderen Bezügen der Schmerzstörung zu allen begleitenden krankheitswertigen Leiden aufgegeben. Sofern eine Störung nach der Rechtsprechung keinen invalidisierenden Charakter haben kann, liegt auch keine Komorbidität vor, welche sich auf den Schweregrad auswirken kann. Gänzlich unbeachtet bleibt das zusätzliche Leiden in der neuen Rechtsprechung aber nicht, denn es kann in der nachfolgenden Persönlichkeitsdiagnostik berücksichtigt werden. Zu begrüssen ist auch, dass die Gesamtbetrachtung zukünftig un-

---

<sup>231</sup> BGE 141 V 281, E. 4.3.1.1.; HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen, S. 540; JEGGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 169.

<sup>232</sup> BGE 141 V 281, E. 4.3.1.2.

abhängig des Zusammenhangs zwischen der Schmerzstörung und der Komorbidität in Folge einer medizinischen Konnexität Anwendung findet. So fließt z.B. eine Depression, welche in einem medizinischen Zusammenhang zur somatoformen Schmerzstörung steht und geeignet ist, die Ressourcen der versicherten Person zu hemmen, zukünftig auch in die Bewertung ein. Nicht als Komorbidität gelten zwei oder mehrere Beschwerdebilder, die auf demselben Ursprung mit denselben Symptomen beruhen, aber durch die Diagnose als unterschiedliche Beschwerden qualifiziert wurden. Dies soll verhindern, dass keine Leiden doppelt in das Gewicht fallen, welche auf mehrere Arten erfasst werden können. Noch unklar ist der Zusammenhang zwischen mehreren organisch nicht ausreichend nachweisbaren Beschwerdebildern, die verschiedene für sich genommene Leiden darstellen und einem allfälligen linearen Anstieg des Schweregrades. Das Bundesgericht warnt jedoch, falls ein solcher Zusammenhang bestehen sollte, dass dieser nicht als starre Vorgabe umgesetzt werden soll, da es eine quantitativ-mechanische Bewertung mit der neuen Rechtsprechung zu vermeiden gilt.<sup>233</sup>

#### b. Komplex «Persönlichkeit»

Dadurch, dass die Ressourcen der versicherten Person neuerdings stärker in die Beurteilung einer allfälligen Arbeitsunfähigkeit einbezogen werden, spielt auch die Persönlichkeit des Patienten eine größere Rolle. Dieser Komplex befasst sich mit der Persönlichkeitsentwicklung und -struktur sowie mit den grundlegenden psychischen Funktionen. In diesem Bereich kann der Gutachter nicht nur die herkömmliche Persönlichkeitsdiagnostik anwenden, um die Persönlichkeitsstruktur und -störungen zu erfassen, sondern er kann auch die sog. komplexen Ich-Funktionen untersuchen, wonach sich Rückschlüsse auf das Leistungsvermögen machen lassen. Zu den Ich-Funktionen zählen die «Realitätsprüfung und Urteilsbildung, Beziehungsfähigkeit und Kontaktgestaltung, Affektsteuerung und Impulskontrolle, Selbstwertregulation und Regressionsfähigkeit, Intentionalität und Antrieb sowie die Abwehrorganisation»<sup>234</sup>. Bei den komplexen Ich-Funktionen gilt, je mehr sie gestört sind, desto mehr ist davon auszugehen, dass eine schwere psychische Störung vorliegt und desto eher ist es dem Patienten nicht oder nur noch eingeschränkt möglich genügend Ressourcen aufzubringen, um weiterhin einer Arbeitstätigkeit nachzugehen. Konkret erhält der Begutachter die Information, ob sich die betroffene Person kritisch mit ihrer eigenen Leistungsunfähigkeit befassen kann und zu einer gewissen Distanz bei der Betrachtung in der Lage ist. Sofern dies aufgrund der Erkrankung nicht mehr möglich ist, liegt der Verdacht nahe, dass zumindest eine Teilarbeitsunfähigkeit vorliegt. Da dieser Indikator viel stärker von der Interpretation durch den behandelnden Arzt abhängt, als die symptom- und verhaltensbezogenen Indikatoren, müssen die Ergebnisse nach Meinung des Bundesgerichts besonders hohe Begründungsanforderungen erfüllen.<sup>235</sup> Eine andere Lösung schlägt HENNINGSEN vor, der die Zuverlässigkeit in der Feststellung dieses Indikators deutlich geringer einstufen würde, als bei den anderen Indikatoren.<sup>236</sup> M.E. erscheint es vorläufig als die sinnvollere Variante, wenn

---

<sup>233</sup> BGE 141 V 281, E. 4.3.1.3.

<sup>234</sup> MARELLI, Nicht können oder nicht wollen?, S. 337.

<sup>235</sup> BGE 141 V 281, E. 4.3.2.; MARELLI, Nicht können oder nicht wollen?, S. 337.

<sup>236</sup> HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen, S. 537.

der Zuverlässigkeit weniger Gewicht zugesprochen wird, da die vom Bundesgericht genannten Begründungsanforderungen durch noch zu schaffende medizinische Leitlinien bestimmt werden müssen<sup>237</sup> und somit die Vorgehensweise des Bundesgerichts im Moment äusserst impraktikabel ist. Sofern die geforderten Leitlinien im Stande sind die besonders hohen Begründungsanforderungen inhaltlich zu umschreiben, erscheint diese Variante wiederum sinnvoller, da eine genaue Begründung für mehr Transparenz sorgt und eine geringere Gewichtung der Zuverlässigkeit im Gegenzug durch ihre Relativierbarkeit eher zu intransparenten Ergebnissen führt.

#### c. Komplex «Sozialer Kontext»

Im letzten Komplex innerhalb der Kategorie des funktionellen Schweregrades wird einerseits nochmals klargestellt, dass soziale Belastungen, welche sich direkt negativ auf die Gesundheit auswirken, als invaliditätsfremde Faktoren nicht in die Beurteilung einfließen. Auf der anderen Seite kann der soziale Kontext Ressourcen verschaffen, die z.B. mit Hilfe von Unterstützung durch die sozialen persönlichen Kontakte offengelegt werden. Aus dem Umkehrschluss lässt sich entnehmen, dass soziale Faktoren, welche lediglich indirekte Auswirkungen auf die Gesundheit haben, berücksichtigt werden. Im Grundsatz darf die durch einen Gesundheitsschaden verursachte Erwerbsunfähigkeit und eine nicht versicherte Erwerbslosigkeit oder andere belastende Umstände nicht ineinander aufgehen, da ansonsten dem Zweck der Gesetzgebung im Bereich der Invalidenversicherung widersprochen würde.<sup>238</sup>

### 5.5.2. Kategorie «Konsistenz»

Die Konsistenzprüfung spielt beweisrechtlich eine bedeutende Rolle. Der erste Indikator, welcher sich mit der gleichmässigen Einschränkung des Aktivitätenniveaus in allen vergleichbaren Lebensbereichen befasst, zielt darauf ab, ob die Einschränkung gleichermassen im Erwerbsbereich bzw. Aufgabenbereich bei Nichterwerbstätigen einerseits und in den sonstigen Lebensbereichen andererseits vorhanden ist. Das Bundesgericht spricht in Bezug zu diesem Indikator das bisherige Morbiditätskriterium des sozialen Rückzugs an. Wohingegen es früher sehr streng ausgelegt wurde und primär dazu diente, den Regelfall eintreten zu lassen, da werden heute die differenzierten Möglichkeiten des sozialen Rückzugs berücksichtigt. So führt ein sozialer Rückzug nicht zwingend nur zu Einschränkungen der Ressourcen, wie es in der Alles-oder-Nichts-Praxis früher angewandt wurde, sondern es können in Anlehnung an JEGER auch Ressourcen erschlossen werden, wodurch noch eine Teilarbeitsfähigkeit aufrechterhalten werden kann. Das Bundesgericht empfiehlt auch einen Vergleich zwischen dem Niveau sozialer Aktivität vor und nach Eintritt der Gesundheitsschädigung, wobei das Niveau immer im Verhältnis mit der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit zu sehen ist.<sup>239</sup>

---

<sup>237</sup> BGE 141 V 281, E. 4.3.2. mit Verweis auf E. 5.1.2.

<sup>238</sup> BGE 141 V 281, E. 4.3.3.

<sup>239</sup> BGE 141 V 281, E. 4.4. f.; JEGER, Die persönlichen Ressourcen, S. 168 f.

Der letzte Indikator dient ergänzend zum Behandlungs- und Eingliederungserfolg oder zur -resistenz. Hier werden Hinweise von der Inanspruchnahme von therapeutischen Optionen auf den tatsächlichen Leidensdruck gesammelt. Je nachdem, ob Behandlungen wahrgenommen oder vernachlässigt wurden, lässt sich ein Bild über den Leidensdruck erstellen. Jemand, welcher den Behandlungen stets fernbleibt, unterliegt wahrscheinlich einem geringeren Leidensdruck als ein Patient, der die Behandlung wahrnimmt. Nicht auf einen fehlenden Leidensdruck darf geschlossen werden, wenn die schlechte Kooperation oder die Nichtinanspruchnahme einer empfohlenen und zumutbaren Therapie auf die Unfähigkeit zur Krankheitseinsicht zurückzuführen ist. Bei beiden Indikatoren ist ein inkonsistentes Verhalten ein Zeichen dafür, dass die behauptete Einschränkung nicht durch einen versicherten Gesundheitsschaden verursacht wird, sondern durch einen anderen, invaliditätsfremden, Grund.<sup>240</sup>

## 5.6. Folgen der Beweislosigkeit

Das Bundesgericht hält explizit fest, dass an der Anforderung der Objektivierbarkeit nach Art. 7 Abs. 2 ATSG festzuhalten ist, womit die Zumutbarkeitsregel weiterhin bestehen bleibt. Da in diesem Falle eine langjährige Gerichtspraxis zum Gesetz wurde, möchte die höchstrichterliche Instanz auch zukünftig daran festhalten. Im Falle, dass z.B. eine somatoforme Schmerzstörung nicht objektiv nachgewiesen werden kann, trägt weiterhin die versicherte Person die materielle Beweislast. In Folge dessen trägt die versicherte Person das Risiko der Beweislosigkeit, wodurch der Anspruch auf eine Invalidenrente abgelehnt würde. Die Beweislosigkeit kann verhindert werden, indem die funktionellen Auswirkungen des Gesundheitsschadens mittels der Standardindikatoren schlüssig und widerspruchsfrei nachgewiesen werden und gemäss der üblichen Herabsetzung des Beweismasses im Sozialversicherungsrecht der Richter anhand der überwiegenden Wahrscheinlichkeit überzeugt wird.<sup>241</sup> Im Grundsatz ändert sich also an der Beweislast und der damit verbundenen Folgen nichts.<sup>242</sup> Es ist auch weiterhin der Sinn und Zweck dieser Praxis, den Beweisnotstand bei objektiv nicht nachweisbaren Beschwerden für die Betroffenen zu entschärfen.<sup>243</sup>

## 5.7. Bundesgerichtliche Kognition

Bei der bundesgerichtlichen Kognition wird zwischen Tatfragen und Rechtsfragen unterschieden. Tatfragen bzw. Tatsachenfeststellungen lassen nur eine eingeschränkte Überprüfung durch das Bundesgericht zu. Im vorliegenden Fall zählen dazu alle Feststellungen der Vorinstanz, welche aufgrund der Würdigung der ärztlichen Gutachten und Schlussfolgerungen über die Diagnose und Folgenabschätzung gemacht wurden, um beurteilen zu können, ob eine anhaltenden somatoforme Schmerzstörung oder ein vergleichbares psychosomatisches Leiden invalidisierend wirkt. Eine Überprüfung ist diesbezüglich nur möglich, wenn nach Art. 105 Abs. 2 BGG die Sachverhaltsabklärung offensichtlich unrichtig erfolgte oder

---

<sup>240</sup> BGE 141 V 281, E. 4.4.2.

<sup>241</sup> BGE 141 V 281, E. 3.7.2. und E. 6. in fine; RHINOW et al., Öffentliches Prozessrecht, Rz. 997 ff.

<sup>242</sup> So auch BERGER, «Nur, aber immerhin», S. 295 und GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 36.

<sup>243</sup> GÄCHTER/MEIER, Einordnung von BGE 141 V 281, S. 436 f.

durch eine Verletzung des Bundesrechts erzielt wurde. Hingegen frei überprüfbar sind Rechtsfragen, wo-  
runter in casu die Frage, in welchem Umfang und mit welcher Plausibilität von der ärztlichen Feststellung  
anhand der rechtserheblichen Indikatoren auf die Arbeitsunfähigkeit geschlossen werden kann, fällt.<sup>244</sup>

## **5.8. Intertemporalrechtliche Fragen**

Mit der neu einhergegangenen Rechtsprechung stellt sich sogleich die Frage nach der Anwendung  
auf bereits entschiedene Fälle, welche noch nach der früheren Überwindbarkeitspraxis beurteilt wurden  
und jene auf noch hängige Verfahren. Ausserdem muss die Frage beantwortet werden, wie mit bereits  
eingeholten ärztlichen Gutachten weiter zu verfahren ist.

### **5.8.1. Beweiswert bereits ergangener Gutachten**

Im neuen Leitentscheid wird anhand früherer Rechtsprechung klargestellt, dass der Beweiswert  
von Gutachten, welche noch nach den alten Verfahrensstandards erstellt wurden, nicht per se verloren  
geht. Entscheidend ist in der Einzelfallprüfung, ob endgültig auf das eingeholte Gutachten abgestellt wer-  
den kann und dies vor Bundesrecht standhält. Für bereits erbrachte Gutachten bedeutet dies, dass sie in  
jedem Einzelfall geprüft werden müssen, ob sie eine schlüssige Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit anhand  
der neuen massgeblichen Standardindikatoren zulassen oder eben nicht. Bei nicht ganz schlüssigen Gut-  
achten kann aber auch nur eine punktuelle Ergänzung vorgenommen werden, sofern die Abklärungstiefe  
und -dichte ausreicht.<sup>245</sup>

### **5.8.2. Bedeutung für laufende Verfahren**

Für laufende Verfahren vor der Verwaltung oder vor kantonalen Gerichten bedeutet dies, dass die  
neue Praxis ohne Weiteres auf sie angewandt werden kann, da vor diesen Instanzen noch die volle Kog-  
nition gilt und die Gutachten im Rahmen der Tatsachenfeststellung vollumfänglich überprüft werden kön-  
nen. Die noch hängigen Verfahren vor Bundesgericht lassen aufgrund der eingeschränkten Kognition be-  
züglich Tatfragen eine Überprüfung der ärztlichen Gutachten nur zu, wenn die Ermittlung offensichtlich  
unrichtig erfolgte oder dabei Bundesrecht verletzt wurde. BERGER schlägt in solchen Fällen richtigerweise  
vor, die Unvollständigkeit der Abklärung zu rügen und eine Rückweisung an die Vorinstanz zu beantragen,  
damit diese das Gutachten in voller Kognition überprüfen können.<sup>246</sup>

---

<sup>244</sup> BGE 141 V 281, E. 7.; MEYER/REICHMUTH, Art. 28a IVG, Rz. 289.

<sup>245</sup> BGE 141 V 281, E. 8. mit Verweis auf BGE 137 V 210, insb. E. 6.

<sup>246</sup> BERGER, «Nur, aber immerhin», S. 296 f.

### 5.8.3. Bedeutung für rechtskräftige Fälle

Nach Eingang der neuen Rechtsprechung wurde in der Lehre darüber diskutiert, ob durch den neuen Entscheid ein Revisionsgrund geschaffen wurde, welcher eine erneute Beurteilung schon abgeschlossener Fälle ermöglicht. Eine Anpassung einer bereits formell rechtskräftig verfügten Dauerleistung infolge einer geänderten Gerichtspraxis wird grundsätzlich nicht zugelassen. Von diesem Grundsatz kann aber in Ausnahmefällen abgewichen werden, so wenn die neue Praxis derart allgemein verbreitet angewandt wird, dass eine Nichtbefolgung den Anschein erweckt, das Gleichbehandlungsgebot zu verletzen. Dies gilt insb. dann, wenn die frühere Praxis nur für eine einzige versicherte Person oder eine geringe Anzahl Versicherter weiterhin Bestand hätte. Das Bundesgericht unterscheidet in diesem Zusammenhang ausserdem zwischen Anpassungen, die im Ergebnis zu Ungunsten oder zu Gunsten der versicherten Person führen können. Der erste Fall zieht regelmässig keine Anpassung nach sich, da aufgrund der Interessenlage der Grundsatz der Nichtanpassung nicht durchbrochen wird. Bei der Anpassung zu Gunsten der versicherten Person hat das Bundesgericht vereinzelt eine Anpassung zugelassen.<sup>247</sup>

Gemäss einem Folgeentscheid stellte das Bundesgericht klar, dass die neue Praxis zur Beurteilung eines Anspruchs auf eine Invalidenrente bei einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung und vergleichbaren psychosomatischen Leiden grundsätzlich keinen Anlass zur Neu anmeldung bereits entschiedener Fälle gibt. Begründet wird dieser Entscheid mit der Tatsache, dass mit BGE 141 V 281 nicht die Voraussetzungen des Leistungsnachweises geändert wurden, sondern lediglich der Nachweis an sich. Dadurch seien die Aussichten auf den Erhalt einer Invalidenrente nicht a priori gestiegen. Da dem Willen des Gesetzgebers Rechnung getragen werden soll, liegt eine die Invalidität auslösende Erwerbsunfähigkeit weiterhin nur vor, wenn sie nach Art. 7 Abs. 2 ATSG objektiv nicht überwindbar ist. Die unter der früheren Praxis ergangenen rentenablehnenden Verfügungen erscheinen daher heute nicht ohne Weiteres als rechtswidrig, sachfremd oder schlechterdings unvertretbar. Einziger Grund für eine Neu anmeldung ist gegeben, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse bei der betroffenen Person zwischenzeitlich verändert haben und dadurch eine Rentenrevision nach Art. 17 Abs. 1 ATSG möglich ist.<sup>248</sup>

### 5.8.4. Anpassung durch 6. IVG-Revision

Als damals mit BGE 130 V 352 die Überwindbarkeitspraxis offiziell Einzug hielt, wäre eine Anpassung der Renten zu Ungunsten der Versicherten die Folge gewesen. Aufgrund dessen verneinte das Bundesgericht eine Herabsetzung oder gar Aufhebung der bereits laufenden Renten.<sup>249</sup> Mit der IVG-Revision 6a wurde eine Schlussbestimmung aufgenommen, welche einerseits den Spargedanken in der Invalidenversicherung weiter vorantrieb und andererseits gegen die intertemporalrechtliche Praxis des Bundesgerichts gewandt war. Diese Schlussbestimmung besagte, dass laufende PÄUSBONOG-Fälle innert

---

<sup>247</sup> BGE 135 V 201, E. 6. ff., insb. E. 6.1.1. und E. 6.1.3.; GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 97 ff.; vgl. auch BERGER, «Nur, aber immerhin», S. 297.

<sup>248</sup> Medienmitteilung des Bundesgerichts zum Urteil 8C\_590/2015; Urteil 8C\_590/2015 vom 24. November 2015, E. 5.3.; zur gleichen Ansicht kamen schon GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 102.

<sup>249</sup> BGE 135 V 201, E. 7., insb. E. 7.2.1.

drei Jahren seit Inkrafttreten der 6. IVG-Revision erneut geprüft werden, unabhängig davon, ob die Revisionsvoraussetzungen nach Art. 17 ATSG erfüllt sind. Ausgenommen waren Personen, die am 1. Januar 2012 bereits das 55. Altersjahr zurückgelegt hatten oder diejenigen, welche im Zeitpunkt der erneuten Überprüfung bereits seit 15 Jahren eine Invalidenrente beziehen. Diese Frist ist am 31. Dezember 2014 abgelaufen, woraufhin bekanntermassen die Gerichtspraxis etwa ein halbes Jahr später zur heute aktuellen Rechtsprechung geändert wurde.<sup>250</sup>

## 6. Sonderfall HWS-Schleudertrauma

An dieser Stelle wird eine gesonderte Betrachtung auf das HWS-Schleudertrauma vorgenommen, welches auch zu den PÄUSBONOG-Leiden gezählt wird. Es sollen das spezielle Beschwerdebild und die eher irrationale Verbreitung dieses Leidens aufgezeigt werden.

### 6.1. Typisches Beschwerdebild

Ein HWS-Schleudertrauma wird üblicherweise durch einen Verkehrsunfall ausgelöst, wodurch auch die Unfallversicherung,<sup>251</sup> aber auch das Haftpflichtrecht involviert sind.<sup>252</sup> Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen unfallkausalen HWS-Distorsionen mit objektivierbaren Funktionsausfällen und solchen ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle. Das Bundesgericht anerkennt, dass auch eine HWS-Verletzung ohne nachweisbare Funktionsausfälle dazu geeignet ist, länger dauernde Beschwerden auszulösen, welche die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit beeinträchtigen. Das Beschwerdebild eines HWS-Schleudertraumas ist komplex und vielschichtig, so besteht es aus einer Häufung von Beschwerden wie diffuse Kopfschmerzen, Schwindel, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen, Übelkeit, rasche Ermüdbarkeit, Visusstörungen, Reizbarkeit, Affektlabilität, Depression, Wesensveränderung etc. Das Bundesgericht spricht in diesem Zusammenhang auch von einem typischen bunten Beschwerdebild.<sup>253</sup>

In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht eine weitere Vermutung aufgestellt. Es geht vom Grundsatz aus, dass bei Vorliegen des typischen Beschwerdebildes eines Schleudertraumas der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und der Arbeitsunfähigkeit gegeben sei.<sup>254</sup> Die Argumentation bezieht sich dabei auf Mikroverletzungen an der Halswirbelsäule, für welche es aber bis heute keinen Nachweis gibt.<sup>255</sup> Eine chronische Gewebeschädigung kann ebenfalls nicht belegt werden, wodurch Rückschlüsse vom typischen Beschwerdebild auf eine HWS-Verletzung nicht nachvollziehbar sind. Nach dem

---

<sup>250</sup> HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 49 f.; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 13, Rz. 100.

<sup>251</sup> Der Bezug zur Unfallversicherung wird hier nur ganz marginal angesprochen. Eine ausführlichere Abhandlung der Zusammenhänge zwischen Unfall- und Invalidenversicherung sowie der damit verbundenen Probleme würde den Rahmen sprengen.

<sup>252</sup> Zu haftpflichtrechtlichen Problematiken siehe Kapitel 8.

<sup>253</sup> BGE 136 V 279, E. 3.1.; BGE 134 V 109, E. 6.2.1.

<sup>254</sup> BGE 117 V 359, E. 4.b.

<sup>255</sup> MURER, Moral Hazard, S. 270; SUTER, Die Preisgabe der Überwindbarkeitsvermutung, S. 448.

medizinisch festgehaltenen Verlauf einer solchen Verletzung, sollte diese normalerweise nach einigen Wochen oder wenigen Monaten ohne Folgen verheilt sein.<sup>256</sup> Im Rahmen der Rechtsgleichheit hat das Bundesgericht die HWS-Distorsionen den anderen PÄUSBONOG-Leiden dennoch gleichgestellt.<sup>257</sup>

## 6.2. Auftreten

Die Leiden in Folge eines Schleudertraumas werden gemeinhin des Öfteren als übertrieben empfunden oder gar als simuliert eingeordnet.<sup>258</sup> Nicht gerade vom Gegenteil zu überzeugen vermag die Recherche von MEYER, in welcher er zum Schluss kommt, dass die HWS-Verletzungen primär in der westlichen Zivilisation verbreitet sind, obwohl ein Verkehrsunfall als häufigste Ursache dafür überall auf der Welt die gleichen Einwirkungen auf den menschlichen Körper hat.<sup>259</sup> Das HWS-Schleudertrauma wird denn auch im ICD-10 nicht als chronische Beschwerde aufgeführt, sondern lediglich als Folge einer organisch nachweisbaren Verletzung.<sup>260</sup> In der Schweiz erleidet gemäss einer Studie des Europäischen Versicherungsverband aus dem Jahr 2004 jede dritte Person, welche durch einen Verkehrsunfall mit Personenschaden betroffen war, eine HWS-Distorsion, wohingegen im Vereinigten Königreich über drei Viertel und in Frankreich nur 3% solcher Fälle vorkommen.<sup>261</sup> MEYER stellt anhand diverser internationaler Studien fest, dass zwischen der Häufigkeit von HWS-Verletzungen und dem Schadensausgleichssystem im Sozial-, Privatversicherungs- sowie Haftpflichtrecht ein Zusammenhang besteht.<sup>262</sup> Inwiefern dies tatsächlich zutrifft, ist aber trotzdem zweifelhaft, da gemäss der Antwort des Bundesrates auf eine Interpellation zu diesem Thema auf die Unfallstatistik der Sammelstelle der Statistik der Unfallversicherung verwiesen wird und diese besagt, dass die HWS-Verletzungsfälle in den drei grossen Sprachregionen der Schweiz sehr unterschiedliche Zahlen aufweisen, obwohl überall das gleiche Rechtssystem zum Tragen kommt. Eine mögliche Erklärung könnte sich gemäss Bundesrat in kulturellen Eigenschaften finden lassen.<sup>263</sup> Die Verbreitung von psychischen Störungen im Allgemeinen und insb. von Schleudertraumata haben erst in den letzten 15 Jahren zugenommen, wobei in diesem Zusammenhang auch von einem Moral Hazard gesprochen wird. Das Verhalten der Versicherten wird nach der Meinung von MURER primär unbewusst oder bewusstseinsnah ausgeübt und es handelt sich grundsätzlich nicht um Betrugsabsichten. Aus wirtschaftlicher Sicht ist es ein rationales Verhalten, die Möglichkeiten eines Versicherungssystems zu nutzen, was nicht mit einer Unmoral der Versicherten gleichgestellt werden soll.<sup>264</sup> Eine glaubhafte Studie, die den Anteil an Aggravation und Simulation in Bezug auf HWS-Schleudertraumata darstellt, ist

---

<sup>256</sup> MEYER, Schleudertrauma, S. 482 und 486; SUTER, Die Preisgabe der Überwindbarkeitsvermutung, S. 448; AWMF-Leitlinie Nr. 030-095, S. 5.

<sup>257</sup> Vgl. BGE 136 V 279; SUTER, Die Preisgabe der Überwindbarkeitsvermutung, S. 448.

<sup>258</sup> Diese Aussage soll den «Volksglauben» aus eigenen Erfahrungen darstellen und ist wissenschaftlich nicht fundiert. Siehe auch PRIBNOW, Schmerzpraxis, S. 233 mit Kritik an SCHATZMANN, Überwindbarkeitsrechtsprechung im Haftpflichtrecht, S. 19.

<sup>259</sup> MEYER, Schleudertrauma, S. 478.

<sup>260</sup> Vgl. ICD-10: S13.4, «<http://www.icd-code.de/icd/code/S13.-.html>», Stand: 08.03.2016.

<sup>261</sup> CEA-Studie, S. 6.

<sup>262</sup> MEYER, Schleudertrauma, S.480 f. mit weiteren Hinweisen zu den Studien.

<sup>263</sup> Antwort des Bundesrates auf Interpellation 07.3475, Punkt 3 der Antwort; mit Hinweis auf die Unfallstatistik, wobei die Zahlen nicht klar ersichtlich sind.

<sup>264</sup> MURER, Moral Hazard, S. 249 f. und 257 f.

nicht ersichtlich, ebenso existiert keine aktuellere europäische Vergleichsstudie. Ein Hinweis darauf, dass nur ein sehr kleiner Teil der Betroffenen tatsächlich seine Leiden simuliert, gibt PRIBNOW, indem er sagt, dass viel mehr der Personen zu Sozialhilfeempfängern werden, als dass Ersatzleistungen erbracht werden. Die Versicherten können sich demnach nicht dem Moral Hazard entziehen, obwohl sie keine Rente erhalten.<sup>265</sup>

## 7. Beurteilung der neuen Rechtsprechung

In der juristischen sowie medizinischen Lehre wird die Schmerzpraxis, welche mit BGE 130 V 352 begründet wurde, in vielen Punkten kritisiert.<sup>266</sup> Positiv zu bewerten ist, dass das Bundesgericht einen Grossteil der Kritik im neuen Grundsatzentscheid BGE 141 V 281 aufgegriffen und dazu verwendet hat, um das Verfahren anzupassen. Wie das Bundesgericht in einem seiner jüngsten Entscheide zu diesem Thema richtigerweise festhält, wurde mit der neuen Rechtsprechung kein neuer Leistungsanspruch festgesetzt, sondern es wurde lediglich das Beweisverfahren verändert.<sup>267</sup>

### 7.1. Beibehaltung der objektiven Überwindbarkeit

An einem zentralen Punkt wird weiterhin festgehalten. Es ist vorausgesetzt, dass die beklagte Erwerbsunfähigkeit objektiv überwindbar sein muss, ansonsten kann diese nicht invalidisierend wirken. Hier hält sich das Bundesgericht konsequenterweise an die Bundesgesetzgebung gemäss Art. 7 Abs. 2 ATSG. Die objektivierbare Überwindbarkeit der Erwerbsunfähigkeit gilt in der Invalidenversicherung für sämtliche Leiden und nicht nur für anhaltende somatoforme Schmerzstörungen und vergleichbare psychosomatische Leiden. Ein bedeutender Unterschied in der Anwendung besteht aber im Nachweis der objektiven Überwindbarkeit. Bei vielen Gesundheitsbeeinträchtigungen kann eine allfällige Erwerbsunfähigkeit bzw. die fehlende Überwindbarkeit relativ problemlos ermittelt werden. Da der direkte Beweis nach Aussage des Bundesgerichts bei einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung nicht erbracht werden kann, wurde eine Hilfskonstruktion geschaffen, um immerhin mit Indizien die objektive Überwindbarkeit der Erwerbsunfähigkeit zu beurteilen.<sup>268</sup> Nach der Meinung von MURER kann mit der sog. Coping Methode<sup>269</sup> auch ein direkter Beweis bei objektiv schwer nachweisbaren Beschwerden erbracht werden. Die Anwendung dieser Methode greift aber sehr tief in die Privatsphäre der Patienten ein, insb., weil viel in deren Vergangenheit nachgeforscht wird.<sup>270</sup> Das Bundesgericht erwähnt diese Möglichkeit in seiner Rechtsprechung nicht. Es lässt sich vermuten, dass ein zu grosser Aufwand, eine Tangierung oder gar Verletzung

---

<sup>265</sup> PRIBNOW, Schmerzpraxis, S. 233.

<sup>266</sup> Vgl. insb. Kapitel 3.6.

<sup>267</sup> Urteil 8C\_590/2015 vom 24. November 2015, E. 5.3.

<sup>268</sup> HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen, S. 511 und 533.

<sup>269</sup> Vergleich zwischen der posttraumatischen Reaktion mit den Reaktionen des Versicherten bei vergangenen oder gegenwärtigen Gelegenheiten, welche in üblichem Masse in dessen Leben eingegriffen haben. ,zit. nach MURER, Moral Hazard, S. 267; MURER/KIND/BINDER, Adäquater Kausalzusammenhang bei erlebnisreaktiven Störungen, S. 144.

<sup>270</sup> MURER, Moral Hazard, S. 266 f.

der Privatsphäre die Anwendung als ungerechtfertigt erscheinen lässt und aufgrund der Recherche in der Vergangenheit des Patienten ein hohes Mass an dessen Kooperation erfordert, was das Ergebnis dieser Methode stark beeinflussen kann.

## 7.2. Änderung der Begrifflichkeiten

Auffallend in der neuen Rechtsprechung sind diverse begriffliche Anpassungen. So spricht das Bundesgericht nicht mehr von pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebildern ohne nachweisbare organische Grundlage oder dem durch die Lehre abgekürzte Begriff «PÄUSBONOG», sondern es nennt nur noch die anhaltende somatoforme Schmerzstörung und vergleichbare psychosomatische Leiden.<sup>271</sup> Eine Erklärung für diesen Wechsel lässt sich m.E. dadurch finden, dass die Bedeutung von PÄUSBONOG selbst nicht ganz klar war, so wurde der Begriff von HENNINGSSEN in seine Einzelteile zerlegt und genauer erläutert. Er stellte dabei fest, dass der Begriff auch falsch verstanden werden kann,<sup>272</sup> was möglicherweise das Bundesgericht dazu bewegte, eine neue Bezeichnung einzuführen. Mit dem ersten Teil der neuen Begrifflichkeit nennt es explizit das bedeutendste Leiden der vorherigen PÄUSBONOG-Kategorie, wohingegen der zweite Teil eine Aussage liefert, welche nicht besonders konkret ist. Auf den ersten Blick lässt sich nicht eruieren, was unter «vergleichbaren psychosomatischen Leiden» gemeint ist. Das Bundesgericht entschärft diese Unklarheit, aber mit einem Verweis auf einen früheren Entscheid dahingehend, dass damit sämtliche Beschwerdebilder gemeint sind wie auch unter dem Begriff der PÄUSBONOG.<sup>273</sup> Eine Anpassung dieses Begriffes wäre wohl nicht zwingend nötig gewesen, aber es kann auch als zusätzliches Zeichen verstanden werden, dass eine neue Grundsatzrechtsprechung eingeführt wurde.

Nebst dieser Anpassung wurde auch im Rahmen der Morbiditätsprüfung die Begrifflichkeit von Kriterien zu Indizien gewechselt, wobei anzumerken ist, dass dieser Wechsel schon unter den jüngsten Entscheiden<sup>274</sup> der alten Schmerzpraxis Anwendung fand. Mit dem Begriff der Indizien will das Bundesgericht deutlich machen, dass die Prüfung lediglich auf Hinweisen aufbaut, welche eine gewisse Unzuverlässigkeit aufweisen können. Der Kriteriums begriff vermittelte hingegen das Bild, dass von mehreren Szenarien nur eines für die Entscheidung massgeblich sein kann.<sup>275</sup> Die Anpassung dieser Begriffe bringt an sich keine inhaltliche Änderung in die neue Praxis, jedoch wird m.E. damit erneut ein Zeichen gesetzt, wie die neue Praxis zu verstehen ist, nämlich als ergebnisoffene und einzelfallgerechte Beurteilung.

## 7.3. Aufgabe der Vermutung

Auf den ersten Blick erscheint die Nachricht, dass die Überwindbarkeitsvermutung aufgegeben und durch ein strukturiertes Beweisverfahren ersetzt wurde, im Grundsatz als rundum positiv. Mit der

---

<sup>271</sup> Vgl. BGE 141 V 281, E. 4.2.

<sup>272</sup> Vgl. HENNINGSSEN, Probleme und offene Fragen, S. 516 ff.

<sup>273</sup> Vgl. BGE 141 V 281, E. 4.2. mit Verweis auf BGE 140 V 8, E. 2.2.1.3.

<sup>274</sup> Vgl. BGE 139 V 547, E. 7.2.

<sup>275</sup> BGE 141 V 281, E. 4.1.2.

Aufgabe der unteilbaren Überwindbarkeit und der Einführung der einzelfallgerechten Beurteilung, steht der Weg offen, vermehrt auch Teilrenten zuzusprechen.<sup>276</sup> Die objektivierte Zumutbarkeitsprüfung wird gemäss Art. 7 Abs. 2 ATSG weiterhin angewandt und dabei wird von der grundsätzlichen «Validität» der versicherten Person ausgegangen, welche hier als Gegenstück zur «Invalidität» verstanden wird.<sup>277</sup> In der neuen Rechtsprechung wird durch die Formulierung «grundsätzliche Validität» also wieder eine Regel aufgestellt, die es anhand der Standardindikatoren umzustossen gilt. Es wird zwar auf den Begriff der Vermutung verzichtet, aber faktisch führt es zu einem sehr ähnlichen Gedankengut. Das Gericht geht davon aus, dass die betroffene Person grundsätzlich nicht invalid ist und die materielle Beweislast trägt, um das Gegenteil zu beweisen. Gleichzeitig muss der Beweis den Anforderungen von Art. 7 Abs. 2 ATSG standhalten, worin eine Erwerbsunfähigkeit nur gegeben ist, wenn sie objektiv nicht überwindbar ist.<sup>278</sup> M.E. ist dieses neue Konstrukt keine Vermutung, welche auf die Überwindbarkeit abzielt, da durch Art. 7 Abs. 2 ATSG keine gesetzliche Vermutung auf eine Überwindbarkeit aufgestellt wird, sondern es liegt lediglich eine Verdeutlichung des Inhalts dieser Norm vor,<sup>279</sup> welche die versicherte Person i.d.R. als valide, also mehr als 60% erwerbsfähig betrachtet. Dies erscheint jedoch sachgerecht, da die Betroffenen auf die Behörden und später auf die Richter zukommen und einen Anspruch auf eine Invalidenrente zugesprochen bekommen wollen. Hier ist es richtig, dass das Gericht vorerst davon ausgeht, dass die Versicherten in jenem Masse gesund sind, dass eine Invalidität abzulehnen sei, was aber durch die Beweise, welche sich das Gericht aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes mit Hilfe der Versicherten besorgt,<sup>280</sup> entkräftet werden kann. Da die betroffenen Personen einen Anspruch geltend machen, ist es ausserdem auch sachgerecht, dass sie die materielle Beweislast und somit die Folgen einer Beweislosigkeit tragen müssen. Viel entscheidender ist aber die Frage nach der Handhabung des Beweisverfahrens. Hierbei kann den Betroffenen in grober Weise Unrecht getan werden, wenn das Verfahren unfair und einseitig gehalten wird.

#### **7.4. Neue Eintrittsschwelle für die Anspruchsbegründung**

Mit BGE 141 V 281 und einem nachfolgenden Urteil hat das Bundesgericht die Ausschlussgründe,<sup>281</sup> welche schon unter der alten Rechtsprechung Teil der Schmerzpraxis waren,<sup>282</sup> nicht nur beibehalten, sondern ihnen sogar das Potential zu einem entscheidenden Kriterium gegeben. Dadurch, dass das Erfüllen eines aggravatorischen Verhaltens und der Tatsache, dass die Aussage über dessen Folgen vor dem Katalog der Standardindikatoren genannt wird, kommt dieser Überprüfung auch vorrangige Bedeutung zu. Diese Reihenfolge der Prüfung entspricht gemäss JEGER aber nicht der ärztlichen Ethik und den Regeln der Kunst.<sup>283</sup> Wenn nun die IV-Stelle zum Schluss kommt, dass das Verhalten der versicherten

---

<sup>276</sup> GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 91.

<sup>277</sup> MOSIMANN, Unklare Beschwerdebilder, S. 26.

<sup>278</sup> Vgl. BGE 141 V 281, E. 3.7.2.

<sup>279</sup> Vgl. auch HUSMANN, Ei des Kolumbus, S. 194.

<sup>280</sup> RHINOW ET AL., Öffentliches Prozessrecht, Rz. 991 und 994a.

<sup>281</sup> Vgl. BGE 141 V 281, E. 2.2.1. f.; vgl. Urteil 9C\_899/2014 vom 29. Juni 2015, E. 4.1.

<sup>282</sup> Vgl. BGE 131 V 49, E. 1.2.

<sup>283</sup> JEGER, Auswirkungen der neuen Rechtsprechung auf medizinische Gutachten, S. 104.

Person eine Aggravation darstellt, wird von Anfang an kein Gesundheitsschaden angenommen und ebenso auch kein Anspruch auf eine Invalidenrente gewährt. Damit kann m.E. das strukturierte Beweisverfahren gänzlich umgangen werden, was zukünftig eine Gefahr dahingehend darstellt, dass ähnlich der Überwindbarkeitsvermutung viele Rentenanträge abgelehnt werden, wobei dies nach GÄCHTER/MEIER dazu dienen soll, dass die somatoformen Schmerzstörungen nicht zu einem Auffangtatbestand verkommen.<sup>284</sup> Mit der Positionierung der Ausschlussgründe vor den Standardindikatoren wurde eine neue Eintrittsschwelle eingeführt, die zwar schon vorher Bestand hatte, aber welche durch die neue Rechtsprechung vermehrt beachtet werden soll.<sup>285</sup> Dieser Ansatz ist aber vor allem auch dadurch stossend, da eine Aggravation nicht gleichzusetzen ist mit einer Simulation und somit trotzdem ein tatsächlicher Gesundheitsschaden vorliegt, der nur übertrieben dargestellt wird.<sup>286</sup> Dies erscheint nach der hier vertretenen Ansicht nicht ganz sachgerecht. Hier wäre in vielen Fällen sicherlich Platz für eine Teilrente, sofern nach Abzug des aggravatorischen Verhaltens noch eine genügend hohe Erwerbsunfähigkeit gegeben ist. Hinzu kommt noch die Tatsache, dass Diskrepanzen zwischen den angegebenen Leiden und dem gezeigten Verhalten nebst den Ausschlussgründen auch noch im Rahmen der Konsistenzprüfung im Fokus stehen, wodurch sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen Ausschlussgründen und Konsistenzprüfung stellt und vom Bundesgericht möglichst bald beantwortet werden sollte.<sup>287</sup>

Es bleibt abzuwarten, ob auf der einen Seite die Gutachter in der Lage sind, ihre Untersuchungen und Berichte wunschgemäss durchzuführen sowie zu erstellen und auf der anderen Seite, ob die Rechtsanwender anhand der Gutachten einen sachgerechten Entscheid treffen können. Hierbei entstehen nach der hier vertretenen Meinung Bedenken bezüglich der Durchführbarkeit und einer möglichen Vereinfachung als Folge. Eine Vereinfachung könnte entweder in der Herabsetzung der Gutachtensanforderungen eintreten oder aber, dass die Rechtsanwender mit den Gutachten überfordert sind und diese in der Folge nicht mehr sachgemäss überprüfen, was sich dann auf die Entscheide auswirken kann, indem möglicherweise die Ausschlussgründe vermehrt angenommen werden. Die Lehre ist sich dabei auch einig, dass die Ausschlussgründe sowie auch die Konsistenzprüfung, welche im Rahmen der Indikatoren zusätzlich geprüft wird, an Bedeutung gewinnen werden.<sup>288</sup>

## **7.5. Ergebnisoffene Beurteilung mit Standardindikatoren**

Bei der Prüfung der Morbidität wurde der Kriterien- bzw. Indikatorenkatalog komplett überarbeitet. Auffallend ist, dass der vormals zentrale Punkt der psychiatrischen Komorbidität nicht mehr vorrangig

---

<sup>284</sup> GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 81.

<sup>285</sup> Vgl. BGE 141 V 281, E. 2.2.

<sup>286</sup> PRIBNOW, Privatrechtlicher Blick auf die Schmerzrechtsprechung, S. 445 f.

<sup>287</sup> MOSIMANN, Grundsatzentscheid BGE 141 V 281, 434 f.; vgl. IV-Rundschreiben Nr. 339, S. 3.

<sup>288</sup> MOSIMANN, Grundsatzentscheid BGE 141 V 281, S. 434; SUTER, Die Preisgabe der Überwindbarkeitsvermutung, S. 451.

und nicht mehr unter derselben Beschreibung geführt wird. Die psychiatrischen und körperlichen Begleiterkrankungen werden nun zusammen mit ihren Wechselwirkungen betrachtet.<sup>289</sup> Dieser Zusammenschluss ist aufgrund der medizinischen Kritik von HENNINGSSEN an der psychiatrischen Komorbidität auf jeden Fall zu begrüßen.<sup>290</sup> Die Neuformulierung der Standardindikatoren ist m.E. nebst dem Fallenlassen der Vermutung eine der grössten Veränderungen zur alten Rechtsprechung. Es wurde eine sinnvolle Grobtaufteilung in «funktioneller Schweregrad» und in die Konsistenzprüfung vorgenommen. Die neue Gliederung des Katalogs erscheint deutlich differenzierter als die früheren Kriterien.

Mit den Formulierungen der einzelnen Indikatoren wurde ebenfalls ein Schritt zu einem faireren Verfahren getätigt. Wohingegen die Kriterien unter BGE 130 V 352 die Behörden und Gerichte dazu veranlasste, nach belastenden Eigenschaften der betroffenen Person zu suchen, um den Regelfall der Überwindbarkeit eintreten zu lassen,<sup>291</sup> da sind die Indikatoren nach BGE 141 V 281 offener formuliert. Dadurch, dass die Indikatoren nicht nur negativ umschrieben werden, indem einseitig mögliche Schwächen aufgezeigt werden, sondern auch allfällige Stärken betont werden, kann eine gesamtheitlichere Prüfung des Gesundheitszustands vorgenommen werden. Die Bewertung kann viel eher dynamisch an den Einzelfall angepasst werden, wodurch einerseits das Verfahren im Vergleich zu früher um einiges fairer erscheint und andererseits durch die umfangreichere Prüfung auch eine Teilinvalidität Anerkennung findet. Durch das Aufgreifen der Kritik und der Umsetzung in den Standardindikatoren werden die persönlichen Ressourcen besser in die Prüfung aufgenommen. Auch aus psychiatrischer Sicht wurde von MARELLI für eine stärkere Fokussierung auf die persönlichen Ressourcen plädiert, da die komplexen Ich-Funktionen und die Persönlichkeit die innere Situation eines Patienten besser aufzeigen können. Mit den Verlaufs- und Prognosekriterien kann nur ein Längsschnitt über die Arbeitsfähigkeit erstellt werden, aber noch kein Querschnitt. In der neuen Rechtsprechung werden solche Kriterien bzw. Indikatoren unter dem Komplex der Gesundheitsschädigung zusammengefasst und mit der Persönlichkeitsdiagnostik kombiniert, wodurch die Zuverlässigkeit bei der Bestimmung der Arbeitsunfähigkeit erhöht werden kann.<sup>292</sup> Eine gesteigerte Zuverlässigkeit und auch Glaubwürdigkeit bei der Bemessung der Arbeitsunfähigkeit ist sicherlich ein gewichtiger Punkt, worauf die neue Praxis abzielt und was vermutlich zu einer höheren Akzeptanz führen wird als die Überwindbarkeitsrechtsprechung.<sup>293</sup> Daneben dient die Konsistenzprüfung der Aufgabe, herauszufinden, ob die betroffene Person wirklich nicht arbeiten kann oder einfach nicht will.<sup>294</sup> Im Bereich der Konsistenzprüfung wird auch wieder der soziale Rückzug geprüft, welcher unter der alten Praxis äusserst streng ausgelegt wurde. Dieser Aspekt ist sicherlich tauglich, um einen Teilbereich der persönlichen Ressourcen einer Person aufzuzeigen, die von einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung betroffen ist, da eine Person mit einem intakten Sozialleben möglicherweise mehr Kraft hat, um durch den Alltag zu kommen.

---

<sup>289</sup> Vgl. BGE 141 V 281, E. 4.3.1.3.

<sup>290</sup> Vgl. HENNINGSSEN, Probleme und offene Fragen, s. 539 f.

<sup>291</sup> Vgl. BGE 141 V 281, E. 3.4.2.2.

<sup>292</sup> MARELLI, Nicht können oder nicht wollen?, S. 338.

<sup>293</sup> So auch KOCHER, Chance für die IV, S. 444.

<sup>294</sup> RIEMER-KAFKA, Zur Überwindung der Überwindbarkeitsvermutung, S. 379.

Dennoch sollte ein Entscheid über den Anspruch einer Invalidenrente nicht nur von diesem Indikator abhängen, wie es z.T. unter der alten Rechtsprechung der Fall war,<sup>295</sup> da damit nur ein kleiner Teil der komplexen Persönlichkeit abgedeckt ist. Eine Vielzahl an sozialer Kontakte kann m.E. höchstens dazu führen, dass keine ganze Rente ausgerichtet wird, sondern nur eine Teilrente, sofern die übrigen Indikatoren für eine Invalidität sprechen.

Mit dem neuen Katalog steigt jedoch auch die Komplexität, mit welcher die Gutachten durchgeführt werden müssen, wobei z.T. auch unter der früheren Praxis die Gutachten schon umfangreicher erstellt wurden, als effektiv nötig gewesen wäre. Da aber mit den Indikatoren nicht mehr nur Kriterien aneinandergereiht werden, sondern viel mehr eine Verflechtung der einzelnen Punkte stattfinden soll und diese je nach Einzelfall anders beurteilt werden, entsteht dadurch eine hohe Komplexität. Gerade im Zusammenhang mit HWS-Schleudertraumata werden die begutachtenden Ärzte stark gefordert. Aufgrund des vorne beschriebenen<sup>296</sup> typischen Beschwerdebildes, welches diverse Beschwerden beinhaltet, wird es im Rahmen der Bestimmung des funktionellen Schweregrades darauf hinauslaufen, dass jedes einzelne Leiden noch stärker ermittelt werden muss, um das typische Beschwerdebild darzulegen. Hierbei sind sich auch HUSMANN auf persönliche Anfrage sowie GÄCHTER/MEIER einig, dass die Erfolgchancen in Bezug auf die Zusage einer Invalidenrente bei einer HWS-Distorsion kaum bis gar nicht vorhanden sind.<sup>297</sup>

Die Gutachten, welche von der IV-Stelle in Auftrag gegeben werden, müssen sich grundsätzlich an den Vorgaben im IV-Rundschreiben Nr. 339 orientieren, was insofern erstaunlich ist, dass die Gutachter immer alle Indikatoren abklären sollen,<sup>298</sup> was m.E. an einer einzelfallbezogenen Beurteilung Zweifel aufkommen lässt. Zu begrüssen ist auf jeden Fall die dadurch geschaffene Rechtssicherheit, wobei die Rechtsklarheit<sup>299</sup> nach der hier vertretenen Auffassung mit Bedacht gutgeheissen wird. Übereinstimmend mit der Aussage von HUSMANN ist der Katalog im Entscheid sowie auch im Rundschreiben zu ausführlich und damit zu komplex. Mit der feinen Aufgliederung der Indikatoren wird eine Genauigkeit zu erreichen versucht, welche faktisch kaum besteht, da die Fähigkeiten der Mediziner und der Medizin selbst beschränkt sind<sup>300</sup> und im Endeffekt eine Scheingenauigkeit erreicht wird, welche das tatsächliche Leiden womöglich nicht so beschreiben kann, wie es tatsächlich vorliegt. Durch die aufwändige Abklärung der Leiden entsteht viel Arbeit für Anwälte und Mediziner, was zudem zu extrem hohen Parteikosten führt. Von JEGER wird weiter kritisiert, dass die Fragestellung unausgewogen ist, da zweimal nach vorhandenen Ressourcen gefragt wird, die mobilisierbar sind, aber nie nach ressourcenverbrauchenden Faktoren.<sup>301</sup> Dies widerspricht m.E. der höchstrichterlich ausgedrückten Vorstellung der neuen Praxis, welche eine gesamtheitliche Beurteilung vornehmen soll und die entlastende sowie auch die belastende Seite gleichermassen beleuchten soll. Durch den Auftrag im Rundschreiben, stets alle Indikatoren zu prüfen, widerspricht er auch

---

<sup>295</sup> Vgl. Urteil 9C\_662/2009 vom 17. August 2010, E. 3.1.

<sup>296</sup> Vgl. Kapitel 6.1., S. 55 f.

<sup>297</sup> GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 82.

<sup>298</sup> GÄCHTER/MEIER, Einordnung von BGE 141 V 281, S. 437.

<sup>299</sup> Vgl. GÄCHTER/MEIER, Einordnung von BGE 141 V 281, S. 437.

<sup>300</sup> Vgl. auch JEGER, Auswirkungen der neuen Rechtsprechung auf medizinische Gutachten, S. 109.

<sup>301</sup> JEGER, Auswirkungen der neuen Rechtsprechung auf medizinische Gutachten, S. 110.

der Aussage des Bundesgerichts, dass der neue Katalog keine «abhakbare Checkliste» sein soll, denn dieser Eindruck entsteht gerade hierdurch.<sup>302</sup>

Abschliessend soll noch angefügt werden, dass sich durch die Verschiebung von der Überwindbarkeitsvermutung auf die ergebnisoffene Beurteilung die Urteile in ablehnenden Fällen für die Betroffenen wohl etwas angenehmer anhören. Die Begründung erscheint zukünftig weniger vorwurfsvoll, da eine gesamtliche Prüfung vorgenommen werden soll.<sup>303</sup> Der Vorwurf, dass mit etwas mehr Willensanstrengung durchaus einer Erwerbstätigkeit nachgegangen werden kann, wird hoffentlich durch eine Argumentation mit plausiblen Gründen abgelöst.

## **7.6. Beweisrechtliche Grundsätze**

Unverändert bleibt mit der neuen Praxis die Einschränkung des Beweisthemas. Das ganze Beweisverfahren ist nach wie vor an einen Katalog gebunden. Die neuen Indikatoren sind zwar offen für neue medizinische Erkenntnisse und der Katalog soll keine «abhakbare Checkliste sein»,<sup>304</sup> aber dennoch stellt er m.E. eine Beschränkung der möglichen Beweisthemen dar. Der Beweis kann nur anhand der vorgeschriebenen Punkte erbracht werden, was dem Recht auf Beweis zuwider spricht. Zusätzlich erscheint es gemäss dem persönlichen Gespräch mit HUSMANN, dass die Gerichte die Möglichkeit in der Beweisabklärung, auch andere Personen wie Angehörige oder den Arbeitgeber zu befragen, nicht nutzen. Dieses Verhalten sollte überdacht und wenn möglich abgeschafft werden.

## **7.7. Keine Neuanmeldung aufgrund der Praxisänderung**

Das Bundesgericht hat in einem seiner jüngsten Entscheide klargestellt, dass eine Neuanmeldung aufgrund der Praxisänderung nicht möglich ist, da keine neuen Anspruchsvoraussetzungen geschaffen, sondern lediglich das Beweisverfahren angepasst wurde.<sup>305</sup> Diese Begründung erscheint plausibel, da sich der Anspruch immer noch auf die gleichen Grundlagen nach Art. 6, 7 und 8 ATSG sowie Art. 4 Abs. 1 und Art. 28 IVG bezieht. Nicht zufriedenstellend ist aber die Tatsache, dass bei der Rechtsprechungsänderung im Jahre 2004 das Bundesgericht zuerst auch das Fehlen einer Grundlage für eine Neuanmeldung aufgrund der Praxisänderung annahm,<sup>306</sup> aber mit der IV-Revision 6a eine Schlussbestimmung aufgenommen wurde, welche eine erneute Prüfung der Ansprüche vorschrieb. Die Renten konnten dadurch bis zum 31. Dezember 2014 noch herabgesetzt oder gar ganz aufgehoben werden. Dies führte dazu, dass möglicherweise einige Betroffene eine Herabsetzung oder Aufhebung ihrer Invalidenrente über sich ergehen lassen mussten, um nur ein halbes Jahr später eine erneute Änderung der Rechtsprechung in Bezug auf das

---

<sup>302</sup> So auch JEGER, Auswirkungen der neuen Rechtsprechung auf medizinische Gutachten, S. 110.

<sup>303</sup> So auch JEGER, Auswirkungen der neuen Rechtsprechung auf medizinische Gutachten, S. 92; JEGER, Die neue Rechtsprechung, Rz. 45; KIESER, Ein Blick zurück, S. 430.

<sup>304</sup> BGE 141 V 281, E. 4.1.1.

<sup>305</sup> Urteil 8C\_590/2015 vom 24. November 2015, E. 5.3.

<sup>306</sup> BGE 135 V 201, E. 7., insb. E. 7.2.1.

Beweisverfahren zu erfahren. Es ist nicht ersichtlich, dass diese Personen, welche von der Schlussbestimmung 6a betroffen sind, in Form einer Ausnahme erneut einer Prüfung unterliegen. Diese Umstände sind stossend, da mit den neuen Standardindikatoren ein faireres Verfahren kreiert wurde, welches zumindest in der Theorie vermehrt zu Teilrenten anstatt gar keiner Rente führen soll.

An der fehlenden Grundlage für eine Neuanschuldung bezüglich der Praxisänderung gibt es nach der hier vertretenen Meinung nichts auszusetzen. In Anbetracht der jüngsten Vergangenheit, wo vom Gesetzgeber die erneute Überprüfung und allfällige Herabsetzungen oder Aufhebungen der Invalidenrenten vorgeschrieben wurde, ergibt sich jedoch für die betroffenen Personen ein ungerechtes Bild. Zusammen mit der Möglichkeit vermehrt Teilrenten zu vergeben,<sup>307</sup> wäre eine Sonderregelung für die Betroffenen aus der IV-Revision 6a im Sinne einer vorliegenden ungerechtfertigten Ungleichbehandlung zu überdenken.

## 7.8. Fazit

Die neue Praxis in Bezug auf die anhaltende somatoforme Schmerzstörung und vergleichbare psychosomatische Beschwerdebilder behandelt die betroffenen Personen nach wie vor anders als die Betroffenen einer anderen Erkrankung wie z.B. bei einer Lähmung. Wie sich aber gezeigt hat, ist diese Sonderbehandlung alleine aufgrund der speziellen Beschwerden nicht ungerechtfertigt, sondern sie wurde es erst durch das damit verbundene, unfaire Beweisverfahren. Mit der Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung weg von der Überwindbarkeitsvermutung hin zu einem neu strukturierten Beweisverfahren wurde m.E. ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung getan.<sup>308</sup>

Die neue Praxis bewegt sich mit der umfassenderen Abklärung des Gesundheitszustandes mehr wieder in Richtung des sozialen Gedankens der Invalidenversicherung, nämlich Invalide zu unterstützen und zu stärken. So kann auch erwartet werden, dass aufgrund der Ausgestaltung des Verfahrens vermehrt Teilrenten zugesprochen werden.<sup>309</sup> Durch die Überwindbarkeitspraxis wurde den Betroffenen von vorne herein faktisch vorgeworfen, dass sie arbeiten könnten und dass sie es selbst zu verantworten haben, dass sie nicht genug Willen aufbringen können. Mit der umfassenden Abklärung wird der Versicherte möglichst unvoreingenommen begutachtet<sup>310</sup> und es wird in der noch jüngeren Rechtsprechung zur Aggravation konkretisierend festgehalten, dass es zur Natur einer versicherten Person gehört, welche sich bei der IV anmeldet, dass diese ihre Leiden präsentiert, ohne dass sich dies negativ auf den Rentenanspruch auswirken soll.<sup>311</sup> Dadurch wird die versicherte Person zu einem neutralen Antragssteller auf eine Invalidenrente, was eine positive Ausgangslage für die Überprüfung darstellt. Problematisch werden könnte in diesem Zusammenhang aber dennoch die Vorrangstellung der Ausschlussgründe, welche von den IV-Stellen und

---

<sup>307</sup> Vgl. BGE 141 V 281, E. 3.6.

<sup>308</sup> Die neue Praxis wird in der Lehre im Grossen und Ganzen begrüsst: GÄCHTER/MEIER, Einordnung von BGE 141 V 281, S. 435 f.; JEGER, Auswirkungen der neuen Rechtsprechung auf medizinische Gutachten, S. 112; KIESER, Ein Blick zurück, S. 430; KOCHER, Chance für die IV, S. 444; MOSIMANN, Grundsatzentscheid BGE 141 V 281, S. 435; RIEMER-KAFKA, Zur Überwindung der Überwindbarkeitsvermutung, S. 381.

<sup>309</sup> So auch BERGER, «Nur, aber immerhin», S. 296; GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 91.

<sup>310</sup> Vgl. auch KIESER, Ein Blick zurück, S. 430.

<sup>311</sup> Urteil 9C\_899/2014 vom 29. Juni 2015, E. 4.2.1.

Gerichten dazu benützt werden könnte, dass viele Fälle an deren Vorhandensein scheitern und eine Rente komplett verwehrt wird, da ein Gesundheitsschaden gar nicht erst angenommen wird.

## **8. Anwendung der Schmerzpraxis im Haftpflichtrecht**

Im Zusammenhang mit der Schmerzpraxis wurde schon unter der vergangenen Rechtsprechung viel darüber diskutiert, ob sie auch im Haftpflichtrecht Anwendung findet. Das folgende Kapitel befasst sich zuerst mit der Anwendbarkeit der Schmerzpraxis zur Zeit der Überwindbarkeitsvermutung und greift die verschiedenen pro und contra Argumente auf. Im Anschluss darauf wird das neue strukturierte Beweisverfahren auf die Anwendbarkeit im Haftpflichtrecht geprüft.

### **8.1. Unterschiedliche Schadensausgleichssysteme**

Bei der Übertragung der Überwindbarkeitsvermutung in das Haftpflichtrecht stehen sich zwei unterschiedliche Rechtsgebiete gegenüber. Zum einen öffentliches Recht in Form des Sozialversicherungsrechts und zum anderen Privatrecht als Haftpflichtrecht. Die beiden Rechtsgebiete folgen unterschiedlichen Systemen des Schadensausgleichs, wobei keine absolute Trennung erwartet werden darf, sondern es werden dennoch auch gemeinsame Ziele verfolgt und an gemeinsame tatsächliche Lebensumstände angeknüpft.<sup>312</sup> Die Systeme können nach verschiedenen Gesichtspunkten unterschieden werden, so danach, ob eine Einzelperson oder ein Kollektiv ersatzpflichtig sind,<sup>313</sup> nach der Nähe zum Schadensereignis sowie der Funktion der Leistungen<sup>314</sup> und danach, ob für das Schadensereignis eine bestimmte Ursache vorausgesetzt ist.<sup>315</sup>

#### **8.1.1. Haftpflichtrecht**

Das Haftpflichtrecht ist das eindrucklichste Beispiel für ein Einzelentschädigungssystem. Grundsätzlich steht dem Geschädigten eine natürliche oder eine juristische Person als Schädiger gegenüber, welche alleine für den Schaden aufzukommen hat. In diesem System fliessen i.d.R. Leistungen von einem Individuum zu einem anderen. Ausnahmen bestehen in Fällen, wo mehrere Schädiger zusammenwirkten und dadurch eine solidarische Haftung ausgelöst wurde oder wenn der Schädiger stirbt und die haftpflichtrechtliche Leistungspflicht auf die solidarisch haftenden Erben übergeht. In vielen Fällen wird das Einzelentschädigungssystem praktisch nicht mehr zum Zuge kommen, da aufgrund der Haftpflichtversicherung ein Kollektiventschädigungssystem einspringt und die Leistungen übernimmt. Gerade in Fällen eines Schleudertraumas, wo i.d.R. ein Verkehrsunfall voraus geht. In diesem Bereich besteht ein Obligatorium

---

<sup>312</sup> HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht, Rz. 100.

<sup>313</sup> Vgl. HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht, Rz. 107 ff.

<sup>314</sup> Vgl. HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht, Rz. 122 ff.

<sup>315</sup> Vgl. HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht, Rz. 129 ff.

zum Abschluss einer Motorfahrzeughaftpflichtversicherung,<sup>316</sup> welche den Schadenersatz ausrichtet. In bestimmten Fällen, z.B. bei vorsätzlichem Verschulden, kann die Versicherung aber Regress auf den einzelnen Schädiger nehmen, wodurch dieser indirekt wieder als Einzelner den Schaden zu tragen hat.<sup>317</sup>

Eine weitere Einteilung kann darauf beruhend vorgenommen werden, ob der Ersatzpflichtige den Schaden zu vertreten hat oder sogar selbst die Ursache dafür gesetzt hat oder aber aufgrund von anderen neutralen Gründen wie z.B. gesetzlicher Vereinbarungen und vertraglicher Abmachungen zur Ersatzpflicht gezwungen ist. Diese Überwälzung dieser Schadenstragung setzt aber das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen voraus, da im Grundsatz jede Person für ihre eigenen Schäden selbst einzustehen hat, da dies das allgemeine Lebensrisiko mit sich bringt. Im Haftpflichtrecht ist die Einteilung ohne Probleme vorzunehmen. Der Haftpflichtige trägt die Verantwortung entweder für den von ihm verschuldeten Schaden oder für die von ihm gesetzte Gefährdung, welche zu einem Schaden führte. Dadurch ist er ein schadenverursachender Ersatzpflichtiger.<sup>318</sup>

Die letzte Unterscheidung befasst sich damit, ob eine bestimmte Ursache des Schadensereignisses vorliegen muss oder nicht. Diese Unterscheidung ist jedoch nicht deckungsgleich mit der vorherigen. Im Rahmen des Haftpflichtrechts, wo der Schädiger als schadenverursachender Ersatzpflichtiger auftritt, wird durch diesen auch eine Schadensursache gesetzt, welche die Kausalkette in Bewegung setzt. Es darf aber nicht der Umkehrschluss daraus für neutrale Ersatzpflichtige gezogen werden. Ihre Leistungspflicht kann an eine einleitende Ursache gekoppelt sein, wodurch sie erst dann ersatzpflichtig wird, wenn diese bestimmte Ursache vorliegt. Das Haftpflichtrecht gehört unbestritten zu den kausalen Schadensausgleichssystemen.<sup>319</sup>

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass das Haftpflichtrecht ein Einzelentschädigungssystem mit einem schadenverursachenden Ersatzpflichtigen darstellt, welches zudem auf der Kausalität zwischen Ursache und Schaden beruht.

### **8.1.2. Invalidenversicherung**

Aufgrund der Natur einer Versicherung besteht dabei ein Zusammenschluss eines Kollektivs, welches gemeinsam für eine Leistungserbringung einzustehen hat. Je nach Art der Versicherung liegt ein freiwilliger oder ein obligatorischer Zusammenschluss vor, wobei die Invalidenversicherung zu Letzterem gehört. Aufgrund des Kollektiventschädigungssystems können finanzielle Schäden besser ertragen werden, ohne dass die Einzelpersonen, welche das Kollektiv bilden, grossartig in Mitleidenschaft gezogen

---

<sup>316</sup> HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 20, Rz. 35 f.

<sup>317</sup> HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht, Rz. 108.

<sup>318</sup> HÜRZELER, Keine Anwendung der sozialversicherungsrechtlichen Adäquanzkriterien im Haftpflichtrecht, S. 88; HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht, Rz. 123 f.

<sup>319</sup> HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht, Rz. 129 und 133.

werden. Ein weiterer Aspekt des Kollektiventschädigungssystems ist jener, dass der Schaden grundsätzlich auch bei Verschulden des Geschädigten vom Kollektiv getragen wird. Dies trifft vor allem auf Sozialversicherungen zu und somit auch auf die Invalidenversicherung.<sup>320</sup>

Die Invalidenversicherung steht nicht so nahe am Schadensereignis wie der Haftpflichtige. Bei ihr wird die Ersatzpflicht aufgrund gesetzlicher Bestimmungen in der Sozialversicherungsgesetzgebung begründet. Der Zweck der Invalidenversicherung besteht u.a. in der Risikoübernahme, womit sie in diesem Sinne als neutrale Ersatzpflichtige auftritt sowie dies grundsätzlich für alle Versicherungen gleichermassen gilt.<sup>321</sup>

Die Unterscheidung zwischen finalem und kausalem Schadensausgleichssystem ist in der Invalidenversicherung nicht ganz eindeutig. Sie ist im Grundsatz eine finale Versicherung, da sie sich nicht primär auf die Ursache, also Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall,<sup>322</sup> sondern auf den Erfolg, sprich das Leistungsziel, bezieht. Trotzdem führt anders als in der AHV nicht jedes Ereignis zur Leistungspflicht der Invalidenversicherung, sondern nur die drei eben genannten Ursachen. Wie schon vorne beschrieben,<sup>323</sup> müssen diese kausal sein, damit die Voraussetzungen zur Leistungserbringung erfüllt sind.<sup>324</sup>

Die Invalidenversicherung kann somit zu den Kollektiventschädigungssystemen gezählt werden, welche aufgrund der vertraglichen Verbindung als neutrale Ersatzpflichtige auftritt. Zudem ist sie grundsätzlich eine Form der finalen Schadensausgleichssysteme mit Bezug zum Kausalitätsprinzip in bestimmten Belangen.

## 8.2. Anwendung bei der Überwindbarkeitspraxis

Die Frage, ob die Überwindbarkeitspraxis auch im Haftpflichtrecht zur Anwendung kommt, ist eine wichtige Frage, welche aber vom Bundesgericht nie beantwortet wurde. Es wurde lediglich festgehalten, dass eine schematische Übernahme sozialversicherungsrechtlicher Kriterien in das Haftpflichtrecht gegen die Wertungsfrage im Rahmen der Adäquanz spricht. Einzig einige kantonale Gerichte haben sich dazu geäußert, wobei die Anwendbarkeit durchwegs verneint wurde.<sup>325</sup> Sie tritt primär bei Schleudertrauma-Fällen auf, da dort i.d.R. ein Auffahrunfall vorangeht, welcher durch einen unachtsamen Verkehrsteilnehmer verursacht wurde.<sup>326</sup> Neben den hier unbeachteten nebenstrafrechtlichen Problemen, spielt bei Unfällen vor allem das Haftpflichtrecht eine grosse Rolle.

---

<sup>320</sup> HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht, Rz. 111 f.

<sup>321</sup> HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht, Rz. 125.

<sup>322</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 1 IVG.

<sup>323</sup> Siehe Kapitel 2.4.5., S. 14 ff.

<sup>324</sup> HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht, Rz. 131 ff.

<sup>325</sup> HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 60 f.; SCHATZMANN, Überwindbarkeitsrechtsprechung im Haftpflichtrecht, S. 17; BITTEL/BECK, Kürzungen oder Verweigerungen von Versicherungsleistungen, S. 450 f., m.w.H. auf kantonale Rechtsprechung; BGE 123 III 110, E. 3.a.

<sup>326</sup> Vgl. HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 44; ROBERTO, Haftpflichtrechtliche Auswirkungen von BGE 136 V 279, S. 74.

Je nachdem wie die Frage beantwortet wird, wirkt sich dies erheblich für den Versicherten bzw. Geschädigten aus. Im Falle einer Bejahung würde im Haftpflichtrecht auf das Ergebnis der Prüfung der Überwindbarkeitsvermutung abgestellt, wodurch das Vorliegen eines adäquaten Gesundheitsschadens mit hoher Wahrscheinlichkeit abgelehnt würde. In der Folge darauf fehlt es an einem haftpflichtrechtlichen Schaden und die betroffene Person würde nicht dafür entschädigt. Nach der kantonalen Gerichtspraxis wurde dies nicht so angewandt. Der Überwindbarkeitspraxis wurde die Anwendbarkeit im Haftpflichtrecht abgesprochen, wodurch ein ablehnender sozialversicherungsrechtlicher Entscheid keinen Einfluss auf den Zivilprozess hatte. Der Geschädigte konnte daher in diesen Fällen noch eine Entschädigung erwarten.<sup>327</sup>

Im Rahmen der Diskussionen in der Lehre erscheinen vor allem zwei Argumentationslinien den Vorrang zu geniessen. Der erste Aspekt zielt im Ergebnis auf den Normzweck des Haftpflichtrechtes ab, welcher besagt, dass ein voller Schadenausgleich stattfindet, unabhängig des Zustandes des Geschädigten. Ein gesundheitlicher Vorzustand z.B. in Form einer psychosozialen Belastung hat grundsätzlich keine Auswirkung auf den vollen Schadenausgleich. Dadurch werden die Unfallfolgen viel weitreichender berücksichtigt als im Sozialversicherungsrecht, was gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung durch die unterschiedliche Beurteilung der Adäquanz möglich ist.<sup>328</sup> Im Sozialversicherungsrecht findet die Objektivierung der Überwindbarkeit aufgrund von abstrahierten Gegebenheiten statt und nicht anhand konkreter, tatsächlicher Aspekte. Ein gewisser Ausgleich wird im Haftpflichtrecht durch die Schadenersatzbemessung gemäss Art. 43 und 44 OR erreicht.<sup>329</sup>

Als zweite Argumentationslinie dient die Tatsache, dass die PÄUSBONOG-Leiden primär nur anhand der subjektiven Angaben der betroffenen Person beschrieben werden können. Um diese zu objektivieren, wurden im Sozialversicherungsrecht die schon vielfach angesprochenen Foerster-Kriterien eingeführt, welche aber gross kritisiert<sup>330</sup> wurden. Im Haftpflichtrecht wurden jedoch keine speziellen Kriterien für eine Objektivierung entwickelt, wodurch die Frage aufkam, ob die Foerster-Kriterien auch im Haftpflichtrecht Anwendung finden, was in den kommenden Unterkapiteln u.a. erörtert wird.<sup>331</sup>

### 8.2.1. Gründe für die Anwendbarkeit

Es kann vorweggenommen werden, dass die Stimmen, welche für eine Übertragung der Überwindbarkeitsvermutung in das Haftpflichtrecht sprechen, geringer sind, als jene, die dagegensprechen und die Befürworter i.d.R. in der Versicherungsbranche tätig sind.<sup>332</sup>

---

<sup>327</sup> BITTEL/BECK, Kürzungen oder Verweigerungen von Versicherungsleistungen, S. 450 f., m.w.H. auf kantonale Rechtsprechung; vgl. HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 60 ff.

<sup>328</sup> BGE 123 III 110, E. 3.a.; BGE 134 V 109, E. 8.1.

<sup>329</sup> PRIBNOW, Schadenausgleich nach Schleudertrauma, S. 70; SAMUELSSON, HWS-Distorsion-Schleudertrauma, S. 359; SCHATZMANN, Überwindbarkeitsrechtsprechung im Haftpflichtrecht, S. 17.

<sup>330</sup> Siehe Kapitel 3.6.1., S. 33 f.

<sup>331</sup> SCHATZMANN, Überwindbarkeitsrechtsprechung im Haftpflichtrecht, S. 17.

<sup>332</sup> Insb. für eine Übernahme der Überwindbarkeitspraxis in das Haftpflichtrecht äussern sich GERMANN, BGE 136 V 279 und die Auswirkungen, S. 70 ff.; GERMANN, Abschaffung einer rechtlichen Privilegierung, S. 1 ff.; ROBERTO, Haftpflichtrechtliche Auswirkungen von BGE 136 V 279, S. 73 ff.; SCHATZMANN, Überwindbarkeitsrechtsprechung im Haftpflichtrecht, S. 12 ff.; vgl. zur Aussage über die Versicherungsbranche ausserdem jeweils die erste Fussnote in den genannten Verweisen.

Nach der Meinung von SCHATZMANN lässt sich die erste Argumentationslinie nicht nachvollziehen, indem auf die unterschiedlichen Bezugsgrößen in diesen Rechtsgebieten abgestellt wird. Im Sozialversicherungsrecht werden die konkreten Tatsachen im Einzelfall ausser Acht gelassen wie z.B. der angenommene ausgeglichene Arbeitsmarkt, welcher bei der Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit nach Art. 7 Abs. 1 ATSG eine Rolle spielt. Im Gegenzug dazu wird im Haftpflichtrecht die absehbare und vorliegende Lage auf dem Arbeitsmarkt betrachtet. Dieser Gesichtspunkt ist nach seiner Meinung nicht nachvollziehbar, da die Abstrahierung der konkreten Verhältnisse im Sozialversicherungsrecht nicht im Rahmen der Zumutbarkeit erfolgt, sondern lediglich die Bezugsgrösse, also den ausgeglichenen Arbeitsmarkt, betrifft. Ansonsten müssen auch im Sozialversicherungsrecht die persönlichen Verhältnisse im Einzelfall beachtet werden.<sup>333</sup>

Ausserdem sieht SCHATZMANN keinen rechtspolitischen Grund,<sup>334</sup> weshalb die Zumutbarkeit der Arbeitsleistung bei einer Schmerzstörung oder ähnlichen Leiden im Sozialversicherungsrecht nach objektiven Kriterien geprüft wird und im Haftpflichtrecht wird auf die subjektiven Einschätzungen des Geschädigten abgestellt. Bekräftigt sieht er sich durch die Tatsache, dass das Bundesgericht bereits einmal im Bereich der Krankentaggeldversicherung die Foerster-Kriterien zur Objektivierung des Leidens herangezogen hat.<sup>335</sup> Bei dieser Ansicht wird gefordert, dass dieselben medizinischen Grundlagen in die Beurteilung einfließen. Was SCHATZMANN dabei aber verkennt, ist der Umstand, dass im Sozialversicherungsrecht ein im Vergleich zum Haftpflichtrecht eingeschränkter Gesundheitsbegriff, nämlich der bio-psychische und nicht der bio-psycho-soziale Gesundheitsbegriff, zur Anwendung kommt.<sup>336</sup> Zum selben Ergebnis kommt auch GERMANN, der ebenfalls die Anwendung der Überwindbarkeitsvermutung im Haftpflichtrecht daran festmacht, dass es nur eine Medizin geben kann und die Foerster-Kriterien auf der medizinischen Empirie abgestützt sind. Immerhin stellt er richtigerweise fest, dass eine Anwendung aufgrund der sozialversicherungsrechtlichen Norm, genauer gesagt aufgrund von Art. 7 Abs. 2 ATSG, nicht Grundlage für eine Übernahme sein kann.<sup>337</sup> Auch er verkennt die unterschiedlichen Gesundheitsbegriffe in Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht. Ausserdem lässt sich sein Argument, die Vermutung basiere auf der medizinischen Empirie, nicht nachvollziehen, da gerade diese Behauptung, welche vom Bundesgericht mehrfach aufgestellt wurde,<sup>338</sup> von den Medizinern stark kritisiert und in der neuen Rechtsprechung vom

---

<sup>333</sup> SCHATZMANN, Überwindbarkeitsrechtsprechung im Haftpflichtrecht, S. 20.

<sup>334</sup> Sehr kritisch dazu SENN, Moral Hazard, S. 239.

<sup>335</sup> SCHATZMANN, Überwindbarkeitsrechtsprechung im Haftpflichtrecht, S. 19 f.; Urteil 4A\_5/2011 vom 24. März 2011, E. 4.3.2.1.; kritisch zur Anwendung auf die Krankentaggeldversicherung SANER/GEHRING, Überwindbarkeitsrechtsprechung zur Sozialversicherung, S. 815 ff.; ZIMMERMANN, Somatoforme Schmerzstörung in der Privatversicherung, S. 259 ff.; befürwortend FUHRER, Privatversicherungsrechtliche Entscheidungen, S. 166 ff.

<sup>336</sup> SCHATZMANN, Überwindbarkeitsrechtsprechung im Haftpflichtrecht, S. 17.

<sup>337</sup> GERMANN, Abschaffung einer rechtlichen Privilegierung, S. 23 und 26; GERMANN, BGE 136 V 279 und die Auswirkungen, S. 71 ff.

<sup>338</sup> Statt vieler BGE 132 V 393, E. 3.2.

Bundesgericht auch anerkannt wurde.<sup>339</sup> Daneben befürwortet er auch die zentrale Bedeutung der Komorbidität, um eine «Entsubjektivierung» zu fördern,<sup>340</sup> welche ebenfalls kritisiert und nunmehr vom Bundesgericht entschärft wurde.<sup>341</sup> Gemäss GERMANN kommt auch im Haftpflichtrecht der bio-psychische Gesundheitsbegriff zur Anwendung, da im Rahmen einer Körperverletzung nach Art. 46 und 47 OR sozialen Faktoren ebenfalls keine Relevanz zukommt wie im Sozialversicherungsrecht. Dies wird von ihm damit begründet, dass psychosoziale und soziokulturelle Faktoren keine Folgen einer Körperverletzung darstellen können.<sup>342</sup>

SCHATZMANN bringt weiter ein, dass eine zumutbare Willensanstrengung zum Überwinden der Arbeitsunfähigkeit in den beiden Rechtsgebieten gleichermassen beurteilt werden muss. Aus seiner Sicht ist nicht erkennbar, weshalb derselbe Schmerz einmal zu einer Überwindbarkeit führt und ein andermal nicht. Davon abgewichen werden darf nur, wenn nicht medizinische Bezugsgrössen betroffen sind wie z.B. die verschiedenen Ansichten bezüglich der Arbeitsmarktlage.<sup>343</sup>

Eine Schadenersatzzahlung wird grundsätzlich einmal bestimmt und festgesetzt, wobei dieser Entscheid, unter Vorbehalt gewisser zivilrechtlicher Rechtsmittel, endgültig ist. Eine Revisionsmöglichkeit ähnlich wie in Art. 17 ATSG ist im Haftpflichtrecht nicht vorgesehen. Dazu kommt, dass der Schadenersatz i.d.R. kapitalisiert entrichtet werden muss und nicht in Form einer Rente. Aus diesem Grund soll im Haftpflichtrecht keine strengere Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit angewandt werden als im Sozialversicherungsrecht.<sup>344</sup>

Nach den Argumenten für eine Anwendbarkeit der Überwindbarkeitsvermutung im Haftpflichtrecht präsentiert GERMANN sogleich sein entsprechendes Prüfungssystem. Dabei muss zuerst geprüft werden, ob die behaupteten Schmerzen gemäss den Foerster-Kriterien eine dauerhafte Einschränkung bei der Arbeit und im Haushalt verursachen. Sollte diese Hürde überwunden worden sein und damit eine unzumutbare Überwindbarkeit vorliegen, so muss in einem zweiten Schritt die Schadenminderungsobliegenheit nach Art. 44 Abs. 1 OR geprüft werden. In diesem Verfahren ergibt sich, dass dem Geschädigten eine doppelte Beweislast zufällt, wodurch er die haftungsbegründende Kausalität, also das Vorliegen des Gesundheitsschadens und die haftungsausfüllende Kausalität in Form der daraus resultierenden Arbeitsunfähigkeit beweisen muss. Die Arbeitsunfähigkeit muss der Geschädigte sodann anhand der Foerster-Kriterien nachweisen, wodurch auch hier eine Einschränkung des Beweisthemas vorgenommen würde. Im Rahmen der richterlichen Beurteilung müsste sich der Zivilrichter bei Prüfung der Morbiditätskriterien an der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung orientieren.<sup>345</sup> Zusammenfassend kann gesagt werden, dass für den Fall, dass die Überwindbarkeitsvermutung auf das Haftpflichtrecht anwendbar wäre, würde im ersten

---

<sup>339</sup> BGE 141 V 281, E. 3.3.1. und 5.1.1.

<sup>340</sup> GERMANN, Abschaffung einer rechtlichen Privilegierung, S. 29.

<sup>341</sup> Vgl. BGE 141 V 281, E. 4.3.1.3.

<sup>342</sup> GERMANN, Abschaffung einer rechtlichen Privilegierung, S. 22; GERMANN, BGE 136 V 279 und die Auswirkungen, S.72.

<sup>343</sup> SCHATZMANN, Überwindbarkeitsrechtsprechung im Haftpflichtrecht, S. 17.

<sup>344</sup> GERMANN, Abschaffung einer rechtlichen Privilegierung, S. 31 f.

<sup>345</sup> GERMANN, Abschaffung einer rechtlichen Privilegierung, S. 33 ff.; GERMANN, BGE 136 V 279 und die Auswirkungen, S. 73.

Schritt wie im Sozialversicherungsrecht nach einem eingeschränkten Gesundheitsbegriff geprüft und durch die Foerster-Kriterien auch noch das Beweisthema eingeschränkt werden. Nun soll in einem zweiten Schritt nach Art. 44 OR nochmals eine mögliche Herabsetzung des Schadenersatzes aufgrund von haftpflichtfremden Faktoren erfolgen. Nicht nur die medizinische Begründung führt nach Meinung von GERMANN zur Anwendung der Überwindbarkeitsvermutung, sondern auch die Tatsache, dass Art. 44 OR die Retrospektive beleuchtet, aber für die Beurteilung der Invalidität die Prospektive relevant ist. Um diesen Effekt zu erzeugen, ist es demnach notwendig, dass die Überwindbarkeitsvermutung hinzugezogen werden muss.<sup>346</sup>

Einen anderen Ansatz verfolgt ROBERTO, welcher sich primär auf den Kausalitätsbegriff bezieht. Nach seiner Ansicht muss die Problematik der organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebildern nicht anhand der Adäquanz gelöst werden, sondern mit der natürlichen Kausalität. Hierbei würden keine Divergenzen bestehen, da gemäss Bundesgericht die natürliche Kausalität im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht gleich beurteilt wird. Doch auch hier hat sich im Vergleich zur adäquaten Kausalität die Möglichkeit von normativen Wertungen in der Lehre durchgesetzt. Dies könnte wiederum zu einer unterschiedlichen Beurteilung in den beiden Rechtsgebieten führen. ROBERTO vergleicht in diesem Zusammenhang die Schutzzwecke<sup>347</sup> des Haftpflichtrechts und des Sozialversicherungsrechts. Dadurch, dass im Sozialversicherungsrecht die finanziellen Folgen eines Unfalls auf mehrere Versicherte verteilt werden, soll in Fällen von unklarer Kausalität die Sozialversicherung eher dafür eine Leistung erbringen als der Schädiger oder dessen Haftpflichtversicherung. Der Haftpflichtige soll keine grössere Sozialverantwortung tragen als die Sozialversicherungsträger. Aus diesem Grund dürfen im Haftpflichtrecht keine strengeren Anforderungen an die Kausalität gestellt werden als im Sozialversicherungsrecht. Im Gegenteil, die Voraussetzungen sollten sogar enger sein. Dies begründet er damit, dass die haftpflichtrechtliche Schadenersatzreduktion nach Art. 43 und 44 OR primär ein Fall in den Lehrbüchern darstellt, aber nur vereinzelte Entscheide zu finden sind, welche in diesem Rahmen eine Prädisposition berücksichtigen.<sup>348</sup>

Im spezifischen Fall eines Schleudertraumas konkretisiert ROBERTO seine Ansicht. Demnach ist die Problematik nicht immer mit Hilfe der natürlichen Kausalität zu lösen. Eine Ausnahme ist nämlich gegeben, wenn eine Gelegenheitsursache zu diesem besonderen Leiden führt. Die Gesundheitsbeeinträchtigung wäre somit früher oder später auch durch ein anderes Ereignis hervorgerufen worden.<sup>349</sup>

### **8.2.2. Gründe gegen die Anwendbarkeit**

Nebst den obigen Argumenten für die Übernahme der Überwindbarkeitsvermutung spricht sich ein Grossteil der Lehre und auch die kantonalen Gerichte dagegen aus.

---

<sup>346</sup> GERMANN, Abschaffung einer rechtlichen Privilegierung, S. 31.

<sup>347</sup> Siehe Kapitel 8.1., S. 65 ff.

<sup>348</sup> ROBERTO, Haftpflichtrechtliche Auswirkungen von BGE 136 V 279, S. 74 ff.; SCHATZMANN, Überwindbarkeitsrechtsprechung im Haftpflichtrecht, S. 18.

<sup>349</sup> ROBERTO, Haftpflichtrechtliche Auswirkungen von BGE 136 V 279, S. 75 f.

## a. Kantonale Rechtsprechung

Die Frage, ob die Überwindbarkeitspraxis im Haftpflichtrecht zu beachten sei, wurde von einigen kantonalen Gerichten beantwortet. So hat sich u.a. das Kantonsgericht des Kantons Zug dazu geäußert. Das kantonale Gericht verneinte die Anwendung eines MEDAS-Gutachtens, welches u.a. eine Prüfung der Foerster-Kriterien beinhaltete mit der Begründung, dass das Gutachten auf einer geänderten versicherungsmedizinischen Rechtsprechung beruhe, welche nicht auf das Haftpflichtrecht anwendbar ist, da es um eine juristische Fragestellung und nicht um eine rein medizinische Fachfrage geht.<sup>350</sup> Daneben hat auch das Obergericht des Kantons Bern diese Übertragung abgelehnt. Das Gericht begründete seinen Entscheid mit einem Verweis auf HUBER, welcher besagt, dass sich die Zumutbarkeitsprüfung im Haftpflichtrecht «an empirischen Erfahrungen und den Gegebenheiten des Einzelfalls»<sup>351</sup> zu orientieren hat.<sup>352</sup> Das Obergericht des Kantons Thurgau hat sich ebenfalls zu dieser Problematik geäußert und stellt seine Begründung auf rechtspolitischer Ebene auf. Demnach erscheint es sachgerecht, dass ein Individuum, welches haftpflichtig geworden ist, den Ausgleich zu tragen hat und nicht die Allgemeinheit mit ihren Risikoprämien.<sup>353</sup> Nebst diesen beiden Entscheiden haben sich auch das Kantonsgericht Luzern und das Bezirksgericht Schwyz<sup>354</sup> mit dieser Frage befasst und allesamt die Übertragung abgelehnt.<sup>355</sup>

## b. Lehre

### aa. Systematische Gründe

In der Lehre, die sich gegen eine Übernahme der Überwindbarkeitsvermutung in das Haftpflichtrecht ausspricht, wird auch wie bei den Befürwortern in Richtung des Zwecks des Ausgleichsystems argumentiert. So stellt die erhöhte Adäquanzschwelle im Sozialversicherungsrecht nach HUSMANN/RIESEN eine gerechtfertigte Verschärfung dar, da die Gemeinschaft der Versicherten, welche das Risiko zu tragen haben, nicht Verursacher des Schadens sind oder diesen stellvertretend wie die Haftpflichtversicherung tragen müssen. Im Gegenzug dazu erscheinen die niedrigeren Adäquanzvoraussetzungen, welche auf den Schädiger im Haftpflichtrecht zur Anwendung kommen, gerechtfertigt.<sup>356</sup>

Eine weitere Argumentationslinie von HUSMANN/RIESEN besteht in Bezug auf die Beweisrechtslage. Das Beweisrecht im Haftpflichtrecht bezieht sich ausschliesslich auf Art. 8 ZGB und die beweisrechtlichen

---

<sup>350</sup> Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Zug A2 2010 26 vom 1. Juli 2013, E. 4.7.

<sup>351</sup> HUBER, Urteile zum Sozialversicherungsrecht, S. 306.

<sup>352</sup> HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 61; LÄUBLI/BECK, Überwindbarkeitspraxis ist fremd in der Haftpflichtwelt, S. 250; beide mit Verweis auf Urteil des OGer Bern vom 31. Januar 2013 (ZK 12 22 HOH).

<sup>353</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau ZBR 2010.84 vom 31. März 2011, E. 2.c., in: RBOG 2011 Nr. 31; vgl. auch die Urteilsbesprechung von SCHMID, Keine Übernahme der sozialversicherungsrechtlichen Adäquanzkriterien, S. 250 ff.

<sup>354</sup> Urteil des Bezirksgerichts Schwyz BZ 09 34/dre vom 28. Juni 2012, E. 4.c.gg.

<sup>355</sup> BITTEL/BECK, Kürzungen oder Verweigerungen von Versicherungsleistungen, S. 450 f., m.w.H. zu den kantonalen Entscheiden in den Fussnoten 30 ff.; HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 61 ff., m.w.H. zu den kantonalen Entscheiden in den Fussnoten 36, 39 ff. und 51.

<sup>356</sup> HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 63 f.; HÜRZELER, Keine Anwendung der sozialversicherungsrechtlichen Adäquanzkriterien im Haftpflichtrecht, S. 89.

Vorschriften in der ZPO, welche einerseits das Recht auf Beweis und andererseits die freie Beweiswürdigung postulieren. Beide Grundsätze werden, wie schon vorne besprochen,<sup>357</sup> im Rahmen der Überwindbarkeitspraxis nicht eingehalten. Mit den genau vorgeschriebenen Foerster-Kriterien als Hilfsbeweise findet eine Einschränkung des Beweisthemas statt und auf andere eingebrachte Beweise wird grundsätzlich nicht eingegangen. Dies lässt sich nicht mit den zivilprozessualen Vorgaben vereinen, weshalb die Anwendung im Haftpflichtrecht abzulehnen ist.<sup>358</sup> Daneben hat die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts erklärt, dass es bei der Prüfung nach einem allfälligen Schleudertrauma auf eine tatsächliche Beeinträchtigung ankommt und diese durch den Unfall verursacht wurde. Damit wird die Überprüfung im Zivilrecht frei von den sozialversicherungsrechtlichen Beweisregeln vorgenommen.<sup>359</sup>

Im Gegensatz zu den Gegenmeinungen, welche dem Haftpflichtrecht auch einen bio-psychischen Gesundheitsbegriff zusprechen, sehen dies HUSMANN/RIESEN anders. Nach ihrer Meinung gilt dieser restriktive Begriff nur im Sozialversicherungsrecht, wohingegen im Haftpflichtrecht der bio-psycho-soziale Gesundheitsbegriff Geltung erlangen soll. Der Begriff wird also jenem in der Medizin grundsätzlich gleichgestellt.<sup>360</sup> Gemäss LANDHOLT geht der haftpflichtrechtliche Gesundheitsbegriff sogar noch weiter als der medizinische. Nach ihm ist eine Körperverletzung nach Art. 46 OR auch dann gegeben, wenn kein ärztliches Eingreifen notwendig ist oder die Ursache keine Unfallqualität aufweist.<sup>361</sup> Aufgrund dessen erscheint der restriktive Gesundheitsbegriff gemäss Sozialversicherungsrecht keinen Platz im Haftpflichtrecht zu haben.

Ein weiterer Grund ist jener, dass die Invalidenversicherung im Grundsatz eine finale Versicherung ist, wodurch grundsätzlich schon eine Teilkausalität genügt, um die volle Leistungspflicht auszulösen. Im Haftpflichtrecht hingegen bestehen mit der Schadenersatzberechnung und -bemessung zwei Instrumente, mit welchen eine feinere Abstufung der effektiven Leistungen vorgenommen werden kann. Diese ist nach HUSMANN/RIESEN auch zwingend notwendig, da es um ein individuell konkretes Klageverfahren geht und nicht um einen sozialversicherungsrechtlichen Massenverwaltungsakt.<sup>362</sup>

## bb. Charakteristische Gründe

Nebst den systematischen Gründen werden aber noch weitere Gründe aufgeführt, welche gegen eine Übernahme in das Haftpflichtrecht sprechen. So sprechen HUSMANN/RIESEN sowie SANER/GEHRING die Charakteristik des Haftpflichtrechts an, welches, wie vorne bereits erläutert,<sup>363</sup> ein Einzelentschädigungssystem darstellt. Der Zweck dieses Systems verfolgt dabei das Ziel, den Geschädigten so zu stellen,

---

<sup>357</sup> Kapitel 3.6.2., S. 34 ff.

<sup>358</sup> BITTEL/BECK, Kürzungen oder Verweigerungen von Versicherungsleistungen, S. 450; HUBER, Urteile zum Sozialversicherungsrecht, S. 308 f.; HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 64 f.

<sup>359</sup> Urteil 4A\_275/2013 vom 30. Oktober 2013, E. 4.2.3.; vgl. auch PRIBNOW, Privatrechtlicher Blick auf die Schmerzrechtsprechung, S. 446.

<sup>360</sup> HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 65; SANER/GEHRING, Überwindbarkeitsrechtsprechung zur Sozialversicherung, S. 816; SENN, Moral Hazard, S. 235.

<sup>361</sup> LANDHOLT, Zürcher Kommentar, Art. 46, Rz. 14.

<sup>362</sup> HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 65 f.

<sup>363</sup> Kapitel 8.1.1., S. 65 f.

wie wenn das geschädigte Ereignis nie stattgefunden hätte. Einer individuellen Betrachtung kommt dabei also eine grössere Rolle zu als im Sozialversicherungsrecht. Dazu kommt, dass die Überwindbarkeitspraxis aufgrund der Sparziele im Bereich des Sozialversicherungsrechts aus einer Notlage heraus geschaffen wurde. Dieser finanzielle und auch politische Druck bezieht sich ganz auf das Sozialversicherungsrecht und fehlt im Haftpflichtrecht sowie im Privatversicherungsrecht.<sup>364</sup>

#### cc. Rechtliche Gründe

Im Gegensatz zu den Befürwortern der Übertragung bestehen gemäss der Gegenmeinung sehr wohl rechtspolitische Gründe, die eine Anwendung der Überwindbarkeitsvermutung im Haftpflichtrecht in Frage stellen.<sup>365</sup> Die Argumente beziehen sich dabei auf die Einordnung in der Kausalitätsfrage, die unterschiedlichen Leistungsarten in den beiden Rechtsgebieten, die Bestimmung des Schadens und die Beweislastverteilung.

Die Überwindbarkeitsproblematik wird primär auf der Ebene der Kausalität angesiedelt. Wie vorne erläutert,<sup>366</sup> kann zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität unterschieden werden. Da die Invalidenversicherung in Bezug auf die Ursache einer Invalidität final ausgestaltet ist, spielt die haftungsbegründende Kausalität keine Rolle. Im Gegenzug ist der Fokus auf den Zusammenhang zwischen dem Erwerbsausfall und der zur Invalidität führenden Gesundheitsbeeinträchtigung zu legen. Dies betrifft die haftungsausfüllende Kausalität.<sup>367</sup> Innerhalb dieser Kausalität wird der Frage nachgegangen, ob die Beschwerden überwindbar sind, wobei dieser Aspekt nach SANER/GEHRING im Bereich der Schadenminderungsobliegenheit des Geschädigten liegt.<sup>368</sup> Hierbei bestehen auch wieder Gründe, welche gegen die Übertragung sprechen, da es zum einen im Haftpflichtrecht genügt, wenn der Geschädigte aufzeigen kann, dass er alles Zumutbare unternommen hat, um seine Arbeitsfähigkeit zu verbessern. Zum andern werden diese persönlichen Anstrengungen in der Überwindbarkeitspraxis kaum beachtet, ausser im Rahmen der Erfüllung des Foerster-Kriteriums «Scheitern konsequent durchgeführter ambulanter oder stationärer Behandlungen/Rehabilitation bei kooperativer Haltung der versicherten Person», was in der Praxis aber kaum vorkommt.<sup>369</sup> Die Meinungen in der Lehre, welche die Übertragung der Überwindbarkeitspraxis in das Haftpflichtrecht ablehnen, decken sich in der Ansicht, dass die natürliche Kausalität in den

---

<sup>364</sup> HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 66; PRIBNOW, Schmerzpraxis, S. 233; SANER/GEHRING, Überwindbarkeitsrechtsprechung zur Sozialversicherung, S. 817; ZIMMERMANN, Somatoforme Schmerzstörung in der Privatversicherung, S. 261.

<sup>365</sup> BITTEL/BECK, Kürzungen oder Verweigerungen von Versicherungsleistungen, S. 450; HÜRZELER, Keine Anwendung der sozialversicherungsrechtlichen Adäquanzkriterien im Haftpflichtrecht, S. 87.

<sup>366</sup> Siehe Kapitel 2.4.5., S. 16.

<sup>367</sup> HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht, Rz. 136.

<sup>368</sup> HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 67; SANER/GEHRING, Überwindbarkeitsrechtsprechung zur Sozialversicherung, S. 817.

<sup>369</sup> SANER/GEHRING, Überwindbarkeitsrechtsprechung zur Sozialversicherung, S. 818.

beiden Rechtsgebieten nach den gleichen Grundsätzen anzuwenden ist. Jedoch berührt diese Praxis aufgrund der bundesgerichtlichen Verrechtlichung<sup>370</sup> die adäquate Kausalität, wobei eine Wertung einfließt, welche im Haftpflichtrecht weiter gefasst werden darf als im Sozialversicherungsrecht.<sup>371</sup>

Nach SANER/GEHRING ist aufgrund der Möglichkeit, die haftpflichtrechtlichen Fälle im Rahmen der adäquaten Kausalität über die haftungsbegründende Kausalität abzuwickeln, eine Übertragung der Überwindbarkeitsvermutung gar nicht notwendig. Die Ersatzquote kann mit dieser Methode stufenlos bestimmt werden und konstitutionelle Prädispositionen wie z.B. eine erhöhte psychische Verletzlichkeit können darin berücksichtigt werden. In der Invalidenversicherung als grundsätzlich finale Versicherung besteht keine haftungsbegründende Kausalität, weshalb der Frage nach der Überwindbarkeit in diesem Rechtsgebiet stellvertretend Bedeutung zu kommt.<sup>372</sup>

Die Überwindbarkeitspraxis ist weiter nur auf Rentenansprüche anwendbar. Eine Anwendung auf kurzfristige Leistungen wie Taggelder der UV ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht vorgesehen.<sup>373</sup> Im Gegenzug ist eine solche Unterscheidung im Haftpflichtrecht fremd.<sup>374</sup> Die Tatsache, dass die zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts die Überwindbarkeitspraxis auf die Krankentaggeldversicherung angewandt hat, wird in der Lehre als verfehlt betrachtet,<sup>375</sup> wobei das Gericht in späteren Urteilen dieselbe Frage bewusst offengelassen und nicht mehr bestätigt hat.<sup>376</sup>

Ein weiteres Argument betrifft die Sichtweise auf den Schadensbegriff, welcher sich im Sozialversicherungsrecht an einem idealisierten Modell orientiert. Hierbei wird die Resterwerbsfähigkeit, welche aufgrund eines Gesundheitsschadens auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt noch möglich ist, ermittelt. Im Haftpflichtrecht wird hingegen auf die konkreten Umstände abgestellt, wobei im Einzelfall sämtliche Umstände zu würdigen sind.<sup>377</sup> Anders als bei SCHATZMANN<sup>378</sup> wird hier die Beurteilung der Überwindbarkeit unter der haftungsausfüllenden Kausalität vorgenommen und nicht als separate Bezugsgrösse angesehen. Im Rahmen der haftpflichtrechtlichen Körperverletzung erscheint nach SANER/GEHRING auch die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens gemäss Art. 46 OR nicht kompatibel mit der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung, da keine unmittelbare Erwerbseinbusse vorliegen muss, sondern lediglich das «Marktpotenzial» des Geschädigten betrachtet wird.<sup>379</sup>

---

<sup>370</sup> Urteil 9C\_776/2010 vom 20. Dezember 2011, E. 2.4.

<sup>371</sup> BITTEL/BECK, Kürzungen oder Verweigerungen von Versicherungsleistungen, S. 451; HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 63 f.

<sup>372</sup> SANER/GEHRING, Überwindbarkeitsrechtsprechung zur Sozialversicherung, S. 819 f.; so auch SUTER, Unklare Beschwerdebilder im Haftpflichtrecht, S. 108.

<sup>373</sup> BGE 137 V 199, E. 2.2.4.

<sup>374</sup> HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 71; SANER/GEHRING, Überwindbarkeitsrechtsprechung zur Sozialversicherung, S. 819.

<sup>375</sup> ZIMMERMANN, Somatoforme Schmerzstörung in der Privatversicherung, S. 260.

<sup>376</sup> PRIBNOW, Privatrechtlicher Blick auf die Schmerzrechtsprechung, S. 445, m.w.H. zu den Urteilen in Fussnote 3.

<sup>377</sup> BITTEL/BECK, Kürzungen oder Verweigerungen von Versicherungsleistungen, S. 450; HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 72; SANER/GEHRING, Überwindbarkeitsrechtsprechung zur Sozialversicherung, S. 818.

<sup>378</sup> SCHATZMANN, Überwindbarkeitsrechtsprechung im Haftpflichtrecht, S. 20.

<sup>379</sup> SANER/GEHRING, Überwindbarkeitsrechtsprechung zur Sozialversicherung, S. 819.

Ferner beziehen sich die Gegenargumente auf das Beweisrecht. Aufgrund der doppelten Beweislast, welche mit der Übertragung in das Haftpflichtrecht entstehen würde, wird dies als Kritikpunkt aufgenommen. Mit der haftpflichtrechtlichen Beurteilung ohne Übertragung der Überwindbarkeitsvermutung kommen die normalen zivilprozessualen Grundsätze zur Anwendung. Da nun die Überwindbarkeit im Rahmen der Schadenminderungsobliegenheit geprüft werden soll, muss deren Verletzung vom Schädiger bewiesen werden. Es ist aber auch generell nicht einleuchtend, weshalb der Geschädigte nebst den Haftungsvoraussetzungen inklusive haftungsbegründender Kausalität auch noch den Beweis dafür erbringen soll, dass es ihm trotz seines Leidens nicht zumutbar ist, seine übrige Arbeitsfähigkeit zu nutzen und einen wirtschaftlichen Schaden zu vermeiden.<sup>380</sup>

HUBER bringt ein, dass ein Kompensationssystem aus dem Sozialversicherungsrecht und dem Haftpflichtrecht besteht, so lange, wie die diskriminierende PÄUSBONOG-Rechtsprechung nicht auf das Haftpflichtrecht angewandt wird. Durch die unterschiedlichen Betrachtungsweisen von Schleudertrauma-Fällen in den beiden Rechtsgebieten wird ein Gleichgewicht in diesem Kompensationssystem gehalten, welches nicht kippen darf. Aufgrund des Gleichgewichtes erachtet HUBER die Überwindbarkeitspraxis noch als EMRK-konform, was sich aber ändern würde, wenn die Übertragung in das Haftpflichtrecht stattfinden würde.<sup>381</sup>

### 8.2.3. Schleichende Einführung der Überwindbarkeitspraxis

In der Lehre wurde schon seit mehreren Jahren eingesehen, dass die Überwindbarkeitsvermutung trotz vieler ablehnender Haltungen schleichend in das Haftpflichtrecht eingeführt wurde. Der schleichende Eintritt wurde über die medizinischen Gutachten vorgenommen. Die Gutachten entstanden grundsätzlich im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, welches i.d.R. dem Haftpflichtprozess vor geht und wurden als Urkunden darin eingebunden, wobei sich die Gutachtensfrage auf die Überwindbarkeitspraxis beziehen konnte.<sup>382</sup> HUBER erkennt dabei, dass sich durch die Anwendung der Foerster-Kriterien in den medizinischen Begutachtungen, ungeachtet, ob es sich um eine Anwendung im Sozialversicherungsrecht oder einem anderen Rechtsgebiet handelt, die normative Wirkung dieser Kriterien in der Medizin verankert hat.<sup>383</sup> In einem späteren Entscheid stellte das Bundesgericht sodann klar, dass der Richter im Zivilprozess ein medizinisches Gutachten, welches von einem Sozialversicherungsträger verfasst wurde, als gerichtliches Gutachten beziehen darf.<sup>384</sup> Dieser Entscheid wird von HUSMANN/RIESEN stark kritisiert und abgelehnt. Dabei ist nach ihrer Ansicht nicht nachvollziehbar, weshalb ein Gutachten, das von einem Sozialversicherungsträger eingeholt wurde, auf einmal als gerichtliches Gutachten in den Zivilprozess einfließt,

---

<sup>380</sup> HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 72 f.; SANER/GEHRING, Überwindbarkeitsrechtsprechung zur Sozialversicherung, S. 819; SENN, Moral Hazard, S. 238.

<sup>381</sup> HUBER, Urteile zum Sozialversicherungsrecht, S. 306.

<sup>382</sup> BITTEL/BECK, Kürzungen oder Verweigerungen von Versicherungsleistungen, S. 451; LÄUBLI/BECK, Überwindbarkeitspraxis ist fremd in der Haftpflichtwelt, S. 250.

<sup>383</sup> HUBER, Urteile zum Sozialversicherungsrecht, S. 310 ff.

<sup>384</sup> BGE 140 III 24, E. 3.3.1.3.

obwohl es nicht von einem Gericht angeordnet wurde. Ausgenommen sind Ausnahmefällen, wo die Expertise von einem Sozialversicherungsgericht oder von einem kantonalen Verwaltungsgericht eingeholt wurde. Daneben werden durch den Beizug dieses Fremdgutachtens die Anhörungsrechte der Geschädigtenpartei, deren Möglichkeit sich zur Gutachtensfrage zu äussern und deren Stellungnahme untergraben. Zwar bestehen auch im Sozialversicherungsverfahren gewisse Mitwirkungsrechte, jedoch kann nicht davon ausgegangen werden, dass diese genügen, um ein dort verfasstes Gutachten als gerichtliches Gutachten im Zivilprozess einzuführen. Als weiteren Kritikpunkt wird die fehlende Strafandrohung bei der Gutachtenserstattung im Sozialversicherungsrecht bemängelt, welche im Zivilprozess zur Anwendung kommt. Zu Letzt wird noch einmal der unterschiedliche Gesundheitsbegriff im Haftpflichtrecht im Vergleich zum Sozialversicherungsrecht aufgeworfen.<sup>385</sup> Abweichend zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, jedoch etwas früher, hat sich das Kantonsgericht Zug gegen die Anwendbarkeit eines MEDAS-Gutachtens auf das Haftpflichtrecht ausgesprochen.<sup>386</sup>

#### 8.2.4. Fazit

Die Argumente für und gegen eine Übertragung der Überwindbarkeitspraxis in das Haftpflichtrecht sind zahlreich, dennoch lässt sich eine grössere Anzahl an Argumenten bei den Gegnern finden. Ihre Vorbringungen sind m.E. auch die überzeugenden.

Es stehen sich zwei unterschiedliche Systeme gegenüber, die zwar beide den mehr oder weniger gleichen Schaden auszugleichen versuchen, aber verschiedene Charakteristiken aufweisen. Es erscheint einleuchtend, dass der haftpflichtige Schädiger eher zur finanziellen Rechenschaft gezogen werden soll als die Allgemeinheit in Form des Versicherungskollektivs, auch wenn diese einen grösseren finanziellen Schaden tragen oder einen kleinen besser verkraften könnte als der einzelne Schädiger. Der gleiche Schmerz, der einmal eine Leistung auslösen kann und im anderen Rechtsgebiet nicht, hört sich im ersten Moment als ungerechtfertigte Ungleichheit an, doch, unter Betrachtung der Umstände, welche mit der Überwindbarkeitspraxis einhergehen, muss in Anlehnung an die Argumentation von HUBER ein Gleichgewicht bestehen, damit keine Diskriminierung der betroffenen Personen solcher speziellen Beschwerden eintritt.

Die Behauptung, es seien keine rechtspolitischen Gründe erkennbar, kann m.E. nicht nachvollzogen werden. Die mehrfach vom Bundesgericht bestätigte unterschiedliche Wertung der Adäquanz im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht oder die Anwendung der Überwindbarkeitsvermutung auf langfristige Rentenleistungen und eben nicht auf kurzfristige Leistungen sowie auch die beweisrechtlichen Unterschiede stellen genügend Gründe dar. Daneben entstand die sozialversicherungsrechtliche Praxis aufgrund finanzieller und politischer Motivation, die im Haftpflichtrecht nicht vorhanden ist.

---

<sup>385</sup> HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 74 ff.

<sup>386</sup> Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Zug A2 2010 26 vom 1. Juli 2013, E. 4.7.; HUSMANN/RIESEN, Unklare Beschwerdebilder, S. 76.

Das im Einklang mit dem Bundesgericht behauptete Vorliegen der medizinischen Evidenz von SCHATZMANN ist nicht einsehbar. Die Kritik von medizinischer und juristischer Seite ist sehr gross und durch die anerkannte Kritik in der neusten höchstrichterlichen Rechtsprechung wird diesem Argument der Wind komplett aus den Segeln genommen. Es ist m.E. auch nicht überzeugend, den bio-psychischen Gesundheitsbegriff aus dem Sozialversicherungsrecht in andere Rechtsgebiete zu transferieren, da die sozialen Aspekte bei jedem Leiden eine Rolle spielen, wobei es auch fragwürdig ist, dass der weitere Begriff nicht auch im Sozialversicherungsrecht zur Anwendung kommt.

Das Argument von ROBERTO, dass die Problematik der nicht objektivierbaren Beschwerden über die natürliche Kausalität gelöst werden müsste, ergibt nur wenig Sinn, da mit den Foerster-Kriterien eine Verrechtlichung vollzogen wurde, was die Problematik auf der Stufe der Adäquanz anspricht.

Die Gegenargumente sind einzeln und in ihrer Gesamtheit einleuchtender und schlüssiger als jene der Befürworter einer Übertragung in das Haftpflichtrecht. Aus diesem Grund wird hier die Meinung vertreten, dass die Überwindbarkeitspraxis zu Recht nicht in das Haftpflichtrecht übernommen wurde.

### **8.3. Anwendung beim neuen strukturierten Beweisverfahren**

Mit der geänderten Rechtsprechung zu den organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebildern in BGE 141 V 281 stellt sich in der Folge die Frage, ob dadurch die Übertragung der Schmerzpraxis neuerdings auf das Haftpflichtrecht anwendbar ist. Soweit ersichtlich, sind bisher hierzu weder bundesgerichtliche noch kantonale Urteile gesprochen worden.

Die allgemeinen Grundsätze, die zur Anwendung kommen, sind nach wie vor dieselben. Das Sozialversicherungsrecht orientiert sich an einem abstrakten Modell und das Haftpflichtrecht geht auf die konkreten Verhältnisse ein. Die Invalidenversicherung zählt grundsätzlich zu den finalen Versicherungen und das Haftpflichtrecht zu den kausalen Schadensausgleichssystemen. Der Gesundheitsbegriff wird in den beiden Rechtsgebieten ebenfalls noch immer unterschiedlich aufgefasst. Im Bereich des Beweisrechtes hat sich im Grundsatz auch nicht viel geändert. So wird das Beweisthema mittels der Standartindikatoren weiterhin eingeschränkt und die Beweismittel werden i.d.R. auf die versicherungsmedizinischen Gutachten beschränkt. M.E. erstreckt sich die neue Rechtsprechung ausserdem weiterhin nur auf die Rentenansprüche, da mit dem Verweis auf BGE 140 V 8, E. 2.2.1.3.<sup>387</sup> dieselben Leiden wie jene der PÄUSBONOG-Rechtsprechung angesprochen werden, bei welchen es jeweils um einen Rentenanspruch ging und nicht um kurzfristige Leistungen.

Im Gespräch mit HUSMANN gab er zu verstehen, dass die Schmerzrechtsprechung auch in Zukunft keine Anwendung im Haftpflichtrecht finden solle, da im Sozialversicherungsrecht immer noch der bio-psychische Gesundheitsbegriff und im Haftpflichtrecht der bio-psycho-soziale Gesundheitsbegriff angewandt

---

<sup>387</sup> Vgl. BGE 141 V 281, E. 4.2.

wird. Dies stellt einen fundamentalen Grund dar, weshalb die Schmerzpraxis für sich im Sozialversicherungsrecht bleiben soll. Eine Ungewissheit besteht bezüglich diesem Argument zukünftig doch noch, denn die im neuen Urteil geforderte Konkretisierung innerhalb der Standardindikatoren<sup>388</sup> wird von Medizinern vorgenommen und je nach Umschreibung der medizinischen Leitlinien, könnte dadurch ein bio-psycho-sozialer Gesundheitsbegriff im Sozialversicherungsrecht abgebildet werden. Dieses Szenario würde den Befürwortern, in die Hände spielen, da sie vor Gericht mit einem fundierten einheitlichen Gesundheitsbegriff in den beiden Rechtsgebieten argumentieren könnten und dann ist es schwierig abzuschätzen, wie sich das Gericht entscheiden würde. Wann und mit welchem Inhalt die medizinischen Leitlinien eingeführt werden kann bisher aber noch nicht abgeschätzt werden. Ein erster Entwurf wird auf Anfrage bei MARELLI jedenfalls vom 17. bis 19. August am Jahreskongress der Schweizerischen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie in Basel vorgestellt.

Mit der neuen Rechtsprechung tritt, so die momentane Entwicklung, vermehrt die Aggravation in den Mittelpunkt, indem sie eine neue Eintrittsschwelle bildet.<sup>389</sup> Wie PRIBNOW richtigerweise feststellt, ist diese Möglichkeit im Zivilrecht aber nicht denkbar, da entweder ein Gesundheitsschaden vorliegen muss, um den Anspruch zu begründen oder eben nicht, damit der Anspruch gar nicht erst weiter geprüft werden muss. Im Falle einer Aggravation, also einer übertrieben dargestellten Beschwerde, liegt im Grundsatz ein Gesundheitsschaden vor, bei welchem unter Umständen der Schadenersatzanspruch nach Art. 43 OR herabgesetzt wird, da der Geschädigte für die Aggravation einzustehen hat. Ein haftpflichtrechtlicher Schadenersatzanspruch ist aber aufgrund des tatsächlich vorliegenden Gesundheitsschadens auf jeden Fall gegeben.<sup>390</sup>

In einem jüngeren Entscheid, der schon unter der neuen Rechtsprechung gefällt wurde, lehnten die medizinischen Gutachter einen relevanten Gesundheitsschaden ab, da ihnen die völlige Passivität des Betroffenen als inadäquat erschien und die beklagten Schmerzen nicht nur krankheitsbedingt, sondern aufgrund von fehlender Motivation auftraten.<sup>391</sup> Dieses Beispiel veranschaulicht gut, wie im Sozialversicherungsrecht mit seinem abstrakten Modell eine subjektive Äusserung eines Gutachters ins Gewicht fällt. Im Zivilrecht müsste zusätzlich noch die Frage beantwortet werden, welche krankheitsfremden Ursachen denn zu diesem motivationslosen Verhalten führten und im Rahmen von Art. 43 OR der geschädigten Person angelastet werden. Die schmerzrechtliche Lösung würde m.E. hier zu einem unbefriedigenden Ergebnis führen.<sup>392</sup>

Eine Übernahme, wie sie ROBERTO verlangte, welcher die Problematik der Schmerzpraxis über die natürliche Kausalität lösen möchte, ist m.E. auch unter der neuen Rechtsprechung abzulehnen. Das Bundesgericht bezeichnet den Katalog mit den Standardindikatoren explizit als normatives Prüfungsraster,<sup>393</sup>

---

<sup>388</sup> Vgl. BGE 141 V 281, E. 5.1.2.

<sup>389</sup> Vgl. BGE 141 V 281, E. 2.2.1. f.

<sup>390</sup> PRIBNOW, *Privatrechtlicher Blick auf die Schmerzrechtsprechung*, S. 445 f.

<sup>391</sup> Urteil 9C\_173/2015 vom 29. Juni 2015, E. 4.2.5.

<sup>392</sup> So auch PRIBNOW, *Privatrechtlicher Blick auf die Schmerzrechtsprechung*, S. 446.

<sup>393</sup> Vgl. BGE 141 V 281, E. 3.6. und 5.1.2.

wodurch die Problematik weiterhin unter der Adäquanz geprüft werden muss und nicht unter der natürlichen Kausalität.

Ein Punkt, der mit dem neuen strukturierten Beweisverfahren und der Abschaffung der Überwindbarkeitsvermutung im Einklang mit dem Zivilrecht steht, ist die unvoreingenommene Meinung der beurteilenden Behörde im Vorfeld der Prüfung. Ob die persönliche Meinung der einbezogenen Personen jedoch tatsächlich unvoreingenommen ist, vor allem nach der mehrjährigen anderslautenden Praxis, erscheint fragwürdig. Dennoch muss von den Behörden und Gerichten ein professionelles Vorgehen verlangt werden, weshalb diese Hinterfragung mangels praktischer Erfahrung ausser Acht gelassen wird. Nebst der ergebnisoffenen Beurteilung sind jedoch keine weiteren Parallelen zum Haftpflichtrecht ersichtlich, welche eine Übernahme rechtfertigen würden. Im Gegenteil, die weiterhin beweisrechtlich einschränkende Anwendung in der Schmerzrechtsprechung,<sup>394</sup> sollte m.E. nicht in anderen Rechtsgebieten zur Anwendung kommen.<sup>395</sup>

Nach wie vor besteht aber das Bedenken, dass die Schmerzpraxis über die medizinischen Gutachten den Weg in das Haftpflichtrecht findet. Die Umstände hierfür haben sich im Vergleich zur alten Rechtsprechung nämlich nicht geändert. Eine sozialversicherungsrechtliche medizinische Expertise wird i.d.R. immer noch vor einem allfälligen zivilrechtlichen Gutachten erstellt, wobei die Ärzte die in der Schmerzpraxis entwickelten Grundsätze und Indikatoren anwenden werden. Möglicherweise wird aber die Einbringung einer solchen Expertise in das Zivilverfahren von den kantonalen Gerichten wieder abgelehnt,<sup>396</sup> wobei das Bundesgericht, in einem jüngeren als dem kantonalen Entscheid, die Anwendung eines MEDAS-Gutachtens im Zivilprozess für zulässig erklärt hat.<sup>397</sup> Das Urteil erging aber noch unter der Überwindbarkeitsrechtsprechung. Mit der neuen Praxis, welche sich darum bemüht, ein möglichst genaues und einzelfallgerechtes Gutachten zu erstellen, ist es durchaus vorstellbar, dass das Bundesgericht an seiner Praxis zur Anwendung einer von einem Sozialversicherungsträger erstellten medizinischen Expertise festhalten wird, da durch das erhofft präzise Gutachten die Legitimation noch gesteigert würde. Die von HUSMANN/RIESEN genannten Kritikpunkte haben mit der neuen Praxis aber weiterhin Bestand und sind m.E. berechtigt, da sich diese primär auf systematische Aspekte beziehen, welche nicht durch die Rechtsprechung geändert wurden.<sup>398</sup>

## 9. Schlusswort und Ausblick

Insgesamt kann gesagt werden, dass der alten Überwindbarkeitsvermutung wohl kaum jemand nachtrauern wird, da sie in etlichen Belangen zu Recht auf juristischer sowie auf medizinischer Ebene kritisiert wurde. Das Bundesgericht hat dies aber eingesehen und die Rechtsprechung zuerst sukzessive

---

<sup>394</sup> Siehe Kapitel 7.6., S. 63.

<sup>395</sup> So auch PRIBNOW, *Privatrechtlicher Blick auf die Schmerzrechtsprechung*, S. 445 und 447.

<sup>396</sup> Vgl. Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Zug A2 2010 26 vom 1. Juli 2013, E. 4.7.

<sup>397</sup> Vgl. BGE 140 III 24, E. 3.3.1.3.

<sup>398</sup> Siehe Kapitel 8.2.3., S. 76 f.; vgl. auch HUSMANN/RIESEN, *Unklare Beschwerdebilder*, S. 74 ff.

angepasst, indem schon vor BGE 141 V 281 die Argumentation mehr auf die Beweisebene gelegt und sogar Teilrenten zugesprochen wurden.

Mit der Einführung des strukturierten Beweisverfahrens wurde eine wichtige im Grundsatz zu begrüßende Entscheidung getroffen. Die gesonderte Rechtsprechung der organisch nicht nachweisbaren Beschwerdebilder konnte im Prinzip als gerechtfertigt betrachtet werden, wobei die Verfahrensgestaltung der alten Praxis erhebliche Zweifel an der EMRK-Konformität aufkommen liess. Mit dem neuen Verfahren ergeben sich diese Zweifel wohl nicht mehr. Ausserdem hat sich der damit verbundene Zweck, die Beweisnot zu entschärfen, nicht verändert. Die Abklärung der Leiden der versicherten Personen wird nun möglichst unvoreingenommen angegangen, wodurch diese als neutraler Antragssteller der IV-Stelle gegenüber treten können und sich keine oder zumindest weniger Vorwürfe zu ihrer Willenskraft gefallen lassen müssen. Der Fokus liegt nun vermehrt auf den funktionellen Leistungseinbussen, wobei die verbleibenden Ressourcen der Versicherten besser in die Beurteilung einbezogen werden sollen. Durch die neue Ausgestaltung des Verfahrens soll die frühere Alles-oder-Nichts-Rechtsprechung der Vergangenheit angehören und vermehrt Teilrenten zugesprochen werden. Für die Versicherten wird es jedoch eine Herausforderung bleiben, eine Invalidenrente aufgrund einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung und vergleichbaren psychosomatischen Leiden zu erhalten, da die materielle Beweislast nach wie vor bei Ihnen liegt.

Im Zusammenhang mit der neuen Praxis sind noch einige Umstände unklar, die aber hoffentlich in naher Zukunft geklärt werden. Vor allem ist in der konkreten Anwendung die Bedeutung der Vorrangstellung der Ausschlussgründe noch unklar. Es besteht die Gefahr, dass z.B. vermehrt eine Aggravation angenommen und damit der Zugang zum eigentlichen Verfahren versperrt wird, da kein Gesundheitsschaden anerkannt wird. Natürlich gilt der Spargedanke in der Invalidenversicherung weiterhin, weshalb es wohl nicht zu einem Anstieg der ganzen Invalidenrenten kommen wird. Dieses Ziel sollte jedoch nicht zulasten eines fairen Verfahrens durchgesetzt werden. Gespannt sein darf man auf die medizinischen Leitlinien, welche gerade in einer Arbeitsgruppe der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungspsychiatrie erarbeitet werden und deren Entwurf im Sommer am Jahreskongress der Schweizerischen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie in Basel vorgestellt wird. Die Leitlinien werden vermutlich konkretisierende Darstellungen bzgl. die Ausgestaltung der Gutachtenserstellung enthalten und gerade auch in Bezug zum Haftpflichtrecht könnte je nachdem, ob ein bio-psycho-sozialer oder nur ein bio-psychischer Gesundheitsbegriff verwendet wurde, ein gewichtiges Argument für die Anwendung der Schmerzpraxis im Haftpflichtrecht geschaffen werden, obwohl dann immer noch einige andere Gründe gegen die Anwendung sprechen.

Auf Nachfragen bei HUSMANN, welcher nach der Freude über das Erstreiten dieses neuen Urteils aufgrund der vielen Unklarheiten etwas desillusioniert ist, wie er sich eine bessere Lösung dieser ganzen Problematik vorstelle, sprach er von einem kompletten Systemwechsel. Er bevorzugt ein System wie in Frankreich, wo die Anwälte der Versicherung und die Geschädigtenanwälte in Form eines Schiedsgerichtes gemeinsam eine Lösung finden sollen. Dies würde zwar zu sehr individuellen und ungleichen Ergebnissen führen,

aber eine absolute Genauigkeit der Bemessung gibt es in diesen Fällen sowieso nicht. Daran ändert auch der äusserst umfangreiche Indikatorenkatalog nichts, da hiermit eine Scheingenauigkeit versucht wird zu erreichen, die letzten Endes die Wirklichkeit auch nicht widerspiegelt. Auf die Frage, was sich ansonsten im jetzigen System ändern sollte, entgegnete HUSMANN, dass vermehrt Arbeitsversuche mit den Behinderten im Rahmen der Eingliederung unternommen werden sollten. Dazu müssten aber die gesetzlichen Voraussetzungen angepasst werden, indem Behindertenquoten eingeführt würden, damit es für die Arbeitgeber attraktiver wird, betroffene Personen einzustellen. Nebst einer fehlenden Quote spielt auch die bestehende Regelung betreffend das Krankentaggeld eine wichtige Rolle, die das Einstellen von Behinderten verhindert. In der heutigen Lage übernimmt auf der einen Seite die Versicherung das Krankentaggeld aufgrund eines gesundheitsbeeinträchtigenden Vorzustands nicht und auf der anderen Seite will der Arbeitgeber, der auf diesen Kosten sitzen bleiben würde, dieses Risiko nicht tragen. Dieser Ansatz lässt sich m.E. noch eher umsetzen als ein kompletter Systemwechsel.

Insgesamt bleibt aber zu hoffen, dass die neue Rechtsprechung zu einem fairen Verfahren führt und durch die Möglichkeit von Teilrenten eine gerechte soziale Unterstützung der Betroffenen erreicht wird.

## **VI. Plagiatserklärung**

Ich bezeuge mit meiner Unterschrift, dass meine Angaben über die bei der Abfassung meiner Arbeit benutzten Hilfsmittel sowie über die mir zuteil gewordene Hilfe in jeder Hinsicht der Wahrheit entsprechen und vollständig sind. Ich habe § 21 der MLawO gelesen und bin mir der Konsequenzen eines solchen Handelns bewusst.

Ort, Datum

---

Unterschrift

---