source: https://doi.org/10.24442/boristheses.1790 | downloaded: 3.7.2025

Von der Überwindbarkeitsvermutung zur Indikatorenrechtsprechung

Analyse und Implikationen der bundesgerichtlichen Schmerzrechtsprechung in der Invalidenversicherung

Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von
Vivian Lara Welten (-Winzenried), Rechtsanwältin, MLaw

Bern, 2019

Die Fakultät hat diese Arbeit am 19. September 2019 auf Antrag der beiden Gutachter, Prof. Dr. iur. Ueli Kieser und Prof. Dr. iur. Thomas Gächter, als Dissertation angenommen.

Originaldokument gespeichert auf dem Webserver der Universitätsbibliothek Bern

Dieses Werk ist unter einem
Creative Commons Namensnennung-Keine kommerzielle Nutzung-Keine Bearbeitung 2.5 Schweiz Lizenzvertrag lizenziert. Um die Lizenz anzusehen, gehen Sie bitte zu http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ch/ oder schicken Sie einen Brief an Creative Commons, 171 Second Street, Suite 300, San Francisco, California 94105, USA.

Urheberrechtlicher Hinweis

Dieses Dokument steht unter einer Lizenz der Creative Commons Namensnennung-Keine kommerzielle Nutzung-Keine Bearbeitung 2.5 Schweiz.
http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ch/

Sie dürfen:

dieses Werk vervielfältigen, verbreiten und öffentlich zugänglich machen

Zu den folgenden Bedingungen:

Namensnennung. Sie müssen den Namen des Autors/Rechteinhabers in der von ihm festgelegten Weise nennen (wodurch aber nicht der Eindruck entstehen darf, Sie oder die Nutzung des Werkes durch Sie würden entlohnt).

Keine kommerzielle Nutzung. Dieses Werk darf nicht für kommerzielle Zwecke verwendet werden.

Keine Bearbeitung. Dieses Werk darf nicht bearbeitet oder in anderer Weise verändert werden.

Im Falle einer Verbreitung müssen Sie anderen die Lizenzbedingungen, unter welche dieses Werk fällt, mitteilen.

Jede der vorgenannten Bedingungen kann aufgehoben werden, sofern Sie die Einwilligung des Rechteinhabers dazu erhalten.

Diese Lizenz lässt die Urheberpersönlichkeitsrechte nach Schweizer Recht unberührt.

Eine ausführliche Fassung des Lizenzvertrags befindet sich unter
http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ch/legalcode.de

Vorwort

Mit dem Thema der vorliegenden Dissertation habe ich mich bereits seit BGE 130 V 352 während meines Rechtswissenschaftsstudiums befasst. In drei langjährigen Rechtsstreitigkeiten gelangte ich mit Beschwerden zu dieser Thematik ans Bundesgericht. Die Beschwerden wurden gutgeheissen, wodurch vereinzelt Antworten auf sich in diesem Zusammenhang stellende Fragen erzielt werden konnten, die in diese Arbeit ebenfalls einfliessen.

Mit meiner ursprünglichen These forderte ich, dass die Überwindbarkeitsvermutung aufgegeben werden müsse, da sowohl aus rechtlicher als auch aus medizinischer Sicht eine Empirie fehlte.[1]

Während der Erarbeitung der Dissertation änderte das Bundesgericht mit BGE 141 V 281 seine Praxis und gab die Überwindbarkeitsvermutung auf[2], was mir die Gelegenheit bot, die vorliegende Arbeit dementsprechend anzupassen und die Entwicklung weiterzuverfolgen, um ein Fazit zu ziehen und einen Ausblick zu wagen.

Vivian Welten (-Winzenried), Bern, 30. Mai 2019

---

1 Siehe hierzu WINZENRIED, JaSo 2012, S. 231 ff.

2 Vgl. insb. E. 3.3.1, in der auch meine Kritik vom Bundesgericht gehört wurde.

**„Wer in der Zukunft lesen will,
muss in der Vergangenheit blättern.“**

André Malraux [3]

---

3 *André Malraux* (* 3. November 1901 in Paris; † 23. November 1976 in Créteil, Val-de-Marne) war ein französischer Schriftsteller und Politiker. Das Originalzitat lautet: „*Celui qui veut lire l'avenir doit feuilleter le passé.*“

Inhaltsverzeichnis

Vorwort ..... **III**

Inhaltsverzeichnis ..... **VII**

Abkürzungsverzeichnis ..... **XIII**

Literaturverzeichnis ..... **XVII**

Materialien ..... **XXV**

Abbildungsverzeichnis ..... **XXXIII**

Einleitung **1**

Teil I: Die Überwindbarkeitsvermutung **8**

§ 1: Ausgangslage **9**

§ 2: Die ehemalige Schmerzrechtsprechung **12**

I. Leitentscheid BGE 130 V 352 12

1. BGE 102 V 165 12
2. AHI-Praxis 2001 S. 228 E. 2b 13
3. BGE 127 V 294 E. 4c 14

II. Vom Grundsatz zur Vermutung 15

§ 3: Die Weiterentwicklung der Schmerzrechtsprechung und PÄUSBONOG **17**

I. Der Begriff PÄUSBONOG 17

1. Pathogenetisch-ätiologisch unklar 17
2. Syndromale Beschwerdebilder 19
3. Ohne nachweisbare organische Grundlage 19
4. Zwischenfazit zum Begriff PÄUSBONOG 20

II. Auf der Suche nach einer wissenschaftlichen Grundlage für die Überwindbarkeitsvermutung von PÄUSBONOG 21

1. Fehlende rechtliche Grundlage 21

1.1 Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit 24

1.2 BGE 139 V 547: Die Schmerzrechtsprechung diene der Beweiserleichterung 24
2. Falsche Annahmen über die medizinische Empirie 30
1.1 Zur Gruppierung der Störungsbilder 33
1.2 Zur Bezeichnung der Gruppierung 35
a Syndromale Beschwerdebilder 35
b Ohne nachweisbare organische Grundlage 35
c Pathogenetisch-ätiologisch unklar 35
1.3 Zusammenfassung zur ersten Frage 37
1.4 Überwindbarkeit somatoformer Störungen 37
1.5 Objektivier- und Beweisbarkeit 38
1.6 Eignung der FOERSTER-Kriterien 38
1.7 Fazit des Gutachters insgesamt und Ausblick 39
3. Allgemeine Beweisregel nach Art. 8 ZGB 42
III. Weitere rechtliche Auswirkungen vor dem Leitentscheid BGE 141 V 281 46
1. Verwendung in anderen Rechtsgebieten ausserhalb des IVG 46
1.1 VVG 47
1.2 UVG und BVG 49
2. EGMR-Entscheid: Keine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK) und des Diskriminierungsverbots (Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK) 50
IV. Zwischenfazit zur Überwindbarkeitsvermutung 50

Teil II: Zwischenhalt mit Blick auf die grundlegenden Leitideen zur Einführung der IV 52

§ 1: Die grundlegenden Leitideen zur Einführung der IV 53

§ 2: Die Funktion der IV 55

Teil III: Die neue Schmerz- bzw. Indikatorenrechtsprechung 58

§ 1: Leitentscheid BGE 141 V 281 59
I. Ausgangssachverhalt und Verfahrensverlauf 59
II. Entscheidung 61
III. Zentrale Aussagen des Leitentscheids 63

1. Wegfall der Vermutung 63
2. Zumutbarkeit weiterhin entscheidend 65
3. Strukturiertes Beweisverfahren statt Vermutung 66
4. Indikatorenkatalog als Wegleitung für die Sachverhaltsklärung 68
1.1 Teilbereich Gesundheitsschädigung 70
a Diagnoserelevante Befunde 70
b Behandlungs- und Eingliederungserfolg 71
c Komorbiditäten 72
1.2 Teilbereich Persönlichkeit 73
1.3 Teilbereich Sozialer Kontext 74
1.4 Konsistenzprüfung 74
a Reduzierung der Aktivität in sämtlichen Vergleichssituationen ... 75
b Behandlungs- und eingliederungsanamnestisch festgestellter Leidensdruck 75
IV. Ausschlussgründe 76
V. Anwendungsbereich der neuen Schmerzrechtsprechung 77
1. Ausgangslage gemäss Leitentscheid BGE 141 V 281 77
2. Erweiterung des Anwendungsbereichs der neuen Schmerzrechtsprechung 79
1.1 BGE 143 V 409 und BGE 143 V 418: Ausweitung auf sämtliche psychische Leiden 80
1.2 Präzisierung der Rechtsprechung gemäss BGE 141 V 281 82
a Diagnoseinhärenter Schweregrad 82
b Komorbiditäten 83
c Ausschlussgründe und Aggravation 83
d Verhältnis zwischen Medizin und Recht 84

§ 2: Folgerungen aus der neuen Judikatur 85

I. Praktische Konsequenzen 85
II. Rechtliche Konsequenzen 89
1. Anhängige Anspruchsprüfungen 89
2. Revision rechtskräftiger Entscheide 90
3. Weitere Rechtsentwicklung 91
1.1 Neue Rechtsprechung 91
a Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. Dezember 2015 (IV.2014.01009) 92
b Urteil des Bundesgerichts 9C_354/2015 vom 29. Februar 2016 .. 93
c BGE 142 V 106 99

d Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Dezember 2016 (IV.2015.00818) ... 103
e Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 31. Januar 2017 (IV.2015.00713) ... 104
f Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts C-2858/2015 vom 11. Mai 2017 ... 105
g Urteil des Bundesgerichts 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 ... 106
h Urteil des Bundesgerichts 9C_289/2017 vom 4. September 2017 ... 109
i Urteil des Bundesgerichts 8C_260/2017 vom 1. Dezember 2017 ... 113
j BGE 144 V 50 ... 115
k Zwischenfazit zu den exemplarisch ausgewählten Entscheiden ... 121

1.2 Stellungnahmen aus der hinzugezogenen Literatur ... 123

4. Zwischenfazit und Lösungsansatz zur weiteren Rechtsentwicklung ... 136

Teil IV: Ausgewählte Zahlen und Fakten zur IV ... 137

§ 1: Übersicht ... 138

I. Fakten zur finanziellen Situation ... 138

II. Leistungsbezug im Gesamtüberblick ... 139

§ 2: Zahlenmässige Auswertung der Bundesgerichtsurteile seit BGE 141 V 281 ... 144

Teil V: Schlussfolgerungen und Ausblick ... 145

§ 1: Zusammenfassung und Fazit ... 146

I. Von der Überwindbarkeitsvermutung zur Indikatorenrechtsprechung – eine Übersicht ... 146

II. Die Überwindbarkeitsvermutung – eine unhaltbare Rechtsfigur ... 151

III. PÄUSBONOG – ein juristischer Kunstgriff ... 154

IV. Die Anwendung der Überwindbarkeitsvermutung in anderen Rechtsgebieten ausserhalb des IVG ... 155

V. Die grundlegenden Leitideen zur Einführung der IV und die Funktion der IV ... 156

VI. BGE 141 V 281 – die ‚Korrektur von der Korrektur' ... 157

VII. Folgerungen aus der neuen Judikatur ... 158

VIII. Zahlenmässige Auswertung der Auswirkungen der Indikatorenrechtsprechung 161

§ 2: Ausblick 162

Abkürzungsverzeichnis

AB (Jahr) *N* (Seite)	Amtliches Bulletin des Nationalrats
AB (Jahr) *S* (Seite)	Amtliches Bulletin des Ständerats
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AJP/PJA	Zeitschrift Aktuelle juristische Praxis – Pratique juridique Actuelle, DIKE Verlag AG
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
AS (Jahr Seite)	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
ATSV	Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.11)
Aufl.	Auflage(n)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht (seit 2007 wurde das ehemalige EVG ins BGer integriert und seine Aufgaben werden seither von den sozialrechtlichen Abteilungen des BGer wahrgenommen)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110)
bspw.	beispielsweise
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101)
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)
BVR	Zeitschrift Bernische Verwaltungsrechtsprechung
bzw.	beziehungsweise
CHSS	Soziale Sicherheit – Zeitschrift des BSV, Bern
ders.	derselbe (Autor)
d.h.	das heisst

DSM-IV	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (Diagnostischer und statistischer Leitfaden zu psychischen Störungen)
E.	Erwägung
EGMR	Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
et al.	und andere (lat.: et alii)
etc.	und so weiter (lat.: et cetera)
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht (1917–2006)
f.	und folgende Seite bzw. folgender Artikel
ff.	und folgende Seiten bzw. folgende Artikel
FN	Fussnote
ggf.	gegebenenfalls
gem.	gemäss
Hrsg.	Herausgeber
HWS	Halswirbelsäule
ICD-10	Internationale Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme der Weltgesundheitsorganisation (WHO)
ICF	International Classification of Functioning, Disability and Health
i.d.R.	in der Regel
inkl.	inklusiv(e)
insb.	insbesondere
IV	Eidgenössische Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (SR 831.20)
i.V.m.	in Verbindung mit
IVV	Verordnung über die Invalidenversicherung (SR 831.201)
KSSB	Kreisschreiben über die Schlussbestimmungen der Änderung vom 18. März 2011 des IVG
lat.	lateinisch
lit.	Buchstabe (lat.: littera)
MEDAS	Medizinische Abklärungsstelle(n)
Mio.	Million(en)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note; Randnote

PÄUSBONOG	Pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage
PTBS	Posttraumatische Belastungsstörung
RAD	Regionaler Ärztlicher Dienst der IV
resp.	respektive
Rn.	Randnummer
RSV/GNW	Gesundheitsnetz Wallis
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
SchlB	Schlussbestimmung(en) der Änderung des IVG
scil.	scilicet (lat.: d.h., nämlich)
SGK	Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit
SGK-N	Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats
SGK-S	Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerats
SGPP/SSPP	Schweizerische Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie
sog.	sogenannt
SB (Jahr) *N* (Seite)	Stenographisches Bulletin des Nationalrats (seit 1967: Amtliches Bulletin)
SB (Jahr) *S* (Seite)	Stenographisches Bulletin des Ständerats (seit 1967: Amtliches Bulletin)
SVR	Sozialversicherungsrecht
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherungsrecht und berufliche Vorsorge
u.a.	unter anderem
uIVG	Ursprüngliches BG über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 in der bis 31. Dezember 1967 gültigen Fassung (ausser Kraft)
u.U.	unter Umständen
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung (SR 832.20)
vgl.	vergleiche
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (SR 221.229.1)

ZAK	Zeitschrift für die Ausgleichskassen der AHV und ihre Zweigstellen, Hrsg.: BSV (ab 1993 durch AHI-Praxis abgelöst)
ZMB	Zentrum für Medizinische Begutachtung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210)
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
z. T.	zum Teil

Literaturverzeichnis

ACKERMANN THOMAS, Psychosomatische Störungen – Erfahrungen aus der kantonalen Rechtsprechung, in: Psychosomatische Störungen im Sozialversicherungsrecht. Blicke auf BGE 141 V 281 und darüber hinaus, Kieser Ueli (Hrsg.), Bd. 110, Zürich/St. Gallen 2017, S. 1–20. [Zit. ACKERMANN, Psychosomatische Störungen, S.]

BERGER MAX B., „Nur, aber immerhin" – Kommentierung des Urteils 9C_492/2014 (Aufhebung der Überwindbarkeitsvermutung), in: Zeitschrift für Haftung und Versicherung HAVE 3/2015, S. 291 ff. [Zit.: BERGER, HAVE 2015, S.]

BINSWANGER PETER, Die Renten und die Hilflosenentschädigungen der eidgenössischen Invalidenversicherung, in: Nawiasky Hans (Hrsg.), Hauptprobleme der Invalidenversicherung. Veröffentlichungen der Schweizerischen Verwaltungskurse an der Handels-Hochschule St. Gallen, Bd. 20, Zürich/Köln 1960. [Zit.: BINSWANGER, Renten, S.]

BOLLINGER SUSANNE, Wann liegt ein Gesundheitsschaden vor?, in: Psychosomatische Störungen im Sozialversicherungsrecht. Blicke auf BGE 141 V 281 und darüber hinaus, Kieser Ueli (Hrsg.), Bd. 110, Zürich/St. Gallen 2017, S. 21–40. [Zit. BOLLINGER, Gesundheitsschaden, S.]

FOERSTER KLAUS/VENZLAFF ULRICH, Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, Foerster/Dreissing (Hrsg.), 5. Aufl., München 2009. [Zit.: FOERSTER/VENZLAFF, Psychiatrische Begutachtung, S.]

GÄCHTER THOMAS, Die Zumutbarkeit und der sozialversicherungsrechtliche Beweis, in: Murer Erwin (Hrsg.), Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen zugemutet werden? Die Zumutbarkeit als Schlüsselbegriff des Versicherungs- und des Haftpflichtrechts sowie der Versicherungsmedizin, Freiburger Sozialrechtstage 2008, Bern 2008. [Zit.: GÄCHTER, Beweis, S.]

GÄCHTER THOMAS/TREMP DANIA, Schmerzrechtsprechung am Wendepunkt?, in: Jusletter 16. Mai 2011. [Zit. GÄCHTER/TREMP, Wendepunkt, Rz.]

GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL, Schmerzrechtsprechung 2.0 – Bemerkung zur grundlegenden Praxisänderung im Urteil des Bundesgerichts

9C_492/2014 vom 3. Juni 2015, zur Publikation vorgesehen, in: Jusletter 29. Juni 2015 [Zit.: GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz.]

GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL, Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich der Invalidenversicherung, in: SZS 2017, S. 389–331. [Zit.: GÄCHTER/MEIER, Rechtsprechung, S.]

GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E., Praxisänderung zu Depressionen und anderen psychischen Leiden. Bedeutung, Einordnung, Folgen – Bemerkungen zu den Leitentscheiden 8C_841/2016 und 8C_130/2017 vom 30. November 2017 (beide zur Publikation vorgesehen), in: Jusletter 15. Januar 2018. [Zit. GÄCHTER/MEIER, Praxisänderung zu Depression und anderen psychischen Leiden, Rz.]

GERDESMEIER DIETER, Geldtheorie und Geldpolitik. Eine praxisorientierte Einführung, Frankfurt am Main, 2. Aufl., 2006. [Zit. GERDESMEIER, Geldtheorie und Geldpolitik, S.]

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016. [Zit.: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N]

HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1–10, Stämpflis Handkommentar, Bern 2003. [Zit.: HAUSHEER/JAUN, Stämpflis Handkommentar, Art. ZGB, N]

HENNINGSEN PETER, Probleme und offene Fragen in der Beurteilung der Erwerbsfähigkeit bei Probanden mit funktionellen Körperbeschwerdesyndromen, in: SZS 2014, S. 499–546. [Zit. HENNINGSEN, Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit, S.]

HENNINGSEN PETER, Die Abklärung der Arbeitsunfähigkeit bei psychischen und psychosomatischen Gesundheitsstörungen, in: Riemer-Kafka Gabriela/Hürzeler Marc (Hrsg.), Das indikatorenorientierte Abklärungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 79–86. [Zit. HENNINGSEN, Arbeitsunfähigkeit bei psychischen Gesundheitsstörungen, S.]

HUSMANN DAVID, Schmerzpraxis: Ei des Kolumbus, Heilmittel oder Sackgasse? Gedanken zu BGE 136 V 279, in: HAVE/REAS 2/2011, S. 193 ff. [Zit.: HUSMANN, HAVE 2/2011, S.]

JEGER JÖRG, Somatoforme Schmerzstörung und Arbeitsunfähigkeit: Differenzen oder Konsens zwischen Medizin und Rechtsprechung, in: Schaffhauser René/Schlauri Franz (Hrsg.), Medizin und Sozialversicherung im Gespräch, St. Gallen 2006, S. 155–210 [zit. JEGER, Somatoforme Schmerzstörung, S.]

JEGER JÖRG, Die Entwicklung der FOERSTER-Kriterien, in: Jusletter vom 16. Mai 2011. [Zit.: JEGER, Entwicklung, Rz.]

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, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 131–194 [zit. JEGER, Ressourcen, S.]

JEGER JÖRG, Die neue Rechtsprechung zu psychosomatischen Krankheitsbildern. Eine Stellungnahme aus ärztlicher Sicht, in: Jusletter 13. Juli 2015 [Zit.: JEGER, Die neue Rechtsprechung, Rz.]

JEGER JÖRG, Auswirkungen der neuen Rechtsprechung zu den psychosomatischen Krankheitsbildern auf die medizinische Begutachtung. Personen-Schaden-Forum 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 87–118 [zit. JEGER, Auswirkungen, S.]

JEGER JÖRG, Die Abklärung der Arbeitsunfähigkeit bei somatischen Gesundheitsstörungen, in: Riemer-Kafka Gabriela/Hürzeler Marc (Hrsg.), Das indikatorenorientierte Abklärungsverfahren, Bd. 119, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 31–77 [zit. JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S.]

JEGER JÖRG, BGE 141 V 281: Ein Sommernachtstraum oder viel Lärm um nichts?, in: HAVE 2018, S. 151–170. [Zit. JEGER, viel Lärm um nichts?, S.]

JEGER JÖRG, «Der Mensch ist gesund.» Gedanken eines Mediziners zu einer richterlichen Vermutung in BGE 144 V 50, in: Jusletter 8. Oktober 2018. [Zit. JEGER, «Der Mensch ist gesund.», Rz.]

KIESER UELI, Der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Sozialversicherungsrecht, in: Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren. Tagungsband, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 72, Zürich/Basel/Genf 2013. [Zit.: KIESER, Beweisgrad, S.]

KIESER UELI, ATSG-Kommentar, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2015. [Zit.: KIESER, ATSG-Kommentar, Art. N]

KIESER UELI, BGer 9C_899/2014, Urteil vom 29. Juni 2015, II. sozialrechtliche Abteilung des Bundesgerichts. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Aktuelle Juristische Praxis 2015. [Zit.: KIESER, AJP 2015, S.]

KIESER UELI, Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht, in: SJZ 112/2016, S. 546–551. [KIESER, Entwicklungen SVR 2016, S.]

KIESER UELI, Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht, in: SJZ 113/2017, S. 575–580. [KIESER, Entwicklungen SVR 2017, S.]

KIESER UELI, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2017. [Zit.: KIESER, SVR, N]

KIESER UELI, Psychosomatische Störungen – Stellenwert der Qualitätsleitlinien bei Begutachtungen, in: Psychosomatische Störungen im Sozialversicherungsrecht. Blicke auf BGE 141 V 281 und darüber hinaus, Kieser Ueli (Hrsg.), Bd. 110, Zürich/St. Gallen 2017, S. 49–66. [Zit. KIESER, Qualitätsleitlinien, S.]

KIESER UELI, Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht, in: SJZ 114/2018, S. 552–557. [KIESER, Entwicklungen SVR 2018, S.]

KIESER UELI, Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2018, Zürich/Basel/Genf 2018. [Zit.: KIESER, Entwicklungen im SVR, S.]

LANDOLT HARDY, Die Rechtsvorstellung der zumutbaren Willensanstrengung im Sozialversicherungsrecht, in: Schaffhauser René/Schlauri Franz (Hrsg.),

Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bd. 23, St. Gallen 2003. [Zit.: LANDOLT, Willensanstrengung, N]

LOCHER THOMAS, Invalidität und invaliditätsfremde Faktoren, in: Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, Schaffhauser René/Schlauri Franz (Hrsg.), Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, Bd. 23, St. Gallen 2003. [Zit.: LOCHER, Invalidität, S.]

MARELLI RENATO, Am Scheideweg von Medizin und Recht, in: Jusletter 10. Oktober 2011. [Zit.: MARELLI, Scheideweg, Rz.]

MAURER ALFRED, Geschichte des schweizerischen Sozialversicherungsrechts, Berlin 1981. [Zit.: MAURER, Geschichte, S.]

MEIER MICHAEL E., Ein Jahr neue Schmerzrechtsprechung, Folgerechtsprechung zur grundlegenden Praxisänderung in BGE 141 V 281, in: Jusletter vom 11. Juli 2016, [Zit. MEIER, ein Jahr, Rz.]

MEIER MICHAEL E., Zwei Jahre neue Schmerzrechtsprechung, in: Riemer-Kafka Gabriela/Hürzeler Marc (Hrsg.), Das indikatorenorientierte Abklärungsverfahren, Bd. 119, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 31–77 [zit. MEIER, zwei Jahre, S.]

MEIER MICHAEL E., Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2018, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 63–82. [zit. MEIER, Auswirkungen, S.]

MEYER ULRICH/REICHMUTH MARCO, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG), in: Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Stauffer Hans-Ulrich/Cardinaux Basile (Hrsg.), 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014. [Zit.: MEYER/REICHMUTH, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, S.]

MEYER-BLASER ULRICH, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, namentlich für den Einkommensvergleich in der Invaliditätsbemessung, in: Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, Schaff-

hauser René/Schlauri Franz (Hrsg.), Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, Bd. 23, St. Gallen 2003. [Zit.: MEYER-BLASER, Arbeitsunfähigkeit, S.]

MOSIMANN HANS-JAKOB, Renten der Invalidenversicherung, in: Recht der Sozialen Sicherheit. Sozialversicherungen, Opferhilfe, Sozialhilfe. Beraten und Prozessieren, Steiger-Sackmann Sabine/Mosimann Hans-Jakob (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. XI, Basel 2014. [Zit.: MOSIMANN, Recht der Sozialen Sicherheit, Rz.]

MÜLLER JÖRG PAUL, Verfahrensgerechtigkeit in der Sozialversicherung, in: Jusletter 27. Januar 2014. [Zit.: MÜLLER, Verfahrensgerechtigkeit, Rz.]

MÜLLER URS, Die natürliche Vermutung in der Invalidenversicherung, in: Riemer-Kafka/Rumo-Jungo (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, FS Erwin Murer, Bern 2010. [Zit.: MÜLLER, Vermutung, S.]

MURER ERWIN, Invalidenversicherung: Prävention, Früherfassung und Integration. Kommentar zu Art. 1a, 3a–3c, 6a, 7a–7c, 7d und 14a des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG) vom 19. Juni 1959, Bern 2009. [Zit.: MURER, Kommentar zu Art. IVG, Rz.]

REIBER MATTHIAS, „Zumutbare Willensanspannung“? – Der Psychiater und das Problem des Arbeitsunfähigkeitszeugnisses, in: Murer Erwin (Hrsg.), Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen zugemutet werden? Die Zumutbarkeit als Schlüsselbegriff des Versicherungs- und des Haftpflichtrechts sowie der Versicherungsmedizin, Freiburger Sozialrechtstage 2008, Bern 2008. [Zit.: REIBER, Willensanspannung, S.]

RIEMER-KAFKA GABRIELA, Zur Überwindung der Überwindbarkeitsvermutung. Einige Gedanken zum Bundesgerichtsurteil 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 (zur BGE-Publikation vorgesehen), in: SZS 2015, S. 373–381. [Zit.: RIEMER-KAFKA, Überwindung, S.]

RIEMER-KAFKA GABRIELA, Die Zumutbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Invaliden-, Unfall- und Militärverscherung, in: Murer Erwin (Hrsg.), Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen zugemutet werden? : die Zumutbarkeit als Schlüsselbegriff des Versicherungs- und des

Haftpflichtrechts sowie der Versicherungsmedizin : Freiburger Sozialrechtstage 2008, Bern 2008. [Zit.: RIEMER-KAFKA, Zumutbarkeit, S.]

RIEMER-KAFKA GABRIELA (Hrsg.), Versicherungsmedizinische Gutachten. Ein interdisziplinärer juristisch-medizinischer Leitfaden. 3. erweiterte Auflage, Muttenz 2017 [zit. RIEMER-KAFKA, Leitfaden, S.]

RIEMER HANS MICHAEL, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–10 ZGB), Eine Einführung, 2. Auflage, Bern 2003. [Zit.: RIEMER, Einleitungsartikel ZGB, § N]

SAMUELSSON EVALOTTA, Urteil des Bundesgerichts (BGE 142 V 106) zu einer ätiologischgemischten Schmerzerkrankung, in: SZS 2016, S.401–409. [Zit. SAMUELSSON, BGE 142 V 106, S.]

SANER KASPAR/GEHRING KASPAR, Überwindbarkeitsrechtsprechung zur Sozialversicherung – ein Irrläufer im Haftpflichtrecht, in: AJP/PJA 6/2012. [Zit.: SANER/GEHRING, Überwindbarkeitsrechtsprechung im Haftpflichtrecht, S.]

TRAUB ANDREAS, Zu den Ausschlussgründen im Rahmen der Rentenprüfung bei psychosomatischen Leiden (Urteil 9 C 492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 2.2.), in: SZS 2015, S. 385–386 [Zit.: TRAUB, Ausschlussgründe, S.]

TRAUB ANDREAS, BGE 141 V 281 – Auswirkungen des Urteils auf weitere Fragestellungen, in: Kieser Ueli (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2016, Zürich/St. Gallen 2017, S. 117-155 [zit. TRAUB, BGE 141 V 281 – Auswirkungen, S.]

WALZ FELIX, Allgemeine Grundsätze des Gesetzes, in: Nawiasky Hans (Hrsg.), Hauptprobleme der Invalidenversicherung. Veröffentlichungen der Schweizerischen Verwaltungskurse an der Handels-Hochschule St. Gallen, Bd. 20, Zürich/Köln 1960. [Zit.: WALZ, Grundsätze, S.]

WELTEN (-WINZENRIED) VIVIAN, Psychosomatische Störungen – offene Fragen, in: Psychosomatische Störungen im Sozialversicherungsrecht. Blicke auf BGE 141 V 281 und darüber hinaus, Kieser Ueli (Hrsg.), Bd. 110, Zürich/St. Gallen 2017, S. 115–131. [Zit. WELTEN (-WINZENRIED), Psychosomatische Störungen, S.]

WELTEN (-WINZENRIED) VIVIAN, Versichertes Risiko – Wenn sich die Privatversicherung hinter dem Sozialversicherungsrecht versteckt. Urteil des Bundesgerichts 4A_314/2015 vom 1. Dezember 2015, in: HAVE 2016, S. 324–328. [Zit.WELTEN (WINZENRIED), Versichertes Risiko, S.]

WINZENRIED VIVIAN, Die Überwindbarkeitspraxis, in: JaSo 2012. Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht, Kieser Ueli und Lendfers Miriam (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2012. [Zit.: WINZENRIED, JaSo 2012, S.]

WYSSMANN DANIEL, Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, in: Anwaltsrevue 2015 [Zit.: WYSSMANN, Überblick, Rz.]

ZÜBLIN ERICH, Psychosomatische Gesundheitsstörungen im Sozialversicherungs-, Privatversicherungs- und Haftpflichtrecht, in: Psychosomatische Störungen im Sozialversicherungsrecht. Blicke auf BGE 141 V 281 und darüber hinaus, Kieser Ueli (Hrsg.), Bd. 110, Zürich/St. Gallen 2017, S. 133–362. [Zit. ZÜBLIN, Psychosomatische Gesundheitsstörungen, S.]

Materialien

Die Materialien sind alphabetisch aufgeführt und sodann in chronologischer Reihenfolge angeordnet.

Die Amtliche Sammlung aus dem Bundesrecht wird so zitiert, dass zunächst das Jahr und anschliessend die spezifische Seitenzahl ausgehend von der deutschen Sprache angegeben wird. [Zit.: AS Jahr S.]

Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren für die Einführung einer Invalidenversicherung vom 8.März 1955, in: BBl 1955 I 361-364. [Zit.: SPS BBl 1955 I S.]

Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren für die Schaffung einer eidgenössischen Invalidenversicherung vom 27. April 1955, in: BBl 1955 I 669-672. [Zit.: PdA BBl 1955 I S.]

Bericht der Eidgenössischen Expertenkommission für die Einführung der Invalidenversicherung vom 30. November 1956. [Zit.: Bericht der Expertenkommission 1956, S.]

Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren betreffend die Einführung der Invalidenversicherung vom 22. März 1957, in: BBl 1957 I 977-985. [Zit.: BBl 1957 I S.]

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend Einführung des Gesetzgebungsrechtes des Bundes über die Invaliditäts-, Alters- und Hinterlassenenversicherung und betreffend die Beschaffung der für die Sozialversicherung erforderlichen Bundesmittel vom 21. Juni 1919, in: BBl 1919 IV 1-224. [Zit.: BBl 1919 IV S.]

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend das Ergebnis der Volksabstimmung vom 6. Dezember 1925 über den Bundesbeschluss vom 18. Juni 1925 betreffend Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (Art.34^{quater} und 41ter der Bundesverfassung) vom 5. Januar 1926, in: BBl 1926 I 1-4.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 24. Mai 1946, in: BBl 1946 II 365-588. [Zit.: BBl 1946 II S.]

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung und eines Bundesgesetzes betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 24. Oktober 1958, in: BBl 1958 II 1137-1322. [Zit.: BBl 1958 II S.]

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesbeschlusses über die Rechtsstellung der Flüchtlinge in der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 19. Januar 1962, in: BBl 1962 I 237-243.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 27. Februar 1967, in: BBl 1967 I 653-718. [Zit.: BBl 1967 I S.]

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 4. Februar 1970, in: BBl 1970 I 170-173.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die achte Revision der Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 11. Oktober 1971, in: BBl 1971 II 1057-1189.

Botschaft über die neunte Revision der Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 7. Juli 1976, in: BBl 1976 III 1-140.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 18. August 1976, in: BBl 1976 III 141-299.

Botschaft über erste Massnahmen zur Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen vom 28. September 1981, in: BBl 1981 III 737-884.

Botschaft über die zweite Revision der Invalidenversicherung vom 21. November 1984, in: BBl 1985 I 17-97.

Botschaft über ein zweites Paket von Massnahmen zur Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen vom 25. Mai 1988, in: BBl 1988 II 1333-1441.

Botschaft über die zehnte Revision der Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 5. März 1990, in: BBl 1990 II 1-224.

Botschaft über die Sanierungsmassnahmen 1994 für den Bundeshaushalt vom 19. Oktober 1994, in: BBl 1995 I 89-275.

Botschaft über die 4. Revision des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung, erster Teil (4. IV-Revision, erster Teil) vom 25. Juni 1997, in: BBl 1997 IV 149-202.

Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über die Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende in Armee, Zivildienst und Zivilschutz (Erwerbsersatzgesetz, EOG) vom 1. April 1998, in: BBl 1998 IV 3418-3459.

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (Revision der freiwilligen Versicherung) vom 28. April 1999, in: BBl 1999 VI 4983-5032.

Botschaft über die 4. Revision des Bundesgesetzes der Invalidenversicherung vom 21. Februar 2001, in: BBl 2001 I 3205-3322.

Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, in: BBl 2001 I 4202-4479.

Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (Massnahmen zur Verfahrensstraffung) vom 4. Mai 2005, in: BBl 2005 I 3079-3092.

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (5. Revision) vom 22. Juni 2005, in: BBl 2005 I 4459-4602.

Botschaft zur Zusatzfinanzierung der Invalidenversicherung vom 22. Juni 2005, in: BBl 2005 I 4623-4648.

Botschaft zur Ausführungsgesetzgebung zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom

7. September 2005, in: BBl 2005 I 6029-6304.

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS), (Besondere Mittel der Informationsbeschaffung) vom 15 Juni 2007, in: BBl 2007 I 5037-5138.

Botschaft zur formellen Bereinigung des Bundesrechts vom 22. August 2007, in: BBl 2007 I 6121-6168.

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket) vom 24. Februar 2010, in: BBl 2010 1817-1940.

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenverischerung (6. IV-Revision, zweites Massnahmenpaket) vom 11. Mai 2011, in: BBl 2011 5691-5836.

BRIDLER RENÉ/KÖRNER ANDREAS, Kurzgutachten zu „pathogentisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder“ im Auftrag der Schweizerischen Stiftung Pro Mente Sana, Kilchberg 2010, elektronisch abrufbar unter <http://www.promentesana.ch/page.php?language=de&pages_id=272> (zuletzt besucht am 30.05.2014). [Zit.: BRIDLER/KÖRNER, Kurzgutachten, S.]

COLOMB E. ET AL., Qualitätsleitlinien für versicherungspsychiatrische Gutachten, Schweizerische Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie SGPP, Leitlinien für die Begutachtung psychiatrischer und psychosomatischer Störungen in der Versicherungsmedizin, 16.06.2016, 3. vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage (Korrigenda 17.10.2016), elektronisch abrufbar unter <http://www.iv-pro-medico.ch/fileadmin/documents/D_Qualitaetsleitlinien_fuer_versicherungspsychiatrische_Gutachten_20.10.2016.pdf> (zuletzt besucht am 19.04.2019). [Zit. COLOMB E. ET AL., Qualitätsleitlinien für versicherungspsychiatrische Gutachten, SGPP, S.]

HENNINGSEN PETER, gutachterliche Expertise aus psychosomatisch-psychiatrischer Sicht erstattet im Auftrag von Indemnis, Rechtsanwälte für Unfallopfer, Privat- und Sozialversicherte betreffend Fragen im Zusammenhang mit der Zumutbarkeit der Überwindung einer somatoformen Schmerz- oder verwandten psychischen bzw. psychosomatischen Störung, München 2014, elektronisch abrufbar unter <http://www.indemnis.ch/de/2014/07/07/renommierter-

gutachter/> (zuletzt besucht am 29.12.2014). [Zit.: HENNINGSEN, Gutachten, S.]

IV-Rundschreiben Nr. 334/Neues Beweisverfahren zur Abklärung psychosomatischer Leiden (Urteil 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015), elektronisch abrufbar unter <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/index/category:35/lang:deu> (zuletzt besucht am 19.11.2015).

IV-Rundschreiben Nr. 339/Auftrag für ein medizinisches Gutachten in der Invalidenversicherung, elektronisch abrufbar unter <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/index/category:35/lang:deu> (zuletzt besucht am 19.11.2015). [Zit.: IV-Rundschreiben Nr. 339]

IV-Statistik 2016, elektronisch abrufbar unter <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/publikationen.assetdetail.2722807.html> (zuletzt besucht am 30.04.2019). [Zit. IV-Statistik 2016, S.]

IV-Statistik 2017, elektronisch abrufbar unter <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/iv/statistik.html> (zuletzt besucht am 30.04.2019). [Zit. IV-Statistik 2017, S.]

IV-Statistik 2018, elektronisch abrufbar unter < https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/iv/statistik.html> (zuletzt besucht am 30.05.2019). [Zit. IV-Statistik 2018, S.]

KIESER UELI, Gutachten erstattet im Auftrag der Schweizerischen Stiftung Pro Mente Sana betreffend Schlussbestimmung der 6. IVG-Revision, Zürich 2010, elektronisch abrufbar unter <http://www.promentesana.ch/page.php?language=de&pages_id=272> (zuletzt besucht am 03.02.2014).

Kreisschreiben über die Schlussbestimmungen der Änderung vom 18. März 2011 des IVG (KSSB), gültig ab 01.04.2014, elektronisch abrufbar unter <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/3936/lang:deu/category:34> (zuletzt besucht am 31.05.2014). [Zit.: KSSB Rz.]

Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 17. Juni 2015 – Urteil vom 3. Juni 2015 (9C_492/2014), Psychosomatische Leiden und IV-Rente: Bundesgericht ändert Rechtsprechung, elektronisch abrufbar unter <https://www.bger.

ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/9C_492_2014_2015_06_17_T_d_10_13_40.pdf> (zuletzt besucht am 19.04.2019).

Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 28. Dezember 2015 – Urteil vom 24. November 2015 (8C_590/2015), Psychosomatische Leiden und IV: Keine Neuanmeldung entschiedener Fälle nach Praxisänderung, elektronisch abrufbar unter <https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/8C_590_2015_2015_12_28_T_d_10_55_59.pdf> (zuletzt besucht am 19.04.2019).

Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 14. Dezember 2017 – Urteile vom 30. November 2017 (8C_841/2016, 8C_130/2017), IV-Rente bei psychischen Leiden: Änderung der Rechtsprechung, elektronisch abrufbar unter <https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/8C_841_2016_2017_12_14_T_d_10_47_46.pdf> (zuletzt besucht am 19.04.2019).

Nachtragsbericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Alters-, Invaliden- und Hinterlassenenversicherung vom 23. Juli 1924, in: BBl 1924 II 681-740.

Protokolle der vorberatenden Kommission des Ständerates zur Invalidenversicherung 2. Revision.

Protokolle der vorberatenden Kommission des Nationalrats zur Invalidenversicherung 2. Revision.

Protokoll der vorberatenden Kommission des Ständerates zur Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantone. Zweites Paket.

Protokoll der vorberatenden Kommission des Nationalrats zur Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantone. Zweites Paket.

Protokolle der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) Ständerat zur Invalidenversicherung 4. Revision.

Protokolle der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) Nationalrat zur Invalidenversicherung 4. Revision. [Zit.: Protokoll SGK-N, 4. IV-Revision, Datum, S.]

Protokolle der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) Ständerat zum IVG. Massnahmen zur Verfahrensstraffung.

Protokolle der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) Nationalrat zum IVG. Massnahmen zur Verfahrensstraffung.

Protokolle der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) Nationalrat zur 4. IV-Revision, Hearing.

Protokolle der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) Nationalrat zur 4. IV-Revision.

Protokolle der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) Ständerat zur 4. IV-Revision.

Protokolle der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) Nationalrat zur Invalidenversicherung 5. Revision.

Protokolle der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) Ständerat zur Invalidenversicherung 5. Revision.

Protokolle der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) Nationalrat zur 6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket (IV-Revision 6a).

Protokolle der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) Ständerat zur 6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket (IV-Revision 6a).

Protokolle der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) Nationalrat zur 6. IV-Revision, zweites Massnahmenpaket (IV-Revision 6b).

Protokolle der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) Ständerat zur 6. IV-Revision, zweites Massnahmenpaket (IV-Revision 6b).

Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur medizinischen Begutachtung durch Medizinische Abklärungsstellen betreffend Ansprüche auf Leistungen der Invalidenversicherung mit Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, erstattet durch Prof. Dr. iur. JÖRG PAUL MÜLLER und Dr. iur. JOHANNES REICH, Bern 2010. [Zit.: MÜLLER/REICH, Rechtsgutachten, N]

Stellungnahme des Gesundheitsnetz Wallis (RSV/GNW) im Auftrag der Schweizerischen Stiftung Pro Mente Sana, elektronisch abrufbar unter:

<http://www.promentesana.ch/_files/Downloads/Stellungnahmen/IV/gutachten_bonvin.pdf> (zuletzt besucht am 01.06.2014). [Zit.: Stellungnahme RSV/GNW]

Stellungnahme der Schweizerischen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie (SGPP/SSPP) im Auftrag der Schweizerischen Stiftung Pro Mente Sana, elektronisch abrufbar unter: <http://www.promentesana.ch/_files/Downloads/Stellungnahmen/IV/gutachten_sgpp.pdf> (zuletzt besucht am 01.06.2014). [Zit.: Stellungnahme SGPP/SSPP]

Abbildungsverzeichnis

Abb. 1: Anteil der IV-Rentenbezüger in der Schweiz an der versicherten Bevölkerung nach Alter im Jahr 2018 S. 139

Abb. 2: IV-Rentenbezüger in der Schweiz, Stand per Dezember 2018 S. 140

Abb. 3: Anzahl psychisch bedingter IV-Renten (Männer und Frauen) in der Schweiz S. 141

Abb. 4: Entwicklung der Neurentenquote in der Schweiz nach Invaliditätsursache, 2000–2018 S. 142

Abb. 5: Verhältnis der Zusprachen und Ablehnungen von IV-Leistungen S. 143

Abb. 6: Rechtsmittel ergriffen (nur Renten) S. 143

Einleitung

Angenommen, eine 35 Jahre alte Reinigungsfachkraft[4] wird in den Jahren 1997 und 2000 in mehrere Auffahrunfälle verwickelt. Dabei erleidet sie eine Distorsion der Halswirbelsäule (sog. HWS-Syndrom) und die Beschwerden verschlimmern sich. 2002 meldet sie sich bei der Eidgenössischen Invalidenversicherung (IV) zum Leistungsbezug an. In der Folgezeit werden diverse medizinische Abklärungen durchgeführt und im Ergebnis wird ein Rentenanspruch verneint: Ein Gesundheitsschaden mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit bestehe nicht. Die nächsthöhere Instanz sieht dies anders: Sie attestiert der Betroffenen vollständige Arbeitsunfähigkeit für die Zeit von 2000 bis Ende 2004 und eine Arbeitsfähigkeit im angestammten Beruf von 60 % ab 2005. Sie verpflichtet die IV-Stelle zur Rentenzahlung für verschiedene Zeiträume in unterschiedlicher Höhe. Dagegen erhebt die IV-Stelle Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Sie meint, es fehle an einem objektivierbaren Gesundheitsschaden, die Versicherte sei vollumfänglich leistungsfähig. Ausserdem – und dies ist im vorliegenden Kontext entscheidend – käme einem ätiologisch-pathogenetisch unerklärlichen Leidenszustand keine invalidisierende Wirkung zu.[5] Es stellt sich die Frage: Wie hat das Bundesgericht in diesem Fall entschieden? Um es vorwegzunehmen: Es hat die Beschwerde gutgeheissen. Der angefochtene Entscheid verletzt Bundesrecht. Die IV-Stelle müsse noch weitere Abklärungen treffen und sodann erneut über den Rentenanspruch befinden. 1

Auf den ersten Blick handelt es sich hierbei um einen im Sozialversicherungsrecht alltäglichen Vorgang, der sich regelmässig in invalidenversicherungsrechtlichen Streitigkeiten wiederholt. Im Kern geht es stets um dieselbe Frage, nämlich, ob und ggf. in welcher Höhe dem jeweiligen Versicherten ein Anspruch gestützt auf das IVG zusteht. In diesem Kontext stellen sich folgende Fragen: Aber weshalb war dieser Bundesgerichtsentscheid von besonderer Bedeutung für die weitere Entwicklung der Schmerzrechtsprechung und der Überwindung der Überwindbarkeitsvermutung? Welche Erwägungen lagen dem Gerichtsentscheid zugrunde? 2

---

4 Im Sinne der besseren Lesbarkeit werden entweder geschlechtsneutrale Begriffe oder die männliche Form (hier sind die Frauen mitgemeint) verwendet.

5 Dieser Sachverhalt liegt dem BGE 136 V 279 zugrunde.

3 Zum Zeitpunkt dieses Bundesgerichtsentscheids vom 30. August 2010 lässt sich die Antwort wie folgt zusammenfassen: Ob eine spezifische und unfalladäquate HWS-Verletzung (Schleudertrauma) ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle invalidisierend wirkt, beurteile sich sinngemäss nach der Schmerzrechtsprechung seit BGE 130 V 352 zu den anhaltenden somatoformen Schmerzstörungen. Demnach begründete gemäss diesem Entscheid des Bundesgerichts ein Schleudertrauma ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle nur noch ausnahmsweise einen Anspruch auf eine Rente der IV. Das Bundesgericht kam damals in seinem Urteil zum Schluss, dass obligatorisch Versicherte mit einer spezifischen und unfalladäquaten Verletzung der Halswirbelsäule (HWS) ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle nur noch dann eine IV-Rente zugesprochen erhalten sollten, wenn ihnen eine willentliche Überwindung ihres Leidens und der Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess nicht zuzumuten war.[6] Mit diesem Entscheid dehnte das Bundesgericht die Anwendung der ehemaligen Schmerzrechtsprechung auf die Folgen einer HWS-Distorsion aus.

4 In der Folgezeit nahm die Entwicklung den folgenden naheliegenden Verlauf: Im Ergebnis nahm die Anzahl der Fälle, in denen eine IV-Rente wegen somatoformer Schmerzstörung oder vergleichbarer psychosomatischer Störungen zugesprochen wurde, sprunghaft ab. Für Versicherte, die nach eigenem Bekunden unter fortlaufenden und teilweise erheblichen Schmerzzuständen litten, war es fast nicht mehr bzw. nur in Ausnahmesituationen möglich, eine IV-Rente zugesprochen zu bekommen.

5 Immer mehr Krankheitsbilder,[7] bei denen die Betroffenen mehrheitlich über Körperbeschwerden als Leitsymptom klagen, wie das Beispiel im einleitend erwähnten Entscheid des Bundesgerichts, fielen gemäss der bundesgerichtlichen Schmerzrechtsprechung seit BGE 130 V 352 unter den im Laufe der Zeit durch das Bundesgericht entwickelten Begriff[8] der sog. pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage (kurz: PÄUSBONOG).

6 PÄUSBONOG begründeten grundsätzlich keine Invalidität, denn es bestand die Vermutung, dass solche Leiden mit einer zumutbaren Willensanstrengung

6 Vgl. BGE 136 V 279 E. 3.2.
7 Vgl. hierzu insb. Rz. 21 und BGE 140 V 8 E. 2.2.1.3. S. 13 f.
8 Vgl. bereits das Urteil I 70/07 des Bundesgerichts vom 14. April 2008 E. 5. Siehe hierzu Rz. 34 ff.

überwindbar seien. Lediglich im Ausnahmefall konnten bestimmte Umstände die Schmerzbewältigung intensiv und konstant behindern und den Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess unzumutbar machen. Der Grund hierfür war, dass die versicherte Person nicht über die für den Umgang mit den Schmerzen notwendigen Ressourcen verfügte.[9]

7 Dieser einleitend genannte höchstrichterliche Entscheid aus Luzern löste im Jahr 2010 in den Fachkreisen Unsicherheit insbesondere bezüglich der möglichen rechtlichen Auswirkungen sowie kritische Reaktionen aus und wurde sowohl vonseiten juristischer als auch versicherungsmedizinischer Seite kontrovers diskutiert. Zudem hatte dieser Entscheid, wie nachfolgend aufgezeigt wird, politische Folgen.

8 Im Parlament wurde in Anlehnung an die damals geltende Überwindbarkeitsvermutung mit den Schlussbestimmungen der Änderung des IVG vom 18. März 2011 (6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket) erstmals der Begriff ‚pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage' ins Gesetz aufgenommen. Geschaffen wurde mit dieser Schlussbestimmung ausserdem die rechtliche Grundlage für eine mögliche Anpassung laufender Renten, die vor dem 1. Januar 2008 gestützt auf Leiden zugesprochen worden waren, die nunmehr unter dem Terminus PÄUSBONOG subsumiert wurden.[10] Obwohl diese Schlussbestimmung mittlerweile keine Bedeutung mehr hat, da sie Ende 2015 ausser Kraft getreten ist, liefert sie einen Hinweis auf die mit dieser Judikatur verbundenen Schwierigkeiten.

9 Knapp fünf Jahre nach dem einleitend dargelegten Urteil sah sich das Bundesgericht allerdings veranlasst, eine abrupte Kehrtwende[11] zu vollziehen und von seiner bis anhin praktizierten Judikatur wieder abzurücken.

9 Vgl. statt vieler BGE 136 V 279 E. 3.2.1.
10 Vgl. hierzu AS 2011 5670 f.; AB 2010 *S* 662 ff. und AB 2010 *N* 2117 ff.
11 Vgl. hierzu insb. Rz. 120 ff.

10 Mit BGE 141 V 281 leitete das Bundesgericht anfangs Juni 2015 eine grundlegende und bereits seit Langem zumindest von Teilen der Literatur erwünschte[12] und erwartete[13] Änderung der bisherigen Rechtsprechung zur Beurteilung des Anspruchs auf eine IV-Rente wegen somatoformer Schmerzstörungen und ähnlicher psychosomatischer Leiden ein. Die bisher geltende Überwindbarkeitsvermutung wurde aufgegeben. Stattdessen wird nunmehr ein strukturiertes Beweisverfahren durchgeführt, das das jeweilige tatsächliche Leistungsvermögen der Betroffenen „*ergebnisoffen*" und „*einzelfallgerecht*" ermitteln und bewerten soll.[14]

11 Der Entscheid wurde als ein „*grosser Schritt*" bezeichnet.[15] Des Weiteren wurde die Art der Auseinandersetzung des Bundesgerichts mit den gegen die bisherige Schmerzrechtsprechung vorgebrachten Argumenten als ein „*Zeichen hoher Justizkultur*" gewertet, wofür zudem die „*Offenheit*" spreche, *„mit der sich das oberste Gericht des Landes mit den Motiven für seine bisherige Praxis und den Gründen für deren Anpassung auseinandersetzt."*[16] Dem Gericht wurde „*Grösse*" und das Fehlen jedwelcher „*Abgehobenheit*" attestiert,[17] das Bundesgericht habe mit seiner Rechtsprechungsänderung „*Weichen*" gestellt.[18] Andere Autoren hielten zumindest die Kernaussage des Urteils für *„bemerkenswert*"; sie bedeute „*mit ihrer Forderung nach einer ‚ergebnisoffenen' Abklärung den Anspruch der versicherten Person auf ein faires Verfahren."*[19] Es wurde begrüsst, *„dass das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung geändert hat und die selber eingeführte Vermutung durch ein Beweisverfahren ersetzt [hat]."*[20] Der Entscheid wird als *„Grundsatzurteil"* tituliert.[21]

12 Vgl. WINZENRIED, JaSo 2012, S. 244; KIESER, Entwicklungen im SVR, S. 268 f.; GÄCHTER/TREMP, Wendepunkt, Rz. 13.
13 Vgl. RIEMER-KAFKA, SZS 2015, S. 373.
14 Medienmitteilung Bundesgericht, 17. Juni 2015 und BGE 141 V 281 insb. E. 3.6, 4.1.1.f. und 4.3.1.2.
15 GÄCHTER/MEYER, Jusletter 28. Juni 2015, S. 25.
16 GÄCHTER/MEYER, Jusletter 28. Juni 2015, S. 26.
17 RIEMER-KAFKA, SZS 2015, S. 377.
18 RIEMER-KAFKA, SZS 2015, S. 381.
19 BERGER, HAVE 2015, S. 291 und 298.
20 WYSSMANN, Überblick, S. 415 f.
21 KIESER, AJP 2015, S. 1468 f.

Mittlerweile liegt bereits eine Vielzahl gerichtlicher Entscheide vor[22], die von der durch das Urteil vom 3. Juni 2015 eingeleiteten Rechtsprechungsänderung beeinflusst sind bzw. deren Aussagen fortentwickeln.[23] Im Weiteren wird auch aus medizinischer Sicht Zustimmung signalisiert: Der Entscheid sei „*ein modernes Urteil, das den Fortschritten der Medizin und Rehabilitation in weiten Teilen Rechnung trägt.*“[24] 12

Beide Leitentscheide sind ein aussagekräftiger Beleg für die wechselvolle Geschichte der Rechtsprechung des obersten schweizerischen Gerichts auf dem Gebiet der IV. Sie geben Anlass zu folgenden Fragestellungen: 13

- Waren PÄUSBONOG tatsächlich entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung willentlich überwindbar? Auf welche Empirie stützte sich die vermutete Überwindbarkeit von PÄUSBONOG? Existierte für die vermutete Überwindbarkeit von PÄUSBONOG eine wissenschaftliche Grundlage? Geprüft wird zudem, was der – selbst durch den Gesetzgeber auf Gesetzesstufe eingeführte – Begriff ‚pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage‘ bedeutet, wobei auch die medizinische Sicht berücksichtigt wird.

- Wurde besagte Überwindbarkeitsvermutung auch in anderen Rechtsgebieten angewendet? Falls ja, mit welchen Folgen?

- War die Schmerzrechtsprechung mit der Funktion der IV und den ihr ursprünglich bzw. ggf. noch heute zugrundeliegenden Leitideen vereinbar? Wie gestaltet sich die aktuelle Situation?

- Was sind die zentralen Aussagen des Leitentscheids BGE 141 V 281 vom 3. Juni 2015? Welche Auswirkungen hat die Überwindung der Überwindbarkeitsvermutung, infolge derer nun anstelle einer Vermutung ein strukturiertes Beweisverfahren erforderlich ist? Eignen sich

22 Laut MEIER (vgl. Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 64) sowie einschlägiger Auswertung der Verfasserin per Stand 31.12.2018 ohne Gewähr für absolute Richtigkeit und Vollständigkeit ergingen seit dem BGE 141 V 281 vom 3. Juni 2015 bis Ende 2018 über 600 Urteile mit Verweis auf die neue Rechtsprechung, wobei rund 300 einen inhaltlichen Bezug zur Schmerzrechtsprechung aufweisen.

23 Vgl. z.B. BGE 142 V 106, Urteil 9C_899/2014 des Bundesgerichts vom 29. Juni 2015 und siehe hierzu insb. den dritten Teil dieser Arbeit.

24 JEGER, Die neue Rechtsprechung, Rz. 55; DERS., viel Lärm um nichts?, S. 169.

die vom Bundesgericht entwickelten Indikatoren als Entscheidungskriterien für die Sachverhaltsklärung?

- Lässt sich nun nach Ablauf von drei Jahren bereits ein – wenn auch vorsichtiges – Fazit ziehen? Welche Elemente der neuen Rechtsprechung bedürfen ggf. einer Weiterentwicklung? Wo liegen weiterhin die wesentlichen materiell- und beweisrechtlichen Problemstellen?

- Hatte die Rechtsprechungsänderung eine Zunahme der IV-Renten zur Folge?

14 Diese Fragen sind Gegenstand vorliegender Arbeit, die sich durch zweierlei kennzeichnet: zum einen durch einen ‚Blick zurück' auf die Rechtslage seit BGE 130 V 352 bis zum BGE 141 V 281 zur Thematik PÄUSBONOG. Zum anderen durch einen ‚Blick nach vorne', also durch eine Analyse der Kehrtwende der höchstrichterlichen Rechtsprechung und das Aufzeigen möglicher Implikationen sowie eine Prognose zur Weiterentwicklung dieses Bereiches der IV.

15 Dabei erfordert die Beantwortung der Fragen folgende Vorgehensweise:

- Nach Darlegung der ehemals geltenden Überwindbarkeitsvermutung, der These, dass PÄUSBONOG grundsätzlich überwindbar sind, wird im ersten Teil der Arbeit – ausgehend vom Leitentscheid BGE 130 V 352 – die ehemalige Schmerzrechtsprechung des Bundesgerichts, ihre Entwicklung, Fragen nach einer ihr zugrunde liegenden Empirie sowie ihre rechtlichen Konsequenzen dargestellt.

- Anschliessend wird im zweiten Teil der Arbeit – quasi als ‚Zwischenhalt' und um die neue Judikatur im historischen Kontext adäquat einordnen und bewerten zu können – auf die mit der Einführung der IV ursprünglich verfolgten Leitideen und die Funktion der IV eingegangen.

- Gegenstand des dritten Teils der Arbeit sind der Leitentscheid BGE 141 V 281 des Bundesgerichts vom 3. Juni 2015 und die ihm zugrunde liegenden Erwägungen. Hierbei erfolgt eine Auseinandersetzung mit den vielfältigen Stellungnahmen in der hinzugezogenen Literatur.

- Darüber hinaus werden im dritten Teil der Arbeit – in § 2 – weitere Urteile und Entscheide in den Blick genommen, die im Anschluss an

das bundesgerichtliche Judikat ergangen sind. Die Frage ist: Lassen sich bereits belastbare Aussagen dazu treffen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen und Modifikationen die neue Rechtsprechung den Bedürfnissen der IV-Praxis eher gerecht wird? Inwieweit müssen die neuen Rechtsprechungsgrundsätze ggf. weiterentwickelt oder angepasst werden?

- Das insgesamt Untersuchte wird im vierten Teil der Arbeit anhand von Zahlen und Fakten aus der Praxis beleuchtet und im Ergebnis überprüft.
- Abschliessend werden im fünften Teil dieser Arbeit Schlussfolgerungen gezogen sowie ein Ausblick gegeben.

16 Die vorliegende Analyse und die Darstellung ihrer Implikationen orientieren sich primär an der rechtlichen Entwicklung auf Gesetzesstufe und an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Zur Beantwortung der Forschungsfragen wurde sowohl eine quantitative als auch eine qualitative Untersuchung durchgeführt, indem zunächst mittels qualitativer Inhaltsanalyse die ehemalige Schmerzrechtsprechung, die grundlegenden Leitideen zur Einführung der IV sowie die Kehrtwende mit BGE 141 V 281 ergründet werden, um im Anschluss anhand von Einzelfällen ausführlich die Auswirkungen zu untersuchen und interpretativ auszuwerten. Darüber hinaus werden mit der Literaturrecherche die in Rz. 13 gestellten Forschungsfragen beleuchtet.

Teil I:
Die Überwindbarkeitsvermutung

§ 1: Ausgangslage

Gemäss der seit BGE 130 V 352 vom 12. März 2004 bis zum Grundsatzentscheid BGE 141 V 281 vom 3. Juni 2015 geltenden Rechtsprechung begründete ein PÄUSBONOG grundsätzlich keine Invalidität, weil vermutet wurde, dass beispielsweise somatoforme Schmerzstörungen oder ihre Folgen mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar seien. Im Ausnahmefall konnten bestimmte Umstände die Schmerzbewältigung intensiv und konstant behindern und den Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess unzumutbar machen, da die versicherte Person nicht über die für den Umgang mit den Schmerzen notwendigen Ressourcen verfügte.[25] 17

Ob ein solcher Ausnahmefall vorlag, wurde im Einzelfall anhand verschiedener Kriterien entschieden, wobei das Bundesgericht seit BGE 130 V 352[26] dafür die sog. FOERSTER-Kriterien[27] beizog. 18

Demnach war gemäss der ehemaligen Schmerzrechtsprechung im Einzelfall anhand der FOERSTER-Kriterien zu entscheiden, ob im Ausnahmefall eine invalidisierende Krankheit vorlag. Im Vordergrund stand die Feststellung einer psychischen Komorbidität von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer. Massgebend sein konnten auch weitere Faktoren wie chronische körperliche Begleiterkrankungen, ein mehrjähriger, chronifizierter Krankheitsverlauf mit unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne längerdauernde Rückbildung, ein sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens, ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr beeinflussbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung (primärer Krankheitsgewinn; ‚Flucht in die Krankheit') sowie das Scheitern einer konsequent durchgeführten ambulanten oder stationären Behandlung (auch mit unterschiedlichem therapeutischem Ansatz) trotz kooperativer Haltung der versicherten Person. Je mehr dieser Kriterien zutrafen und je ausgeprägter sich 19

25 Vgl. statt vieler BGE 131 V 49 E. 1.2; Urteil des Bundesgerichts I 290/06 vom 22. Januar 2007 E. 4.2.1; 8C_1058/2009 vom 10. Mai 2010 insb. E. 7.2; I 368/01 vom 11. November 2002 E. 2.3; 9C_511/2011 vom 16. September 2011 E. 3.2.

26 E. 2.2.3.

27 Vgl. hierzu bspw. BGE 131 V 49 E. 1 und BGE 139 V 547.

die entsprechenden Befunde darstellten, desto eher waren ausnahmsweise die Voraussetzungen für eine zumutbare Willensanstrengung zu verneinen.[28]

20 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass FOERSTER bereits in der früheren Auflage des Handbuchs für Psychiatrische Begutachtungen,[29] auf das sich die Überwindbarkeitsrechtsprechung stützte, ausdrücklich festgehalten hat, dass es sich bei der Liste der sog. FOERSTER-Kriterien „*nicht um eine abhakbare Checkliste*“[30] handle. Dagegen spräche sowohl die Komplexität jedes einzelnen Punktes als auch die vielfältigen Möglichkeiten des Einzelfalls. Die Kriterien „*soll[t]en vielmehr dazu dienen, die häufig unübersichtliche Gemengelage der vielfältigen Faktoren zu strukturieren*.“[31]

21 Angewandt wurde die Rechtsprechung zur anhaltenden somatoformen Schmerzstörung vor dem BGE 141 V 281 in der Folge sukzessive analog auf die

- Fibromyalgie,[32]
- Chronique Fatigue Syndrome und Neurasthenie,[33]
- Hypersomnie,[34]
- Dysthymie,[35]
- dissoziative Sensibilitäts- und Empfindlichkeitsstörung,[36]

28 Vgl. BGE 130 V 352 E. 2.2.3, dabei wurde zum Ganzen auf MEYER-BLASER, Arbeitsunfähigkeit S. 76 ff. verwiesen.
29 FOERSTER/VENZLAFF, Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, Foerster (Hrsg.), 4. Aufl., München 2004, S. 690.
30 FOERSTER/VENZLAFF, Psychiatrische Begutachtung, S. 650.
31 FOERSTER/VENZLAFF, Psychiatrische Begutachtung, S. 650.; vgl. hierzu auch JEGER, Entwicklung, Rz. 133 ff. (insb. Rz. 135).
32 Vgl. BGE 132 V 65 E. 4.1.
33 Vgl. Urteile des Bundesgerichts 9C_662/2009 vom 17. August 2010 E. 2.3; 9C_98/2010 vom 28. April 2010 E. 2.2.2; I 70/07 vom 14. April 2008 E. 5.
34 Vgl. BGE 137 V 64 E. 4.
35 Vgl. Urteil des Bundesgerichts I 649/06 vom 13. März 2007 E. 3.3.1.
36 Vgl. Urteile des Bundesgerichts I 9/07 vom 9. Februar 2007 E. 4 in fine; 9C_903/2007 vom 30. April 2008 E. 3.4; siehe auch SVR 2007 IV Nr. 45 S. 149.

- dissoziative Bewegungsstörung,[37]
- chronifizierte Somatisierungsstörung,[38]
- leichte Persönlichkeitsveränderung bei chronischem Schmerzsyndrom[39] und
- Schleudertrauma/HWS-Distorsion[40].

Das hatte zur Konsequenz, dass diese Krankheits- bzw. Störungsbilder, bei denen die Betroffenen mehrheitlich über Körperbeschwerden als Leitsymptom klagen, aufgrund der beschriebenen Vermutung nach der ehemaligen Schmerzrechtsprechung grundsätzlich als willentlich überwindbar betrachtet wurden. Dies war ein sog. Regel-/Ausnahmemodell, ein Mechanismus der dazu verleitete, grundsätzlich ‚nichts' und im Ausnahmefall ‚alles', somit keine respektive eine volle Rente – praktisch aber nie eine Teilrente – zuzusprechen.[41] 22

Aber war diese Prämisse haltbar? Auf die sich in diesem Zusammenhang stellenden rechtlichen Fragen wird im Folgenden eingegangen. Dabei wird – dem dieser Arbeit vorangestellten Leitspruch von *André Malraux* folgend – zunächst bezüglich vergangener Handhabung recherchiert. 23

37 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_903/2007 vom 30. April 2008 E. 3.4.
38 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_195/2008 vom 16. Dezember 2008 E. 6 ff.
39 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_167/2012 vom 15. Juni 2012 E. 5.2 und 6.1.
40 Vgl. BGE 136 V 279 E. 3 S. 283 f.; Urteil des Bundesgerichts 9C_322/2007 vom 22. Januar 2008 E. 4.1.2 m.w.H.; SVR 2006 IV Nr. 30 S. 109; vgl. in der UV BGE 115 V 133 E. 2 und BGE 117 V 359 insb. E. 5d/aa.
41 Vgl. hierzu z.B. GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 25 und 91; GÄCHTER/MEIER, Praxisänderung zu Depression und anderen psychischen Leiden, Rz. 3; MEIER, ein Jahr, Rz. 113; JEGER, viel Lärm um nichts?, S. 151.

§ 2: Die ehemalige Schmerzrechtsprechung

I. Leitentscheid BGE 130 V 352

24 Ab diesem Leitentscheid des Bundesgerichts aus dem Jahr 2004 konnte eine diagnostizierte anhaltende somatoforme Schmerzstörung oder ihre Folgen allein i.d.R. keine lange dauernde, zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVG bewirken.[42] Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit, die die versicherte Person „*bei Aufbietung allen guten Willens, die verbleibende Leistungsfähigkeit zu verwerten, abwenden könnte*“, sind invalidenversicherungsrechtlich nicht relevant. Das Mass des Forderbaren ist dabei weitgehend objektiv zu bestimmen.[43] An dieser Stelle wurde stets auf BGE 102 V 165, die AHI-Praxis 2001 S. 228 E. 2b und BGE 127 V 294 E. 4c verwiesen.[44] Auf diese Entscheide wird im Folgenden eingegangen.

1. BGE 102 V 165

25 Dieses Bundesgerichtsurteil aus dem Jahr 1976 behandelte die Beurteilung des Invaliditätsbegriffs nach Art. 4 Abs. 1 IVG im Zusammenhang mit Psychopathien. Das Bundesgericht erwog, dass nicht der körperliche oder geistige Gesundheitsschaden an sich, sondern seine wirtschaftliche Auswirkung – also die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde Erwerbsunfähigkeit – Gegenstand der IV sei. Demnach ist der Invaliditätsbegriff ein juristischer und kein medizinischer Begriff. Nicht als Auswirkungen einer krankhaften seelischen Verfassung und somit invalidenversicherungsrechtlich nicht relevant waren dabei Beeinträchtigungen der Erwerbsfähigkeit, welche der versicherten Person *„bei Aufbietung allen guten Willens, Arbeit in ausreichendem Masse zu verrichten, zu vermeiden vermöchte, wobei namentlich bei Psychopathen das Mass des Erforderlichen weitgehend objektiv bestimmt*“ werden

42 Vgl. BGE 130 B 352 E. 2 S. 353 ff.; KIESER, SVR, N 6/115 f.; MOSIMANN, Recht der Sozialen Sicherheit, Rz. 22.12; GÄCHTER, Beweis, S. 257 ff; LANDOLT, Willensanstrengung, N 17 ff.; REIBER, Willensanspannung, S. 71 ff.

43 Vgl. BGE 102 V 165; BGE 130 V 352 E. 2.2.1; BGE 131 V 49 E. 1.2; Urteile des Bundesgerichts I 290/06 vom 22. Januar 2007 E. 4.2.1; I 303/06 vom 17. August 2006 E. 5; I 805/04 vom 20. April 2006 E. 5.1; I 368/01 vom 11. November 2002 E. 2.2; I 266/00 vom 5. Juni 2001 E. 1.b; siehe auch Urteil des Bundesgerichts I 518/01 vom 24. Mai 2002 E. 3.c. Siehe hierzu auch REIBER, Willensanspannung, S. 71 ff.

44 Vgl. hierzu auch WINZENRIED, JaSo 2012, S. 232 f.

müsse. Es sei also festzustellen, ob und in welchem Masse ein Versicherter infolge seines geistigen Gesundheitsschadens auf dem ihm nach seinen Fähigkeiten offenstehenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt erwerbstätig sein konnte. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass entscheidend ist, „*ob anzunehmen sei, die Verwertung der Arbeitsfähigkeit sei ihm sozial-praktisch nicht mehr zumutbar oder – als alternative Voraussetzung – sogar für die Gesellschaft untragbar*". Diese Grundsätze galten für Psychopathien, psychische Fehlentwicklungen, Trunksucht, suchtbedingten Missbrauch von Medikamenten, Rauschgiftsucht und Neurosen.[45]

2. AHI-Praxis 2001 S. 228 E. 2b

26 In diesem Urteil des EVG vom 31. Januar 2000[46] ging es um die Beurteilung der Frage der invalidisierenden Wirkung einer Drogensucht. Das EVG kam zum Schluss, dass die Drogensucht nicht für sich allein, sondern ausschliesslich in Verbindung mit einem die Erwerbsfähigkeit beeinträchtigenden geistigen oder körperlichen Gesundheitsschaden mit Krankheitswert, der zur Sucht geführt hat oder als deren Folgen eingetreten ist, eine Invalidität i.S.v. Art. 4 Abs. 1 IVG begründe. Mit diesem Entscheid wurde die frühere Rechtsprechung bestätigt.[47]

27 Das EVG erwog, dass zu den geistigen Gesundheitsschäden, die in gleicher Weise wie die körperlichen eine Invalidität i.S.v. Art. 4 Abs. 1 IVG zu bewirken vermögen, neben den eigentlichen Geisteskrankheiten seelische Abwegigkeit mit Krankheitswert gehören. Auch bei Drogensüchtigen sei festzustellen, ob und in welchem Masse eine versicherte Person infolge ihres geistigen Gesundheitsschadens auf dem ihr nach ihren Fähigkeiten offenstehenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt erwerbstätig sein könne. Dabei komme es darauf an, welche Tätigkeit ihr zugemutet werden dürfe. Entscheidend sei, ob ihr die Verwertung der Arbeitsfähigkeit sozialpraktisch nicht mehr zumutbar oder – als alternative Voraussetzung – sogar für die Gesellschaft untragbar sei.[48]

45 Vgl. BGE 102 V 165 m.w.H. auf Entscheide des EVG. Siehe auch WINZENRIED, JaSo 2012, S. 234.
46 Vgl. AHI-Praxis 2001 S. 228 E. 2b.
47 Vgl. AHI-Praxis 5/2001, S. 227 ff.
48 Vgl. AHI-Praxis 5/2001, S. 228, E. 2b.

3. BGE 127 V 294 E. 4c

28 Im Bundesgerichtsurteil BGE 127 V 294 aus dem Jahr 2001 wurde die bisherige Rechtsprechung in Bezug auf psychische Leiden präzisiert. Das Bundesgericht erwog, dass der Umstand, dass eine psychische Beeinträchtigung der Gesundheit nicht mehr therapierbar – also chronifiziert und fixiert – ist, entscheidend sei. Eine psychische Fehlentwicklung (Persönlichkeitsstörung, einfache psychische oder neurotische Fehlentwicklungen etc.) könne nach konstanter Rechtsprechung nur dann eine Invalidität begründen, wenn nach fachärztlicher Feststellung der versicherten Person die Verwertung der Arbeitsfähigkeit nur in vermindertem Masse oder überhaupt nicht zumutbar ist und die Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit trotz Ergreifens der den Versicherten möglichen und zumutbaren medizinischen, beruflichen oder anderen Massnahmen langdauernd sind. Beispielsweise stelle eine reaktive Depression keinen Gesundheitsschaden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 IVG dar, da nicht bleibend oder langdauernd.[49] Art. 4 Abs. 1 IVG nimmt jedoch keine Differenzierung zwischen körperlichem oder geistigem Gesundheitsschaden vor.[50]

29 Das Bundesgericht erwog des Weiteren, dass das IVG die Entstehung eines Rentenanspruchs nicht davon abhängig mache, ob das Leiden stabil oder zumindest relativ stabilisiert ist.[51] „*Die Qualifizierung prognostischer Behandelbarkeit (Therapierbarkeit) einer psychischen Störung als Ausschlussgrund für die Entstehung des Rentenanspruchs widerspricht […] Sinn und Zweck dieser Leistungsart, der Deckung des Risikos gesundheitlich bedingter Erwerbsunfähigkeit, dies grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Genese der eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigung.*“[52] Des Weiteren verwies das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Verwertung der Restarbeitsfähigkeit auf BGE 102 V 165, denn entscheidend sei, ob und inwiefern dem Versicherten trotz seines Leidens diese auf dem ihm nach seinen Fähigkeiten offenstehenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt noch sozial-praktisch zugemutet werden könne.[53]

---

49 Vgl. BGE 127 V 294 E. 4.a.
50 Vgl. BGE 127 V 294 E. 4.b.bb.
51 Vgl. BGE 127 V 294 E. 4.b.bb.
52 BGE 127 V 294 E. 4.b.cc.
53 Vgl. BGE 127 V 294 E. 4.c.

Das Bundesgericht stellte mit diesem Urteil die bisher uneinheitliche Rechtsprechung in dem Sinne klar, dass die Behandelbarkeit einer psychischen Störung für sich allein nichts über deren invalidisierenden Charakter aussagt. Es kam zum Schluss, dass in „*jedem Einzelfall […] eine Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit unabhängig von der Diagnose und grundsätzlich unbesehen der Ätiologie ausgewiesen und in ihrem Ausmass bestimmt sein [müsse].*“[54] Soweit der Entscheid mit der Behandelbarkeit (Therapierbarkeit) und fehlenden Chronifizierung einer allfälligen (nicht auszuschliessenden) psychischen Störung begründet werde, halte dies vor Bundesrecht nicht stand.[55] 30

II. Vom Grundsatz zur Vermutung

Das Bundesgericht hat 2004 mit BGE 130 V 352 den „*Grundsatz*“ der Überwindbarkeit von somatoformen Schmerzstörungen oder ihren Folgen aufgestellt.[56] Bereits im Urteil I 266/00 des EVG vom 5. Juni 2001 wird aus einem MEDAS-Gutachten zitiert, wonach eine beginnende funktionelle Einhändigkeit durch den Exploranden aus eigener Kraft überwindbar sein sollte.[57] In BGE 131 V 49 formuliert das Bundesgericht seine Rechtsprechung dann anders und spricht ausdrücklich von einer „*Vermutung*“, wonach die somatoformen Schmerzstörungen oder ihre Folgen mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar seien.[58] Das Bundesgericht behielt diese Formulierung anschliessend bei[59] und wendete diese Rechtsprechung zur anhaltenden somatoformen Schmerzstörung analog – wie einführend in Rz. 21 dargelegt – auf immer mehr Krankheitsbilder an. In einem kantonalen Entscheid wurde diese 31

54 BGE 127 V 294 E. 4.b.cc.

55 Vgl. BGE 127 V 294 E. 4.c. Siehe auch WINZENRIED, JaSo 2012, S. 235 f.

56 E. 2.a und b.

57 E. 2.a und b.

58 E. 1.2.

59 Vgl. BGE 132 V 65 E. 4.2.1 „*il existe une présomption*“; BGE 132 V 399 E. 3.2 „*dazu [zur Rechtsfrage] gehören auch Folgerungen, die sich auf die medizinische Empirie stützen, z.B. die Vermutung, dass eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung oder ein sonstiger vergleichbarer pathogenetisch (ätiologisch) unklarer syndromaler Zustand mit zumutbarer Willensanstrengung überwindbar ist*“; BGE 131 V 49 E. 1.2; Urteile des Bundesgerichts 9C_871/2010 vom 25. Februar 2011 E. 1.2; 8C_224/2009 vom 27. Juli 2009 E. 3.5.2; 9C_803/2009 vom 29. Mai 2009 E. 3; Urteil 9C_715/2008 vom 28. Oktober 2008; 8C_309/2008 vom 28. November 2008 E. 5.2; I 683/06 vom 29. August 2007 E. 2.1; I 290/06 vom 22. Januar 2007 E. 4.2.1; Urteil 9C_903/2007 vom 30. April 2007 E. 4; I 649/06 vom 13. März 2007 E. 3.2; I 805/04 vom 20. April 2006 E. 4.

Rechtsprechung auch auf eine generalisierte Angststörung analog angewendet.[60] Demnach galten diese Krankheitsbilder nach der ehemaligen Rechtsprechung aufgrund dieser bestehenden Vermutung als grundsätzlich willentlich überwindbar.[61] Dabei handelte es sich um eine qualifizierte natürliche Vermutung, weil aufgrund der Lebenserfahrung ein Schluss von Bekanntem auf Unbekanntes gezogen wurde und diese Vermutung über den Einzelfall hinaus galt. Aufgrund von Indizien und der Lebenserfahrung wurden Schlussfolgerungen aus bewiesenen Tatsachen für nicht bewiesene Tatsachen gezogen. Diese Vermutung konnte durch den Gegenbeweis umgestossen werden.[62]

60 Vgl. BVR 2011, Heft 10, S. 471 ff.

61 Siehe auch MOSIMANN, Recht der Sozialen Sicherheit, Rz. 22.12 f.; MÜLLER, Vermutung, S. 558 ff.

62 Vgl. MÜLLER, Vermutung, S. 559, wobei das Bundesgericht diese Frage offengelassen hat, als es sich im BGE 141 V 281 damit auseinandergesetzt hat, vgl. E. 3.3.3. Siehe auch HAUSHEER/JAUN, Stämpflis Handkommentar, Art. 8 ZGB, N 27; WINZENRIED, JaSo 2012, S. 237 f., und Rz. 90 ff.

§ 3: Die Weiterentwicklung der Schmerzrechtsprechung und PÄUSBONOG

Mit Urteil I 70/07 vom 14. April 2008 hielt das Bundesgericht fest, dass es sozialversicherungsrechtlich geboten sei, sämtliche pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage (im nachfolgenden PÄUSBONOG) denselben Anforderungen zu unterstellen.[63] Ab diesem Zeitpunkt machte dies das Bundesgericht mit Verweis auf dieses Urteil geltend.[64] 32

Im Folgenden wird der vom Bundesgericht verwendete Begriff zwecks besseren Verständnisses zunächst aus juristischer Sicht unter Berücksichtigung der medizinischen Perspektive beurteilt. Im Anschluss wird die gutachterliche Expertise aus psychosomatisch-psychiatrischer Sicht von HENNINGSEN[65] wiedergegeben, welche massgeblich auf die Praxisänderung eingewirkt hat. Abschliessend werden weitere rechtliche Auswirkungen der ehemaligen Schmerzrechtsprechung dargelegt. 33

I. Der Begriff PÄUSBONOG

1. Pathogenetisch-ätiologisch unklar

Unter Pathogenese wird die Gesamtheit der an Entstehung und Entwicklung einer Krankheit beteiligten Faktoren verstanden. Die Ätiologie ist die einer Krankheit zugrunde liegende Ursache bzw. die Lehre von den Krankheitsursachen, die sich mit der Gesamtheit derjenigen Faktoren befasst, die zu einer bestehenden Krankheit geführt haben.[66] 34

63 Vgl. Urteil des Bundesgerichts I 70/07 vom 14. April 2008 E. 5.

64 Vgl. BGE 136 V 279 E. 3.2.3 S. 283; HUSMANN, HAVE 2/2011, S. 193. Diese Argumentation wurde auch in der parlamentarischen Beratung zur SchlB IVG 6. IV-Revision lit. a aufgegriffen und der Begriff letztlich ins IVG übernommen, vgl. AB 2010 *S* 662 ff., AB 2010 *N* 2117 ff. und siehe dazu Rz. 43 ff.

65 Prof. Dr. Peter Henningsen ist Ordinarius und Dekan der Technischen Universität München sowie Direktor der dortigen Klinik für Psychosomatische Medizin und Psychotherapie.

66 Vgl. BRIDLER/KÖRNER, Kurzgutachten, S. 3 f. m.w.H.; WINZENRIED, JaSo 2012, S. 239 f. Siehe auch MOSIMANN, Recht der Sozialen Sicherheit, Rz. 22.20.

35 In der Psychiatrie gilt das biopsychosoziale Krankheitsmodell.[67] Demnach ist aus Sicht der Psychiatrie für die meisten psychischen Störungen eine multifaktorielle Genese anzunehmen. Infolgedessen beeinflussen sowohl biologische als auch psychologische und soziale Faktoren in jeweils unterschiedlichem Masse die Manifestation, das Bild und den Verlauf einer psychischen Störung. Zum heutigen Zeitpunkt ist lediglich bei wenigen Störungen aus wissenschaftlicher Sicht bekannt, dass einer dieser Faktoren ausschlaggebend ist. Dies ist nur bei einigen organisch bedingten Störungen wie Anpassungsstörungen, Posttraumatischen Belastungsstörungen, amnestischen Störungen nach Schädel-Hirn-Verletzungen oder bei chronischem Alkoholismus der Fall. Die Ätiologie aller weiteren Störungen wie der Schizophrenie und anderer psychotischer Störungen, affektiver Störungen (wie der Depression, manisch-depressiver Krankheiten, Angst- und Zwangsstörungen und Essstörungen) ist unbekannt.[68]

36 Aus juristischer Sicht werden beispielsweise Alter, Bildung oder das soziokulturelle Umfeld als invaliditätsfremde Faktoren qualifiziert.[69] Unter dem Gesichtspunkt der zumutbaren Willensanstrengung zur Überwindung des Gesundheitsschadens lassen sie sich jedoch regelmässig nicht klar vom medizinischen Leiden selbst trennen.[70] Aus dem Blickwinkel der Sozialversicherungspraxis wird sozialen Belastungsfaktoren (wie beispielsweise Arbeitslosigkeit, persönliche Schicksalsschläge, Immigrationssituationen etc.) die Eignung abgesprochen, eine solche psychische Beeinträchtigung hervorzurufen, die es der versicherten Person unzumutbar machen würde, die geforderte Willensanstrengung aufzubringen, um eine dem Gesundheitszustand angepasste Arbeit zu verrichten. Deshalb folgt die sozialversicherungsrechtliche Praxis einem biopsychischen Krankheitsverständnis.[71]

---

67 Vgl. Urteil des Bundesgerichts I 303/06 vom 17. August 2006 E. 5.

68 Vgl. BRIDLER/KÖRNER, Kurzgutachten, S. 3.

69 Vgl. BGE 127 V 294 E. 5.a; dazu auch LOCHER, Invalidität, S. 248 ff.; KIESER, SVR, N 6/143.

70 Vgl. BGE 127 V 294 E. 5.a. Siehe auch LOCHER, Invalidität, S. 256 f.

71 Vgl. MEYER-BLASER, Arbeitsunfähigkeit, S. 74; Urteil 9C_776/2010 vom 20. Dezember 2011 E. 2.3.3; BGE 141 V 281 E. 3.4.2.1 m.w.H.

2. Syndromale Beschwerdebilder

Der Begriff ‚Syndrom' wird in der medizinischen Wissenschaft als Synonym für ‚Krankheit' oder ‚Störung' verwendet, falls eine grundsätzliche Zuordnung eines klinisch bedeutsamen Symptomkomplexes zu einem definierten Krankheitsbild noch nicht gelungen ist. Der Begriff ‚Beschwerdebild' ist in der Medizin nicht üblich, im diagnostischen Prozess werden vielmehr Symptome, Syndrome und Krankheiten unterschieden. Beschwerden und Befunde sind Symptome, denen mittels syndromaler Diagnose unterschiedliche Syndrome oder Zustandsbilder zugeordnet werden. Bei Syndromen handelt es sich um zufällige Kombinationen von Symptomen. Demnach ist beispielsweise das Symptom der Antriebsarmut Teil des depressiven Syndroms, das wiederum bei verschiedenen Krankheiten wie der Depression und der Schizophrenie auftreten kann.[72] 37

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung subsumierte international klassifizierte (ICD-10 und DSM-IV) Krankheiten unter den Begriff ‚pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage'. Deshalb war davon auszugehen, dass nicht einfach diejenigen Krankheitsbilder, welche in der medizinischen Krankheitslehre noch nicht einer definierten psychischen Störung zugeordnet werden können, darunterfielen. Dieser in der Jurisprudenz verwendete Begriff ‚syndromale Beschwerdebilder' wäre mit den medizinischen Begriffen ‚Syndrome und Krankheiten bzw. Störungen' gleichzusetzen.[73] 38

3. Ohne nachweisbare organische Grundlage

Einzig die organisch bedingten psychischen Störungen, wie die Alzheimer-Demenz, gründen auf einer organischen Ursache. Bei allen anderen psychischen Störungen ist deren Vorliegen durch den Nachweis organischer Befunde nur sehr selten möglich, so beispielsweise bei der Magersucht (Anorexia nervosa).[74] 39

72 Vgl. BRIDLER/KÖRNER, Kurzgutachten, S. 2 f.; WINZENRIED, JaSo 2012, S. 240 f.

73 Vgl. BRIDLER/KÖRNER, Kurzgutachten, S. 3; WINZENRIED, JaSo 2012, S. 241.

74 Vgl. BRIDLER/KÖRNER, Kurzgutachten, S. 4; Stellungnahme SGPP/SSPP und Stellungnahme RSV/GNW. Siehe auch WINZENRIED, JaSo 2012, S. 241.

4. Zwischenfazit zum Begriff PÄUSBONOG

40 Aus juristischer Sicht kann davon ausgegangen werden, dass damit ein Beschwerdebild mit zufälligen Kombinationen von Symptomen umschrieben wurde. Nichtsdestotrotz könnten sowohl aus medizinischer als auch aus juristischer Sicht alle Syndrome und psychische Störungen unter diesen Begriff fallen, denn aus medizinischer Sicht ist der Nachweis organischer Befunde psychischer Störungen grösstenteils nicht möglich. Daher liess diese Terminologie keine Eingrenzung bestimmter Krankheitsbilder zu. Selbst wenn dieser Rechtsbegriff als Beschwerdebild mit zufälligen Kombinationen von Symptomen verstanden wird, deren Ursache und Entstehungsweise keine nachweisbare organische Grundlage aufweisen, hätten im Extremfall die meisten psychischen Störungen darunter subsumiert werden können. Damit stellte sich die Frage, welche der in einem internationalen Klassifikationssystem aufgenommenen psychischen Störungen pathogenetisch-ätiologisch eindeutig klar sind und durch eine organisch nachweisbare Grundlage gekennzeichnet sind.[75]

75 Vgl. BRIDLER/KÖRNER, 2 ff. sowie Stellungnahme SGPP/SSPP und Stellungnahme RSV/GNW; WINZENRIED, JaSo 2012, S. 241 f.

II. Auf der Suche nach einer wissenschaftlichen Grundlage für die Überwindbarkeitsvermutung von PÄUSBONOG

1. Fehlende rechtliche Grundlage

41 Vorweg sei darauf hingewiesen, dass die Suche nach einer wissenschaftlichen Grundlage für die Überwindbarkeitsvermutung aus rechtlicher Sicht erfolglos blieb. Nach eingehender Analyse der gesetzlichen Entwicklung kann festgehalten werden, dass für die Vermutung, wonach PÄUSBONOG überwindbar sind, keine rechtliche Grundlage vorlag. Hierzu wurden sämtliche Artikel seit der Einführung des IVG inkl. der Gesetzesmaterialien und deren Entwicklung während sämtlicher IVG-Revisionen (bis und mit IVG-Revision 6a) geprüft.[76] Zudem ist kein entsprechender Ansatz seitens des Gesetzgebers vor BGE 130 V 352 auszumachen. Beachtenswert ist insbesondere, dass bereits die Expertenkommission zur Einführung der IV sowie diejenige zur 1. IV-Revision von einer Aufsplittung der IV-Leistungen nach Gebrechensarten abrieten.[77]

42 Bei der Überwindbarkeitsvermutung handelt es sich um eine Rechtsfigur, die durch das Bundesgericht gebildet wurde. Fast vier Jahre nach BGE 130 V 352 hat der Gesetzgeber in Art. 7 Abs. 2 ATSG die einschlägige Rechtsprechung übernommen, wonach eine Erwerbsunfähigkeit nur vorliegt, „*wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist*“.[78] Dieser Absatz 2 wurde mit der 5. IV-Revision eingeführt und ist seit dem 1. Januar 2008 in Kraft.[79]

43 Im IVG hat der Gesetzgeber einzig und vorübergehend in der Schlussbestimmung zur 6. IV-Revision eine Rechtsgrundlage in Anlehnung an die ehemalige Rechtsprechung geschaffen. Danach konnten IV-Renten, die gestützt auf ein Leiden zugesprochen wurden, das unter ein PÄUSBONOG subsumiert wird, überprüft werden. Damit wurde der sog. Spezialfall für die Überprüfung von Renten im Gesetz vorgesehen, die vor dem 1. Januar 2008 gestützt auf eine solche Diagnose zugesprochen worden waren.[80] Wie bereits

76 Vgl. hierzu die geprüften Botschaften und Protokolle, die oben ab S. XXV ff. unter Materialen aufgeführt sind.

77 Vgl. BBl 1967 I 660; AB 1967 *N* 433.

78 Siehe hierzu auch TRAUB, BGE 141 V 281 – Auswirkungen, S. 120.

79 Siehe hierzu auch Rz. 51 ff.

80 Siehe hierzu auch Rz. 51 und 214 ff.; vgl. BBl 2010 1841.

in Rz. 8 dargelegt, hat diese SchlB mittlerweile keine Bedeutung mehr, da sie Ende 2015 ausser Kraft getreten ist. Dennoch gilt es zu erwähnen, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff PÄUSBONOG einen nicht hinreichend konkretisierten Begriff mit eigenen Rechtsfolgen ins IVG aufgenommen hat, den er offensichtlich nicht verstanden hat und den er nach dem Gesagten sowie Nachfolgenden auch nicht verstehen konnte.

44 Der Begriff ‚pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage' wurde im Parlament während der Kommissionsberatungen eingefügt. Hierzu existierte keine bundesrätliche Botschaft. Aus der parlamentarischen Beratung wird zudem deutlich, dass nicht klar war, was der Begriff ‚pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage' bedeutet. Die vorberatende Kommission des Nationalrats hat sich an der Rechtsprechung des Bundesgerichts orientiert und ging davon aus, dass die Bereiche Recht und Medizin dabei klar genug gefasst seien.[81] Der Bundesrat führte aus, dass diese Terminologie diejenigen Krankheitsbilder umfasse, die nicht gestützt auf klinische Tests, sondern lediglich anhand der subjektiven Aussagen der Patienten diagnostiziert werden können.[82] Hierbei handle es sich um „*nationale Spezialitäten*"[83], lokale Vorkommnisse, die nur in der Schweiz oder in einer bestimmten Region vorkommen. Dies sei der Fall beim Erschöpfungssyndrom, der Fibromyalgie und dem Schleudertrauma. Niemals würden darunter die Depression, Persönlichkeitsstörungen, die Schizophrenie und Essstörungen subsumiert.[84] Im Laufe der Debatte hält der

81 Vgl. AB 2010 *N* 2126 f.

82 Das Originalzitat lautet: „*Cela signifie que les maladies concernées sont celles dont les origines, l'évolution et les symptômes ne sont pas clairs, les maladies qui ne sont pas mesurables à l'aide des tests cliniques existants. Concrètement, il s'agit des maladies pour lesquelles le médecin ne peut établir son diagnostic que sur la base des déclarations forcément subjectives du patient.*" Bundesrat Burkhalter Didier, AB 2011 *S* 40.

83 AB 2011 *S* 40.

84 Das Originalzitat lautet: „*Ce sont fréquemment des ‚spécialités nationales', voire locales, c'est-à-dire des maladies qui ne semblent exister qu'en Suisse ou dans une région définie du pays. C'est le cas du syndrome de fatigue chronique, de la fibromyalgie et du coup du lapin. En revanche, ne sont pas – et ne seront jamais – concernées par cet article les maladies telles que la dépression, les troubles de la personnalité, la schizophrénie ou les troubles alimentaires, qui sont établis au moyen d'examens cliniques, en l'occurrence d'examens psychiatriques*". Bundesrat Burkhalter Didier, AB 2011 *S* 40.

Bundesrat denn auch fest, dass sich die Sachlage ändern würde, falls klinische Tests zur Verfügung stehen sollten, die das Gegenteil seiner Auffassung beweisen.[85]

Diese Formulierung genügte den Erfordernissen einer hinreichend konkretisierten gesetzlichen Bestimmung nicht und stand im Widerspruch zu den in Art. 53 Abs. 2 ATSG[86] verankerten Prinzipien des Vertrauensschutzes und der Rechtsicherheit, die für das gesamte Sozialversicherungsrecht gelten.[87] Wie unter Rz. 34 ff. ausgeführt, liess der Begriff ‚pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage' keine Eingrenzung auf bestimmte Krankheitsbilder zu. 45

Dieser Umstand ist insbesondere deswegen bedenklich, weil selbst bei einer Vermutungsregel mit gesetzlicher Grundlage im Zweifel Zurückhaltung geboten ist, da sie den Vermutungsträger privilegiert. Das IVG versichert das Risiko der Invalidität und schützt somit Menschen mit Behinderungen, weshalb der Sozialschutz im Beweisrecht des Sozialversicherungsrechts besonders zu würdigen ist.[88] Hinzu kommt, dass der Grundsatz der Gesetzmässigkeit für jedes Verwaltungshandeln die genügende Bestimmtheit der Rechtssätze verlangt [89], worauf im Folgenden kurz eingegangen wird. 46

85 Das Originalzitat lautet: *„Je ne suis pas médecin, je ne peux donc pas, en trente secondes, juger ce que vous venez de dire. [...] S'il devait y avoir des tests cliniques qui prouvent le contraire, la situation évoluerait."* Bundesrat Burkhalter Didier, AB 2010 *N* 2124.

86 Diese Bestimmung sieht vor, dass ein Zurückkommen auf eine formell rechtskräftige Verfügung nur zulässig ist, wenn diese zweifellos unrichtig ist und wenn zudem ihre Berechtigung von erheblicher Bedeutung ist.

87 Vielmehr dürfen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung solche laufenden Renten weder gestützt auf eine neue Rechtsprechung des Bundesgerichts noch auf den im Rahmen der 5. IV-Revision geänderten Art. 7 Abs. 2 ATSG angepasst werden; vgl. KIESER, Gutachten, S. 6 ff.

88 Vgl. MÜLLER, Verfahrensgerechtigkeit, Rz. 17 m.w.H. (insb. Verweis auf WALTER, Berner Kommentar, N 459 ff.). Siehe auch Urteil des Bundesgerichts 8F_9/2012 vom 6. November 2012, wonach gestützt auf ein ergänzendes psychiatrisches Gutachten das Vorliegen einer ausnahmsweisen nicht überwindbaren chronischen Schmerzstörung bejaht wurde, siehe auch MÜLLER, Verfahrensgerechtigkeit, Rz. 11.

89 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 337 ff.

1.1 Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit

47 Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit sieht vor, dass jedes Verwaltungshandeln einer gültigen gesetzlichen Grundlage bedarf.[90] Art. 5 Abs. 1 BV hält fest: „*Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht*." Das Kernanliegen dieses Grundsatzes ist die Frage nach der richtigen Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlage.[91]

48 Dieser Grundsatz erfüllt rechtsstaatliche und demokratische Funktionen.[92] Die einzelnen rechtsstaatlichen Funktionen dieses Grundsatzes umfassen die Gewährleistung von Rechtssicherheit, was die Voraussehbarkeit des Verwaltungshandelns bedeutet. Des Weiteren betrifft dies auch die Gewährleistung von Rechtsgleichheit, was bedeutet, dass ähnlich gelagerte Fälle gleich entschieden werden und die Willkür ausgeschlossen ist.[93] Die Übernahme eines nicht hinreichend konkretisierten Begriffs ins Gesetz – vgl. dazu weiter oben Rz. 40 ff. – hat zur Folge, dass dieser Rechtssatz nicht präzise ist.[94] Letztlich resultierte daraus ein staatlicher Akt, der sich nicht auf eine hinreichend bestimmte materiellgesetzliche Grundlage stützte und dadurch das Erfordernis der genügenden Normdichte verletzte.

49 Das Bundesgericht begründete die Vermutung unter anderem mit dem Hinweis auf den Beweisnotstand[95] bei schwer oder nicht objektivierbarem Leiden, worauf im Folgenden eingegangen wird.

1.2 BGE 139 V 547: Die Schmerzrechtsprechung diene der Beweiserleichterung

50 Das Bundesgericht hat mit BGE 139 V 547 festgehalten, dass die kritisierte Praxis den begutachtenden Fachpersonen und Organen der Rechtsanwendung vorgibt, die Arbeitsfähigkeit im Einzelfall mit Blick auf bestimmte Kriterien zu prüfen. Dies zielt darauf ab, eine einheitliche und rechtsgleiche Einschätzung der Arbeitsfähigkeit zu gewährleisten.[96] Es erwägt:

---

90 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 325 f.
91 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 337 ff.
92 Vgl. BGE 130 I 1 E. 3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 328.
93 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 329 ff.
94 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 338 ff.
95 Vgl. BGE 139 V 547 und nachfolgende Ziff. 1.2, BGE 141 V 281 E. 3.4.1.2. und TRAUB, BGE 141 V 281 – Auswirkungen, S. 120.
96 Vgl. BGE 139 V 547 E. 3.2.3 mit Verweis auf BGE 135 V 201 E. 7.1.3.

> *„Die Gesamtheit der ursprünglich als fachpsychiatrische Prognosekriterien formulierten Gesichtspunkte (vgl. BGE 135 V 201 E. 7.1.2 S. 212; KLAUS FOERSTER, Begutachtung und Erwerbsfähigkeit bei Patienten mit psychogenen Störungen, SZS 1996 S. 486 ff., 498) ist zu einem rechtlichen Anforderungsprofil verselbständigt worden. Mit diesem soll sichergestellt werden, dass die gesetzlichen Vorgaben zur Feststellung eines rechtserheblichen Gesundheitsschadens und von dessen anrechenbaren Folgen für die Leistungsfähigkeit erfüllt sind.“*[97]

51 Des Weiteren führt das Bundesgericht aus, dass mit der 5. IV-Revision diverse Sparmassnahmen bei der IV verwirklicht wurden. Auch der Grundsatz „Eingliederung vor Rente“ sei nachhaltiger umgesetzt worden. Dabei verweist das Bundesgericht auf die Ergänzung des Art. 7 ATSG; Absatz 2 verdeutliche, dass eine Erwerbsunfähigkeit nur vorliegt, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist. Damit sei der Zumutbarkeitsgrundsatz ins Gesetz aufgenommen worden, was bedeutet, dass die versicherte Person alles vorzukehren hat, um die drohende Invalidität zu vermeiden oder zu verringern. Zudem sei das Gebot der Objektivierbarkeit gesetzlich verankert worden. Mit dieser Präzisierung sei sowohl die Frage der Zumutbarkeit bzw. Überwindbarkeit von gesundheitlichen Beeinträchtigungen als auch jene zu deren Objektivierbarkeit durch den Gesetzgeber bestätigt worden, wobei sich diese zunächst lediglich auf Neuanmeldungen und nicht auf bestehende Renten bezog.[98] Mit der 6. IV-Revision sei in lit. a Abs. 1 SchlB IVG erstmalig der Begriff ‚pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage‘ auf Gesetzesstufe aufgenommen und eine gesetzliche Grundlage für die erleichterte Revision laufender Renten vorgesehen worden.[99]

52 Zusammenfassend hält das Bundesgericht fest, dass diese Rechtsprechung einerseits auf medizinischen Grundlagen beruhe, nämlich der Erkenntnis, dass die internationale Klassifikation der Krankheiten (ICD-10) Diagnosen von Beschwerdebildern und Störungen enthält, die sich hinsichtlich ihrer invalidisierenden Wirkung einer objektiven Beurteilung weitgehend entziehen. Als Grund wird angeführt, dass sie auf den Angaben der Patienten basieren, aber pathogenetisch-ätiologisch unklar bleiben und daher nicht objektivierbar

97 BGE 139 V 547 E. 3.2.3 mit Verweisung auf GÄCHTER, Beweis, S. 253 f.

98 Vgl. BGE 139 V 547 E. 3.2.3 mit Verweisung auf KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 7 N 31 ff.

99 Vgl. BGE 139 V 547 E. 5.8.

seien. Zudem fusse sie auf juristischen Überlegungen, die den Nachweis bzw. Beweis der Invalidität solcher Krankheitsbilder betreffen, denn wenn es an einer objektiven Nachweismöglichkeit durch einen ärztlichen Sachverständigen fehlt, könne auch der Beweis, wonach derartige Störungen invalidisierende Folgen zeitigen, nicht erbracht werden.[100]

53 Das Bundesgericht erwägt, dass sämtlichen unterstellten Beschwerdebildern gemeinsam sei, dass die Pathogenese, also der Mechanismus, wie der Gesundheitsschaden entsteht, durchwegs unbekannt oder zumindest ungesichert ist. Die Wirkungsweise als solche sowie ihre Intensität seien pathogenetisch nicht spezifizierbar. Hinzu komme, dass die Diagnose einer somatoformen Störung anhand der ICD-10 weitgehend auf Beobachtung des äusseren Störungsbildes und nicht auf krankheitskonzeptioneller Einordnung beruht. Zudem fehle die Entstehungsweise des Gesundheitsschadens. Demzufolge sei zunächst dessen Bestand an sich ungesichert und eine Simulation könne weder festgestellt noch ausgeschlossen werden. Sodann bedeute der Mangel an objektivierbarem Substrat, dass auch das Ausmass der mit dem versicherten Gesundheitsschaden korrelierenden Funktions- und damit Leistungseinbusse dem direkten Beweis grundsätzlich entzogen bleibe. Insoweit könne auch Aggravation kaum je zuverlässig ausgeschlossen werden. All dies erfordere spezielle Regeln, mittels derer eine gesetzeskonforme Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit gesichert werden könne.[101]

54 Ferner führt das Bundesgericht aus, dass gewisse Störungsbilder, wie Schizophrenie sowie Zwangs-, Ess-, Angst- und Panikstörungen aufgrund klinischer psychiatrischer Untersuchungen eindeutig diagnostiziert werden können.[102]

55 Das Bundesgericht stellt klar, dass die medizinische Diagnosestellung in jedem Fall den ärztlichen Fachpersonen vorbehalten bleibt. Immerhin gebe die internationale Klassifikation der Krankheiten ICD-10 nachvollziehbare Unterscheidungskriterien vor. Dem Gericht obliege es, die Vollständigkeit und Plausibilität der medizinischen Begutachtung nach den anerkannten Regeln zu überprüfen.[103] Die PÄUSBONOG seien jedoch nicht messbar und folglich kaum zu überprüfen. Daher mangle es an der Objektivierbarkeit dieser Störungen. Deren beschriebenen Eigenschaften würden den direkten Nachweis einer anspruchsbegründenden Arbeitsunfähigkeit zunächst nicht zulassen. Dabei

100 Vgl. BGE 139 V 547 E. 5.9.
101 Vgl. BGE 139 V 547 E. 7.1.3.
102 Vgl. BGE 139 V 547 E. 7.1.4.
103 Vgl. BGE 139 V 547 E. 7.1.4.

verweist das Bundesgericht auf ULRICH MEYER/MYRIAM SCHWENDENER, Krankheit als leistungsauslösender Begriff im Sozialversicherungsrecht, in: Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, 2009, S. 20. Anstelle des direkten Nachweises einer anspruchsbegründenden Arbeitsunfähigkeit trete behelfsweise ein auf Indizien gestützter indirekter Beweis über das Vorliegen eines Gesundheitsschadens, über dessen funktionelle Auswirkungen sowie über die Unzumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit. Die notgedrungen weitgehend subjektiven Symptome werden einer objektivierenden Konsistenzprüfung unterzogen. Wenn die Defizite in der Beweisbarkeit, wie sie in der Eigenart der geschilderten Symptome angelegt sind, nicht durch Hilfstatsachen ausgeglichen würden, wäre eine invalidisierende Einschränkung oft von vornherein nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachweisbar. Insofern verhindere das mit BGE 130 V 352 etablierte normative Instrumentarium eine Beweislosigkeit, die sich nach dem Grundsatz der materiellen Beweislast zuungunsten der von den fraglichen Leiden betroffenen versicherten Personen auswirken müsste. Zudem müsste sie letztlich dazu führen, dass die fragliche Gruppe von Gesundheitsschädigungen im Ergebnis generell aus dem Kreis der entschädigungsfähigen Tatbestände ausschiede. Insofern habe die kritisierte Rechtsprechung BGE 130 V 352 eine gewährleistende Funktion. Der primäre Mangel an Beweisbarkeit rechtserheblicher Tatsachen führe erst dann und insoweit zu einer Ablehnung des Leistungsanspruchs, wenn die Indizien, wie sie bei einer umfassenden, Kriterien geleiteten Prüfung gefordert werden, nicht hinreichend Grund zur Annahme bieten, eine Erwerbstätigkeit sei ganz oder teilweise unzumutbar.[104]

56 Das Bundesgericht erwägt des Weiteren, dass die Beschwerdebilder ohne organische Grundlage aus rechtlicher Sicht eine Sonderstellung einnehmen.[105] Nach der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 ZGB hat die versicherte Person die invalidisierenden Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Gelingt die nicht, verfügt sie über keinen Leistungsanspruch. Mit anderen Worten wird bei Beweislosigkeit vermutet, dass sich der geklagte Gesundheitsschaden nicht invalidisierend auswirkt. An diesem Nachweis könne es unter mehreren Aspekten mangeln, wenn:

- Die Einschränkung nicht gesundheitlich ist, sondern sozial/soziokulturell bedingt;

104 Vgl. BGE 139 V 547 E. 7.2.
105 Vgl. BGE 139 V 547 E. 8.

- die gesundheitliche Einschränkung nicht evident ist, nicht schwer wiegt, sodass sie überwindbar und der versicherten Person die Verrichtung einer adaptierten Tätigkeit dennoch zumutbar ist;
- die Einschränkung medizinisch angeh- oder gar heilbar ist;
- die Einschränkung nur vorübergehender Natur ist, sei es, weil sie von selbst oder nach einer medizinischen Behandlung abklingt.[106]

57 Die entsprechenden Elemente bezüglich gesundheitlicher Charakter, Evidenz und Erheblichkeit, Unheilbarkeit und Dauerhaftigkeit der Beeinträchtigung seien stets – auch ausserhalb der unklaren Beschwerdebilder – nachzuweisen, damit ein Anspruch auf eine Dauerleistung der IV geltend gemacht werden könne.[107]

58 Zudem erwägt das Bundesgericht, dass die Objektivierbarkeit nach der Definition der unklaren Beschwerden grundsätzlich in Frage gestellt sei: „*Die invalidisierenden Auswirkungen der unter den Begriff fallenden Störungsbilder entziehen sich einer objektiven Beurteilung, da sie im Wesentlichen auf subjektiven Schilderungen der Betroffenen beruhen und einer klinischen Überprüfung nicht zugänglich sind.*“[108] Daher müsse die Diagnose eines PÄUSBONOG für sich allein zur Beweislosigkeit im Rechtssinne führen. Bei dieser Beweislage dürfen die Sozialversicherungsträger keine Leistungen aussprechen. Würde anders entschieden, könnten die versicherten Personen Letztere durch den blossen Beschrieb unklarer Beschwerdebilder auslösen. Die unklaren Beschwerden würden sich demnach hinsichtlich ihrer invalidisierenden Folgen von anderen (psychischen) Leiden durch die mangelnde Objektivierbarkeit unterscheiden. Dabei handle es sich um ein sachliches Kriterium, das überprüft werden könne. Die hinreichende Objektivierbarkeit der gesundheitlichen Beeinträchtigung werde für Ansprüche auf Sozialversicherungsleistungen seit jeher vorausgesetzt und habe mit der 5. IV-Revision auch Eingang in die Gesetzgebung gefunden.[109] Allein auf der Grundlage eines PÄUSBONOG gelte die Vermutung, die versicherte Person sei erwerbsfähig, und es liege keine invalidisierende Beeinträchtigung vor, was sich i.d.R. nicht widerlegen lasse. Deshalb habe die Rechtsprechung die Voraussetzungen umschrieben,

106 Vgl. BGE 139 V 547 E. 8.1.
107 Vgl. BGE 139 V 547 E. 8.1.
108 BGE 139 V 547 E. 8.2.
109 Vgl. BGE 139 V 547 E. 8.2.

unter denen sich eine Arbeitsunfähigkeit dennoch nachweisen lässt, nämlich anhand der sog. FOERSTER-Kriterien. Diese Kriterien würden den Gegenbeweis der Arbeitsunfähigkeit bei diagnostizierten unklaren Beschwerden zulassen.[110] Die FOERSTER-Kriterien würden der beweispflichtigen versicherten Person im Sinne von Hilfstatsachen den Ersatzbeweis der invalidisierenden Folgen von an sich nicht nachweisbaren Leiden ermöglichen. Daher erweitern sie deren Beweismöglichkeiten ausserhalb der rein medizinischen Betrachtungsweise. So stelle etwa der soziale Rückzug in allen Belangen des Lebens keine medizinische Diagnose dar, sondern beschreibt eine Lebenssituation, die an sich keinen unmittelbaren Zusammenhang mit der Gesundheit aufweist. Ein solcher Rückzug im Zusammenspiel mit PÄUSBONOG werde anerkannt und könne eine gesundheitliche Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit nachweisen. Der Nachweis der Kriterien wirke sich demnach zugunsten der versicherten Person aus. Daher brauche nicht abschliessend zur Frage, ob die Kriterien – im Sinne eines polydisziplinären Konsenses – neu evaluiert werden sollen, Stellung bezogen zu werden.[111]

59 Zusammenfassend hält das Bundesgericht fest, dass der Nachweis der Invalidität eine gesundheitlich bedingte, erhebliche und evidente, dauerhafte sowie objektivierbare Beeinträchtigung voraussetze. Dieser Massstab gelte für sämtliche Leiden gleichermassen. Den unklaren Beschwerden sei eigen, dass mittels klinischer psychiatrischer Untersuchungen weder Pathologie noch Ätiologie erklärbar sind. Sie könnten daher aus rechtlicher Sicht für sich allein den Nachweis einer gesundheitlichen Einschränkung mangels Objektivierbarkeit nicht erbringen. Insofern würden sich die Diagnosen eines PÄUSBONOG sachlich entscheidend von anderen Krankheitsbildern unterscheiden und es rechtfertige sich, diese namentlich mit Blick auf die Beweislast gesondert zu beurteilen. Die auf diese Erkenntnisse und Überlegungen gestützte ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung sei vom Gesetzgeber in das Bundesrecht übernommen worden. Die Anwendung der Vorschriften setze allerdings eine fachgerechte und umfassende Begutachtung der betroffenen Versicherten voraus. Zudem seien diese auf die speziell geschaffenen Wiedereingliederungsmassnahmen hinzuweisen.[112]

110 Vgl. BGE 139 V 547 E. 9.1.
111 Vgl. BGE 139 V 547 E. 9.1.3.
112 Vgl. BGE 139 V 547 E. 9.4.

60 Das Bundesgericht begründete die Vermutung unter anderem mit dem Hinweis auf die medizinische Empirie, wobei sowohl medizinische als auch juristische Autoren bestritten, dass eine solche Regel wissenschaftlich fundiert war.[113] Offen bleibt somit noch die Frage, ob für die Vermutung eine medizinische Empirie bestand. Darauf wird im Folgenden eingegangen.

2. Falsche Annahmen über die medizinische Empirie

61 HENNINGSEN erstellte im Mai 2014 eine gutachterliche Expertise aus psychosomatisch-psychiatrischer Sicht[114] und kam zum Schluss, dass die Überwindbarkeitspraxis des Bundesgerichts „*empirisch nicht belegt oder logisch nicht schlüssig*“[115] und im Ergebnis „*nicht sachgerecht*“[116] und „*insgesamt falsch*“[117] sei.

62 Nach einer Analyse der Rechtsprechung prüft und beantwortet der Gutachter die folgenden vier Fragen:

- *„Somatoforme Schmerzstörungen werden mit anderen Störungsbildern unter der (sonst im internationalen Schrifttum nicht gebräuchlichen) Bezeichnung ‚Pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage (PÄUSBONOG)‘ zusammengefasst. Ist diese Bezeichnung und Gruppierung von Störungsbildern sinnvoll und zutreffend?“*[118]
- *„Eine somatoforme Schmerzstörung als solche vermag in der Regel keine lang dauernde, zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit zu bewirken. Es besteht eine Vermutung, dass*

113 Vgl. hierzu JEGER, Tatfrage oder Rechtsfrage?, SZS 2011, S. 601 f.; DERS., Somatoforme Schmerzstörung, S. 155; DERS., Ressourcen S. 131 ff.; DERS. Arbeitsunfähigkeit bei somatischen Gesundheitsstörungen, S. 39; WINZENRIED, JaSo 2012, S. 231 ff.; KIESER, Entwicklungen im SVR 2011, S. 268 f.; GÄCHTER/TREMP, Wendepunkt?, Rz. 13.

114 Dieses Gutachten ist elektronisch abrufbar unter <http://indemnis.ch/20140620101408.pdf> (letztmals besucht am 19.04.2019).

115 Vgl. Gutachten HENNINGSEN, S. 34.

116 Gutachten HENNINGSEN, S. 34 f.

117 Gutachten HENNINGSEN, S. 34.

118 Gutachten HENNINGSEN, S.12.

die somatoforme Schmerzstörung oder ihre Folgen mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar sind. Diese Vermutung gründe auf medizinischer Empirie.

Sind diese Feststellungen gerechtfertigt bzw. ist eine Sonderstellung der somatoformen Schmerzstörungen und anderer PÄUSBONOG im Vergleich zu sonstigen psychischen und somatischen Störungsbildern im Hinblick auf diese Feststellungen gerechtfertigt?"[119]

- *„Gewisse Störungsbilder, wie etwa Schizophrenie sowie Zwangs-, Ess- und Panikstörungen […], können auf Grund klinischer psychiatrischer Untersuchungen klar diagnostiziert werden. Bezüglich ihrer Überprüf- und Objektivierbarkeit sind diese Leiden mit den somatischen Erkrankungen vergleichbar. Beim (im Wesentlichen psychogenen) Schmerzsyndrom und ähnlichen Störungen hingegen gibt es keine derartigen direkt beobachtbaren Befunde. Die unklaren Beschwerden unterscheiden sich hinsichtlich ihrer invalidisierenden Folgen von anderen (psychischen) Leiden durch die mangelnde Objektivierbarkeit. Dabei handelt es sich um ein sachliches Kriterium, das überprüft werden kann.*

  Ist diese Unterscheidung zwischen PÄUSBONOG und anderen psychischen Leiden hinsichtlich Beobachtbarkeit, Beweis- und Objektivierbarkeit medizinisch gerechtfertigt?"[120]

- *„Allein auf der Grundlage eines pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebildes ohne nachweisbare organische Grundlage lässt sich die Vermutung, die versicherte Person sei erwerbsfähig und es liege keine invalidisierende Beeinträchtigung vor, in der Regel nicht widerlegen. Die Rechtsprechung hat deshalb die Voraussetzungen umschrieben, unter denen sich eine Arbeitsunfähigkeit dennoch nachweisen lässt (sog. Foerster-Kriterien). Diese Kriterien lassen mit anderen Worten den Gegenbeweis der Arbeitsunfähigkeit bei diagnostizierten unklaren Beschwerden zu. Als diesbezüglich massgebliche Kriterien sind von der Rechtsprechung anerkannt worden:*

119 Gutachten HENNINGSEN, S.12.
120 Gutachten HENNINGSEN, S.12.

- *das Vorliegen einer mitwirkenden, psychisch ausgewiesenen Komorbidität von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer oder aber das Vorhandensein anderer qualifizierter, mit gewisser Intensität und Konstanz erfüllter Kriterien wie etwa:*

- *chronische körperliche Begleiterkrankungen und mehrjähriger Krankheitsverlauf bei unveränderter oder progredienter Symptomatik oder 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 (primärer Krankheitsgewinn [‚Flucht in die Krankheit']), ein unbefriedigendes Behandlungsergebnis trotz konsequent durchgeführter ambulanter und/oder stationärer Behandlungsbemühungen (auch mit unterschiedlichem therapeutischem Ansatz) und gescheiterte Rehabilitationsmassnahmen bei vorhandener Motivation und Eigenanstrengung der versicherten Person.*

Wie gut sind diese Kriterien geeignet, um, wie ausgeführt, den ‚Gegenbeweis der Arbeitsunfähigkeit' führen zu können? Wie sollten sie ggf. verstanden und angewendet werden?"[121]

63 Im Folgenden wird auf die Ergebnisse des Gutachtens eingegangen. Dabei wird den Titeln der Kapitel im Gutachten gefolgt und mit entsprechendem Verweis wiedergegeben.

121 Gutachten HENNINGSEN, S. 12 f.

1.1 Zur Gruppierung der Störungsbilder

Wie unter Rz. 21 dargelegt, wurden gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vermehrt Störungsbilder unter PÄUSBONOG subsumiert. Der Gutachter gibt sie in seiner Expertise in der folgenden Reihenfolge wieder: 64

> *„1. Somatoforme Schmerzstörung;*
>
> *2. Fibromyalgie;*
>
> *3. Chronic Fatigue Syndrome/Neurasthenie;*
>
> *4. dissoziative Sensibilitäts- und Empfindungsstörung;*
>
> *5. dissoziative Bewegungsstörung;*
>
> *6. HWS-Schleudertrauma;*
>
> *7. nicht-organische Hypersomnie.“*[122]

Der Gutachter führt aus, dass der gemeinsame Nenner der ersten sechs der aufgeführten sieben Störungsbilder darin bestehe, dass „*die betroffenen Patienten über Körperbeschwerden als Leitsymptom klagen, die nicht auf eine organpathologisch definierte Erkrankung zurückgeführt werden können. Die entsprechenden Körperbeschwerden sind Schmerzen (erste zwei und partiell sechstes Störungsbild), körperliche Erschöpfung und reduzierte Leistungsfähigkeit (drittes Bild) sowie Störungen der Willkürsensorik und -motorik (viertes, fünftes und partiell sechstes Störungsbild).*“[123] Die als siebtes Störungsbild aufgeführte Hypersomnie unterscheide sich darin, dass eine Schlafstörung nicht unbedingt als Körperbeschwerde anzusehen ist. Obwohl die ersten sechs Störungsbilder die genannte Gemeinsamkeit als Leitsymptom teilen, nämlich Körperbeschwerden, die nicht auf organpathologisch definierte Erkrankung zurückgeführt werden können, seien sie aus Sicht des offiziellen medizinischen Klassifikationssystems ICD-10 der WHO einerseits den psychischen, andererseits den somatischen Störungen zugeordnet.[124] „*Den psychischen Störungen (also dem Kapitel F der ICD-10) zugeordnet sind namentlich die somatoforme Schmerzstörung (ICD-10 F45.4), die eng verwandten dissoziativen* 65

122 Vgl. Gutachten HENNINGSEN, S. 14.
123 Gutachten HENNINGSEN, S. 14.
124 Vgl. Gutachten HENNINGSEN, S. 14.

Störungen der Bewegung und Empfindung (Synonym: Konversionsstörungen, ICD 10 F44.4–7) und die ebenfalls eng verwandte Neurasthenie (ICD 10 F48). Den somatischen Störungen (also anderen Kapiteln der ICD-10 als dem Kapitel F) zugeordnet ist die Fibromyalgie (ICD-10 M79.7), das Chronic Fatigue Syndrome (ICD-10 G93.3) und das HWS-Schleudertrauma (ICD-10 S13.4). Die nichtorganische Hypersomnie ist den psychischen Störungen zugeordnet (ICD-10 F51.1)."[125]

66 Der Gutachter erklärt, dass für diese Patientengruppe eine Parallelklassifikation im Bereich der psychischen sowie der somatischen Störungen bestehe. Es sei eine Frage der Perspektive, wie im Einzelfall entschieden werde, weil derselbe Patient beispielsweise häufig die Kriterien für eine Fibromyalgie – also im Körper weitverbreiteter Schmerz – wie für eine somatoforme Schmerzstörung erfülle. Die gestellte Diagnose hänge wesentlich davon ab, wer sie stellt. Der Rheumatologe würde i.d.R. eine Fibromyalgie diagnostizieren, der Psychiater oder Psychotherapeut hingegen eine somataforme Schmerzstörung. Analoges gelte für das Diagnosepaar Neurasthenie und Chronic Fatigue Syndrome.[126] „*Um diese letztlich unbefriedigende Situation der Parallelklassifikation und letztlich zufälligen Perspektiveneinnahme zu überwinden, wäre die Einführung einer sog. Interface-Kategorie im Klassifikationssystem sinnvoll, die weder den psychischen noch den somatischen Störungen zugeordnet wäre und in der diese Störungsbilder dann insgesamt eingeordnet werden könnten.*"[127]

67 Der Gutachter kommt zum Schluss, dass angesichts dieser Situation die pragmatische Nutzung einer eigenen Gruppierung von Störungsbildern, wie sie unter dem Titel PÄUSBONOG in der Schweiz vorgenommen wurde, als sinnvoll und analog zum Vorschlag einer Interface-Kategorie anzusehen sei. Als Begründung wurde angeführt, dass sie die jeweils zufällige einseitige Zuordnung der Störungsbilder nur als somatoforme oder nur als funktionell somatische Störung überwinde.[128] Allerdings schwäche die Hinzunahme der nichtorganischen Hypersomnie diese Sinnhaftigkeit, „*da für sie ein verhaltensbezogenes Leitsymptom und nicht das gemeinsame Band des Leitsymptoms Körperbeschwerde gilt*."[129]

---

125 Gutachten HENNINGSEN, S. 14.
126 Vgl. Gutachten HENNINGSEN, S. 14 f.
127 Gutachten HENNINGSEN, S. 15.
128 Vgl. Gutachten HENNINGSEN, S. 15 und 19.
129 Gutachten HENNINGSEN, S. 15.

1.2 Zur Bezeichnung der Gruppierung

a Syndromale Beschwerdebilder

Dieser Teil der Bezeichnung sei gemäss den Ausführungen des Gutachters im Prinzip zutreffend.[130] Da jedoch nicht ausschliesslich Beschwerdebilder mit dem Leitsymptom Körperbeschwerde darunter subsumiert werden, sei der Begriff nicht präzis. Die allgemeinere Aussage *„syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage"* gelte *„dagegen im Grunde auch für die Mehrzahl sonstiger psychischer Störungen, also z.B. für das Gros der Psychosen, Angst- und depressiven Störungen*."[131] 68

b Ohne nachweisbare organische Grundlage

Der Gutachter zeigt in diesem Passus auf, was mit dieser Formulierung zum Ausdruck gebracht werden will. Es bedeute, dass sich bei solchen Beschwerdebildern „*kein pathophysiologisch definierter Prozess oder Strukturschaden an peripheren Körperorganen nachweisen*" lasse wie beispielsweise „*eine Entzündung, ein Tumor, eine Durchblutungsstörung, ein Stoffwechselschaden etc.*", der ausreichend erklären könne, „*warum ein Betroffener über Schmerzen, Schwindel, Kreislauf-, Verdauungs- oder andere (Körper-)Beschwerden klagt*."[132] Diese Formulierung stelle jedoch „*eine Quelle für Missverständnisse*" dar. Der Gutachter erwägt, dass es „*auch für subjektiv erlebte Körperbeschwerden, bei denen kein derartiger pathophysiologisch definierter Prozess oder Strukturschaden an peripheren Organen nachweisbar ist, ein organisches Korrelat gibt in Form der technisch mit der funktionellen Bildgebung immer besser beschreibbaren Funktionsveränderungen in den Teilen des zentralen Nervensystems/Gehirns, die mit der Verarbeitung von Körpersignalen, Emotionen und Kognitionen befasst sind*."[133] 69

c Pathogenetisch-ätiologisch unklar

Der Gutachter erklärt, dass es dabei einerseits um *„eine Beschreibung der materiellen, pathogenetischen Grundlage des notwendigerweise und immer (üb-* 70

130 Vgl. Gutachten HENNINGSEN, S. 15.
131 Gutachten HENNINGSEN, S. 16.
132 Gutachten HENNINGSEN, S. 16.
133 Gutachten HENNINGSEN, S. 16.

rigens auch in der Folge eines höchst objektiven Knochenbruchs) rein subjektiven Körperbeschwerdeerlebens – nach dem Motto ‚Was geht in einer Person/einem Organismus vor, wenn der Betreffende anhaltend über (Körper-)Beschwerden klagt, die nicht auf eine klar definierte Organpathologie zurückgeführt werden können?'[134] Andererseits gehe es *„um die ätiologisch relevanten Faktoren, die für die Anfälligkeit, für das Auftreten und das Anhalten von solchen (Körper-)Beschwerden verantwortlich sind – also pauschal nach dem Motto ‚Was ist die Ursache dieser Beschwerden?'. "*[135]

71 Er fasst zusammen, dass sich *„die pathophysiologische Grundlage des (Körper-)Beschwerdeerlebens in der genannten Konstellation […] eindeutig als Dysfunktion in der zentralnervösen Verarbeitung von körperbezogenen Reizen beschreiben* [lässt], *hierin besteht keine Unklarheit (mehr). "*[136]

72 Im Rahmen eines biopsychosozialen Ätiologiemodells gebe es keinen prinzipiellen Unterschied „*zwischen Situationen, in denen eine organpathologisch definierte Komponente des Körperbeschwerdeerlebens gegeben ist. […] Es ist insofern nicht gerechtfertigt, Körperbeschwerdesyndrome mit eindeutiger organischer Ätiologiekomponente im Hinblick auf die Begutachtung der Arbeitsfähigkeit anders zu behandeln als solche ohne derart eindeutige Komponente.*"[137]

73 Insgesamt seien die subsumierten Beschwerdebilder „*also in pathogenetisch-ätiologischer Hinsicht als partiell klar, partiell unklar anzusehen, nicht generell als unklar. Wichtig ist dabei, dass sie sich damit in nichts unterscheiden von den meisten psychischen Störungen, für die auch einige Aspekte von Pathogenese und Ätiologie klar sind, andere unklar. Auch zu Körperbeschwerdesyndromen mit klarer organischer Ätiologiekomponente gibt es […] keinen prinzipiellen Unterschied.*"[138] Er kommt zum Schluss, dass die spezifische Bezeichnung der genannten Gruppierung *„insgesamt nicht geeignet"*[139] ist.

134 Gutachten HENNINGSEN, S. 16.
135 Gutachten HENNINGSEN, S. 16.
136 Gutachten HENNINGSEN, S. 17.
137 Gutachten HENNINGSEN, S. 18.
138 Gutachten HENNINGSEN, S. 18.
139 Gutachten HENNINGSEN, S. 18.

1.3 Zusammenfassung zur ersten Frage

Laut Gutachter ist die Bezeichnung als ‚syndromale Beschwerdebilder' aus medizinischer Sicht zutreffend. Allerdings sei die Kombination mit dem Zusatz ‚ohne nachweisbare organische Grundlage' nur dann sinnvoll, wenn es sich um Beschwerdebilder mit dem Leitsymptom einer Körperbeschwerde handle. Die Hinzunahme von Störungsbildern mit anderen Leitsymptomen soll vermieden werden.[140] „*Die Bezeichnung ‚pathogenetisch-ätiologisch unklar' ist in dieser Pauschalität falsch und als spezifische Bezeichnung dieser Gruppe ebenso wie die verkürzte Bezeichnung ‚unklare Beschwerdebilder' ungeeignet.*"[141] 74

Des Weiteren führt der Gutachter aus, dass insofern, „*um so weit wie möglich in der Logik der bisherigen Bezeichnung zu bleiben, die Bezeichnung ‚Syndromale Körperbeschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage (SKONOG)' sinnvoll* [wäre]. *Alternativ wären die international eingeführten Bezeichnungen ‚funktionelle somatische Syndrome' oder ‚Körperdistresssyndrome' zu erwägen.*"[142] 75

1.4 Überwindbarkeit somatoformer Störungen

Der Gutachter weist darauf hin, dass es „*keine empirische Grundlage gibt, die Auswirkungen auf Funktions- und Arbeitsfähigkeit bei Patienten mit somatoformen und verwandten Störungen anders zu behandeln als bei Patienten mit depressiven und organisch klar definierten Krankheitsbildern*".[143] Darüber hinaus hält der Gutachter fest: 76

> „*Für die Annahme, somatoforme und verwandte Störungen seien im Mittel weniger schwerwiegend bzw. leichter überwindbar als depressive oder organisch begründete Störungen, gibt es also keinerlei empirische Fundierung. Sie entspricht im Fazit einem überholten Vorurteil, das sich auch in Teilen der älteren psychiatrischen Literatur und unter praktizierenden, mit dieser Störungsgruppe wissenschaftlich und klinisch aber nicht speziell vertrauten Psychiatern und anderen Ärzten findet, so wurden*

140 Vgl. Gutachten HENNINGSEN, S. 19.
141 Gutachten HENNINGSEN, S. 19.
142 Gutachten HENNINGSEN, S. 19.
143 Gutachten HENNINGSEN, S. 22.

diese Patienten auch diffamierend als ‚worried weil' bezeichnet. Dagegen ist mit Kroenke (2000), einem der profiliertesten Forscher zu diesem Themenbereich, festzuhalten: ‚Somatization: it's time for parity'."[144]

1.5 Objektivier- und Beweisbarkeit

77 Der Gutachter weist darauf hin, dass für die Diagnostik psychischer Störungen „*weder im naturwissenschaftlichen noch im psychologisch-testtheoretischen Sinn von einer hohen Objektivität auszugehen*" ist.[145]

78 Zusammenfassend hält er fest, „*dass die Objektivität und Beweisbarkeit in der Feststellung somatoformer/ funktioneller Störungen im naturwissenschaftlichen Sinn einer technischen Messbarkeit grundsätzlich nicht gegeben sein kann und im testpsychologischen Sinn eingeschränkt ist.*"[146] Darin würden sich somatoforme/funktionelle Störungen aber nicht von anderen psychischen Störungen unterscheiden, denn „*auch für scheinbar schwere und eindeutige Diagnosen wie Schizophrenie und schwere Depression sind die Übereinstimmungsraten in der Diagnostik eingeschränkt und die Beweisbarkeit des Nicht-Vorliegens von überwiegender Aggravation oder Simulation ungeachtet von Unterschieden in den Inkonsistenztypen angewiesen auf eine komplexe und notwendigerweise fehleranfällige Konsistenzprüfung. Daher erscheint es nicht gerechtfertigt, somatoforme/ funktionelle Störungen im Hinblick auf Objektivier- und Beweisbarkeit anders zu behandeln als andere psychische Störungen.*"[147]

1.6 Eignung der FOERSTER-Kriterien

79 Der Gutachter präsentiert eine Reihe von Schweregrad- und damit auch Prognoseindikatoren, die „*als sog. ‚Hilfstatsachen' für einen Gutachter Anhaltspunkte dafür schaffen, wie hoch der Schweregrad einer somatoformen/ funktionellen Störung und wie (un-)plausibel damit die Annahme sei, dass die Überwindung der Störung mit Willensanspannung zumutbar ist.*"[148] Diese In-

144 Gutachten HENNINGSEN, S. 23.
145 Gutachten HENNINGSEN, S. 24.
146 Gutachten HENNINGSEN, S. 26.
147 Gutachten HENNINGSEN, S. 26.
148 Gutachten HENNINGSEN, S. 32.

dikatoren seien nicht speziell für somatoforme/ funktionelle Störungen entwickelt worden, sondern *„sie entstammen ursprünglich allgemeinen Überlegungen zur Erfassung ‚zumutbarer Willensanspannung' bei Neurosen*".[149] Hierzu hält der Gutachter fest:

> *„Für keinen der genannten Indikatoren gibt es eine Festlegung von Grenzwerten oder cut-offs für einen definitiv zu hohen Schweregrad – die gutachterliche Einschätzung, ob der Schweregrad zu gross und die Prognose zu schlecht ist, um eine Willensanspannung zur Überwindung als zumutbar erscheinen zu lassen, bleibt insofern mit einem erheblichen Ermessenspielraum behaftet.*"[150]

Der Gutachter schlussfolgert, dass „*[z]wei Aspekte an den Kriterien, die unter dem Eigennamen ‚Foerster' kodifiziert sind, […] problematisch*" sind. Zum einen gebe es für „*die Heraushebung der Komorbidität mit einer Depression als eines besonders wichtigen, primären, den anderen logisch vorgeordneten Schweregradindikators […] empirisch keinerlei Grundlage. Das Vorliegen einer depressiven (oder anderen zusätzlichen psychischen) Störung erhöht den Schweregrad und verschlechtert die Prognose nicht anders als z.B. das Vorliegen vieler weiterer somatoformer/ funktioneller Beschwerden oder das Vorliegen einer gleichzeitigen schwereren organischen Erkrankung*."[151] Zum anderen sei „*der zu den in diesem Sinne sekundären Schweregradindikatoren zu zählende ‚primäre Krankheitsgewinn' […] als stark an eine bestimmte Psychotherapieschule gebundenes und untersucherabhängiges Konstrukt kaum reliabel zu erheben.*"[152] 80

1.7 Fazit des Gutachters insgesamt und Ausblick

Der Gutachter hält fest, dass die „*[g]utachterliche Beurteilung der Arbeitsfähigkeit von Menschen mit somatoformen/ funktionellen Störungen […] angesichts einer Reihe von Problemfeldern eine Herausforderung für alle Beteiligten*" darstellt. Er führt aus, dass „*[z]u diesen Problemfeldern […] die Diagnostik und Klassifikation dieser Störungsgruppe, die notorische Kontextabhängigkeit des Beschwerdeverlaufs, die Feststellung des Schweregrads* 81

149 Gutachten HENNINGSEN, S. 32.
150 Gutachten HENNINGSEN, S. 33.
151 Gutachten HENNINGSEN, S. 33.
152 Gutachten HENNINGSEN, S. 33.

und die Abgrenzung von Aggravation und Simulation" gehören. Der Gutachter weist auf die Tatsache hin, „*dass diese Störungsgruppe traditionell sowohl von der somatischen Medizin als auch der Psychiatrie in ihren Forschungsbemühungen eher vernachlässigt und z.T. mit überholten Konzepten behandelt wurde und noch wird*."[153]

82 Vor diesem Hintergrund seien „*in der Schweizer Rechtsprechung Gesichtspunkte entwickelt worden, die eine einheitlichere und auch gerechte Beurteilung in diesen Problemfeldern ermöglichen sollen. Aus Sicht der hier vorgelegten Expertise sind diese Gesichtspunkte in vielerlei Hinsicht unstrittig sinnvoll.*"[154] So sei „*die Zusammenfassung der in den offiziellen Klassifikationssystemen disparat erfassten syndromalen Störungsbilder mit Leitsymptom Körperbeschwerden ohne definierte organpathologische Grundlage zu einer Gruppe sinnvoll (allerdings nur, insoweit keine Syndrome mit anderen Leitsymptomen auch zugeordnet werden).*"[155]

83 Unstrittig sei auch die Tatsache, „*dass weder die Diagnose allein noch die subjektiven Angaben des Untersuchten allein ausreichende Basis für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit eines Probanden sein können*."[156]

84 Unstrittig sei „*darüber hinaus, dass zur Abgrenzung gegen Aggravation/ Simulation bzw. komplementär zur Feststellung des Schweregrads und der Prognose und zur Frage der Zumutbarkeit der Überwindung der Störung durch Willensanspannung eine Konsistenzprüfung inkl. detaillierter Darstellung von Aktivitäten und Partizipation in allen Lebensbereichen und die Angabe von Schweregradindikatoren als Hilfstatsachen erfordert.*"[157]

85 Nicht sinnvoll, „*da empirisch nicht belegt oder logisch nicht schlüssig*"[158], seien dagegen*:*

- *„Die Störungsgruppierung und ihre Bezeichnung als ‚PÄUSBONOG' ist partiell passend, aber insgesamt falsch.*

153 Gutachten HENNINGSEN, S. 33.
154 Gutachten HENNINGSEN, S. 33 f.
155 Gutachten HENNINGSEN, S. 34.
156 Gutachten HENNINGSEN, S. 34.
157 Gutachten HENNINGSEN, S. 34.
158 Gutachten HENNINGSEN, S. 34.

- *Die ‚Vermutung', dass es einen grundsätzlichen Unterschied zwischen somatoformen/funktionellen und anderen psychischen Störungen hinsichtlich ihres Schweregrads und hinsichtlich der Überwindbarkeit durch zumutbare Willensanspannung gäbe, ist empirisch nicht haltbar.*

- *Auch die Annahme, dass es einen grundsätzlichen Unterschied zwischen diesen Störungsgruppen hinsichtlich der Objektivier- und Beweisbarkeit gäbe, ist weder empirisch noch logisch haltbar.*

- *Eine Verwendung vorgeschlagener Schweregradindikatoren als fixe, kodifiziert abzuarbeitende ‚Kriterien' ist nicht sachgerecht, die Bewertung der depressiven Komorbidität als primären, den anderen vorgeordneten Schweregradindikator ist weder empirisch noch logisch haltbar. Die Aufnahme eines nicht reliabel erfassbaren Indikators wie ‚primärer Krankheitsgewinn' ist nicht sinnvoll.*"[159]

Der Gutachter führt aus, dass „*[e]ine Korrektur bzw. Rücknahme der letztgenannten Aspekte (...) die ungerechtfertigt abweichende Behandlung einer bestimmten Gruppe von auf ihre Arbeitsfähigkeit hin medizinisch zu beurteilende Probanden beseitigen*"[160] würde. 86

> „*Das Vorliegen einer organisch eindeutig definierten und damit auch naturwissenschaftlich beweisbaren Pathologie allein sagt in sehr vielen Fällen wenig über die Aktivität und Partizipationsfähigkeit aus. Das Nicht-Vorliegen einer solchen naturwissenschaftlich beweisbaren Pathologie sagt ebenso wenig über die Aktivität und Partizipationsfähigkeit aus. Erst die systematische Berücksichtigung der in jedem einzelnen Fall relevanten biologischen und psychosozialen ätiologischen Faktoren, der Ressourcen und der Schweregrad- und Konsistenzindikatoren erlaubt eine verlässliche medizinische Beurteilung der verbleibenden Arbeits- bzw. Erwerbsfähigkeit und ggf. anderer sozialmedizinischer Fragen.*"[161]

159 Gutachten HENNINGSEN, S. 34.
160 Gutachten HENNINGSEN, S. 34 f.
161 Gutachten HENNINGSEN, S. 35.

87 Der Gutachter hält fest, dass „*die partielle Untrennbarkeit von Nicht-Wollen und Nicht-Können […] in vielen Fällen Medizinern und Juristen weiterhin schwierige Entscheidungen abfordern [wird]. Ungeachtet dessen gilt, dass Verkürzungen der einen Art (organpathologisch definierte und klassisch psychiatrische Erkrankungen rechtfertigen per se ‚leichter' eine anhaltende Arbeitsunfähigkeit) oder der anderen Art (organpathologisch nicht definierte Erkrankungen rechtfertigen per se die Annahme, sie seien keine ausreichende Ursache für anhaltende Arbeitsunfähigkeit) ggf. pragmatisch verständlich, aber nicht sachgerecht sind*."[162]

3. Allgemeine Beweisregel nach Art. 8 ZGB

88 Wie vorangehend aus der Erwägung des Bundesgerichts in Rz. 56 ff. dargelegt, hat entsprechend der allgemeinen Beweisregel nach Art. 8 ZGB dort, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Bei PÄUSBONOG-Fällen im Sozialversicherungsrecht war dies bei analoger Anwendung die obligatorisch versicherte Person. Wenn eine Tatsache beweislos bleibt, ist dort, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, in der Konsequenz zuungunsten der beweisbelasteten Person zu entscheiden. Somit bei PÄUSBONOG-Fällen – aufgrund an sich nicht nachweisbaren Leiden – zuungunsten des Versicherten. Die Praxis hilft bei Beweisnot unter Umständen mit einer Senkung des Beweismasses oder mit natürlichen Vermutungen, bei denen den Gegner aus Treu und Glauben eine Mitwirkungspflicht bei der Sachverhaltsabklärung treffen kann. Dies geschieht, indem er den Gegenbeweis anzutreten hat.[163]

89 Die natürliche Vermutung dient der Beweiserleichterung und erlaubt, Unbekanntes von Bekanntem her zu erschliessen.[164] Dabei wird das Bekannte als Vermutungsbasis (Prämisse) und das Unbekannte (Vermutete) als Vermutungsfolge bezeichnet.[165]

90 Nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB ist die Vermutungsbasis – bei analoger Anwendung also das Vorliegen eines PÄUSBONOG – mittels des

162 Gutachten HENNINGSEN, S. 35.
163 Vgl. BGE 133 V 205 E. 5.5; BGE 119 II 305 E. 1b/aa S. 306; Urteil 4C.64/2003 vom 18.07.2003 E. 4; MÜLLER, Vermutung, S. 551 ff.
164 Vgl. BGE 117 II 256; HAUSHERR/JAUN, N 75 zu Art. 8, 9 und 10 ZGB.
165 Vgl. GÄCHTER, Beweis, S. 242 ff.

Hauptbeweises (die Diagnose eines PÄUSBONOG) zu belegen. Die Vermutungsfolge (zumutbare Überwindbarkeit) bedarf sodann keines Beweises mehr. Eine nicht gesetzliche Vermutung ist entweder durch den Gegenbeweis – der Beweis richtet sich gegen die Vermutungsbasis – oder durch den Beweis des Gegenteils – dabei steht die Vermutungsbasis fest und der Beweis der belasteten Person richtet sich gegen die Vermutungsfolge – zu entkräften.[166] Eine Vermutung kann sich unter Umständen statt aus einer gesetzlichen Bestimmung aus der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ergeben. In Lehre und Rechtsprechung ist jedoch umstritten, ob durch eine natürliche Vermutung eine eigentliche Beweislastumkehr und nicht bloss eine Beweiserleichterung erfolgt.[167] Die natürliche Vermutung betrifft nicht die Folge der Beweislosigkeit, sondern als Massnahme der Beweiserleichterung die Beweiswürdigung.[168]

Gestützt auf eine richterrechtliche Vermutung, welche über keine wissen- 91
schaftliche Grundlage verfügte, wurde wie dargelegt[169] die Überwindbarkeit von PÄUSBONOG angenommen. Dabei handelt es sich um eine vom Bundesgericht aufgestellte qualifizierte natürliche Vermutung. Von angeblich Bekanntem wurde auf Unbekanntes geschlossen, was nach dem Gesagten nicht haltbar war, denn die Vermutungsbasis war nicht bewiesen bzw. gründete nicht auf einer wissenschaftlichen Grundlage.[170] Eine Vermutungsregel ist zudem selbst bei gesetzlicher Verankerung im Zweifel einschränkend auszulegen, weil sie den Vermutungsträger normalerweise privilegiert und entsprechend die Gegenpartei benachteiligt.[171]

Gemäss Art. 43 ATSG gilt für die IV-Stellen das Untersuchungsprinzip mit 92
Mitwirkungspflichten des Versicherten. Das bedeutet, dass die IV-Stellen von Amtes wegen den Sachverhalt abzuklären, Gründe für und gegen das Vorliegen eines Sachumstandes herbeizuführen haben. Deswegen ist es eigentlich nicht angezeigt, die Beweisführung in einen Hauptbeweis und einen Gegenbeweis zu unterteilen, denn die IV-Stellen haben „*Haupt- und Gegenbeweis gleichsam selber in ihrer Überzeugungsbildung zu führen.*“[172] Hinzu kommt,

166 Vgl. GÄCHTER/TREMP, Wendepunkt?, Rz.8.
167 Vgl. BGE 123 III 243 E. 3a; BGE 117 II 256 E. 2b; BGE 109 II 436 E. 2.
168 Vgl. BGE 109 II 443 E. 2c m.w.H.; GÄCHTER, Beweis, S. 242 ff.
169 Vgl. hierzu Rz. 31 ff.
170 Vgl. GÄCHTER/TREMP, Wendepunkt, Rz. 6 und 13 ff.; MÜLLER, Vermutung, S. 551 ff.
171 Vgl. MÜLLER, Verfahrensgerechtigkeit, Rz. 17.
172 MÜLLER, Vermutung, S. 560.

dass die Schadenminderungspflicht, die jedem Versicherten obliegt, im Sozialversicherungsrecht ein allgemeines Prinzip darstellt. Demnach hat die versicherte Person das ihr Zumutbare zu erbringen, um aus eigenen Kräften den Eintritt des Schadens zu vermeiden bzw. diesen so gering wie möglich zu halten.[173] Aus der Natur der Sache kann sich zudem ergeben, dass sich der Richter mit einer auf der Lebenserfahrung beruhenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit begnügen muss.[174] Nach der Rechtsprechung ist überwiegende Wahrscheinlichkeit erstellt, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht kommen.[175]

93 Das IVG wurde zum Schutz von Menschen mit einer gesundheitlichen Behinderung eingeführt und ist exemplarisch auf den Schutz sozial Behinderter und damit einhergehend auf den Schutz einer typischerweise schwächeren Position im Verfahren zur Geltendmachung von Leistungsansprüche ausgerichtet.[176]

94 Da die versicherte Person selten selbst in der Lage sein wird, die nötigen Beweise zu erbringen, weil die medizinische Beurteilung medizinischen Fachpersonen obliegt, hat der Sozialversicherer den Sachverhalt gemäss Art. 43 ATSG von Amtes wegen zu prüfen und die versicherte Person ist mitwirkungspflichtig. Nach dem Gesagten – vgl. insb. Rz. 35 ff. – erschwerte die Überwindbarkeitsvermutung der beweisbelasteten Person die Erbringung des gesetzlich vorausgesetzten Beweises, denn bis zum heutigen Zeitpunkt ist nur bei äusserst wenigen Störungen aus wissenschaftlicher Sicht bekannt, welche Faktoren ausschlaggebend sind, nämlich nur bei einigen organisch bedingten Störungen wie Anpassungs-, Posttraumatischen Belastungsstörungen sowie amnestischen Störungen nach Schädel-Hirn-Verletzungen oder bei chronischem Alkoholismus. Die Ätiologie aller anderen Störungen wie der Schizophrenie und anderer psychotischer sowie affektiver Störungen (wie der Depression, manisch-depressiver Krankheiten, Angst- und Zwangsstörungen und

173 Vgl. insb. Art. 7 IVG sowie Art. 7a, und 28 Abs. 1 lit. a IVG, Art. 6, 7 und 21 Abs. 4 ATSG; KIESER, ATSG-Kommentar, Vorbemerkungen N 81 ff.; KIESER, SVR, N 7/7 m.w.H.

174 Vgl. KIESER, Beweisgrad, S. 86 ff.

175 Vgl. BGE 132 III 715 E. 3.1; 130 III 321 E. 3.3.

176 Vgl. MÜLLER, Verfahrensgerechtigkeit, Rz. 17.

Essstörungen) ist unbekannt.[177] Daher greift die Argumentation des Bundesgerichts[178], dass die unter PÄUSBONOG subsumierten Störungsbilder „*pathogenetisch-ätiologisch unklar*“ seien und dass ihnen gemeinsam sei, dass „*die Pathogenese unbekannt oder zumindest ungesichert*“ sei und dass ihnen „*die Entstehungsweise des Gesundheitsschadens*“ fehlte, nicht. Vielmehr stellt sich die Frage, welche der in einem internationalen Klassifikationssystem aufgenommenen psychischen Störungen pathogenetisch-ätiologisch eindeutig klar sind und eine organisch nachweisbare Grundlage aufweisen. Der beweisbelasteten versicherten Person wurde durch die Rechtsprechung eine zusätzliche Hürde auferlegt, denn der Rechtsanwender bzw. Gutachter ging a priori davon aus, dass die geklagten Leiden überwindbar sind, obwohl die Vermutungsbasis auf keiner wissenschaftlichen Grundlage basierte. Seitens der Rechtsanwender bestand eine unterschwellige Voreingenommenheit, dass die betroffene Person ihr Leiden mit etwas Willensanstrengung überwinden könne. Dies war nach dem Gesagten mit dem in der Verwaltung geltenden Untersuchungsgrundsatz, der freien Beweiswürdigung sowie der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht vereinbar.[179]

95 Wenn die „*Diagnose eines PÄUSBONOG für sich allein zur Beweislosigkeit im Rechtssinne*“ führte[180] und die Betroffenen „*im Ergebnis generell aus dem Kreis der entschädigungsfähigen Tatbestände ausschiede[n]*“[181], ist dem das Nachfolgende entgegenzuhalten:

96 Eine Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit ist im Einzelfall unabhängig der Diagnose sowie grundsätzlich unbesehen der Ätiologie zu beurteilen und in ihrem Ausmass zu bestimmen.[182] Die Diagnose einer psychischen Störung für sich allein sagt nichts über ihren invalidisierenden Charakter aus. Vielmehr ist stets auf den Schweregrad einer psychischen Störung und die sozial-praktische Auswirkung der Erkrankung im Einzelfall abzustellen.[183] Folglich müsste un-

177 Vgl. Rz. 35.
178 Vgl. Rz. 52 ff.
179 Siehe hierzu später auch BGE 141 V 281 E. 3.4.1.1; GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 28.
180 BGE 139 V 547 E. 8.2., siehe hierzu auch Rz. 58.
181 BGE 139 V 547 E. 7.2. siehe hierzu auch Rz. 55.
182 Vgl. hierzu auch BGE 127 V 294 E. 4.c.
183 So wie dies beispielsweise auch FOERSTER und MARELLI fordern; vgl. FOERSTER/VENZLAFF, Psychiatrische Begutachtung, S. 661.

voreingenommen massgebend sein, ob die zumutbare Verwertung der Restarbeitsfähigkeit den krankheitsbedingten Erwerbsausfall soweit verhindern könnte, dass ein Anspruch entfällt.[184] Das Definieren von Krankheitsbildern, das Stellen einer Diagnose, das Erforschen von Ätiologie, Pathogenese und Auswirkungen einer Krankheit, das Evaluieren und Beurteilen von Ressourcen und Defiziten der betroffenen obligatorisch versicherten Person ist durch medizinische Fachspezialisten vorzunehmen.[185] Die Rechtsanwender beurteilen gestützt auf diese Tatsachen die jeweiligen Rechtsfragen. Klar ist, dass dort, wo lediglich Befunde erhoben werden, die in psychosozialen und soziokulturellen Umständen die hinreichende Erklärung finden, kein invalidisierender psychischer Gesundheitsschaden gegeben ist.[186] Die Jurisprudenz unterstellte jedoch gewissen Krankheitsbildern ohne nachweisbare Empirie a priori, dass sie willentlich überwindbar seien. Dies obwohl die versicherte Person gestützt auf den im Sozialversicherungsrecht geltenden und in Art. 7 Abs. 1 IVG verankerte Grundsatz der Schadenminderungspflicht das ihr objektiv und subjektiv Zumutbare zu erbringen hat, um die erwerblichen Auswirkungen des Gesundheitsschadens bestmöglich zu mildern.[187] Hinzu kommt, dass diese Grundhaltung der rechtsanwendenden Seite zu einer ‚Alles oder nichts'-Kultur führte, da die ausnahmsweise anerkannte Unüberwindbarkeit quasi keine Teilrenten zuliess.[188]

III. Weitere rechtliche Auswirkungen vor dem Leitentscheid BGE 141 V 281

1. Verwendung in anderen Rechtsgebieten ausserhalb des IVG

97 Eine Konsequenz war, dass die Überwindbarkeitsrechtsprechung in anderen Rechtsgebieten ausserhalb des IVG angewendet wurde resp. vom Rechtsanwender versucht wurde, diese anzuwenden.

---

184 Vgl. WINZENRIED, JaSo 2012, S. 244; siehe hierzu auch BGE 114 V 281 E. 3.c.

185 Vgl. hierzu MARELLI, Scheideweg, insb. Rz. 10.

186 Vgl. hierzu MEYER-BLASER, Arbeitsunfähigkeit, S. 76 mit Hinweis auf BGE 127 V 294 E. 5.a, vgl. hierzu 3 Ziff. 3.2.2.1 sowie AHI-Praxis 2000, S. 153 E. 3 (vgl. hierzu Ziff. 2.2). Siehe auch MOSIMANN, Recht der Sozialen Sicherheit, Rz. 22.4 ff. (insb. auch Rz. 22.19 ff.).

187 Vgl. Art. 7 ff. IVG und 21 Abs. 4 ATSG; BGE 117 V 394 E. 4.b; BGE 114 V 281 E. 3.a; KIESER, SVR, N 7/7 m.w.H.

188 Siehe hierzu auch GÄCHTER/TREMP, Wendepunkt?, Rz. 16.

1.1 VVG

98 Im Urteil 4A_5/2011 des Bundesgerichts vom 24. März 2011 wird festgehalten, dass die Überwindbarkeitsrechtsprechung in der *Krankentaggeldversicherung* gemäss VVG anwendbar ist. Verkannt wurde bei diesem Entscheid, dass die sozialrechtlichen Abteilungen die Überwindbarkeit ausdrücklich nur bei Dauer[renten]Leistungen, nicht aber für kurzfristige Taggeldleistungen prüfen. Dieses Urteil wurde in der Fachliteratur u.a. als „*Irrläufer im Haftpflichtrecht*"[189] bezeichnet. Im Urteil 4A_171/2012 vom 25. Juni 2012[190] hielt das Bundesgericht dann wiederum an seiner ständigen Rechtsprechung[191] fest. Demnach sei sowohl im Sozialversicherungs- wie im Haftpflichtrecht zwar von derselben Umschreibung der Adäquanz auszugehen, diese sei jedoch im Haftpflichtrecht milder als im Sozialversicherungsrecht zu beurteilen. Die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs bedarf richterlicher Wertung, die gemäss Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit vorzunehmen ist. Dabei ist auch der rechtspolitischen Zielsetzung der im konkreten Fall anwendbaren Normen Rechnung zu tragen. Eine schematische Übernahme der sozialversicherungsrechtlichen Kriterien in das Haftpflichtrecht unbesehen der Unterschiede würde dem Zweck entgegenstehen, im Einzelfall eine adäquate Zurechnungsentscheidung zu fällen.[192] Das Bundesgericht liess in der Folge die Frage, ob die Überwindbarkeit auch für VVG-Versicherungen gelte, im Entscheid 4A_223/2012 vom 20. August 2012 ausdrücklich wieder offen. Im Entscheid 4A_109/2013 vom 27. August 2013 war ebenfalls die Leistungspflicht aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung zu beurteilen. Die Vorinstanz kam zum Ergebnis, die Diagnose einer somatoformen Schmerzstörung allein vermöge, auch wenn sie mit einer psychischen Begleiterkrankung verbunden ist, ohne ärztliches Attest einer Arbeitsunfähigkeit in keinem Falle einen Taggeldanspruch zu begründen. Daran könne selbst die Verneinung der Anwendbarkeit der Überwindbarkeitsrechtsprechung auf Taggeldfälle nach VVG nichts ändern. Den höchstrichterlichen Ausführungen zufolge kommt den Erwägungen zur Anwendbarkeit der Rechtsprechung gemäss BGE 130 V 352 auf Taggeldansprüche nach VVG keine entscheiderhebliche

189 Vgl. SANER/GEHRING, Überwindbarkeitsrechtsprechung im Haftpflichtrecht, S. 815 ff.

190 Vgl. E. 2.3.

191 Vgl. hierzu insb. Urteile 4A_45/2009 vom 25.03.2009 E. 3.3.1 f. und 4C.402/2006 vom 27.02.2007 E. 4.1.

192 Vgl. E. 2.3.

Bedeutung zu. Entsprechend liess das Bundesgericht die Frage wiederum offen.[193]

99 Mit dem Urteil des Bundesgerichts 4A_314/2015 vom 1. Dezember 2015 konnte in einem zehnjährigen Rechtsstreit mit einer Privatversicherung erreichen, dass sich diese betreffend eine *Erwerbsunfähigkeitsrentenleistung* nicht hinter dem sozialversicherungsrechtlichen Verfahren verstecken kann. In casu verwies die Privatversicherung stets auf die im Sozialversicherungsrecht geltende Schmerzrechtsprechung und auf das sozialversicherungsrechtliche Verfahren, obwohl vertraglich keine Bindungswirkung vereinbart worden war. Die Privatversicherung weigerte sich, den Sachverhalt aus privatversicherungsrechtlicher Sicht abzuklären.[194]

100 Das Anspruchsverhältnis zwischen dem Privatversicherer und dem Versicherungsnehmer nach VVG basiert auf dem geschlossenen Vertrag und den jeweils gültigen Allgemeinen Versicherungsbedingungen. Die Leistungspflicht des privaten Versicherers bemisst sich nach der vertraglichen Vereinbarung mit dem Versicherungsnehmer, die im Wesentlichen durch die Allgemeinen Versicherungsbedingungen noch konkretisiert wird. Die Auslegung dieser Versicherungsbedingungen erfolgt nach dem Vertrauensprinzip. Zudem wird eine private Versicherung oftmals gerade mit dem Argument verkauft, dass mit Abschluss einer solchen eine Lücke bis zum Entscheid der Sozialversicherungen, die einem politischen sowie finanziellen Spardruck ausgesetzt sind, verhindert werde.

101 Die mit diesem Urteil geschaffene Klarheit konnte für Privatversicherte von wesentlicher Bedeutung sein, denn das Führen eines langjährigen Rechtstreits gegen eine Privatversicherung, der genügend Geld zum Prozessieren zur Verfügung steht, ist für kranke Versicherte, denen meist neben den gesundheitlichen auch die finanziellen Ressourcen fehlen, oftmals fast unmöglich. Die Verfahrenskosten sind enorm hoch, weshalb das Prozessrisiko für die meisten Betroffenen als zu hoch eingeschätzt wird. Mit diesem Entscheid wurde der latent vorhandenen Gefährdung der Verfahrensfairness entgegengetreten und die Verfahrensrechte der versicherten Person wurden gestärkt, um so die Waffengleichheit im Rahmen der Vorgaben der EMRK zu gewährleisten.

---

193 Vgl. E. 4.

194 Siehe hierzu WELTEN(-WINZENRIED), HAVE 2016, S. 324 ff.

1.2 UVG und BVG

102 Gemäss BGE 137 V 199 vom 1. Juni 2011 wird bei der Beurteilung des Anspruchs auf *Heilbehandlung und Taggeld nach dem UVG* (und damit verbunden des Zeitpunktes des Fallabschlusses) die Schmerzrechtsprechung nicht angewendet. Das gelte trotz BGE 136 V 279 auch bei HWS-Distorsionstraumen (Schleudertraumen) ohne organisch objektiv ausgewiesene Funktionsausfälle.[195]

103 In der obligatorischen beruflichen Vorsorge erfolgt die Invaliditätsumschreibung im Sinne der IV.[196] Somit gilt es festzuhalten, dass die Schmerzrechtsprechung bei der Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit die Grundlage für die Festsetzung des Invaliditätsgrades im Sinne des IVG, BVG sowie UVG bei *Dauer[renten]leistungen* hätte bilden können.

104 Obwohl die Überwindbarkeitsvermutung aus den dargelegten Gründen unhaltbar war, stützten sich Rechtsanwender auch ausserhalb des Anwendungsbereichs des IVG auf sie. Insbesondere bei Erwerbsunfähigkeitsrentenleistungen der Privatversicherungen ist – wie in Rz. 99 ff. dargelegt – unklar, wie vielen Betroffenen gestützt auf diese Behauptung Leistungen verweigert worden sind. Denkbar ist in diesem Kontext, dass zahlreiche Betroffene, krank und beweisbelastet, keine Klage einreichten.

105 Im Zusammenhang mit der Schmerzrechtsprechung wurden des Weiteren der Vorwurf der Diskriminierung und derjenige eines unfairen IV-Verfahrens vorgebracht. Eine Versicherte gelangte mit diesen Vorwürfen an den EGMR, worauf nachfolgend kurz eingegangen wird.

195 Vgl. E. 2.2.
196 Vgl. Art. 24 Abs. 1 BVG; KIESER, SVR, 9/225.

2. EGMR-Entscheid[197]: Keine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK) und des Diskriminierungsverbots (Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK)

106 Die zuständige Kammer des EGMR hat die Beschwerde einer Versicherten, die seit über zehn Jahren an einer somatoformen Schmerzstörung leidet, einstimmig für unbegründet erklärt und ist nicht darauf eingetreten. Die Versicherte rügte einerseits, dass das sozialversicherungsrechtliche Verfahren nicht fair sei und damit Art. 6 Abs. 1 EMRK verletze. Andererseits rügte sie zudem die Verletzung des Diskriminierungsverbots, was für die hier interessierende Fragestellung bedeutend ist. Der Gerichtshof hat grundsätzlich eine Diskriminierung von Personen mit Schmerzleiden ohne klar identifizierbare Ursache verneint.[198] Es bestehe keine vergleichbare Situation im Falle von Personen mit Schmerzleiden mit klar identifizierbaren körperlichen Ursachen und solchen ohne klar identifizierbaren Ursachen. Diese Personen würden sich aufgrund medizinischer Tatsachen unterscheiden. Daher stütze sich die Schweizer Praxis auf objektive wissenschaftliche Gründe und sei gerechtfertigt.[199] Der Gerichtshof hielt die Vorbringen der Versicherten für unbegründet, weshalb er gar nicht auf die Beschwerde eintraten und somit nicht im Detail geprüft hat, ob das Verfahren in der Schweiz für den Erhalt von IV-Leistungen unfair oder diskriminierend sein könnte.[200]

IV. Zwischenfazit zur Überwindbarkeitsvermutung[201]

107 Bei der Überwindbarkeitsvermutung handelte es sich um eine durch das Bundesgericht gebildete Rechtsfigur. Eine wissenschaftliche Grundlage, die dieser zugrunde lag, war nicht erkennbar. Da insbesondere die medizinische Empirie fehlte, war kein sachlicher Grund auszumachen, weshalb und in welchem Aus-

---

197 Urteil des EGMR *Spycher gegen Schweiz* vom 10. Dezember 2015, Nr. 26275/12 (elektronisch abrufbar unter <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-159449"]}> [letztmals besucht am 10.04.2019] sowie <https://www.humanrights.ch/de/menschenrechte-schweiz/egmr/ch-faelle/spycher> [letztmals besucht am 10.04.2019]).

198 Vgl. Rn. 33 ff.

199 Vgl. Rn. 38.

200 Vgl. <http://www.schutzfaktor-m.ch/der-egmr-schwaecht-die-rechte-von-personen-mit-schmerzleiden> (letztmals besucht am 10.04.2019).

201 So bereits die Schlussfolgerung vor BGE 141 V 281, vgl. WINZENRIED, JaSo 2012, S. 231 ff. (insb. S. 243 ff.).

mass es dem Betroffenen hätte möglich sein sollen, mit einer Willensanstrengung erwerbstätig zu sein. Seitens der Jurisprudenz – und nicht etwa seitens der Medizin – wurden gewisse Krankheitsbilder als grundsätzlich nicht invalidisierend bzw. die durch die subjektiv empfundenen Schmerzen verursachte Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung als zumutbarerweise überwindbar betrachtet. Es bestand eine unterschwellige Voreingenommenheit, dass die betroffenen Personen ihr Leiden überwinden können. Davon betroffen war ein Sammelsurium von Beschwerdebildern – siehe hierzu Rz. 21 – bei denen die Betroffenen vorherrschend über Körperbeschwerden als Leitsymptom klagen. Innerhalb dieses Sammelsuriums wurden diese juristisch gleich behandelt, auch wenn es sich um medizinisch unterschiedliche Diagnosen mit entsprechend verschiedenen medizinischen Klassifikationscodes handelte. Das Bundesgericht räumte die medizinischen Unterschiede mit einem Kunstgriff aus, nämlich mit dem Überbegriff ‚pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage'.[202]

108 Dieser Begriff liess keine Eingrenzung von bestimmten Krankheitsbildern zu, weshalb damals eine Rechtsunsicherheit bestand, da im Extremfall alle psychischen Störungen darunter hätten subsumiert werden können. Aufgrund dessen überlegten sich Betroffene zu dieser Zeit gut, ob sie die Verweigerung von Eingliederungsmassnahmen oder Rentenzusprachen bis vor das Bundesgericht weiterziehen, da dadurch die Möglichkeit geboten wurde, die Schmerzrechtsprechung auf weitere Krankheits- bzw. Störungsbilder auszudehnen.

202 Urteil des Bundesgerichts I 70/07 vom 14. April 2008 E. 5.

Teil II:
Zwischenhalt mit Blick auf die grundlegenden Leitideen zur Einführung der IV

§ 1: Die grundlegenden Leitideen zur Einführung der IV

Bevor auf die neue Rechtsprechung eingegangen wird, erscheint es sinnvoll, sich an dieser Stelle zunächst einen Überblick darüber zu verschaffen, was seinerzeit grundlegendes Motiv für die Einführung der IV war und welche Funktion diesem Zweig der Sozialversicherung im Gesamtgefüge des sozialen Sicherungssystems der Schweiz zukommt. Denn nur so ist eine sachgemässe Analyse der mittlerweile erfolgten Rechtsprechungsänderung möglich; vor diesem Hintergrund kann denn auch eine Prognose hinsichtlich der künftigen Weiterentwicklung getroffen werden. 109

Im Bericht des Bundesrats an die Bundesversammlung von 1957 über das Volksbegehren betreffend die Einführung der IV führte der Bundesrat aus, dass eine „*umfassende Hilfe*" für Menschen mit Behinderungen „*aller Altersstufen, alle Gebrechen und chronischen Leiden [...], auf die der heute sich überall durchsetzenden Tendenz gemäss ein Rechtsanspruch besteht*", nur durch die IV verwirklicht werden könne.[203] Der Bundesrat liess sich von der Grundidee leiten, dass jede Person, die aufgrund einer langfristigen gesundheitlichen Beeinträchtigung ihrer Erwerbsfähigkeit die notwendige Unterstützung durch die IV bekommen solle – insbesondere auch in Fällen, in denen die Invalidität mit Sicherheit unmittelbar bevorsteht.[204] Die IV sollte sich, wie bereits in der Botschaft aus dem Jahr 1919 ausgeführt wurde, „*nicht nur mit der Ersetzung, sondern auch mit der Beseitigung des eingetretenen und insbesondere mit der Verhütung des drohenden Schadens befassen.*"[205] Auch die Expertenkommission und der Bundesrat erachteten Massnahmen zur „*Behebung des Schadens*"[206] als primäre, sozialpolitisch wertvollere Hilfe.[207] Aus 110

203 Vgl. BBl 1957 I 979; siehe auch SB 1959 *N* 75.

204 Die Expertenkommission hatte bereits in ihrem Bericht 1956 (S. 31) darauf hingewiesen, dass die IV lückenhaft wäre, wenn sie für den Fall der drohenden dauernden Erwerbsunfähigkeit keine entsprechenden Massnahmen vorsehen würde; vgl. auch BBl 1958 II 1169 ff.

205 BBl 1919 IV 129; vgl. hierzu auch SB 1959 *N* 85 m.w.H.

206 Bericht der Expertenkommission 1956, S. 30; dieser Grundgedanke wurde bereits in BBl 1919 V 129 ausgeführt.

207 Vgl. Bericht der Expertenkommission 1956, S. 30; BBl 1958 II 1152; WALZ, Grundsätze, S. 17 f.

den Parlamentsdebatten geht zudem der grundlegende Gedanke hervor, dass Menschen mit Behinderungen mit der Unterstützung der IV tatsächlich eine Arbeitsstelle finden sollen, um so ihr selbständiges Fortkommen zu ermöglichen.[208] Die Expertenkommission zur Einführung der IV sowie diejenige zur 1. IV-Revision rieten bereits von einer Aufsplittung der IV-Leistungen nach Gebrechensarten ab.[209]

111 Die ursprünglich grundlegende Leitidee zur Einführung der IV war folglich die Förderung und Unterstützung von Menschen mit einer langfristigen gesundheitlichen Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit zur Führung eines selbstbestimmten Lebens. Erfolgen sollte dies, indem durch die IV ein unmittelbar drohender Schaden abgewendet oder ein bereits eingetretener so weit als möglich behoben oder zumindest ersetzt wird. Die zum Teil in prekären Verhältnissen lebenden Menschen mit Behinderungen sollten am gesellschaftlichen Leben teilhaben und ihre Integration in die Volkswirtschaft sollte mit staatlicher Unterstützung ermöglicht werden.[210]

112 Fünf Jahre nach Einberufung der Expertenkommission wurde die Gesetzesvorlage am 19. Juni 1959 vom Parlament verabschiedet. Entsprechend den grundlegenden Leitideen sah die IV bereits im ursprünglichen IVG grundsätzlich zwei Arten von Leistungen vor: einerseits die Gewährung von Eingliederungsmassnahmen,[211] um die Erwerbsfähigkeit wieder herzustellen, zu verbessern oder zu erhalten, wenn deren Verlust mit Sicherheit unmittelbar droht. Andererseits sollten Renten[212] zugesprochen werden, wenn die (Wieder-) Eingliederung nicht oder in ungenügender Weise erreicht werden kann oder von vornherein als zwecklos betrachtet werden muss.[213] Daraus lässt sich der Grundsatz „Eingliederung vor Rente“ ableiten.[214]

113 Bezüglich der Organisation war eine möglichst sparsame Verwaltung mit Verzicht auf Schaffung eines neuen Verwaltungsapparates die Grundidee, um

208 Vgl. insb. SB 1959 *N* 93.
209 Vgl. BBl 1967 I 660; AB 1967 *N* 433.
210 Vgl. SPS BBl 1955 I 361; PdA BBl 1955 I 669 f.; Bericht der Expertenkommission 1956, S. 27 und 30; BBl 1957 I 979; BBl 1958 II 1152; WALZ, Grundsätze, S.17 f.
211 BBl 1959 I 1500 ff.
212 BBl 1959 I 1506 ff.
213 Vgl. BBl 1958 II 1152 ff.; Bericht der Expertenkommission 1956, S. 31 und 107.
214 Art. 28 Abs. 2 uIVG sah vor, dass die Invaliditätsbemessung erst nach Durchführung allfälliger Eingliederungsmassnahmen vorzunehmen ist, BBl 1959 I 1506.

möglichst geringe Durchführungskosten zu erzielen.[215] Die IV-Kommissionen waren ein Milizorgan und sollten sich ausschliesslich aus qualifizierten Mitgliedern zusammensetzen, um insbesondere eine kompetente und speditive Arbeit zu gewährleisten.[216] Ein schwerfälliges und zeitaufwändiges Verfahren seitens der IV sollte vermieden werden. Die obligatorisch Versicherten sollten Anspruch auf eine möglichst fachgerechte und objektive Beurteilung ihres Begehrens haben.[217] Deshalb wurde in die IV-Kommissionen je ein Experte aus jedem nötigen Fachbereich – ein Arzt, ein Experte für Eingliederung, ein Experte für Fragen des Arbeitsmarktes und Berufsbildung, ein Fürsorger und ein Jurist – entsendet, wobei mindestens ein Mitglied weiblichen Geschlechts sein musste.[218] Der Gesetzgeber verlangte „*grosse Gewissenhaftigkeit und Unabhängigkeit*“[219] zur Beurteilung der medizinischen Anspruchsvoraussetzungen.

§ 2: Die Funktion der IV

Der Gesetzgeber liess sich bei der Einführung der IV also von der Grundidee leiten, dass jede von einer langfristigen gesundheitlichen Beeinträchtigung ihrer Erwerbsfähigkeit betroffene Person die notwendige Unterstützung durch die IV erhalten solle. Dies auch in Fällen, in denen die Invalidität mit Sicherheit unmittelbar bevorsteht.[220] 114

Zur Umsetzung und Verwirklichung der grundlegenden Leitideen war die Ausgestaltung der IV als obligatorische Volksversicherung notwendig. Als solche ist sie eine umfassende Risikogemeinschaft. Versichert ist das Risiko 115

215 Damals CHF 2 Mio., vgl. hierzu WALZ, Grundsätze, S. 24; GRANACHER, Organisation, S. 115 ff.; Bericht der Expertenkommission 1956, S. 151 ff.

216 Vgl. Bericht der Expertenkommission 1956, S. 152 ff.; BINSWANGER, Renten, S. 107 f. Siehe auch BBl 1959 I 1513. Für die Versicherten im Ausland und das Bundespersonal wurde ebenfalls je eine IV-Kommission eingesetzt (vgl. BBl 1959 I 1514); WALZ, Grundsätze, S. 24; BBl 1958 II 1208.

217 Vgl. BBl 1967 I 691; WALZ, Grundsätze, S. 24; Bericht der Expertenkommission 1956, S. 152 f.; BBl 1958 II 1209; BBl 1959 I 1513; GRANACHER, Organisation, S. 119 f.

218 Vgl. BBl 1959 I 1513; Bericht der Expertenkommission 1956, S. 152 f.; WALZ, Grundsätze, S. 24; BBl 1958 II 1209; GRANACHER, Organisation, S. 119 f.

219 SB 1959 N 87.

220 Vgl. insb. SB 1959 *N* 93; SPS BBl 1955 I 361; PdA BBl 1955 I 669 f.; Bericht der Expertenkommission 1956, S. 30; BBl 1957 I 979; BBl 1958 II 1152; WALZ, Grundsätze, S. 17 f.

der Invalidität, und die IV basiert auf dem Grundsatz des unbedingten Rechtsanspruchs auf die Leistungen. Somit hat der obligatorisch Versicherte ab dem Zeitpunkt, in dem die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen bezüglich Invalidität erstmals erfüllt sind, Anspruch auf Leistungen der IV.[221]

116 Die IV verfolgt somit eine weitgefasste Zielsetzung. Aus den Gesetzesmaterialien geht deutlich hervor, dass mit der Einführung der IV primär das Ziel verfolgt wurde, Menschen mit Behinderungen mittels beruflicher (Wieder-) Eingliederung die Gelegenheit zu bieten, unabhängig zu werden, indem sie ihre verbleibenden Fähigkeiten in der Volkswirtschaft verwerten können. Renten sollen entsprechend dem Grundsatz „Eingliederung vor Rente" ausschliesslich in jenen Fällen gewährt werden, in denen dieses Ziel nicht oder nur in einem ungenügenden Mass erreicht wird. Dennoch erkannte der Bundesrat bereits 1958, dass das finanzielle Schwergewicht der IV-Leistungen trotz der Eingliederungsmassnahmen bei den Renten liegen wird. Aus ethischen, sozialpolitischen und volkswirtschaftlichen Gründen sowie schliesslich auch aus finanziellen Überlegungen wurde der oben aufgeführte Grundsatz „Eingliederung vor Rente" in den Vordergrund gestellt.[222]

117 Die Funktion der IV besteht seit Einführung dieses Sozialversicherungszweigs darin, die wirtschaftlichen Folgen der Invalidität zu beheben oder zu mindern. Nach eingehender Analyse der gesetzlichen Entwicklung kann festgehalten werden, dass daran auch die rechtliche Entwicklung nichts geändert hat.[223] Mit der 4. IV-Revision wurde zur Verdeutlichung folgender Zweckartikel eingefügt:

> „*Art. 1a IVG*
>
> *Die Leistungen dieses Gesetzes sollen:*
>
> *a.* *die Invalidität mit geeigneten, einfachen und zweckmässigen Eingliederungsmassnahmen verhindern, vermindern oder beheben;*

221 Vgl. Bericht der Expertenkommission 1956, S. 34 m.w.H.; BBl 1958 II 1154; BBl 1958 II 1154 und BBl 1946 II 380 ff.

222 Vgl. insb. Bericht der Expertenkommission 1956, S. 30 f.; BBl 1958 II 1152 f.; SB 1959 *N* 84; GERMANN, CHSS 2010 5; MAURER, Geschichte, S. 69 f.

223 Vgl. AS 2003 3837; Protokoll SGK-N, 4. IV-Revision, 1./2.11.2001, S. 10 ff.; Protokoll SGK-N, 4. IV-Revision, 1./2.11.2001, Bericht „Programmatischer Zweckartikel für die individuellen Leistungen der IV" im Anhang, S. 1.

b. die verbleibenden ökonomischen Folgen der Invalidität im Rahmen einer angemessenen Deckung des Existenzbedarfs ausgleichen;

c. zu einer eigenverantwortlichen und selbstbestimmten Lebensführung der betroffenen Versicherten beitragen."[224]

Aus diesem Zweckartikel ergeben sich zwar keine unmittelbaren Rechtsfolgen, doch ist dieser im Rahmen der Auslegung der einzelnen Anspruchsnormen zu berücksichtigen.[225] 118

Unter Berücksichtigung dieser Grundgedanken wird im dritten Teil vorliegender Arbeit das Augenmerk auf die neue Rechtsprechung gerichtet. 119

224 AS 2003 3837 f.; AB 2001 *N* 1928.

225 Vgl. MEYER/REICHMUTH, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, Art. 1a N 3. Siehe auch MURER, Kommentar zu Art. 1a, Rz. 8 ff.

Teil III:
Die neue Schmerz- bzw. Indikatorenrechtsprechung

§ 1: Leitentscheid BGE 141 V 281

Aufgrund der bisherigen Ausführungen ergibt sich, dass die ehemalige Schmerzrechtsprechung des Bundesgerichts wegen der fehlenden wissenschaftlichen Grundlage juristisch nicht haltbar war; auch weder unter dem Aspekt der Anforderungen an den im Abklärungsverfahren zu beachtenden Untersuchungsgrundsatz noch aufgrund anderer Gesichtspunkte.[226] 120

Mit BGE 141 V 281 hat das Bundesgericht die Überwindbarkeitsvermutung aufgegeben und stattdessen ein strukturiertes, ergebnisoffenes Beweisverfahren eingeführt, mit dem Ziel, das tatsächliche Leistungsvermögen der betroffenen Personen einzelfallgerecht bewerten zu können.[227] Vorweg ist allerdings Folgendes zu beachten: Bei aller Euphorie, die das Bundesgericht durch seine Kurskorrektur in der juristischen und (versicherungs-) medizinischen Literatur teilweise ausgelöst hat, bleibt es dabei, dass die materiell beweisbelastete versicherte Person die Folgen trägt. Dies bedeutet: Lassen sich die geklagten Beschwerden im nunmehr durchzuführenden „*ergebnisoffenen Verfahren*" nicht substanziiert nachweisen, scheitert der Nachweis der Invalidität. Bei Beweislosigkeit wird zuungunsten der versicherten Person entschieden.[228] 121

I. Ausgangssachverhalt und Verfahrensverlauf

Eine 1958 geborene Mutter von sechs erwachsenen Kindern war von 1995 bis Mitte März 2012 als Küchengehilfin teilerwerbstätig und meldete sich im Sommer 2012 zum Leistungsbezug bei der Invalidenversicherung an. Sie begründete dies mit verschiedenen, sich rasch verschlimmernden Gesundheitsbeschwerden, insbesondere Schmerzen an Rücken und Extremitäten, Schlafstörungen, Kraftlosigkeit und allgemeiner Niedergeschlagenheit. Nach 122

---

226 Vgl. hierzu Rz. 42 ff., GÄCHTER/MEYER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 5: Das Bundesgericht hat sich mit den kritischen Stellungnahmen ausführlich auseinandergesetzt; RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 373; dagegen: Urteil des Bundesgerichts 8C_972/2012 vom 31. Oktober 2013, E. 7: keine Diskriminierung von Versicherten mit objektiv nicht nachweisbaren Beschwerdebilden sowie Urteil des EGMR *Spycher gegen Schweiz* vom 10. Dezember 2015, Nr. 26275/12, vgl. Rz. 106.

227 Vgl. BGE 141 V 281 und Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 17. Juni 2015.

228 Vgl. BERGER, HAVE 2015, S. 291 und 298.

Einholung eines psychiatrischen Gutachtens verneinte die IV-Stelle des Kantons Zug eine anspruchsbegründende Invalidität. Die dagegen eingelegte Beschwerde wies das kantonale Verwaltungsgericht ab. Dagegen wurde Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Rechtsbegehren erhoben, die IV-Stelle sei zu verpflichten, eine ganze Invalidenrente auszurichten. Eventuell sei die Vorinstanz anzuweisen, ein interdisziplinäres Gerichtsgutachten „*unter Wahrung der Mitwirkungsrechte und unter korrekter Fragestellung*“[229] einzuholen. Die IV-Stelle schloss auf Abweisung der Beschwerde, die Beschwerdeführerin nahm dazu Stellung. Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) äusserte sich nicht.[230]

123 Die beiden ersten sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts führten zu folgenden Rechtsfragen, die sie bejahten, ein Verfahren nach Art. 23 Abs. 1 BGG durch:

> „*1. Sind bei der Diagnostik anhaltender somatoformer Schmerzstörungen und vergleichbarer psychosomatischer Störungen der Aspekt der funktionellen Auswirkungen sowie die Ausschlussgründe nach BGE 131 V 49 E. 1.2 S. 51 zu berücksichtigen?*
>
> *2. Ist das bisherige Regel/Ausnahmemodell (Überwindbarkeitsvermutung; BGE 131 V 49 E. 1.2 S. 50) in Weiterführung der Rechtsprechung (BGE 139 V 547) durch ein strukturiertes Beweisverfahren zu ersetzen und liegt demnach Erwerbsunfähigkeit im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Satz 2 ATSG nur vor, wenn mittels objektivierbarer Indikatoren nachgewiesen werden kann, dass der versicherten Person keine Arbeitsleistung mehr zuzumuten ist?*
>
> *3. Ist im strukturierten Beweisverfahren der Nachweis des funktionellen Schweregrades und der Konsistenz der Gesundheitsschädigung unter Verwendung der massgeblichen Indikatoren zu erbringen?*“[231]

229 BGE 141 V 281 C.a. S. 283 f. sowie E. 10.3.
230 Vgl. BGE 141 V 281, Sachverhalt (A. bis C.).
231 BGE 141 V 281 C.b. S. 284.

II. Entscheidung

124 Das Bundesgericht nahm den Streitfall zum Anlass, die gesamte Schmerzrechtsprechung, die sich seit BGE 130 V 352 entwickelt hat, einer kritischen Revision zu unterziehen und sich mit den Gegenargumenten medizinischer und juristischer Provenienz auseinanderzusetzen.

125 Im Ergebnis wurde die von der Judikatur entwickelte Vermutung aufgegeben, die in der Gerichtspraxis zur Gewissheit mutiert war, dass der Unüberwindbarkeitsnachweis in Fallkonstellationen mit Schmerzleiden nur noch in den seltensten Fällen geführt werden konnte.[232]

126 Die Überwindbarkeitsvermutung gemäss BGE 130 V 352 entwickelte sich bekanntlich[233] aus dem in BGE 127 V 294 zu beurteilenden Fall heraus. Ziel des Bundesgerichts war es, eine allzu grosszügige Rentenzusprechung und den vorgeblich praktizierten automatischen Rückschluss von der Diagnose auf eine Arbeitsunfähigkeit zurückzubinden.[234] Das Bundesgericht rechtfertigte seine bisherige Rechtsprechung damit, einerseits für eine rechtsgleiche und transparente Rechtsanwendung Sorge tragen und andererseits das Problem der Beweislosigkeit bei nicht objektivierbaren Beschwerden abmildern zu müssen. Dies – so das Gericht – sei der Grund für die Herausbildung der Überwindbarkeitsrechtsprechung gewesen.[235]

127 Gestützt auf die Grundlage, nämlich der Vermutung der Überwindbarkeit, also einer prinzipiellen Vermutung für das Fortbestehen der Arbeitsfähigkeit als Regel, war es nach BGE 130 V 352 nur möglich, mithilfe der sog. FOERSTER-Kriterien den Gegenbeweis zur vermuteten Arbeitsfähigkeit anzutreten. Dabei wurden die betroffenen versicherten Personen unter den Generalverdacht des „*Moral Hazard*“ gestellt.[236]

128 Der Begriff „*Moral Hazard*“ – oder „*moralisches Wagnis bzw. Risiko*“[237] – wurde in der Versicherungswirtschaft entwickelt und bezeichnet die Gefahr

232 Vgl. BERGER, HAVE 2015, S. 291 und 298.
233 Vgl. hierzu Rz. 28 ff.
234 Vgl. BGE 141 V 281 E. 3.4.1.1; RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 377.
235 Vgl. BGE 130 V 352; BGE 131 V 49 E. 1.2, S. 60.
236 Vgl. RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 377.
237 Weniger prägnant dagegen die Eindeutschung ‚moralische Versuchung‘.

einer Verhaltensänderung nach vermeintlichem Wegfall eines Risikos.[238] Zudem hat er sich im Bereich der Wirtschaftswissenschaften in der neuen Forschungsrichtung der sog. Institutionenökonomie etabliert. Dem „*Moral Hazard*" kommt sowohl in mikro- und in makroökonomischer Hinsicht als auch im Verhältnis zu anderen Staaten Bedeutung zu. Mikroökonomisch wirkt sich dieses Phänomen bspw. aus, wenn Autofahrer nach Abschluss der Versicherung höhere Risiken im täglichen Fahrzeugverkehr in Kauf nehmen, weil Schäden durch die Versicherung gedeckt sind. Im inter- und supranationalen Bereich spielt dieser Aspekt ebenfalls eine Rolle.[239] Makroökonomisch zeigt sich ein Moral-Hazard-Problem bei Grossunternehmen, insbesondere bei Firmen bestimmter Schlüsselindustrien oder privaten Geschäftsbanken ab einer bestimmten Grösse. Diese weisen i.d.R. in der Annahme, von politischer Seite „*nicht im Stich gelassen*" und bei drohendem Konkurs durch staatliche Unterstützungsmassnahmen gerettet zu werden, eine ausgeprägtere Risikoneigung auf.[240]

129 Im hier einzig und allein interessierenden Kontext der Sozialversicherung führte der Aspekt des „*Moral Hazard*" im Bereich der Überwindbarkeitsrechtsprechung meist dazu, dass das reale Leistungsvermögen der Antragsteller nach dem Motto „*Wer will, der kann*"[241] abgetan wurde. Häufig wurde davon Abstand genommen, zu hinterfragen, ob ein körperliches Befinden und seine Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit in jedem Fall willentlich nachhaltig steuerbar waren oder ob es lediglich darum ging, dass alle Eingliederungsmöglichkeiten willentlich ausgeschöpft waren.[242]

130 Vor dem Hintergrund, dass die Anzahl der zugesprochenen Invalidenrenten für psychosomatische Leiden vor der Einführung der Überwindbarkeitsrecht-

238 Vgl. GERDESMEYER, Geldtheorie und Geldpolitik, S. 266.

239 Als Beispiel können die finanziellen Unterstützungsmassnahmen gelten, die Island im Rahmen der letzten Finanzkrise (ab 2008 bis 2011) durch internationale Organisationen wie den Internationalen Währungsfonds (IMF) gewährt wurden, oder aber die ebenfalls damals getätigten finanziellen Transferleistungen der Europäischen Union an Griechenland.

240 Im wirtschaftswissenschaftlichen Diskurs wird dies unter den Begriff ‚too big to fail' subsumiert, vgl. GERDESMEYER, Geldtheorie und Geldpolitik, S. 266.

241 RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 377.

242 Vgl. RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 373 ff. unter Hinweis auf BGE 127 V 294 E. 5.a) S. 299.

sprechung – und auch häufig nur auf der Grundlage unzureichender medizinischer Exploration – sprunghaft angestiegen war,[243] erweist sich die nunmehrige Kehrtwendung des Bundesgerichts angesichts der dargestellten Fehlentwicklungen und der skizzierten Moral-Hazard-Problematik als eine ‚Korrektur von der Korrektur'.

Die vom Bundesgericht selbst eingeführte Vermutung wird durch ein, wie nachfolgend noch aufgezeigt wird, ergebnisoffenes (strukturiertes) Beweisverfahren ersetzt.[244] 131

III. Zentrale Aussagen des Leitentscheids

Vorweg kann festgehalten werden, dass dieser wichtige Entscheid von der hinzugezogenen Literatur begrüsst und mehrfach besprochen wurde.[245] Nachfolgend werden zunächst die zentralen Aussagen des Leitentscheids – auch gestützt auf diese Stellungnahmen der Literatur – analysiert und in der Folge wird auf einige charakteristischen Abhandlungen eingegangen. 132

1. Wegfall der Vermutung

Das entscheidende Kernelement der neuen Judikatur bildet der Wegfall der bisherigen „*Regel-Ausnahme-Vorgabe*", deren Ziel es war – wie das Bundesgericht ausdrücklich erklärt[246] –, die Einhaltung der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen (wieder) sicherzustellen. 133

Da eine Vermutung für die Möglichkeit der Überwindbarkeit bestand, habe sich die Praxis fast ausschliesslich auf die Abklärung der FOERSTER- bzw. 134

243 Vgl. GÄCHTER/MEYER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 25. Siehe hierzu auch Rz. 325.

244 Vgl. WYSSMANN, Überblick, S. 415 und 416.

245 Vgl. hierzu aus rechtlicher Sicht insb. GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Bemerkungen zur grundlegenden Praxisänderung im Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015, in: Jusletter vom 29. Juni 2015; RIEMER-KAFKA, Ein Kommentar, Zur Überwindung der Überwindbarkeitsvermutung, Einige Gedanken zum Bundesgerichtsurteil, SZS 2015, S. 373 ff.; BERGER, „Nur, aber immerhin" – Kommentierung des Urteils 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015, HAVE 2015, 291 ff. Aus medizinischer Sicht insb. JEGER, Die neue Rechtsprechung zu psychosomatischen Krankheitsbildern, Eine Stellungnahme aus ärztlicher Sicht, in: Jusletter vom 13. Juli 2015.

246 Vgl. BGE 141 V 281 E. 3.4.1.1.

Zumutbarkeitskriterien beschränkt, weil nur sie für die Prüfung der zumutbaren Arbeitsleistung von Bedeutung erschienen.[247] Dies habe zur Folge gehabt, dass nahezu ausschliesslich nach belastenden Faktoren gesucht worden sei, die verbleibenden Ressourcen seien nicht oder allenfalls unzureichend beachtet worden. Dabei sei es aber erforderlich, alle belastenden und entlastenden Faktoren in gleichem Masse zu beachten, da nur so ein zutreffendes Gesamtbild ermittelt werden könne.[248] Die Arbeitsunfähigkeit leite sich insgesamt aus dem Saldo der Belastungen und Ressourcen ab.[249]

135 In der Praxis der Rechtsanwendung habe die Vermutung dazu verleitet, eine IV-Rente nicht zuzusprechen bzw. zu versagen. Das Bundesgericht spricht von einem „*Bias*“[250], ein „*Bestätigungsfehler*“ mit dem die Neigung beschrieben wird, Informationen so zu wählen, zu suchen und zu interpretieren, dass sie die eigenen Erwartungen erfüllen.[251] Dabei handle es sich um eine „*latente Voreingenommenheit*“[252], die mit dem Untersuchungsgrundsatz, dem Grundsatz der freien (scil.: unvoreingenommenen!) Beweiswürdigung und einer Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht vereinbar sei.[253]

136 Die Vermutung habe zu einer *Alles-oder-nichts-Lösung* geführt, wohingegen die Invalidenversicherung einen abgestuften Rentenanspruch vorsehe. Nach umfassender Abwägung aller massgebenden Gesichtspunkte kam das Bundesgericht sodann zum Ergebnis, dass die Überwindbarkeitsvermutung aufzugeben sei.[254] RIEMER-KAFKA sieht in dieser ausführlichen – und selbstkritischen – Auseinandersetzung des Bundesgerichts mit der von ihm selbst initiierten Rechtsprechung auf der einen und den in der Medizin, der juristischen Lehre und von Seiten der Anwaltschaft vorgebrachten Argumenten gegen die Überwindbarkeitsrechtsprechung auf der anderen Seite, einen Beleg

247 Vgl. BGE 141 V 281 E 3.4.2.1.
248 Vgl. GÄCHTER/MEYER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 28.
249 Vgl. BGE 141 V 281 E. 3.4.2.1.
250 BGE 141 V 281 E. 3.4.2.2.
251 Vgl. GÄCHTER/MEYER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz.28 und insb. FN 42.
252 GÄCHTER/MEYER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz.28.
253 Vgl. BGE 141 V 281 E. 3.4.2.; GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 28 mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.4.2; LILIANE SCASASCIA KLEISER/ EVALOTTA SAMUELSSON, Wieviel Leid ist zumutbar?, in: Jusletter 17. Dezember 2012, Rz. 41 ff. und MÜLLER, Verfahrensgerechtigkeit, Rz. 13 ff.
254 Vgl. BGE 141 V 281 E. 3.5.

für die „*Dialogkultur in der Schweiz*“, die bekanntermassen sprichwörtlich sei und an der auch das höchste Gericht partizipiere.[255]

137 In der Tat handelt es sich um ein Indiz für das ordnungsgemässe Funktionieren rechtsstaatlicher Institutionen, wenn die oberste Rechtsprechungsinstanz eines Landes auf die allfällige Kritik an der eigenen Judikatur ausführlich eingeht und in der Folge eine derartige (radikale)[256] Kehrtwendung vollzieht.

138 Eine der zentralen Passagen des Leitentscheids lautet:

> „*Die Frage, ob die diagnostizierte Schmerzstörung zu einer ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit führe, stellt sich nicht mehr im Hinblick auf die Widerlegung einer Ausgangsvermutung. Das bisherige Regel/Ausnahme-Modell wird durch einen strukturierten, normativen […] Prüfungsraster ersetzt. Anhand eines Kataloges von Indikatoren […] erfolgt eine ergebnisoffene symmetrische Beurteilung des – unter Berücksichtigung leistungshindernder äusserer Belastungsfaktoren einerseits und Kompensationspotentialen (Ressourcen) anderseits – tatsächlich erreichbaren Leistungsvermögens […]*.“[257]

139 Zudem hat das Bundesgericht die Bezeichnung PÄUSBONOG fallen gelassen und spricht nun von „*anhaltender somatoformer Schmerzstörung und vergleichbaren psychosomatischen Leiden*“.[258]

2. Zumutbarkeit weiterhin entscheidend

140 Die Aufgabe der Überwindbarkeitsvermutung wirkt sich nicht auf die Frage aus, ob eine Arbeitsleistung zumutbar ist oder nicht.[259] Erforderlich ist nach wie vor eine objektivierte Beurteilungsgrundlage. Nach Art. 7 Abs. 2 Satz 2 ATSG ist Erwerbsunfähigkeit nur gegeben, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist.[260] Demnach kommt es für die Frage weiterhin darauf an, ob

255 RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 377.
256 Dass diese Kehrtwende ‚radikal‘ sei, wird indes teilweise bestritten, so wie es die Überschrift der Stellungnahme von BERGER, HAVE 2015, S. 291 erkennen lässt.
257 BGE 141 V 281 E. 3.6.
258 Vgl. BGE 141 V 281 E. 6; JEGER, viel Lärm um nichts?, S. 92.
259 Vgl. BGE 141 V 281 E. 3.7.1.
260 Vgl. auch KIESER, ATSG-Kommentar N 4 zu Art. 7.

es der versicherten Person zuzumuten ist, eine Arbeitsleistung zu erbringen. Zentral sind objektive Kriterien, ihr subjektives Empfinden ist sekundär.[261]

141 Hierzu führt das Bundesgericht näher aus:

> „*Medizinisch-psychiatrisch nicht begründbare Selbsteinschätzungen und -limitierungen, wie sie, gerichtsnotorisch, ärztlicherseits sehr oft unterstützt werden – wobei erst noch häufig gar keine konsequente Behandlung stattfindet –, sind auch künftig nicht als invalidisierende Gesundheitsbeeinträchtigung anzuerkennen.*“[262]

142 Ausserdem ist zu beachten, dass die neue Rechtsprechung zu keiner Änderung der Beweislastverteilung führt.[263] Der Beweis der Arbeitsunfähigkeit ist nach wie vor Sache der versicherten Person, die auch die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Aufgegeben wird diese der beweisbelasteten versicherten Person durch die Rechtsprechung zusätzlich auferlegte Hürde der allgemeinen Ausgangsvermutung, wonach ihr Leiden überwindbar sei.[264]

3. Strukturiertes Beweisverfahren statt Vermutung

143 Das Bundesgericht wendet sich sodann den Konsequenzen zu, die sich aus dem Wegfall der Überwindbarkeitsvermutung ergeben. Dabei steht der Kriterienkatalog nach BGE 130 V 352[265] im Mittelpunkt der Betrachtung. Er umfasst Standard-Faktoren, die dazu dienen, die funktionelle Tragweite der für die Diagnose massgeblichen Befunde im Wege indirekter Beweisführung rechtlich zu untermauern bzw. zu erhärten.[266]

---

261 Vgl. BGE 141 V 281 unter Hinweis auf die Botschaft vom 22. Juni 2005 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (5. Revision), BBl 2005 4530 f.; vgl. im Übrigen aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts BGE 140 V 290 E. 3.3, S. 296.

262 BGE 141 V 281 E. 3.7.1.

263 Vgl. GÄCHTER/MEYER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 36; RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 377.

264 Vgl. hierzu Rz. 91 ff., insb. Rz. 94 und 345.

265 Vgl. BGE 130 V 352 E.2.2.3 S. 354 f.

266 Vgl. BGE 141 V 281 E. 4.

Nach dem Wegfall der Überwindbarkeitsvermutung geht es bei der Frage, ob und in welchem Umfang bei der versicherten Person (noch) funktionelles Leistungsvermögen vorliegt, nicht mehr darum, die Ausgangsannahme, die Schmerzstörung sei nicht invalidisierend, zu widerlegen. Vielmehr liegt der Schwerpunkt nunmehr vermehrt auf den Ressourcen, durch die die schmerzbedingte Belastung kompensiert und die Leistungsfähigkeit gesteigert werden kann. Dies erfordere eine „*Anpassung in der Formulierung der Indikatoren*".[267] 144

Darüber hinaus müssten die massgeblichen Prüfungsgesichtspunkte erweitert werden. Ausgangspunkt sei dabei der bisherige Kriterienkatalog. Nach wie vor gelte, dass die Handhabung des Katalogs stets den Umständen des Einzelfalls gerecht werden müsse. Es handle sich nicht um eine Checkliste, die einfach Punkt für Punkt abgehakt werden könne.[268] 145

Ferner sei der Katalog als solcher nicht „*unverrückbar, sondern grundsätzlich offen gegenüber neu etablierten medizinischen Erkenntnissen*".[269] Diese prägten als Rechtstatsachen die Ausgestaltung des Katalogs mit. Es dränge sich somit auf, die vorrangige Beachtlichkeit der psychischen Komorbidität aufzugeben und auf die Heranziehung des primären Krankheitsgewinns zu verzichten.[270] 146

Das Bundesgericht erläutert in der folgenden Erwägung, warum der Terminus Kriterien nicht mehr verwendet werden solle. Stattdessen solle von *Indikatoren* gesprochen werden, die die massgeblichen Beweisthemen bezeichnen, anhand derer bestimmte Sachverhalte ermittelt werden müssten.[271] Denn Indikatoren seien lediglich Anhaltspunkte, während Kriterien eine Modifizierung in Bezug auf die jeweils betroffene versicherte Person nicht zuliessen. Demnach ist es erforderlich, anhand aller vorhandenen Indikatoren eine Gesamtschau durchzuführen. Dabei müsse jeder einzelne Indikator anhand seiner im konkreten Einzelfall bestehenden Ausprägung gewichtet werden.[272] 147

267 BGE 141 V 281 E. 4.1.1.
268 Vgl. BGE 141 V 281 unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 8C_420/2011 vom 26. September 2011, E. 2.4.2.
269 BGE 141 V 281 E. 4.1.1.
270 Vgl. BGE 141 V 281 E. 4.1.1.
271 Vgl. BGE 141 V 281 E. 4.1.2.
272 Vgl. GÄCHTER/MEYER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 42.

148 Bevor das neue Indikatorenmodell vorgestellt wird, unterzieht das Bundesgericht die bisherige Rechtsprechung einschliesslich der dogmatischen Einordnung der Beweisregelung einer kritischen Prüfung hinsichtlich ihrer Schwachstellen. Dabei setzt sich das Bundesgericht in erster Linie mit den aus medizinischer Perspektive nicht evidenzbasierten FOERSTER-Kriterien auseinander. Gleiches gilt für den durch die Vermutung und deren Entkräftung mittels stereotyper Kriterien hervorgerufenen Schematismus, der einer Steuerung der Abklärung Vorschub leisten konnte und mit einer individuellen Beweiswürdigung und Einschätzung der Arbeitsfähigkeit nicht viel zu tun habe, mit der daraus folgenden in keiner Weise sachgerechten *Alles-oder-nichts-Lösung*, und der vollkommenen Ausserachtlassung jedweder sozialer Faktoren.[273]

149 Gegenstand des Beweises sind nicht mehr ausschliesslich diagnosebezogene Kriterien. Entscheidend ist vielmehr das noch vorhandene (bzw. nicht mehr vorhandene) Leistungsvermögen.[274]

150 Im Ergebnis schiebt das Bundesgericht zwecks praktischer Umsetzung seiner Vorstellungen ein Modell vor, das den bisherigen Kriterienkatalog nicht in Gänze beseitigt, sondern gewisse Kriterien, z.B. in Bezug auf die Komorbidität oder Behandlungserfolge, modifiziert und weiter differenziert.[275]

4. Indikatorenkatalog als Wegleitung für die Sachverhaltsklärung

151 Im Rahmen der jeweiligen Einzelfallprüfung sind beim neuen Indikatorenmodell zwei Hauptbereiche zu untersuchen, und zwar die Kategorien „*funktioneller Schweregrad*“ und „*Konsistenz*“:[276]

- Unter dem Aspekt „*funktioneller Schwergrad*“ sind drei Indikatoren-Komplexe zu prüfen. Dabei handelt es sich um den Komplex „Gesundheitsschädigung“, „Persönlichkeitsstruktur“ und „soziales Umfeld (Kontext)“.[277]

273 Vgl. RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 375.
274 Vgl. RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 375.
275 Vgl. RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 375.
276 RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 375f.
277 Vgl. BGE 141 V 281 E. 4.1.3 sowie GÄCHTER/MEYER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 44.

- Unter dem auf diesem „*Grundgerüst*“[278] aufbauenden Aspekt „*Konsistenz*“ sind zwei Punkte zu prüfen, einerseits die Frage einer gleichmässigen Einschränkung des Aktivitätenniveaus in allen vergleichbaren Lebensbereichen sowie andererseits der behandlungs- und eingliederungsanamnestisch ausgewiesene Leidensdruck.[279]

Der erste Aspekt ist weiter untergliedert in folgende Unterpunkte: 152

1. Komplex „Gesundheitsschädigung:“
   - Ausprägung diagnoserelevanter Befunde
   - Behandlungs- und Eingliederungserfolg bzw. -resistenz
   - Komorbiditäten
2. Komplex „Persönlichkeit“: Persönlichkeitsdiagnostik (Persönlichkeitsstruktur, Persönlichkeitsentwicklung und -störungen, persönliche Ressourcen
3. Komplex „Sozialer Kontext“: Abgrenzung psychosozialer und soziokultureller Faktoren, Ermittlung von Ressourcen anhand des Umfelds

Damit gibt das Bundesgericht ein strukturiertes, normatives Prüfungsraster 153
vor, das eine ergebnisoffene und symmetrische Beurteilung des tatsächlich erreichbaren konkreten Leistungsvermögens ermöglichen soll.[280] Die Antworten, die die medizinischen Sachverständigen anhand der im konkreten Einzelfall relevanten Indikatoren geben, sollen den Rechtsanwendern Indizien sein, derer sie bedürfen, um den Beweisnotstand bei der Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit bei psychosomatischen Störungen zu überwinden.[281]

Auf die einzelnen Punkte dieses Rasters, so wie das Bundesgericht ihn festlegt 154
bzw. beschreibt, wird im Folgenden eingegangen. Der Anwendungsbereich der neuen Rechtsprechung wird erst im Anschluss dargelegt, um nach Kenntnis der Änderungen die Konsequenzen besser erkennen zu können.

278 BGE 141 V 281 E. 4.3.
279 Vgl. GÄCHTER/MEYER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 45.
280 Vgl. GÄCHTER/MEYER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 46.
281 Vgl. BGE 141 V 281 E. 4.1.3.

1.1 Teilbereich Gesundheitsschädigung

a Diagnoserelevante Befunde

155 Als ersten Indikator sieht das Bundesgericht die Ausprägung der diagnoserelevanten Befunde und Symptome an. Als Erstes müsse im jeweiligen Einzelfall konkret festgestellt werden, welche Erscheinungsformen der diagnostizierten Gesundheitsschädigung vorliegen, um beurteilen zu können, welche Funktionseinschränkungen, die auf diese Schädigung zurückzuführen sind, von den (direkten) Folgen nicht versicherter Faktoren zu unterscheiden sind.[282] Es müssen Aussagen über den Schweregrad der Gesundheitsschädigung, ob also ein andauernder, quälender oder schwerer Schmerz vorliegt, sowie zur Beeinträchtigung der Alltagsfunktionen getroffen werden.[283] In diese Phase gehört auch die Plausibilisierung, d.h. die Beobachtung von Diskrepanzen zwischen den von der versicherten Person geklagten Beschwerden und ihrem tatsächlichem Verhalten, die auf Aggravation, also die übertriebene Darstellung der Schwere der Erkrankung, hinweisen.[284]

156 Hierzu ist anzumerken, dass die ehemalige Schmerzrechtsprechung weitgehend von der Diagnose ausging und daraus Rückschlüsse auf die Arbeitsfähigkeit ableitete.[285] Über das Ausmass der gesundheitlichen Einschränkung liefert die Diagnose i.d.R. keine Informationen.[286] Diese Feststellung hat auch die Weltgesundheitsorganisation WHO erkannt und als Ergänzung zur Klassifikation von Krankheiten (ICD) die „International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF)“ zur Beschreibung von Behinderungen geschaffen.[287] Somit erfasst dieses Grundgerüst, sog. Framework, nicht nur Diagnosen, sondern auch deren Auswirkungen auf die Ebene von Aktivitäten und Partizipation. Beschrieben werden zudem die Kontext- sowie die personenbezogenen Faktoren. Dabei geht das ICF von einem biopsychosozialen Krankheitsmodell aus und die einzelnen Faktoren sind durch Wechselwirkungen miteinander verknüpft.[288] So hält JEGER fest, dass die ICF „*die Brücke von*

---

282 Vgl. BGE 141 V 281 E. 4.3.1.1.
283 Vgl. RIEMER-KAFKA Überwindung, S. 373 und 376.
284 Vgl. BGE 141 V 281 E. 4.3.1.1.
285 Vgl. JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S. 39 m.w.H.
286 Vgl. JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S. 47; HENNINGSEN, Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit, S. 531. Siehe auch BGE 140 V 193 E. 3.1.
287 Vgl. JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S. 47.
288 Vgl. JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S. 47.

der Diagnose zur Leistungseinschätzung wie auch von der Medizin zum Rechtsanwender [baue]. Wenn der medizinische Experte die Leistungseinschätzung anhand des ICF-Frameworks darlegt und begründet, ist dies für den Rechtsanwender weit transparenter und besser nachvollziehbar als eine ausschliessliche diagnosegestützte Begründung."[289] Heute würde zahlreiche Literatur zur medizinischen Begutachtung auf die Verwendung der ICF zur Beurteilung von Behinderungen verweisen.[290] Die neue Rechtsprechung gründet nun „*auf einem modernen rehabilitativen ressourcenorientieren Krankheitsmodel, wie es auch in der neueren medizinischen Fachliteratur beschrieben wird*."[291]

b Behandlungs- und Eingliederungserfolg

157 Ein weiterer Indikator für den Schweregrad ist nach Auffassung des Bundesgerichts Behandlungserfolg bzw. -resistenz, also die erfolglos objektiv zumutbaren durchlaufenen medizinischen und beruflichen Eingliederungsversuche.[292] Scheitert eine medizinisch indizierte und nach den Regeln der ärztlichen Heilkunst bei bestmöglicher Kooperation des Versicherten durchgeführte Therapie endgültig, ist dies ein Indiz für eine negative Prognose. Entspricht die erfolglose Behandlung hingegen nicht (mehr) dem aktuellen Stand der Medizin oder erscheint sie im Einzelfall als ungeeignet, lässt sich daraus für den Schwergrad der jeweiligen Störung nichts ableiten.[293] Das Bundesgericht hält daran fest, dass psychische Störungen der hier interessierenden Art nur dann als invalidisierend gelten, wenn sie schwer und therapeutisch nicht (mehr) angehbar sind. Dementsprechend besteht eine Vermutung dahingehend, dass bei erst relativ kurze Zeit andauernden – also noch kaum chronifizierten – Krankheitsgeschehen therapeutische Optionen regelmässig noch gegeben sind, eine Behandlungsresistenz somit als ausgeschlossen zu gelten hat. Ob die somatoforme Schmerzstörung also anhaltend ist, führt somit in den hier in Rede stehenden Fällen folglich meist nicht wesentlich weiter, da ohne langjährige, verfestigte Schmerzentwicklung eine invalidisierende Arbeitsunfähigkeit kaum vorstellbar ist. Nach Meinung des Bundesgerichts könne zudem aus

289 JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S. 48.
290 Vgl. JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S. 49.
291 JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S. 39 m.w.H.
292 Vgl. RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 373 und 376.
293 Vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 9C_662/2009 vom 17. August 2010, E. 3.2, in: SVR 2011 IV Nr. 26 S. 73.

der Eingliederung im Rechtssinne auf die Schwere der jeweiligen Gesundheitsschädigung geschlossen werden. Dies ergebe sich aus der Pflicht zur Selbsteingliederung, wie Art. 8 f. und Art. 14 ff. IVG zeigten. Seien Eingliederungsmassnahmen ärztlich indiziert, nehme die rentenansprechende Person trotz Unterstützung durch die Durchführungsstelle daran aber nicht teil, so stelle dies ein starkes Indiz für eine nicht invalidisierende Beeinträchtigung dar. Andererseits könne eine trotz optimaler Kooperation misslungene Eingliederung von Bedeutung sein.[294]

c Komorbiditäten

158 Bei den sog. Komorbiditäten vollzieht das Bundesgericht ebenfalls eine Änderung seiner Rechtsprechung, indem psychiatrische und körperliche Komorbiditäten bei den Indikatoren gleichgestellt werden.[295]

159 Bisher kam der psychiatrischen Komorbidität in der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine herausragende Bedeutung zu.[296] Von dieser Betrachtungsweise rückt das Bundesgericht nunmehr ab, weil die „*Präponderanz (dieses) Leitkriteriums*“[297] empirisch nicht hinreichend belegt ist. Die psychische Komorbidität ist nicht mehr grundsätzlich vorrangig. Sie ist allenfalls im Einzelfall entsprechend von Bedeutung, insbesondere als Gradmesser dafür, ob sie der versicherten Person Ressourcen raubt. Das nach der bisherigen Rechtsprechung notwendige Zusatzerfordernis, dass die psychiatrische Störung „*von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer*“ sein müsse,[298] verliert seine Funktion und ist mithin entbehrlich.

160 Die bisherigen Kriterien ‚psychiatrische Komorbidität‘ und ‚körperliche Begleiterkrankungen‘ werden zu einem einzigen Indikator zusammengefasst. Erforderlich ist eine Gesamtbetrachtung aller Wechselwirkungen und sonstigen Bezüge der Schmerzstörung zu sämtlichen begleitenden krankheitswertigen Störungen. Dabei hebt das Bundesgericht hervor, dass Störungen, die als solche nicht invalidisierend sein können, keine Komorbidität darstellen, sondern

294 Vgl. BGE 141 V 281 E.4.3.1.2.
295 Vgl. RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 373 und 376.
296 Vgl. BGE 141 V 281 E. 4.3.1.3 unter Verweis auf BGE 139 V 547 E. 9.1.1.
297 BGE 141 V 281 E. 4.3.1.3.
298 Vgl. BGE 141 V 281 E. 4.3.1.2 unter Hinweis auf die einschlägige psychiatrische Literatur und HENNINGSEN.

allenfalls im Rahmen der auf einer späteren Stufe durchzuführenden Persönlichkeitsdiagnostik berücksichtigt werden müssen.[299]

1.2 Teilbereich Persönlichkeit

Da nach der neuen Judikatur des Bundesgerichts auch (noch) vorhandene Ressourcen berücksichtigt werden müssen, muss der Teilbereich der Persönlichkeit der jeweiligen Person, also ihre Persönlichkeitsentwicklung und -struktur sowie psychische Basisfunktionen, verstärkt beachtet werden.[300] Auch in einem früheren Entscheid habe es, so das Bundesgericht, bereits „*eine auffällige vorbestehende Persönlichkeitsstruktur*“ berücksichtigt.[301] Dort hatte das Bundesgericht ausgeführt, dass die Gerichtspraxis die medizinischen Sachverständigen dazu anhalte, sich bei der Diagnosestellung an anerkannten Klassifikationen zu orientieren. In Sonderfällen seien aber dann, *„wenn eine manifeste Beeinträchtigung vorliegt, für die nach dem aktuellen pathogenetischen Wissensstand keine Diagnosestellung möglich ist“*, Ausnahmen denkbar.[302] Hierfür sind die herkömmlichen Formen der Persönlichkeitsdiagnostik, die auf die Erfassung von Persönlichkeitsstruktur und -störungen abzielt, heranzuziehen. Dies gilt auch für das in der Psychiatrie vertretene Konzept der sog. *„komplexen Ich-Funktionen“*[303], das in der Persönlichkeit angelegte Fähigkeiten bezeichnet, die Rückschlüsse auf das Leistungsvermögen der jeweiligen Person zulassen.[304] Massgeblich sei die Eignung dieser Kategorien, zur Klärung der funktionellen Folgen der Gesundheitsschädigung beizutragen. Dementsprechend müsse dieses Konzept im Einzelfall angewandt werden. Dabei ist aber zu beachten, dass die Beurteilung der Ich-Funktionen stark von der Einschätzung des Gutachters abhängig ist, weshalb an dessen Begründung besonders hohe Anforderungen gestellt werden müssten.[305] 161

299 Vgl. BGE 141 V 281 E. 4.3.1.2.

300 Vgl. BGE 141 V 281 E. 4.3.2.

301 Vgl. BGE 141 V 281 E. 4.3.2 mit Verweis auf ein Urteil des EVG I 457/02 vom 18. Mai 2004 E. 7.4 sowie BGE 130 V 396.

302 BGE 130 V 396 E. 6.3.

303 BGE 141 V 281 E. 4.3.2.

304 U.a. Selbst- und Fremdwahrnehmung, Realitätsprüfung und Urteilsbildung, Affektsteuerung und Impulskontrolle, die sog. Intentionalität, also die Fähigkeit, sich auf einen Gegenstand zu beziehen, sowie Antrieb, vgl. BGE 141 V 281 E. 4.3.2 m.w.H.

305 Vgl. BGE 141 V 281 E. 4.3.2.

162 Ergänzend hierzu ist die kritische Anmerkung von HENNINGSEN zu erwähnen. Er weist darauf hin, „*dass die Feststellung der personengebundenen Schweregradindikatoren grundsätzlich stärker von der Interpretation des Untersuchers und von seiner Voreinstellung abhängt als jene einfacher beschreibbarer symptom- und verhaltensbezogener Indikatoren. Darum muss die Reliabilität/Objektivität in der Feststellung dieses Indikators deutlich geringer sein als bei anderen Indikatoren.*“[306]

1.3 Teilbereich Sozialer Kontext

163 Zudem berücksichtigt das Bundesgericht den sozialen Kontext, in den die versicherte Person gestellt ist. Denn dieser bestimme neben den Komplexen „Gesundheitsschädigung“ und „Persönlichkeit“ ebenfalls darüber, wie sich die (kausal allein massgeblichen) Auswirkungen der Gesundheitsbeeinträchtigung konkret manifestieren. Psychosoziale und soziokulturelle Aspekte werden mit Einschränkungen berücksichtigt. Erforderlich ist eine Ermittlung der Ressourcen anhand des jeweiligen Umfelds, in dem die versicherte Person lebt. Das Bundesgericht weist in diesem Zusammenhang auf zwei Punkte hin: Jene soziale Belastungen, die sich in funktioneller Hinsicht unmittelbar negativ auswirken, werden auch weiterhin nicht berücksichtigt. Zu beachten ist aber, dass die Lebensumstände der versicherten Person auch (mobilisierbare) Ressourcen bereithalten, z.B. die von ihrem sozialen Netzwerk geleistete Unterstützung. Stets müsse sichergestellt werden, dass gesundheitlich bedingte Erwerbsunfähigkeit zum einen und nicht versicherte Erwerbslosigkeit oder weitere belastende Lebenslagen zum andern nicht ineinander aufgehen. Denn eine andere Betrachtungsweise würde der eindeutigen, klaren Regelungsabsicht des Gesetzgebers widersprechen.[307]

1.4 Konsistenzprüfung

164 In beweisrechtlicher Hinsicht kommt es nach Auffassung des Bundesgerichts darauf an, dass das Vorbringen der versicherten Person ‚stimmig‘ ist, also mit den medizinisch erhobenen Diagnosen in Einklang gebracht werden kann bzw. ‚konsistent‘ ist.[308]

---

306 HENNINGSEN, Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit, S. 537.
307 Vgl. BGE 141 V 281 E. 4.3.3.
308 Vgl. BGE 141 V 281 E. 4.4.

a Reduzierung der Aktivität in sämtlichen Vergleichssituationen

Das Bundesgericht geht sodann auf die „*gleichmässige […] Einschränkung des Aktivitätenniveaus in allen vergleichbaren Lebensbereichen*“ ein. Es sieht hierin bzw. bei Bejahung dieses Merkmals einen Indikator dafür, dass die versicherte Person nicht simuliert, sie also tatsächlich rentenbegründend invalid ist. Demnach ist die Frage zu klären, „*ob die diskutierte Einschränkung in Beruf und Erwerb (bzw. bei Nichterwerbstätigen im Aufgabenbereich) einerseits und in den sonstigen Lebensbereichen (z.B. Freizeitgestaltung) anderseits gleich ausgeprägt ist*.“[309] 165

Demgemäss ist beim Kriterium des sozialen Rückzugs neben Hinweisen auf Einschränkungen auch auf Ressourcen einzugehen, die es dem Betreffenden ermöglichen, seine Aktivitäten trotz des subjektiv wahrgenommenen Leidensdrucks weniger stark einzuschränken. Zudem sind Situationen denkbar, in denen ein krankheitsbedingter Rückzug (ggf. ansonsten noch vorhandene) Ressourcen zusätzlich vermindert. Darüber hinaus legt es das Bundesgericht dem untersuchenden Mediziner – sofern dies möglich ist – nahe, das Niveau sozialer Aktivitäten vor Eintritt der Gesundheitsschädigung mit dem späteren Zustand in Beziehung zu setzen bzw. miteinander zu vergleichen. Das Aktivitätsniveau der versicherten Person ist dabei stets im Verhältnis zur geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit zu betrachten.[310] 166

b Behandlungs- und eingliederungsanamnestisch festgestellter Leidensdruck

Als weiteren Indikator für die Annahme der geforderten Konsistenz will das Bundesgericht die „*Inanspruchnahme von therapeutischen Optionen*, *das heisst das Ausmass, in welchem Behandlungen wahrgenommen oder eben vernachlässigt werden,*“[311] sehen. Nach Ansicht des Bundesgerichts liegt darin ein Anhaltspunkt dafür, in welchem Umfang ein (subjektiv empfundener) Leidensdruck tatsächlich besteht. Dies ist bereits aufgrund alltäglicher Lebenserfahrung ohne Weiteres nachvollziehbar: Je stärker der durch das auf ein unklares Beschwerdebild zurückzuführende Leiden ausgelöste Druck ist, desto eher wird davon auszugehen sein, dass seitens der versicherten Person um 167

309 BGE 141 V 281 E. 4.4.1 m.w.H.

310 Vgl. BGE 141 V 281 E. 4.4.1 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 9C_148/2012 vom 17. September 2012, E. 2.2.4; Urteil des Bundesgerichts 9C_785/2013 vom 4. Dezember 2013, E. 3.2.

311 BGE 141 V 281 E. 4.4.2.

fachkundige medizinische oder psychiatrische Hilfe nachgesucht wird. Das Bundesgericht fügt dabei allerdings zu Recht einschränkend hinzu, dass dies nur gilt, solange das betreffende Verhalten nicht durch das laufende Versicherungsverfahren beeinflusst wird. Nicht auf fehlenden Leidensdruck zu schliessen ist, wenn die unterbliebene Hinzuziehung therapeutischer Hilfe bzw. die unzureichende Befolgung psychiatrischer oder ärztlicher Anordnungen eindeutig auf eine (unabwendbare) Unfähigkeit zur Krankheitseinsicht zurückzuführen ist. Berücksichtigt werden muss im Weiteren das Verhalten der versicherten Person bei der aufgrund der Schadenminderungspflicht erforderlichen beruflichen (Selbst-)Eingliederung.[312]

168 Das Bundesgericht betont, dass inkonsistentes Verhalten im Sinne der vorherigen Ausführungen ein Indiz dafür darstellt, dass die geltend gemachte Einschränkung kausal auf andere Ursachen als auf die im Rahmen des IVG entscheidende Gesundheitsbeeinträchtigung zurückzuführen ist.[313]

169 An dieser Stelle ist anzumerken, dass eine bestehende Behandlungsoption nicht zwingend bedeutet, die Gesundheitsbeeinträchtigung könne vollumfänglich geheilt werden. Oftmals können Krankheiten stabilisiert oder gelindert werden, lassen jedoch trotz Behandlung relevante funktionelle Defizite zurück. Aussagen zur Therapierbarkeit lassen sich nur aus der medizinischen Empirie ableiten und gehören klar zur Kernkompetenz der Medizin, weshalb die Rechtsanwender juristisch-theoretische Aussagen zur Behandelbarkeit unbedingt vermeiden sollen.[314]

IV. Ausschlussgründe

170 In der Erwägung 2.2.1 des Leitentscheides BGE 241 V 181 führt das Bundesgericht aus, dass regelmässig keine versicherte Gesundheitsschädigung vorliegt, „*soweit die Leistungseinschränkung auf Aggravation oder einer ähnlichen Erscheinung beruht. Hinweise auf solche und andere Äusserungen eines sekundären Krankheitsgewinns (dazu BGE 140 V 193 E. 3.3 S. 197) ergeben sich namentlich, 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*

312 Vgl. BGE 141 V 281 E. 4.4.2.
313 Vgl. BGE 141 V 281 E. 4.4.2.
314 Vgl. JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S. 60 f. m.w.H.

wird; demonstrativ vorgetragene Klagen auf den Sachverständigen unglaubwürdig wirken; schwere Einschränkungen im Alltag behauptet werden, das psychosoziale Umfeld jedoch weitgehend intakt ist.“ [315] Das Bundesgericht hatte die Ausschlussgründe bereits in BGE 131 V 49 E. 1.2 behandelt.[316]

171 Wichtig erscheint an dieser Stelle die Ausführung von TRAUB, dass manche Rechtsanwender die „*Ausnahmenatur der Ausschlussgründe [verkennen] und übersehen, dass die betreffenden Faktoren in der Regel erst bei der abschliessenden Beurteilung des Leistungsvermögens zum Tragen kommen.*“[317]

172 Auch JEGER weist darauf hin, dass die Prüfung der Ausschlussgründe bei der gutachterlichen Tätigkeit eines Arztes am Ende der Abklärung stattfindet. „*Der Arzt hört dem Exploranden sorgfältig zu, beobachtet ihn dabei, erhebt Befunde, stellt Diagnosen, erfasst die Auswirkungen auf Aktivität und Partizipation und setzt dieses Mosaik zu einem Gesamtbild zusammen*.“[318] Es sei höchst problematisch, wenn in der Verwaltungspraxis die Prüfung der Ausschlussgründe dem strukturierten Beweisverfahren gemäss BGE 141 V 281 vorgelagert würde mit der Folge, dass bei der Bejahung von Ausschlussgründen keine Indikatorenprüfung stattfinde. Dies hätte zur Folge, dass die betroffene Person von einer seriösen Prüfung ihres Gesundheitsschadens ausgeschlossen würde. Dem ist uneingeschränkt beizupflichten, denn ein solches Vorgehen würde dem Untersuchungsgrundsatz, wonach die Verwaltung von sich aus für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen hat, entgegenstehen.[319]

V. Anwendungsbereich der neuen Schmerzrechtsprechung

1. Ausgangslage gemäss Leitentscheid BGE 141 V 281

173 In der Erwägung 4.2 des Leitentscheids BGE 141 V 281 hält das Bundesgericht fest, dass die neue Rechtsprechung „*für anhaltende somatoforme*

315 TRAUB, BGE 141 V 281 – Auswirkungen, S. 138.
316 Siehe hierzu auch JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S. 67 m.w.H. und TRAUB, BGE 141 V 281 – Auswirkungen, S. 134 ff.
317 TRAUB, BGE 141 V 281 – Auswirkungen, S. 138.
318 JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S. 69.
319 Vgl. JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S. 68.

Schmerzstörung und für vergleichbare psychosomatische Leiden“ gelte (mit Verweis auf BGE 140 V 8 E. 2.2.1.3 S. 13).

174 In der Literatur wurde in der Folge die Frage aufgeworfen, inwieweit es sinnvoll ist, die Prüfung der bundesgerichtlichen Indikatoren auf sämtliche Krankheiten anzuwenden.[320] Zudem wurde die Frage gestellt, „*weshalb dieses sich nach dem funktionellen Leistungsvermögen Vorgehen auf nicht objektivierbare Beschwerden und nur auf die Invalidenversicherung berschänkt sein soll.*“[321] Diese Fragen wurden insbesondere unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit gestellt.

175 TRAUB führt diesbezüglich aus, dass BGE 141 V 281 in erster Linie eine Antwort auf die Beweisproblematik bei IV-Rentenbegehren mit der Diagnose psychosomatischer Störung sei, was jedoch nicht bedeute, dass das neue Prüfungsraster nicht auch für die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit bei anderen Leiden geeignet wäre. Zur sinnvollen Verwendung der Indikatoren hält er fest:

> „*Nach einer Ausdehnung auf andere psychische oder gar auf körperliche Leiden wäre das Prüfungsprogramm immer nur so weit abzuwickeln, wie es aufgrund der Natur der in Frage stehenden Gesundheitsschädigung geboten scheint. Der Beurteilungsaufwand richtet sich vor allem nach der Grösse der Beweislücke zwischen strukturellem Befund und funktioneller Folge. Namentlich bei organisch begründeten Schmerzleiden sind die Zusammenhänge und die funktionellen Folgen regelmässig weniger diffus als etwa bei einer somatoformen Schmerzstörung. Entsprechend müsste der Beweis hier auch nicht im gleichen Mass mit Hilfstatsachen geführt werden.*“[322]

176 Aus medizinischer Sicht befürwortet JEGER die Ausdehnung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach BGE 141 V 281 auf alle psychiatrischen Leiden, da dies von der Sache her gerechtfertigt sei. Die Indikatoren würden eine Beweislücke bei denjenigen Erkrankungen decken, die einem direkten Beweis nicht zugänglich sind. Die Prüfung sämtlicher Indikatoren erübrige sich jedoch bei Erkrankungen, die direkt nachgewiesen werden können. Einige – jedoch nicht alle – Indikatoren würden sich auch für die Verwendung bei somatischen

320 Vgl. RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 373 ff.; JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S. 40 ff.; TRAUB, BGE 141 V 281 – Auswirkungen, S. 148 f.

321 RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 381.

322 TRAUB, BGE 141 V 281 – Auswirkungen, S. 149.

Erkrankungen eignen.[323] Auch HENNINGSEN befürwortet eine Ausdehnung auf andere psychische Störungen, denn es gebe keine stichhaltigen Gründe für eine Begrenzung der Anwendung des Indikatorenkatalogs auf psychosomatische Störungen.[324]

Anzumerken ist, dass das BSV bereits im Rundschreiben Nr. 339 vom 1. September 2015 die Ansicht geäussert hat, die Indikatorenprüfung auf sämtliche Erkrankungen anzuwenden. Ein solches Vorgehen wäre jedoch gemäss JEGER aus medizinischer Sicht weder gerechtfertigt noch effizient.[325] Er stimmt GÄCHTER und MEIER vollumfänglich zu, dass es unverhältnismässig wäre, bei allen psychischen Erkrankungen sämtliche Indikatoren abzuklären. Dies selbst dann, wenn keine Beweisproblematik besteht, weil die psychischen Befunde und deren Auswirkungen medizinisch eruierbar sind. Dies ist auch mit der gesetzlichen, sich aus den Verfassungsgrundsätzen ergebende Aufgabe des haushälterischen Umgangs mit den finanziellen Ressourcen nicht in Einklang zu bringen.[326] 177

2. Erweiterung des Anwendungsbereichs der neuen Schmerzrechtsprechung

Mit BGE 142 V 342 E. 5.2.3. (Urteil vom 7. Juli 2016) wurde das strukturierte Beweisverfahren gemäss BGE 141 V 281 auf die Posttraumatische Belastungsstörung (PTBS) angewendet. Bei dieser Erkrankung handle es sich um eine Störung ohne Bezug zum organischen Geschehen. Als Begründung führt das Bundesgericht aus, dass es sich bei der PTBS um eine Störung handle, die nicht nur keinen Bezug zu einem organischen Geschehen aufweise, sondern für die sich keine oder kaum objektivierbare Befunde erheben liessen. Dies treffe auch auf ihre typischen Symptome (Nachhallerinnerungen, Alp-/Träume, Wiedererleben, Vermeidungsverhalten, Überwachsamkeit, erhöhte Schreckhaftigkeit) zu. Das Bundesgericht führt weiter aus, dass bei einem „*dergestalt schwer fassbaren, rein subjektiven, nicht objektivierbaren und unspezifischen Krankheitsbild in Zusammenhang mit der Diagnosestellung in besonderer Weise auch auf Ausschlussgründe (Aggravation und dergleichen) zu achten*“ sei (mit Verweis auf BGE 141 V 281 E. 2.2 S. 287 f.). Um die 178

323 JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S. 76.

324 Vgl. HENNINGSEN, Arbeitsunfähigkeit bei psychischen Gesundheitsstörungen, S. 81 ff., insb. S. 86.

325 Vgl. JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S. 71.

326 Vgl. GÄCHTER/MEIER, Rechtsprechung, S. 292; JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S. 71 f.

Auswirkungen der Störung auf das Leistungsvermögen bzw. die Arbeitsfähigkeit zu erheben und zu gewichten, bedürfe es auch bei der PTBS des ‚*konsistenten Nachweises*' mittels ‚*sorgfältiger Plausibilitätsprüfung*'. Dafür liege die besondere Eignung des strukturierten Beweisverfahrens unter Verwendung der Standardindikatoren nach Massgabe von BGE 141 V 281 E. 4.1.3 vor dem rechtlichen Hintergrund des Art. 7 Abs. 2 ATSG gleichsam auf der Hand. In diesem Entscheid liess jedoch das Bundesgericht entgegen dem Antrag des BSV noch offen, ob die neue Praxis nach BGE 141 V 281 auf alle psychischen Leiden anzuwenden sei.[327]

179 Explizit verneint wurde die Anwendbarkeit auf die Bipolar-II-Störung (ICD-10 F31.80), bipolare Störung mit schnellem Phasenwechsel (rapid cycler, ICD-10 F31.81)[328], neurotische Persönlichkeitsstörung (ICD-10 F60.8)[329], Migräne ohne Aura (ICD-10 G43.0) und Schmerzverarbeitungsstörung (ICD-10 F54)[330], kombinierte Persönlichkeitsstörung (ICD-10 F61.0) sowie Persönlichkeitsänderung nach Extrembelastung (ICD-10 F62.0)[331], wahnhafte Störung (ICD-10 F22.0) und paranoide Schizophrenie (ICD-10 F20.0)[332].[333]

180 Mit BGE 141 V 574 hat das Bundesgericht festgehalten, dass die neue Schmerzrechtsprechung auch in der Unfallversicherung gilt und diese in E. 5.2 für Schleudertraumafolgen als massgebend erklärt.[334]

1.1 BGE 143 V 409 und BGE 143 V 418: Ausweitung auf sämtliche psychische Leiden

181 Das Bundesgericht kommt in diesen beiden Entscheiden vom 30. November 2017 zum Schluss, dass das strukturierte Beweisverfahren gemäss BGE 141 V 281 zur Klärung des IV-Rentenanspruchs künftig *bei allen psychischen Leiden* anzuwenden ist. Damit ist es insbesondere auch bei leichten bis mittelschweren Depressionen anzuwenden. Entscheidend sei auch in solchen Fällen

327 Siehe hierzu auch MEIER, zwei Jahre, S. 113 f. und GÄCHTER/MEIER, Rechtsprechung, S. 290 ff.
328 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_302/2016 vom 8. Juli 2016 E. 4.
329 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_457/2016 vom 23. September 2016 E. 4.3.
330 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_635/2016 vom 14. Dezember 2016 E. 3.2.2.
331 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_59/2016 vom 6. Januar 2017 E. 4.
332 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_682/2016 vom 16. Februar 2017 E. 3.2.
333 Siehe hierzu auch MEIER, zwei Jahre, S. 114 f. m.w.H.
334 Siehe hierzu auch MEIER, zwei Jahre, S. 112; TRAUB, BGE 141 V 281 – Auswirkungen, S. 131.

die Frage der funktionellen Auswirkungen einer Störung. Bei dieser Abschätzung der Folgen eines psychischen Leidens stehe die Diagnose somit nicht mehr im Zentrum. Allein aus ihr resultiere keine verlässliche Aussage über die Leistungseinbusse der betroffenen Person. Vielmehr sei dazu bei sämtlichen psychischen Erkrankungen das indikatorengeleitete Beweisverfahren anzuwenden, zumal bei diesen Störungen im Wesentlichen vergleichbare Beweisprobleme bestehen. Je nach Krankheitsbild könnten allenfalls bei der Wertung einzelner Indikatoren gewisse Anpassungen notwendig sein. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit könne dort, wo es nicht nötig oder nicht geeignet ist, von einem strukturierten Beweisverfahren abgesehen werden. Ob dies zutrifft, beurteile sich nach dem konkreten Beweisbedarf. Der Beweis für eine rentenbegründende Invalidität könne grundsätzlich nur dann als geleistet gelten, wenn bei umfassender Betrachtung ein stimmiges Gesamtbild für eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit in allen Lebensbereichen resultiert. Wenn es daran fehle, sei der Beweis für eine invalidisierende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit nicht geleistet, was sich zulasten der betroffenen Person auswirkt.[335]

182 Gemäss der bisherigen Rechtsprechung zu leichten bis mittelschweren Depressionen wurden entsprechende Erkrankungen nur dann als invalidisierend betrachtet, wenn sie erwiesenermassen ‚therapieresistent' sind. Mit der Praxisänderung vom Bundesgericht gilt dies nicht mehr in dieser absoluten Form. Ebenso wie bei anderen psychischen Erkrankungen ist die entscheidende Frage vielmehr, ob es der betroffenen Person gelingt, auf objektivierter Basis den Beweis einer invalidisierenden Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit zu erbringen. Die grundsätzlich gegebene Therapierbarkeit bei leichten bis mittelschweren Depressionen ist hierbei weiterhin in die gesamthaft vorzunehmende Beweiswürdigung miteinzubeziehen, wobei eine konsequente, adäquate Therapie als zumutbar erachtet wird.[336]

183 GÄCHTER UND MEIER bezeichnen die Ausweitung der neuen Schmerzrechtsprechung auf sämtliche psychische Leiden „*als ein[en] höchstrichterliche[n]*

335 Vgl. BGE 143 V 418 E. 6, BGE 143 V 409 insb. E. 4.5.3 und die Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 14. Dezember 2017, (elektronisch abrufbar unter <https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/8C_841_2016_2017_12_14_T_d_10_47_46.pdf> [letztmals besucht am 04.03.2019]).

336 Vgl. BGE 143 V 409 E. 4.5.2 und die Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 14. Dezember 2017, (elektronisch abrufbar unter <https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/8C_841_2016_2017_12_14_T_d_10_47_46.pdf> [letztmals besucht am 04.03.2019]).

Paukenschlag mit langem Nachhall".[337] Das Bundesgericht hat damit das „indikatorenorientierte Abklärungsverfahren" bzw. „indikatorengeleitete Beweisverfahren" als neue Ordnung für die Abklärung und Beurteilung aller psychischen Leiden in der Invalidenversicherung etabliert. In der Folge sprechen sie nicht mehr von der „neuen Schmerzrechtsprechung", sondern sachgerechter von der „Indikatorenrechtsprechung".[338]

184 Gleichzeitig hat das Bundesgericht mit diesen beiden Entscheiden einige Indikatoren des normativen Prüfungsrasters gemäss BGE 141 V 281 präzisiert. Diese werden nachfolgend dargestellt:

1.2 Präzisierung der Rechtsprechung gemäss BGE 141 V 281

a Diagnoseinhärenter Schweregrad

185 In BGE 143 V 418 E. 5.2.2. f. stellt das Bundesgericht die Rechtsprechung bezüglich der „diagnoseinhärenten Schweregrade" klar. Es äussert sich kritisch zu seinem diesbezüglichen bisherigen Verständnis, wie dies in BGE 141 V 281 E. 2.1.1 und insbesondere BGE 142 V 106 E. 4.2 zum Ausdruck kommt. Die Überlegung, den Schweregrad einer Erkrankung bereits bei der Diagnose zu berücksichtigen, um gegebenenfalls eine anspruchsrelevante Ausprägung des Gesundheitsschadens auszuschliessen, leuchte zwar ein, jedoch habe der Schweregrad nur bei wenigen psychischen Störungen den gleichen (diagnoseinhärenten) Stellenwert wie bei der Diagnose einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung. Deshalb erlaube nur dort, wo schon in den Diagnosekriterien ein Bezug zum Schweregrad gefordert wird, ein solcher, nicht erreichter Schweregrad bereits den Ausschluss einer krankheitswertigen Störung.[339]

186 Falls die Schweregradbezogenheit jedoch fehle, zeige sich die Schwere der Störung in ihrer rechtlichen Relevanz erst bei deren funktionellen Auswirkungen. Somit muss der „diagnoseinhärente Schweregrad" vom „funktionellen Schweregrad" einer Störung unterschieden werden. Der „funktionelle Schweregrad" beurteilt sich nach den konkreten funktionellen Auswirkungen und

---

337 GÄCHTER/MEIER, Praxisänderung zu Depression und anderen psychischen Leiden, Rz. 47.

338 Vgl. GÄCHTER/MEIER, Praxisänderung zu Depression und anderen psychischen Leiden, Rz. 47.

339 Vgl. BGE 143 V 418 E. 5.2.2; GÄCHTER/MEIER, Praxisänderung zu Depression und anderen psychischen Leiden, Rz. 26.

insbesondere danach, wie stark die versicherte Person in sozialen, beruflichen oder anderen wichtigen Funktionsbereichen schmerzbedingt beeinträchtigt ist. Somit kann auch bei schweren psychischen Leiden nicht automatisch auf eine ausgeprägte funktionelle Einschränkung geschlossen werden.[340]

GÄCHTER UND MEIER halten das Ergebnis dieser Präzisierung durch das Bundesgericht prägnant wie folgt fest: „*Im Ergebnis resultiert aus der klassifikatorischen Einordnung einer Krankheit mittels Diagnose – mit oder ohne diagnoseinhärenten Bezug zum Schweregrad – keine verlässliche Aussage über das Ausmass der mit dem Gesundheitsschaden korrelierenden funktionellen Leistungseinbusse bei psychischen Störungen*.“[341] 187

b Komorbiditäten

Des Weiteren präzisiert das Bundesgericht in BGE 143 V 418 E. 8.1, dass das strukturierte Beweisverfahren, wie es in BGE 141 V 281 definiert wurde, einer Aufteilung von Einbussen auf einzelne Leiden entgegensteht, „*da es auf einer ergebnisoffenen Gesamtbetrachtung in Berücksichtigung der Wechselwirkungen basiert. Fortan ist E. 4.3.1.3 von BGE 141 V 281 so zu verstehen, dass Störungen unabhängig von ihrer Diagnose bereits dann als rechtlich bedeutsame Komorbidität in Betracht fallen, wenn ihnen im konkreten Fall ressourcenhemmende Wirkung beizumessen ist*.“[342] 188

c Ausschlussgründe und Aggravation

In BGE 143 V 418 folgt das Bundesgericht den vorinstanzlichen Erwägungen nicht, wonach beim Versicherten eine Aggravation im Sinne eines Ausschlussgrundes gemäss BGE 141 V 281 E. 2.2.1 vorliege. Die Gutachter hielten insgesamt eine Aggravations*tendenz* fest. Damit bestehe jedoch keine Klarheit darüber, ob nach plausibler ärztlicher Beurteilung die Anhaltspunkte auf eine klar als solche ausgewiesene Aggravation eindeutig überwiegen und die Grenzen eines bloss verdeutlichenden Verhaltens zweifellos überschritten sind, 189

340 Vgl. BGE 143 V 418 E. 5.2.3; GÄCHTER/MEIER, Praxisänderung zu Depression und andere psychische Leiden, Rz. 27.

341 GÄCHTER/MEIER, Praxisänderung zu Depression und anderen psychischen Leiden, Rz. 28.

342 BGE 143 V 418 E. 8.1; vgl. auch GÄCHTER/MEIER, Praxisänderung zu Depression und anderen psychischen Leiden, Rz. 29 ff.

ohne dass das aggravatorische Verhalten auf eine verselbständigte, krankheitswertige psychische Störung zurückzuführen wäre.[343]

d Verhältnis zwischen Medizin und Recht

190 In BGE 143 V 418 E. 6 stellt das Bundesgericht bezüglich des Verhältnisses zwischen der ärztlichen Schätzung der Arbeitsunfähigkeit und der rechtlichen Prüfung des Leistungsanspruchs auf eine Invalidenrente erneut klar, dass dabei letztlich die Frage der funktionellen Auswirkungen einer Störung entscheidend sei. Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsschätzung kann ohne einlässliche Befassung mit den spezifischen normativen Vorgaben und ohne entsprechende Begründung, den rechtlich geforderten Beweis des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit nicht erbringen. Der Grund hierfür ist, dass Letztere weitgehend vom Ermessen des medizinisch-psychiatrischen Sachverständigen abhängt.[344] In der Folge wiederholt das Bundesgericht erneut die Aufgabe des Mediziners und diejenige des Rechtsanwenders, worauf im Folgenden eingegangen wird.

343 Vgl. BGE 143 V 418 E. 8.2; GÄCHTER/MEIER, Praxisänderung zu Depression und anderen psychischen Leiden, Rz. 32 f.

344 Vgl. BGE 143 V 418 E. 6; GÄCHTER/MEIER, Praxisänderung zu Depression und anderen psychischen Leiden, Rz. 34 ff.

§ 2: Folgerungen aus der neuen Judikatur

I. Praktische Konsequenzen

Das Bundesgericht setzt sich im Leitentscheid BGE 141 V 281 ausführlich mit dem Verhältnis von Recht und Medizin auseinander und führt dazu und zu den sich aus der Klärung ergebenden Konsequenzen Folgendes aus: 191

Der neue Prüfungsraster sei rechtlicher Natur, weshalb geklärt werden müsse, wie die Zuständigkeitsbereiche von Recht und Medizin geklärt bzw. gegeneinander abgesteckt werden müssten und welche Folgerungen sich daraus ergeben. [345] 192

Hierbei stellt das Bundesgericht zunächst – selbstkritisch – fest, es habe originäre Prognosekriterien aus dem Bereich der Psychiatrie zu einem rechtlichen Anforderungsprofil weiter entwickelt, verselbständigt und auf diese Weise der medizinischen Beurteilung und Diskussion entzogen.[346] Aber auch die im Entscheid vom 3. Juni 2015 eingeführten Indikatoren seien nicht unmittelbar vom (herrschenden) medizinisch-empirischen Kenntnisstand abhängig. Dies sei letztlich auf die divergierenden Zielsetzungen zurückzuführen: Denn anders als die Medizin müsse das Recht eine einheitliche und rechtsgleiche Einschätzung der Arbeitsfähigkeit gewährleisten.[347] Dementsprechend – und hierin liegt die eigentliche Schwierigkeit der Materie begründet – seien objektivierbare Zumutbarkeitskriterien zu entwickeln. Es sei eine Zumutbarkeitsbeurteilung erforderlich, „*welche durch Verwendung von – juristisch, jedoch unter Berücksichtigung der medizinischen Empirie, festgelegten – Standardkriterien zu harmonisieren ist*."[348] Die Praxis der IV und die Rechtsprechung könnten darauf rascher reagieren als der Gesetzgeber, weshalb es einer Änderung der normativen Rechtsgrundlagen nicht bedürfe; insoweit reklamiert das Bundesgericht eine eigene Beurteilungszuständigkeit und stellt fest, dass es sich bei der Entwicklung des neuen Prüfungsrasters in dem verfassungsrechtlich und 193

345 Vgl. BGE 141 V 281 E. 5.
346 Vgl. BGE 141 V 281 E. 5.1.1 mit Hinweisen auf die dagegen vorgebrachte Kritik.
347 Vgl. BGE 141 V 281 E. 5.1.1 sowie BGE 135 V 201 E. 7.1.3.
348 BGE E 141 V 281 E. 5.1.1.

legislatorisch vorgegebenen Rahmen bewegt und die Grenzen seiner Rechtsprechungsbefugnis nicht überschreitet.[349]

194 Das Recht kann nur einen Grundtatbestand normativ massgeblicher Gesichtspunkte entwickeln. „*Innerhalb dieses Rahmens muss die Begutachtungspraxis durch konkretisierende Leitlinien der medizinischen Fachgesellschaften angeleitet werden.*“[350] Mit anderen Worten: Es bedürfe quasi eines „Übersetzungsakts“.

195 Die medizinischen Fachgesellschaften müssten – zum Zeitpunkt des Urteils am 3. Juni 2015 – erst noch Leitlinien schaffen, in denen der aktuelle medizinische Grundkonsens zum Ausdruck komme. Insoweit wurde für die Leitlinien der (psychiatrischen) Begutachtung ein dringender Handlungsbedarf identifiziert, zumal die bisher bestehenden Leitlinien[351] die methodischen, formalen und inhaltlichen Grundanforderungen vereinheitlichen, jedoch die Besonderheiten von somatoformen Störungen nicht berücksichtigten würden. Spezifische Leitlinien zur versicherungsmedizinischen Begutachtung somatoformer Störungen – im Sinne eines „materiellen Beurteilungskorridors“ – existierten (damals) noch nicht und müssten entwickelt werden. Demnach war Medizin und Psychiatrie gefordert, zunächst dafür zu sorgen, dass – in einem ersten Schritt – die empirischen Tatsachenermittlungen bei invalidenversicherungsrechtlich relevanten Befunderhebungen auf eine wesentlich optimierte und die Besonderheiten der hier in Rede stehenden Beschwerdeproblematik gestellt werden.[352]

196 Die überarbeiteten Qualitätsleitlinien für versicherungspsychiatrische Gutachten der Schweizerischen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie (SGPP) erschienen am 16. Juni 2016 (dritte Auflage). Sie sind wie MEIER prägnant festhält, eine der sichtbarsten Konsequenzen der neuen Schmerzrechtsprechung, denn sie gelten für alle Begutachtungen in Versicherungsfragen mit psychiatrischen, psychosomatischen und psychotherapeutischen Fragestellungen.[353] Damit ist die Ärzteschaft in der Lage, ein „tragfähiges

349 Vgl. BGE E 141 V 281 E. 5.1.1.
350 BGE 141 V 281 E. 5.1.2.
351 COLOMB E. ET AL., Qualitätsleitlinien für versicherungspsychiatrische Gutachten, SGPP, S. 1048 ff.
352 Vgl. BGE 141 V 281 E. 5.1.2.
353 Vgl. FN 1 der Leitlinien und MEIER, Auswirkungen, S. 69.

Fundament“ für die darauf aufbauenden Überlegungen und die Anwendung des vom Bundesgerichts neu entwickelten Prüfungsrasters abzugeben.

Somit ergibt sich: 197

Als erste Konsequenz aus dem hier erörterten Entscheid des Bundesgerichts wurde sozusagen „der Ball an die Medizin zurückgespielt“; gewissermassen frei nach dem Motto: „Medizin und Psychiatrie seien gegen die bisherige Judikatur des obersten schweizerischen Gerichts seit Langem Sturm gelaufen, weil es an der erforderlichen Empirie fehle; nun sei es an diesen Wissenschaftsdisziplinen, erst einmal gesicherte und allgemeingültige Grundlagen für eben diese Empirie zu entwickeln, die eine versicherungsmedizinisch verlässliche für weitere Explorationen biete.“

Die Medizin habe die Erstbegutachtung aus ihrer Sicht vorzunehmen. Die Begutachtung des Juristen aus der Perspektive des Rechts schliesse sich erst an. Die begutachtenden Ärzten und die Organe der Rechtsanwendung müssten die Arbeitsfähigkeit im Einzelfall mit Blick auf die normativ vorgegebenen Kriterien beurteilen.[354] In diesem Sinne gehe die normativ bestimmte Gutachterfrage in die Richtung, wie die sachverständige Person das Leistungsvermögen einschätzt, wenn sie dabei den einschlägigen Indikatoren folgt. Die Rechtsanwender überprüften die betreffenden Angaben frei, insbesondere darauf hin, ob die Ärzte sich an die massgebenden normativen Rahmenbedingungen gehalten haben, ob sie also ausschliesslich funktionelle Ausfälle berücksichtigt haben, die eine Folge der gesundheitlichen Beeinträchtigung seien, wie dies auch Art. 7 Abs. 2 Satz 1 ATSG verlange. Ausserdem müssten die Rechtsanwender prüfen, ob die versicherungsmedizinische Zumutbarkeitsbeurteilung auf objektivierter Grundlage erfolgt sei (Art. 7 Abs. 2 Satz 2 ATSG).[355] Nur so könne eine einheitliche und rechtsgleiche Einschätzung der Arbeitsfähigkeit erfolgen.[356] Hierzu gilt es gemäss Bundesgericht festzuhalten, dass beide Bereiche, Medizin und Recht, zusammenarbeiten müssen, also nicht jeder Bereich für sich losgelöst vom jeweils anderen seine eigene Beurteilung abgeben.[357] 198

354 Vgl. BGE 141 V 281 E. 5.2.1.
355 Vgl. BGE 141 V 281 E. 5.2.2.
356 Vgl. BGE 140 V 290 E. 3.3.1; BGE 135 V 201 E. 7.1.3.
357 Vgl. BGE 141 V 281 E. 5.2.3.

199 Folgendes stellt eine weitere Konsequenz des Bundesgerichtsentscheids vom 3. Juni 2015 dar:

Das vom Bundesgericht entwickelte Modell wird aufgrund seiner Struktur auf alle nicht objektivierbaren Beschwerdebilder Anwendung finden. Da die Exploration stärker auf das individuelle Profil der versicherten Person einzugehen hat, sind die Anforderungen an den medizinischen Sachverständigen gestiegen.[358] Zugleich findet eine „*Verlagerung der Gewichte zugunsten der Medizin*"[359] statt. Die Medizin muss umfassend, widerspruchsfrei und schlüssig die Grundlagen auf der Basis der verschiedenen Indikatoren erfassen und die Beurteilung des funktionellen Leistungsvermögens hierauf stützen. Die medizinische Begutachtung erfordert in Zukunft ein Mehr an „*Fingerspitzengefühl, Differenzierungsvermögen und Zeitaufwand*".[360] Dies birgt die Gefahr, dass die Verfahren dadurch noch komplizierter und zeitaufwendiger werden.[361] Folglich werden die Gutachten aufwendiger und damit teurer.[362]

200 Auch die versicherungsmedizinische Ausbildung hat sich mit dem neuen Anforderungsprofil an die medizinischen Gutachten zu befassen. Die Einschätzung der gesundheitlichen funktionalen Beeinträchtigungen der versicherten Person gehört zu den grössten Herausforderungen für alle Verfahrensbeteiligte, d.h. für die Rechtsanwender und Ärzte/Gutachter.[363] Wie RIEMER-KAFKA zu Recht darauf hinweist, handelt es sich bei allen Bemühungen aller am Verfahren Beteiligten letztlich um einen Ermessensentscheid, denn welcher Gesundheitsschaden welche Beeinträchtigungen im Beruflichen und Alltäglichen nach sich zieht, ist stets nur eine „*Annäherung an die Wahrheit, denn bereits die Methode ihrer Bestimmung birgt ein objektiv nicht bestimmbares Mass an Ermessen in sich.*"[364] Diese Tatsache entlastet jedoch keineswegs die Beteiligten davon, „*die bestmögliche Übereinstimmung von Wollen, Sollen und Wirklichkeit zu suchen und dafür das bestmögliche Instrumentarium und die bestmögliche Methode einzusetzen.*"[365]

358 Vgl. RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 380.
359 RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 380.
360 RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 380.
361 Vgl. RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 380.
362 Vgl. JEGER, viel Lärm um nichts?, S. 153.
363 Vgl. RIEMER-KAFKA, indikatorenorientierte Abklärungsverfahren, S. VII.
364 RIEMER-KAFKA, indikatorenorientierte Abklärungsverfahren, S. VIII.
365 RIEMER-KAFKA, indikatorenorientierte Abklärungsverfahren, S. VIII.

II. Rechtliche Konsequenzen

Bei der Frage nach den rechtlichen Konsequenzen aus dem Entscheid vom 3. Juni 2015 ist zwischen anhängigen Verfahren und bereits abgeschlossenen Altverfahren zu differenzieren. Darüber hinaus ergibt sich eine verfassungsrechtliche Problematik im Zusammenhang mit den Leitlinien für die Begutachtung nicht objektivierbarer Beschwerdebilder. 201

RIEMER-KAFKA wirft in diesem Zusammenhang die Frage auf, ob die Entwicklung des Beweisverfahrens harmonisierender Standardkriterien und zu deren Konkretisierung dienender Leitlinien der medizinischen Fachgesellschaften, entgegen der Erwägungen des Bundesgerichts[366], aus rechtsstaatlichen Überlegungen nicht doch in die gesetzgeberische Regelungszuständigkeit fallen. Diese Frage müsse noch geklärt werden; die Autorin plädiert jedenfalls für die Annahme einer Zuständigkeit des Gesetzgebers.[367] 202

Dieser Meinung ist zu folgen. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und der daraus abgeleitete Gesetzesvorbehalt verlangen, dass eine Behörde im Einzelfall nur gestützt auf ein hinreichend bestimmtes Gesetz im materiellen Sinn, also ein Gesetz oder eine Verordnung, tätig werden darf. Der generell-abstrakte Rechtssatz muss sich seinerseits als verfassungsmässig erweisen. Daher verlangt die gängige Rechtspraxis aus rechtsstaatlichen und demokratischen Gründen, dass die wesentlichen Normen – namentlich solche, die die Rechtsstellung der Bürger in schwerwiegender Weise tangieren, was bei den hier in Rede stehenden Fällen stets der Fall ist – in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sind. 203

1. Anhängige Anspruchsprüfungen

Auf laufende Anspruchsprüfungen hat sich die neue Judikatur insoweit ausgewirkt, als sich die begutachtenden Personen an den neuen Indikatoren zu orientieren haben.[368] 204

366 Vgl. BGE 141 V 281 E. 5.1.1.
367 Vgl. RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 380.
368 Vgl. BGE 141 V 281 E. 8. Siehe hierzu Rz. 151 ff.

2. Revision rechtskräftiger Entscheide

205 Mit einer weiteren Konsequenz aus seiner neuen Rechtsprechung befasst sich das Bundesgericht selbst, und zwar in der neunten Erwägung. Es geht dabei um die Frage, welche Auswirkungen die Rechtsprechungsänderung auf nach altem Verfahrensstandard eingeholte Gutachten hat.[369]

206 Diese verlieren nicht automatisch ihren Beweiswert. Vielmehr sei „*im Rahmen einer gesamthaften Prüfung des Einzelfalls mit seinen spezifischen Gegebenheiten und den erhobenen Rügen entscheidend, ob ein abschliessendes Abstellen auf die vorhandenen Beweisgrundlagen vor Bundesrecht standhält.*“[370] Es müsse in jedem Einzelfall geprüft werden, ob die beigezogenen administrativen und/oder gerichtlichen Sachverständigengutachten eine schlüssige Beurteilung im Lichte der massgeblichen Indikatoren erlauben oder nicht. Demnach müsste unter dem Aspekt der Konsistenz, ggf. durch Erstellung weiterer fachärztlicher Begutachtungen, die Schlüssigkeit der die Invalidität bejahenden Feststellungen geprüft werden. Dabei reiche je nach Abklärungstiefe und -dichte u.U. eine punktuelle Ergänzung aus.[371]

207 Mit dem Urteil des Bundesgerichts 8C_590/2015 vom 24. November 2015 hielt das Bundesgericht fest, dass die neue Praxis zur Beurteilung des Anspruchs auf eine IV-Rente bei somatoformen Schmerzstörungen und vergleichbaren psychosomatischen Leiden nicht dazu führe, dass zuvor rechtskräftig beurteilte Fälle bei der IV neu angemeldet werden können bzw. sei die Praxisänderung kein Grund für eine Wiedererwägung. Eine Neubeurteilung aufgrund einer Neuanmeldung komme nur in Frage, wenn sich bei der betroffenen Person in der Zwischenzeit die tatsächlichen Verhältnisse verändert haben. Zudem führte es aus, „*dass auch in Zukunft dem klaren Willen des Gesetzgebers Rechnung zu tragen sei, wonach von der grundsätzlichen ‚Validität‘ der beweispflichtigen Person auszugehen sei.*“ Rentenablehnungen unter der früheren Praxis würden daher „*aus der heutigen Perspektive nicht ohne Weiteres als rechtswidrig, sachfremd oder schlechterdings unvertretbar*“ erscheinen.[372]

---

369 Vgl. BGE 141 V 281 E. 9.

370 BGE 141 B 281 E. 8.

371 Vgl. BGE 141 V 281 E. 9. Siehe bspw. Urteil des Bundesgerichts 9C_195/2015 vom 24. November 2015.

372 Urteil des Bundesgerichts 8C_590/2015 vom 24. November 2015 E. 5.3 und Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 28. Dezember 2015.

3. Weitere Rechtsentwicklung

Nachfolgend wird die weitere Rechtsentwicklung[373] anhand einiger ausgewählter exemplarischer Entscheide und Stellungnahmen aus der hinzugezogenen Literatur nachgezeichnet. 208

1.1 Neue Rechtsprechung

Mittlerweile[374] existiert eine Vielzahl von gerichtlichen Entscheidungen, die sich mit der hier relevanten Problematik befassen. Eine vollständige Auflistung sämtlicher Entscheide würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Daher wird nachfolgend eine exemplarische Auswahl getroffen, wobei die Frage nach der Art der Umsetzung im Einzelfall oder einer möglichen Weiterentwicklung der durch den Ausgangsentscheid BGE 141 V 281 etablierten Vorgehensweise das wesentliche Auswahlkriterium darstellt. Ein Entscheid des Bundesgerichts befasst sich allerdings mit einer Konstellation, die mit der durch den Ausgangsentscheid begründeten Rechtsprechung nur mittelbar im Zusammenhang steht. Es geht dabei um die Zulässigkeit von Observationen von IV-Bezügern durch die zuständigen Sozialversicherungsbehörden.[375] Damit soll zum einen aufgezeigt werden, welche Wege Behörden teilweise wählen (müssen), um an Informationen zu gelangen, die als Ausgangsbasis für die Bewilligung einer IV-Rente wegen psychosomatischer Störungen dienen; zum anderen wird dadurch ein lebhafter Eindruck davon gegeben, dass das schweizerische Sozialversicherungsrecht in permanenter Fortentwicklung begriffen ist und auch in Bereiche ausgreift, die grundlegende verfassungsrechtliche Bezüge aufweisen. Die Darstellung der Entscheide erfolgt in chronologischer Reihenfolge. 209

373 Bis Ende 2018.

374 Wie in FN 22 bereits erwähnt, ergingen laut MEIER (vgl. Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 64) sowie einschlägiger Auswertung der Verfasserin per Stand 31.12.2018 ohne Gewähr für absolute Richtigkeit und Vollständigkeit seit dem BGE 141 V 281 vom 3. Juni 2015 bis Ende 2018 über 600 Urteile mit Verweis auf die neue Rechtsprechung, wobei rund 300 einen inhaltlichen Bezug zur Schmerzrechtsprechung aufweisen.

375 Urteil des Bundesgerichts 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017.

a Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. Dezember 2015 (IV.2014.01009)

210 Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der 1975 geborene Antragsteller wurde im Oktober 2001 von einem Unbekannten mit einem Messer angegriffen und zog sich dabei eine tiefe Schnittverletzung am linken Handgelenk mit ganzer beziehungsweise teilweiser Durchtrennung diverser Beugesehnen zu. 2006 sprach ihm die IV-Stelle auf der Grundlage eines Invaliditätsgrades von 100% rückwirkend ab dem 1. Oktober 2002 eine ganze Invalidenrente zu. Daran änderte ein Revisionsverfahren im Jahre 2008 nichts. 2011 wurde ein erneutes Revisionsverfahren eingeleitet und im Rahmen der Schadenminderungspflicht eine fachärztliche Psycho- und Pharmakotherapie angeordnet. Mit Verfügung vom 26. August 2014 hob die IV-Stelle die ganze Invalidenrente auf. Diese Verfügung wurde vom Versicherten angefochten.

211 Das Gericht setzte sich ausführlich mit den zugrundeliegenden Gutachten auseinander. In der Erwägung 4.5 verwies das Gericht auf die Rechtsprechungsänderung und darauf, dass in intertemporalrechtlicher Hinsicht nach dem Entscheid BGE 137 V 210 gemäss altem Verfahrensstandard eingeholte Gutachten nicht per se ihren Beweiswert verlieren würden. Vielmehr komme es danach im Rahmen einer gesamthaften Prüfung des Einzelfalls mit seinen spezifischen Gegebenheiten und den erhobenen Rügen darauf an, ob ein abschliessendes Abstellen auf die vorhandenen Beweisgrundlagen vor Bundesrecht standhält. Daher müsse in jedem einzelnen Fall geprüft werden, ob die beigezogenen administrativen und/oder gerichtlichen Sachverständigengutachten, ggf. im Kontext mit weiteren fachärztlichen Berichten, eine schlüssige Beurteilung im Lichte der massgeblichen Indikatoren erlauben oder nicht. Je nach Abklärungstiefe und dichte könne zudem unter Umständen eine punktuelle Ergänzung genügen, dabei verweist das Gericht auf BGE 141 V 281 E. 8. Im konkreten Fall seien keinerlei Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass unter Berücksichtigung der nunmehr massgebenden Standardindikatoren anstelle der sogenannten FOERSTER-Kriterien eine Arbeitsunfähigkeit von mehr als 30% beziehungsweise in einem rentenbegründenden Ausmass resultieren könnte. Es bestehe kein Anlass, das Gutachten im Hinblick auf die geänderte Rechtsprechung ergänzen zu lassen.[376]

376 Vgl. E. 4.5.

Das Gericht hat die aus der Rechtsprechungsänderung resultierenden Folgen zutreffend gezogen und geprüft, ob die vor dem Entscheid BGE 141 V 281 eingeholten Gutachten den neuen Prüfkriterien des Bundesgerichts standhalten, was bejaht wurde. 212

b Urteil des Bundesgerichts 9C_354/2015 vom 29. Februar 2016

Mit diesem Entscheid vom 29. Februar 2016 bejahte das Bundesgericht entgegen der IV-Stelle und der Vorinstanz einen Rentenanspruch. Hierbei handelt es sich seit der neuen Rechtsprechung mit BGE 141 V 281 (geprüft bis 31. Dezember 2018[377]) um den einzigen Fall, bei dem eine Rentenzusprache durch das Bundesgericht erfolgte. Bei allen anderen Entscheiden wurden die Rentenzusprachen der Vorinstanz geschützt, teilweise geschützt oder es erfolgten Rückweisungen zur Neubegutachtung. Mehrheitlich jedoch waren es Rentenablehnungsentscheide.[378] 213

Zum Sachverhalt: 214

Der 1969 geborene Versicherte war zuletzt bis 31. März 2002 als Lastwagenchauffeur angestellt und bezog aufgrund eines Invaliditätsgrads von 100 % mit Wirkung ab 1. Dezember 2001 eine ganze Invalidenrente. Im Rahmen einer Überprüfung des Rentenanspruchs gestützt auf die per 1. Januar 2012 in Kraft getretenen SchlB bei der 6. IV-Revision (erstes Massnahmenpaket)[379] liess ihn die IV-Stelle polydisziplinär untersuchen. Im Anschluss hielt die IV-Stelle Rücksprache mit dem RAD und unterbreitete den Gutachtern Ergänzungsfragen. Nach Durchführung des Vorbescheidverfahrens hob die IV-Stelle mit Verfügung vom 23. Juni 2014 die Invalidenrente per Ende Juli 2014 auf, da ein Invaliditätsgrad von 30 % bestehe. Ferner verfügte die IV-Stelle, dass mangels Interesse des Versicherten keine Wiedereingliederungsmassnahmen gemäss Art. 8a IVG durchgeführt würden. Diese Verfügung wurde vom Versicherten nicht angefochten.

Die gegen die Rentenaufhebungsverfügung erhobene Beschwerde wies das Versicherungsgericht des Kantons Aargau ab. Dagegen erhob der Versicherte Beschwerde an das Bundesgericht. 215

377 Wie soeben in FN 375 (und zuvor in FN 22) dargelegt.
378 Vgl. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 64 und insb. FN 1.
379 Vgl. AS 2011 5659.

216 Zunächst referiert das Bundesgericht über die Voraussetzungen zur Anwendung der SchlB IVG und hält fest, dass diese im vorliegenden Fall anwendbar sind.[380]

217 Die Vorinstanz erwog gestützt auf das eingeholte Gutachten im Rahmen der Rentenüberprüfung, dass dem Versicherten eine adaptierte (körperlich leichte, rückenadaptierte) Tätigkeit zu 50 % zumutbar sei. Gemäss dem psychiatrischen Experten liege betreffend der psychiatrischen Diagnose einer chronischen Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren (F45.41) keine schwere psychische Komorbidität vor, höchstens eine als mittelgradig einzuschätzende depressive Störung, die keine andauernd schwere Beeinträchtigung darstelle. Zudem seien die FOERSTER-Kriterien nicht erfüllt, womit eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit aufgrund der Schmerzstörung nicht ausgewiesen sei. In der Folge berücksichtigte die Vorinstanz einzig die somatisch begründete Einschränkung von 30 % und gelangte nach Durchführung der Invaliditätsbemessung zu einem rentenausschliessenden Invaliditätsgrad von 32 %.[381] Auch im Lichte der massgeblichen Indikatoren gemäss BGE 141 V 281 sei eine Arbeitsunfähigkeit aus psychiatrischer Sicht nicht erstellt, womit einzig die rheumatologisch bedingte Arbeitsunfähigkeit von 30 % zu berücksichtigen sei.[382]

218 Streitig waren im vorliegenden Fall somit einzig der psychische Gesundheitszustand (chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren F45.41) und die daraus allenfalls resultierende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit. Hierzu führt das Bundesgericht Nachfolgendes aus:

> „*Nachdem das Bundesgericht mit BGE 141 V 281 seine Rechtsprechung zu den Voraussetzungen, unter denen anhaltende somatoforme Schmerzstörungen und vergleichbare psychosomatische Leiden eine rentenbegründende Invalidität zu bewirken vermögen, grundlegend überdacht und teilweise geändert hat, ist – soweit psychosomatische Leiden zu beurteilen sind – zu prüfen, was dies für den hier zu beurteilenden Fall bedeutet, wobei sich vorab die Frage nach der Anwendbarkeit der neuen Rechtsprechung stellt.*“[383]

380 Vgl. E. 2 f.
381 Vgl. E. 4.1.
382 Vgl. E. 4.3.
383 E. 4.5.

Das Bundesgericht hält fest, dass Rechtsprechungsänderungen grundsätzlich auf alle im Zeitpunkt der Praxisänderung noch nicht erledigten Fälle anzuwenden sind, so auch jene von BGE 141 V 281 (mit Verweis auf die Urteile 9C_125/2015 vom 18. November 2015 E. 5.1; 9C_769/2013 vom 1. April 2014 E. 2; I 55/89 vom 11. August 1989 E. 3b, in: ZAK 1990 S. 255; je mit Hinweisen). Bezüglich der SchlB IVG sei jedoch zu beachten, dass in der Botschaft vom 24. Februar 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket; BBl 2010 1817) zu einer Rentenaufhebung oder -herabsetzung (gestützt auf die SchlB IVG) explizit festgehalten wird, dass in jedem Fall „*für die Beurteilung der Zumutbarkeit die in BGE 130 V 352 formulierten Kriterien (FOERSTER-Kriterien) zu prüfen*“ seien (BBl 2010 1817, 1911 zu Abs. 1). Folglich stelle sich die Frage, ob mit der ausdrücklichen Bezugnahme auf BGE 130 V 352 die inzwischen aufgegebene Überwindbarkeitsrechtsprechung auf Revisionen gestützt auf die SchlB IVG anwendbar ist resp. die Rechtsprechungsänderung von BGE 141 V 281 ausnahmsweise unberücksichtigt zu bleiben hat.[384] Das Bundesgericht hält hierzu fest: 219

> „*Wie aus der erwähnten Botschaft erhellt, störte sich der Gesetzgeber am Umstand, dass nach der Praxis des Bundesgerichts (BGE 135 V 201; 135 V 215) weder die Rechtsprechung gemäss BGE 130 V 352 noch der im Rahmen der 5. IV-Revision geschaffene Art. 7 Abs. 2 ATSG einen Rückkommenstitel bildete, mittels welchem laufende – gestützt auf somatoforme Schmerzstörungen und ähnliche Beschwerdebilder gesprochene – Invalidenrenten überprüft werden konnten. Mit den SchlBest. IVG sollte deshalb die entsprechende rechtliche Grundlage für die Überprüfung solcher Renten geschaffen werden (BBl 2010 1817, 1841 unten, 1911 zu Abs. 1). Mit anderen Worten lag die Überprüfbarkeit derjenigen Renten im Vordergrund, die vor dem 1. Januar 2008 wegen unklaren Beschwerdebildern gesprochen worden waren (vgl. BBl 2010 1817, 1911 zu Abs. 1).*“[385]

Dass die in BGE 130 V 352 formulierten Kriterien explizit erwähnt wurden, spiegle (lediglich) die damals geltende Rechtsprechung wider und könne ge- 220

384 Vgl. E. 5.
385 E. 5.

mäss den Erwägungen des Bundesgerichts – mangels gegenteiliger Anhaltspunkte – nicht dergestalt verstanden werden, dass für die Anwendungsfälle der SchlB IVG die Überwindbarkeitsrechtsprechung unabänderlich festgelegt bzw. von einer allfälligen Praxisänderung ausgenommen werden sollte.[386] Das Bundesgericht sei auch bereits verschiedentlich – indes ohne auf diese Frage näher einzugehen – von der Anwendbarkeit der neuen Rechtsprechung ausgegangen (mit Verweis auf die beispielhaft aufgeführten Urteile 8C_634/2015 vom 22. Januar 2016 E. 4.1; 9C_885/2015 vom 13. Januar 2016 E. 2; 9C_80/2015 vom 11. Dezember 2015 E. 5.2.6 und 8C_286/ 2015 vom 26. Oktober 2015 E. 6). Im Ergebnis stellte das Bundesgericht klar, dass die Rechtsprechung von BGE 141 V 281 auch auf Rentenüberprüfungen gemäss SchlB IVG zur Anwendung gelangte.[387]

221 In den folgenden Erwägungen prüft das Bundesgericht zur Beurteilung des tatsächlich erreichbaren Leistungsvermögens den vollständigen Indikatorenkatalog gemäss BGE 141 V 281 E. 4 S. 296 ff. und hält fest, dass in casu die medizinischen Akten eine schlüssige Beurteilung im Lichte der massgeblichen Indikatoren erlauben. Deshalb erübrige sich eine Ergänzung des medizinischen Sachverhalts.[388]

222 Bezüglich der Ausprägung der diagnoserelevanten Befunde prüft das Bundesgericht die Feststellungen der Gutachter.[389] Die Angaben des Beschwerdeführers seien von den Experten als glaubhaft eingestuft und daraus ergebe sich, dass der Beschwerdeführer durch die multiplen Schmerzen in körperlichen Aktivitäten (funktionell) eingeschränkt und insoweit in seinen Alltagsfunktionen beeinträchtigt sei. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass zusammen mit dem doch recht passiven Leben des Beschwerdeführers, der von den Gutachtern als „in seinem Schmerzerleben gefangen" beschrieben wird, ein Leiden von erheblicher Ausprägung ausgewiesen sei.[390]

223 Hinsichtlich des Indikators „Behandlungs- und Eingliederungserfolg resp. - resistenz" stellte der psychiatrische Gutachter fest, der Beschwerdeführer sei 2002/2003 fachärztlich behandelt worden, wobei man offenbar resigniert

386 Vgl. E. 5 (mit Verweis auf a.M. GÄCHTER/MEIER, Einordnung von BGE 141 V 281 aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: HAVE 2015 S. 436 drittes Lemma).

387 Vgl. E. 5. Diese ist, wie unter Rz. 8 dargelegt, nicht mehr in Kraft (siehe hierzu auch Rz. 43 f.).

388 Vgl. E. 6.

389 Vgl. E. 6.1.1.

390 Vgl. E. 6.1.1.

habe. Seit Jahren bestehe keine psychiatrische Behandlung mehr, soweit bekannt, nehme der Beschwerdeführer ausserdem keine Psychopharmaka ein. Heute müsse von einem verfestigten, therapeutisch kaum mehr beeinflussbaren innerseelischen Verlauf ausgegangen werden. Die Gutachter gelangten zum Schluss, die Prognose sei insgesamt schlecht. Einerseits bestünden somatische Leiden, die in Zukunft möglicherweise progredient verliefen, andererseits bestehe ein chronifiziertes psychisches Leiden mit erheblicher Regression, Dekonditionierung und wesentlich somatischem Krankheitsverständnis. Die früheren Therapien seien offenbar ohne grossen Erfolg geblieben. Zudem bestünden im intellektuellen Bereich nur wenige Ressourcen.[391]

Aus den Akten ergebe sich nicht, ob 2002/2003 eine lege artis und mit optimaler Kooperation des Versicherten durchgeführte Therapie stattfand. Insbesondere würden Angaben fehlen, woraus ersichtlich wird, ob eine adäquate medikamentöse Therapie erfolgte. Nachvollziehbar und einleuchtend sei jedoch die Einschätzung der Experten betreffend die langjährige Chronifizierung des Leidens bei einem absolut somatisch fixierten Krankheitskonzept und wenigen intellektuellen Ressourcen, was zu einer insgesamt schlechten Prognose mit „äusserst geringen" Erfolgsaussichten führe. Damit sei gemäss Bundesgericht von der Behandlungsresistenz des Leidens auszugehen, soweit es die Arbeitsfähigkeit einschränkt.[392] 224

In casu lagen gemäss Gutachter keine psychischen Komorbiditäten vor. Im Gegensatz dazu seien somatisch begründete Komorbiditäten in Form eines chronischen lumbospondylogenen Schmerzsyndroms und eines chronischen Thoracovertebralsyndroms mit damit korrelierenden rheumatologischen Befunden gegeben. Aus diesen leiteten die Gutachter eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit im Ausmass von 30 % ab.[393] 225

In der nächsten Erwägung prüft das Bundesgericht die Komplexe „Persönlichkeit" (Persönlichkeitsdiagnostik, persönliche Ressourcen) und „Sozialer Kontext" gemäss BGE 141 V 281 E. 4.3.2 und 4.3.3 S. 302 f. Diesbezüglich konnte der psychiatrische Experte keine strukturellen Defizite im Sinne einer Persönlichkeitsproblematik eruieren, die im Rahmen der umfassenden Ressourcenprüfung negativ ins Gewicht fallen könnte. Das Bundesgericht führt aus, dass der Gutachter immerhin von einer „eher einfachen Persönlichkeitsstruktur" 226

391 Vgl. E. 6.1.2.
392 Vgl. E. 6.1.2.
393 Vgl. E. 6.1.3.

des Beschwerdeführers bzw. von wenigen Ressourcen im intellektuellen Bereich ausging. Zudem legte der Gutachter dar, dass ein doch ausgeprägter sozialer Rückzug vorlag. Erwähnenswert sei aber, dass der Beschwerdeführer vier- bis fünfmal pro Jahr seine Familie in Portugal besuche. Zu berücksichtigen sei ferner, dass er bei seinen Reisen in sein Heimatland durch die Einbettung in die portugiesische „Gastfamilie", mit welcher er das Mittag- und Abendessen einnimmt, eine gewisse Tagesstruktur und einen minimalen sozialen Kontakt – nebst dem Kontakt zu seinen Eltern – aufrechterhält. Damit enthalte der soziale Lebenskontext, namentlich die Einbettung in die „Gastfamilie", gewisse bestätigende, sich potenziell günstig auf die Ressourcen auswirkende Faktoren.[394]

227 In der Kategorie „Konsistenz" sei in Bezug auf die Einschränkung des Aktivitätenniveaus in vergleichbaren Lebensbereichen (BGE 141 V 281 E. 4.4.1 S. 303 f.) keine Ungleichmässigkeit ersichtlich. Die Gutachter hätten keine vollständige Arbeitsunfähigkeit, sondern eine Einschränkung von 50 % erkannt. Die Schilderungen zum Tagesablauf und zum Sozialen würden mit der attestierten Restarbeitsfähigkeit im Einklang stehen. Was den Behandlungs- und eingliederungsanamnestisch ausgewiesenen Leidensdruck (BGE 141 V 281 E. 4.4.2 S. 304) angehe, lasse die seit 2003 fehlende Inanspruchnahme einer psychiatrischen Behandlung – entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin – nicht auf fehlenden Leidensdruck schliessen, ist diese doch offensichtlich auf das somatisch fixierte Krankheitskonzept und die diesbezüglich fehlende Einsichtsfähigkeit zurückzuführen.[395]

228 Das Bundesgericht kommt bei der Gesamtbetrachtung zum Schluss, dass gestützt auf das Gutachten sowohl eine gesundheitliche Beeinträchtigung von erheblichem Schweregrad als auch deren funktionelle Auswirkungen in erwerblicher Sicht objektiv (vgl. Art. 7 Abs. 2 ATSG), kohärent und widerspruchsfrei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgewiesen sind. Mithin könne der gutachterlichen Einschätzung der Arbeitsfähigkeit (Einschränkung der Arbeitsfähigkeit von 50 %) gefolgt werden. Das Bundesgericht führt zudem aus, dass soweit der Beschwerdeführer eine teilweise Arbeitsfähigkeit

394 Vgl. E. 6.2.
395 Vgl. E. 6.3.

ausschliesse, er noch in der aufgegebenen Überwindbarkeitsvermutung verhaftet sei, die die Auffassung begünstigte, die Überwindbarkeit sei unteilbar (BGE 141 V 281 E. 3.4.2.2 S. 294).[396]

229 Im Ergebnis heisst das Bundesgericht die Beschwerde teilweise gut und spricht entgegen der Vorinstanz und entgegen der IV-Stelle eine halbe IV-Rente zu.[397]

c BGE 142 V 106

230 Mit diesem Entscheid vom 12. Februar 2016 konkretisierte das Bundesgericht seine neue Rechtsprechung weiter. Gleichzeitig kann anhand der dem Entscheid zugrundeliegenden Erwägungen nachvollzogen werden, wie das Bundesgericht den von ihm für das strukturierte Beweisverfahren entwickelte Prüfungsraster anwendet.

231 Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein 45 Jahre alter Versicherter meldete sich wegen der Folgen einer Verletzung an beiden Fersenbeinen und an der Lendenwirbelsäule im Jahre 2008 bei der IV-Stelle Luzern zum Leistungsbezug an. Diese führte die erforderlichen Abklärungen durch und lehnte die Gewährung einer IV-Rente ab. Im weiteren Verlauf des Verfahrens sprach das Kantonsgericht Luzern eine befristete ganze Invalidenrente zu. Der Versicherte verfolgte sein Begehren vor dem Bundesgericht weiter, u.a. mit dem Antrag, ihm eine weitergehende unbefristete halbe Rente zuzusprechen bzw. eventualiter die Sache an die Vorinstanz zu weiteren Abklärungen zurückzuweisen.

232 Das Bundesgericht referierte zunächst die eigene Judikatur und hob nochmals hervor, dass bei der Invaliditätsbemessung aufgrund psychosomatischer Störungen stärker als bisher dem Aspekt der funktionellen Auswirkungen Rechnung zu tragen sei. Dies müsse sich in den diagnostischen Anforderungen niederschlagen. Das bisherige ‚Regel-/Ausnahmemodell' sei im Ausgangsentscheid BGE 141 V 281 durch ein strukturiertes Beweisverfahren ersetzt worden.[398] Im Anschluss daran verwies das Bundesgericht nochmals auf die Rechtsgrundlagen im IVG und ATSG, deren Kenntnis hier vorausgesetzt wird.

396 Vgl. E. 6.4.
397 Vgl. E. 7.
398 Vgl. BGE 142 V 106 E. 3.1.

233 Zudem stellte das Bundesgericht fest, dass eine Einschränkung der Leistungsfähigkeit nur dann anspruchserheblich sein könne, wenn sie Folge einer Gesundheitsbeeinträchtigung ist, die fachärztlich einwandfrei diagnostiziert ist.[399] Sachverständige sollten die Diagnose einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung im Sinne von ICD-10 Ziff. F45.40 so begründen, dass die Rechtsanwender nachvollziehen können, ob die klassifikatorischen Vorgaben tatsächlich eingehalten sind. Entscheidend stellte das Bundesgericht heraus, dass dem „diagnoseinhärenten Schweregrad" somatoformer Schmerzstörungen vermehrt Rechnung getragen werden müsse.[400]

> „*Als vorherrschende Beschwerde verlangt wird ‚ein andauernder, schwerer und quälender Schmerz' (Weltgesundheitsorganisation, Internationale Klassifikation psychischer Störungen, ICD-10 Kapitel V [F], Klinisch-diagnostische Leitlinien, Dilling/Mombour/Schmidt [Hrsg.], 9. Aufl. 2014, Ziff. F45.4 S. 233). Im Gegensatz zu anderen psychosomatischen, beispielsweise dissoziativen Störungen, die nicht schon an sich einen Bezug zum Schweregrad aufweisen, setzt die Diagnose einer somatoformen Schmerzstörung per definitionem Beeinträchtigungen der Alltagsfunktionen voraus (BGE 141 V 281, E. 2.1.1. S. 286 mit Literaturhinweisen).*"[401]

234 In casu lag ein psychiatrisches Gutachten vor, das zusammen mit den übrigen Akten genügenden Aufschluss für die Beurteilung nach den Vorgaben gem. BGE 141 V 281 enthielt. Daher waren weitere Abklärungen nicht mehr erforderlich. Eine mittelgradige depressive Episode im Sinne von ICD-10 F32.1 wurde nicht als invalidisierend angesehen. Als wesentliche Einschränkung der Arbeitsfähigkeit hatte der Psychiater zusätzlich die Diagnose einer chronischen Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren gem. ICD-10 F45.41 angegeben.[402]

235 Im Gegensatz zur somatoformen Schmerzstörung (ICD-10 F45.40), bei der ein andauernder, schwerer und quälender Schmerz im Vordergrund steht, wird bei

399 Vgl. BGE 141 V 281 E. 2.1.
400 Vgl. BGE 142 V 106 E. 3.3.
401 BGE 142 V 106 E. 3.3.
402 Vgl. BGE 142 V 106 E. 4.1.

einer chronischen Schmerzstörung ein über sechs Monate bestehender Schmerz in mehreren anatomischen Regionen beschrieben.[403]

236 Im Streitfall stellte das Bundesgericht darauf ab, dass der Diagnose einer chronischen Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren (ICD-10 F45.41) damit ein Bezug zum Schweregrad fehle.[404] Die im Gutachten gestellten bzw. nicht gestellten Diagnosen seien zwar nachvollziehbar dargelegt worden, es sei aber erforderlich, eine rechtliche Überprüfung der psychiatrischen Einschränkungen vorzunehmen. Der fehlende Bezug zum Schweregrad in der Diagnosestellung und die dennoch attestierte Arbeitsunfähigkeit von 50 % verdeutlichten, dass in der Medizin von einem umfassenden biopsychosozialen Krankheitsbegriff ausgegangen werde, während für IV-Rentenleistungen ausschliesslich der durch den Gesundheitsschaden ausgelöste Verlust von Erwerbsmöglichkeiten massgebend sei. Demnach komme es entscheidend auf die Beurteilung des funktionellen Leistungsvermögens an.[405]

237 Das Bundesgericht prüfte daher im Folgenden, ob die mit der Diagnose zusammenhängenden Einschränkungen in sozialen, beruflichen oder anderen wichtigen Funktionsbereichen überhaupt eine invalidisierende Bedeutung annehmen können. Dabei stellt das Bundesgericht zunächst fest, dass körperliche Erkrankungen und psychisch verursachte Krankheiten gleich zu behandeln sind. Letztere dürften also nicht bevorzugt behandelt werden. Es müssten dieselben Kriterien wie bei der Ermittlung körperlicher Krankheitsbilder berücksichtigt werden.[406] In diesem Zusammenhang fragt es sich allerdings, was diese Ausführungen bewirken sollen. Dabei drängt sich der Verdacht auf, dass psychisch bedingte Leiden vom Bundesgericht ggf. für weniger ernsthaft angesehen werden, dass latent stets die Annahme im Raum steht, dass, weil die Diagnose schwierig sei, Versicherte dazu neigen zu übertreiben, um in den Genuss von IV-Leistungen zu gelangen. Denn welche andere Bedeutung sollen die Auslassungen des Bundesgerichts sonst haben?

403 Vgl. BGE 142 V 106 E. 4.2.
404 Vgl. BGE 142 V 106 E. 4.2 m.w.H.
405 Vgl. BGE 142 V 106 E. 4.2.
406 Vgl. BGE 142 V 106 E. 4.3.

238 In der nächsten Erwägung wendet sich das Bundesgericht wieder alt Gewohntem zu und hebt darauf ab, dass für die Frage, ob einem Gesundheitsschaden ein invalidisierender Charakter zukomme, Zumutbarkeitskriterien entscheidend seien. Fehle es bei der gestellten psychiatrischen Diagnose bereits an einem Bezug zum Schweregrad, sei die ärztliche Feststellung, die per se von einem umfassenden Krankheitsbegriff ausgeht, anhand der rechtserheblichen Indikatoren im Sinne einer Überprüfung der schmerzbedingten Beeinträchtigung im Alltag zu beurteilen.[407] Die jeweiligen Funktionseinschränkungen müssten anhand einer sorgfältigen Plausibilitätsprüfung bestätigt oder verworfen werden. [408]

239 In casu konnte die Schwere des Krankheitsgeschehens aus der diagnoserelevanten Ätiologie und Pathogenese nicht plausibel gemacht werden. Der Indikator „Behandlungserfolg oder –resistenz" sprach ebenfalls gegen die Bewilligung einer weitergehenden IV-Rente. Auszugehen sei von einer guten Compliance des Beschwerdeführers, was im Einzelnen ausgeführt wurde (regelmässige erfolgreiche Durchführung verschiedener Therapien). Ausserdem prognostizierte der Gutachter eine weitere Verbesserung, sofern eine Verlagerung der Behandlung weg von einer Posttraumatischen Belastungsstörung hin zu einer intensiveren Behandlung der Depression und der somatoformen Störung mit zwei bis drei psychotherapeutischen Sitzungen pro Monat stattfinden würde. Demnach liege keine invalidisierende schwere psychische Störung vor, die nicht therapierbar ist. Auch in der Kategorie „Konsistenz" – vor allem mit Blick auf den Indikator einer „*gleichmässigen Einschränkung des Aktivitätsniveaus in allen vergleichbaren Lebensbereichen*" – seien die Chancen für den Beschwerdeführer positiv zu beurteilen (Arbeit: 50 %-Pensum, Erledigung von Haushaltsarbeiten, Kochen, Anteilnahme am Zeitgeschehen durch Anschauen von Dokumentarsendungen im TV etc.). Nach alledem kommt das Bundesgericht zum Ergebnis, dass ein rechtlich ausreichender Bezug zwischen der gestellten Diagnose und ihren funktionellen Auswirkung im Sinne einer eingeschränkten Arbeitsfähigkeit nicht gegeben sei.[409]

240 Bei einer Gesamtbetrachtung sei eine medizinisch-gesundheitliche Anspruchsgrundlage, die den Anspruch auf eine IV-Rente begründen könnte, nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen. Die Folgen der

407 Vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 9C_125/2015 vom 18. November. 2015 E. 5.3 und 7.1.

408 Vgl. BGE 142 V 106 E. 4.4.

409 Vgl. BGE 142 V 106 E. 4.5.

Beweislosigkeit habe auch weiterhin die materiell beweisbelastete versicherte Person zu tragen.[410] Insgesamt wurde die Beschwerde daher abgewiesen.

d Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Dezember 2016 (IV.2015.00818)

241 In diesem Entscheid konnte sich das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich trotz der Rechtsprechungsänderung gemäss BGE 141 V 281 ebenfalls auf ein bereits zuvor erstelltes psychiatrisches Gutachten stützen. Dabei war es zu einer Verbesserung des psychischen Gesundheitszustandes gekommen, weshalb die Rentenaufhebung korrekt war, unabhängig davon, wie die strittige Statusfrage zu beurteilen ist.

242 Der 1965 geborenen Beschwerdeführerin wurde von Oktober 2004 bis zur Aufhebung mit Wirkung zum 31. Juli 2015 eine ganze Invalidenrente gewährt. Gegen die Aufhebungsverfügung erhob sie Beschwerde. Das Gericht berücksichtigte, dass das psychiatrische Gutachten, wonach sich lediglich ein Invaliditätsgrad von 9 % ergab, der keinen Rentenanspruch mehr zu begründen vermochte, vom 20. Mai 2014 datierte.[411] Zwischen den Parteien war dabei umstritten, ob das Gutachten den Vorgaben der geänderten bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügte. Die Beschwerdeführerin meinte, es lasse die geforderte ergebnisoffene Beurteilung in Berücksichtigung der wesentlichen Faktoren vermissen. Daher sei es erforderlich, die invalidisierende Wirkung der diagnostizierten somatoformen Schmerzstörung abzuklären. Darüber hinaus habe die Beschwerdegegnerin die Statusfrage nicht korrekt beurteilt, da die Beschwerdeführerin nach der Geburt ihrer Drillinge im Gesundheitsfall unverändert zu 83 % erwerbstätig wäre.[412]

243 Das Gericht prüfte, ob das massgebliche psychiatrische Gutachten auch bei Zugrundelegung der vom Bundesgericht in BGE 141 V 281 geforderten Indikatoren eine abschliessende Feststellung zulässt.[413] Es setzte sich dabei ausführlich mit den einzelnen Kriterien auseinander, u.a. mit dem Behandlungserfolg. Nebst der somatoformen Schmerzstörung bestanden keine gesundheitlichen Leiden, die die Ressourcen der Beschwerdeführerin namhaft einzuschränken vermocht hätten. Der Komplex der Persönlichkeit konnte im Streitfall vernachlässigt werden (das Gericht verweist auf BGE 141 V 281

410 Vgl. BGE 141 V 281 E. 6.
411 Vgl. E. 2.1.
412 Vgl. E. 2.2.
413 Vgl. E. 5.4.

E. 4.3.2); dagegen konnte die Beschwerdeführerin auf ein ausgeprägtes soziales Netzwerk zurückgreifen. Auch mit den anderen Kriterien setzte sich das Gericht ausführlich auseinander. Daher gelangte das Gericht, auch unter Beachtung weiterer Aspekte, auf die hier nicht eingegangen werden muss, zu dem Ergebnis, dass sich das psychiatrische Gutachten als formell und materiell korrekt erwies und den Anforderungen der neuen Judikatur des Bundesgerichts entsprach.[414] Die nachträgliche Aufhebung der Invalidenrente erwies sich als rechtmässig. Das Gericht erkannte auf Abweisung der Beschwerde.

e Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 31. Januar 2017 (IV.2015.00713)

244 In diesem Verfahren hiess das Gericht die Beschwerde für gut, hob den angefochtenen Entscheid auf und wies die Sache an die IV-Stelle zurück, um weitergehende Abklärung durchzuführen und über den Rentenanspruch des Beschwerdeführers neu zu verfügen.

245 Der 1966 geborene Beschwerdeführer hatte bis Juni 2001 gearbeitet, war anschliessend nicht mehr erwerbstätig und hatte 2009 unter Hinweis auf eine psychische Erkrankung die Gewährung einer Invaliditätsrente beantragt. Mit Wirkung ab dem 1. März 2010 wurde ihm ab Mai 2013 wegen eines Invaliditätsgrades von 47 % eine Viertelsrente zugesprochen. Im Gefolge eines Revisionsverfahrens wurde die Invalidenrente mit Wirkung zum 31. Juli 2015 eingestellt. Mit der Beschwerde beantragte der Versicherte wegen Verschlechterung seines Gesundheitszustands Weiterbezug der Rente und Überprüfung der Rechtslage anhand der neuen Rechtsprechung.

246 Das Gericht berücksichtigte, dass auch eine Verschlechterung des Gesundheitszustands zu einer Rentenaufhebung oder -herabsetzung führen könne.[415] Ausserdem setzte es sich ausführlich mit der neuen Judikatur gemäss BGE 141 V 281 auseinander und ging im Einzelnen auf die danach erforderlichen Indikatoren ein.[416]

414 Vgl. E. 5.4 und E. 5.5.
415 Vgl. E. 4.1 mit ausdrücklichem Hinweis auf BGE 141 V 9 E. 2.3, 54.3. und 6.1.
416 Vgl. E. 4.3.1 ff.

Das vor der erwähnten Rechtsprechungsänderung erstattete Gutachten verliere deshalb nicht per se seinen Beweiswert. Vielmehr sei es im Rahmen einer gesamthaften Prüfung des Einzelfalls mit seinen spezifischen Gegebenheiten und den erhobenen Rügen entscheidend, ob ein abschliessendes Abstellen auf die vorhandenen Beweisgrundlagen vor Bundesrecht standhält.[417] Das Gericht stellte dann aber fest, dass eine ärztliche Beurteilung für die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit fehle, weshalb diese nicht abschliessend bewertet werden könne.[418] Die ärztliche Einschätzung der Arbeitsfähigkeit sei unbeachtlich, da der Arzt sich nicht mit den von BGE 141 V 281 zu prüfenden Indikatoren (und ebenso wenig mit den FOERSTER-Kriterien) auseinandergesetzt habe. Demnach seien weitere medizinische (psychiatrische) Abklärungen bezüglich der Arbeitsfähigkeit unter Berücksichtigung der in BGE 141 V 281 aufgestellten Standardindikatoren erforderlich.[419] 247

f Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts C-2858/2015 vom 11. Mai 2017

Auch dieser Entscheid zeigt, dass die Gerichte die von BGE 141 V 281 entwickelten Grundsätze vollumfänglich ihrer Entscheidung zugrunde legen. In casu ging es um die Aufhebung einer Invalidenrente gegenüber einer seit 2005 im Ausland (Malaysia) lebenden Versicherten, die zuvor in der Schweiz AHV-Beiträge geleistet hatte. Das Bundesverwaltungsgericht hiess die Beschwerde teilweise gut und hob die angefochtene Verfügung vom 16. März 2015 auf. Die Sache wurde an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit diese im Sinne der Erwägungen ergänzende Abklärungen und eine Neubeurteilung des Leistungsanspruchs vornehme. Soweit darüberhinausgehend, wurde die Beschwerde abgewiesen. 248

Die 1970 geborene Beschwerdeführerin, Mutter von zwei Kindern und Sekundarlehrerin, hatte 1996 einen Verkehrsunfall mit HWS-Distorsionstrauma erlitten. 1997 meldete sich die Versicherte bei der Invalidenversicherung zum Bezug von Leistungen an. Ihr wurden 1998 berufliche Massnahmen in Form einer beruflichen Umschulung zugesprochen. Die Umschulung schloss sie im Februar 2003 ab. Ab dem 10. Februar 2003 wurde ihr bei einem IV-Grad von 55 % eine halbe IV-Rente zugesprochen. 2007 wurde eine Rentenrevision durch die IV-Stelle für Versicherte im Ausland durchgeführt. Festgestellt 249

417 Vgl. E. 4.4.1.
418 Vgl. E. 4.4.4.
419 Vgl. E. 4.4.5.

wurde eine leichte Verbesserung des Gesundheitszustandes. 2009 betrug der IV-Grad nur noch 46.22 %. Der Versicherten wurde deshalb die Aufhebung der Rente in Aussicht gestellt, da die Viertelsrente nicht nach Malaysia exportierbar ist. Die Aufhebung erfolgte sodann per 1. Oktober 2009. Die Beschwerde wurde gutgeheissen und das Bundesverwaltungsgericht sprach der Beschwerdeführerin 2011 gestützt auf die Erstellung eines neuen Erwerbsvergleichs eine Dreiviertelsrente bei einem IV-Grad von 60 % ab dem 1. Mai 2008 zu. Der Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft. 2013 wurde erneut ein Revisionsverfahren eingeleitet. Die Rente wurde per 1. Mai 2015 eingestellt. Dagegen erhob die Versicherte Beschwerde.

250 Das Bundesverwaltungsgericht bezog sich auf die geänderte Rechtsprechung des Bundesgerichts und referierte diese ausführlich.[420] Bei der Prüfung der ärztlichen Gutachten legte das Gericht die Prüfreihenfolge des Bundesgerichts gem. BGE 141 V 281 zugrunde[421] und kam zum Ergebnis, dass die Prüfung der Standardindikatoren gemäss strukturiertem Beweisverfahren als knapp genügend betrachtet werden kann.[422] Dies wurde ausführlich begründet. Lediglich soweit die Festlegung der noch zumutbaren Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin im Wesentlichen auf dem ungenügend beweiskräftigen Gutachten eines Gutachters beruhe, erweise sie sich nicht als rechtsgenüglich abgeklärt.[423]

g Urteil des Bundesgerichts 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017

251 In diesem Entscheid befasste sich das Bundesgericht mit einer Fragestellung, die nur mittelbar die hier relevante Thematik tangiert, und zwar damit, ob IV-Bezüger observiert werden dürfen.[424] Im Ergebnis stellte das Bundesgericht fest, dass dies zu verneinen sei, weil es an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage fehlt, die eine Überwachung rechtfertigen würde. Allerdings liess das Bundesgericht in einem Fall die durch illegale Überwachung erworbenen Fotos als Beweis zu. In casu ging es um ein Verfahren nach Art. 23 Abs. 2 BGG. Die erste und zweite sozialrechtliche und die erste öffentlich-rechtliche Abteilung hatten zu folgenden Rechtsfragen Stellung zu nehmen:

420 Vgl. E. 3.6.3 ff.
421 Vgl. E. 5.4 ff.
422 Vgl. E. 6.4.2.
423 Vgl. E. 6.5.
424 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017.

„*1. Hat das EGMR-Urteil 61838/10 vom 18. Oktober 2016*[425] *auch in der Invalidenversicherung Gültigkeit, indem eine von der IV-Stelle angeordnete Observation einer genügenden gesetzlichen Grundlage entbehrt und daher Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV verletzt?*

2. *Ist das Beweismaterial, das – im Rahmen einer von der IV-Stelle rechtswidrig angeordneten Observation – im öffentlich frei einsehbaren Raum gewonnen wurde, im Invalidenversicherungsverfahren gestützt auf eine Interessenabwägung zwischen privaten und öffentlichen Interessen verwertbar?*“[426]

Gegenstand der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten war das Anliegen eines 1972 geborenen Mannes, der seit Februar 2008 eine halbe IV-Rente bezog. Die IV-Stelle des Kantons Zug liess ihn im November 2010 an vier Tagen mehrere Stunden lang observieren. Gestützt auf den Überwachungsbericht und die während der Überwachung erstellten Foto- und Videodokumentationen sowie auf ein daraufhin veranlasstes psychiatrisches Gutachten hob die IV-Stelle den Rentenanspruch des Betroffenen auf. Das Zuger Verwaltungsgericht bestätigte diesen Entscheid. Das Bundesgericht stellte hierzu fest, dass die unabdingbare gesetzliche Grundlage fehlt, die eine geheime Überwachung rechtfertigen würde. Dies hat das Bundesgericht in einem Leiturteil festgestellt und sich damit von seiner bisherigen Praxis verabschiedet. Eine bis anhin als ausreichend eingestufte allgemeine Bestimmung im Invalidenversicherungsgesetz zur Verhinderung von Versicherungsmissbrauch erachtet das Gericht nun als ungenügend. Das BSV hat reagiert und die IV-Stellen angewiesen, Überwachungen von IV-Rentnern einzustellen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte in dem genannten wegleitenden Entscheid vom 18. Oktober 2016 die Schweiz gerügt, weil sie den Einsatz von Privatdetektiven zur geheimen Überwachung einer Versicherten zuliess, obwohl es hierzu an einer gesetzlichen Grundlage fehlte. In jenem Fall handelte es sich um Observationen durch eine Unfallversicherung. Mit dem genannten Entscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass auch für die Invalidenversicherung klare und detaillierte Gesetze fehlen: Sowohl in der UV als 252

425 Vgl. Urteil des EGMR *Vukota-Bojic gegen Schweiz* vom 18.10.2016, Nr. 61838/10 (elektronisch abrufbar unter <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["26275/12"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-167490"]}>, [letztmals besucht am 10.04.2019]).

426 Urteil des Bundesgerichts 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 in Sachverhalt unter lit. D.

auch in der IV mangle es an einer genügend präzisen gesetzlichen Grundlage, die eine verdeckte Überwachung *umfassend* klar und detailliert regelt. Daher liege eine Verletzung von Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) und Art. 13 BV (Schutz der Privatsphäre) vor. An der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. dazu BGE 137 I 327) könne nicht mehr festgehalten werden.[427]

253 Dennoch wies das Bundesgericht die Beschwerde ab. Eine verdeckte Überwachung verletze zwar das in der BV und in der EMRK verankerte Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Die unrechtmässig erworbenen Video- und Fotoaufnahmen könnten in concreto aber als Beweismittel gegen den Beschwerdeführer zugelassen werden. Dieser habe lediglich einen relativ geringfügigen Grundrechtseingriff erlitten. Die Aufnahmen beträfen (unbeeinflusste) Handlungen des Beschwerdeführers im öffentlichen Raum, die Observation habe nur aufgrund ausgewiesener Zweifel an der Leistungs[un]fähigkeit des Versicherten stattgefunden, seien nur an vier Tagen innerhalb von zwei Wochen erfolgt und hätte zwischen fünf und neun Stunden gedauert. Es habe sich also weder um eine systematische noch um eine ständige Überwachung gehandelt. Demgegenüber bestehe ein erhebliches und gewichtiges öffentliches Interesse, Versicherungsmissbrauch zu verhindern und zu bekämpfen. Daher ergebe die Abwägung, dass der vorliegende Observationsbericht (inklusive Fotodokumentation und Videoaufnahmen) in die Beweiswürdigung miteinbezogen werden könne.[428] Sofern der nicht öffentlich frei einsehbare Raum betroffen sei, bestehe im Sozialversicherungsrecht für dort gesammeltes Beweismaterial ein absolutes Verwertungsverbot, um das es im Streitfall aber nicht gehe.[429]

254 Drei Wochen nach dem Urteil des EGMR beschloss die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates (SGK-S), eine neue Gesetzesbestimmung zu schaffen. Die Vorlage wurde in einem Eilverfahren vom Parlament verabschiedet. Das Referendum gegen die durch den Gesetzgeber neu geschaffene gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten wurde vom Volk am 25. November 2018 mit 64.7 % der Stimmen abgelehnt.

427 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 E. 4.
428 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 E. 5.1.2.
429 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 E. 5.1.3.

Geplant ist die gleichzeitige Inkraftsetzung der neuen Artikel im ATSG und der ATSV für das dritte Quartal 2019.[430]

h Urteil des Bundesgerichts 9C_289/2017 vom 4. September 2017

Die diesem Entscheid zugrunde liegende Beschwerde in öffentlichen-rechtlichen Angelegenheiten gab der II. sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts erneut Gelegenheit, sich mit der Beurteilung der zur Bewilligung einer Invaliditätsrente führenden Faktoren zu befassen. Dabei bestand die Besonderheit des Entscheids darin, dass über die Gewährung einer Invalidenrente für einen Zeitraum ab 2009 befunden werden musste. 255

Zum Sachverhalt: 256

Der 1963 geborenen Beschwerdeführerin wurde im November 2008 nach einer Koronarangiographie fälschlicherweise Heroin verabreicht, worauf sie intubiert und auf die Intensivstation verlegt werden musste. Am 28. Mai 2009 meldete sie sich unter Hinweis auf eine seit dem Ereignis vom November des Vorjahres bestehende Posttraumatische Belastungsstörung zum Leistungsbezug bei der IV an. Die IV-Stelle Bern lehnte nach Durchführung des Vorbescheidverfahrens im März 2015 das Leistungsbegehren ab. Dabei ermittelte sie für den Zeitraum ab Ablauf des Wartejahres im November 2009 einen – nicht rentenbegründenden – Invaliditätsgrad von 35 % und ab Dezember 2011 verneinte sie einen invalidisierenden Gesundheitsschaden gänzlich. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern wies die Beschwerde mit Entscheid vom 30. März 2017 ab.

In der dagegen erhobenen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führte die Beschwerdeführerin zur Begründung ihres Aufhebungsantrages aus, die IV-Stelle sei unter Wahrung ihrer Mitwirkungsrechte zu verpflichten, dem ZMB im Nachgang zu seinem Gutachten die sich zur Prüfung der Indikatoren gemäss BGE 141 V 281 stellenden Fragen sowie Ergänzungsfragen zur diagnostizierten Depression zu unterbreiten. Ausserdem sei ihr vom 1. November 2009 bis zum 30. November 2011 angesichts eines Invaliditätsgrades von mindestens 55 % eine halbe Rente auszurichten. 257

430 Vgl. <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ueberblick/observationen.html> (letztmals besucht am 24.04.2019).

258 Mit den im vorliegenden Kontext massgeblichen Fragen befasste sich das Gericht erst in den Erwägungen 3 ff. Wiederum kam es entscheidend darauf an, ob das kantonale Gericht einen rentenrelevanten Gesundheitsschaden der Versicherten zu Recht verneint hatte.[431]

259 Es wurden zwei Gutachten erhoben, ein interdisziplinäres Gutachten der Gutachterstelle B. vom 24. Mai 2011, das aufgrund einer Posttraumatischen Belastungsstörung (PTBS) eine massive Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit als Pflegefachfrau bejahte und die Beeinträchtigung auf mindestens 80 % schätzte. Eine Prognose sei verfrüht, zumal eine weitere Heilbehandlung dringend angezeigt sei und damit der Gesundheitszustand sowie die Arbeitsfähigkeit voraussichtlich namhaft verbessert werden könnten. Ein weiteres von der IV-Stelle eingeholtes polydisziplinäres ZMB-Gutachten vom 13. Januar 2015 ermittelte – im Beurteilungszeitpunkt, als die Versicherte zu 30 bis 40 % bei der Spitex arbeitete – eine Arbeitsfähigkeit von 50 %. Die Einschränkung ergebe sich allein aus psychischen Gründen. Die aktuelle Einschätzung gelte seit Wiederaufnahme der Spitex-Tätigkeit. Vorher – ab November 2008 – habe eine vollständige Arbeitsunfähigkeit aus psychiatrischen Gründen bestanden.[432] Das kantonale Gericht erwog, beiden Gutachten komme volle Beweiskraft zu. Für die Zeit ab Dezember 2011 verneinte das kantonale Gericht in Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gemäss BGE 141 V 281 eine invalidisierende Arbeitsunfähigkeit. Strittig war, ob die im ZMB-Gutachten vom 13. Januar 2015 (medizinisch) ausgewiesene Arbeitsunfähigkeit von 50 % auch bei Anwendung der (rechtlichen) Zumutbarkeitsbeurteilung nach den in BGE 141 V 281 entwickelten Indikatoren standhält bzw. ob die medizinischen Unterlagen eine Beurteilung der Angelegenheit und insbesondere eine rechtsgenügliche Indikatorenprüfung erlauben.[433]

260 Das Bundesgericht setzte sich sodann ausführlich mit den beiden Gutachten auseinander:

Im Rahmen ihrer Diskussion der diagnostischen Kriterien erwähnten die Gutachter der Gutachterstelle einige Widersprüche. Gleichwohl übernahmen die ZMB-Gutachter fast vier Jahre später – bzw. sechs Jahre nach dem Vorfall – die PTBS-Diagnose aus dem Gutachten der Gutachterstelle B., ohne diese nochmals anhand der Vorgaben gemäss ICD-10 F43.1 zu erläutern. Sie sahen

431 Vgl. E. 3.
432 Vgl. E. 3.2.
433 Vgl. E. 3.3.

auch keinen Anlass zur Diskussion der Frage, ob die Versicherte zu den wenigen Betroffenen gehört, bei denen die Störung über viele Jahre einen chronischen Verlauf nimmt und dann in eine andauernde Persönlichkeitsänderung (ICD-10 F62.0) übergeht, wie dies als mögliche Entwicklung in den diagnostischen Leitlinien beschrieben ist.[434]

Unter den dargelegten Umständen sah es das Bundesgericht als gerechtfertigt an, die Sache zur Einholung ergänzender medizinischer Auskünfte an das kantonale Gericht zurückzuweisen, damit es die ZMB-Gutachter auffordere, die PTBS-Diagnose mit Blick auf die klassifikatorischen Vorgaben gemäss ICD-10 F43.1 nochmals zu erläutern und sich allenfalls mit der Frage auseinanderzusetzen, ob ein Übergang in eine andauernde Persönlichkeitsänderung (ICD-10 F62.0) stattgefunden hat.[435] 261

Für die Zeit ab November 2009 kam das Bundesgericht zwar ebenfalls zu dem Ergebnis, dass in den medizinisch-psychiatrischen Bewertungen teilweise Widersprüche vorlagen. Bei einer Arbeitsunfähigkeit von 80 % resultierte aber gemäss der insofern unbestritten gebliebenen Berechnung der Vorinstanz ein Invaliditätsgrad von 39 %, der keinen Anspruch auf eine Rente nach sich zieht. Soweit die Versicherte bei einem Invaliditätsgrad von 55 % die Ausrichtung einer halben Rente vom 1. November 2009 bis zum 30. November 2011 beantragt hatte, war ihre Beschwerde deshalb abzuweisen.[436] 262

Für den Zeitraum ab Dezember 2011 verneinte das kantonale Gericht einen invalidisierenden Gesundheitsschaden. Das Bundesgericht setzte sich auch mit diesem Komplex ausführlich auseinander und ging detailliert auf die Standardindikatoren gemäss BGE 141 V 281 bzw. die Rechtsstandpunkte des kantonalen Gerichts und jene der Beschwerdeführerin ein.[437] 263

Die Beschwerdeführerin rügte ferner, die Vorinstanz habe bezüglich wesentlicher medizinischer Tatsachen eine eigene Beurteilung durchgeführt statt weitere medizinische Abklärungen zu veranlassen.[438] 264

Das Bundesgericht führt aus, dass auch unter Berücksichtigung der Ausführungen im psychiatrischen Teilgutachten die ZMB-Beurteilung im Hinblick 265

434 Vgl. E. 4.3.
435 Vgl. E. 4.4.
436 Vgl. E. 5.5.
437 Vgl. E. 6.1. und 6.2 bis 6.4.
438 Vgl. E. 6.5.

auf die von der neuen Rechtsprechung geforderte Prüfung der Indikatoren wesentliche Fragen offen lasse. Das Ausmass der durch den Gesundheitsschaden bedingten funktionellen Einschränkungen lasse sich dem ZMB-Gutachten nur ansatzweise entnehmen, insofern nämlich als das für eine (im Rahmen der Rückweisung allerdings noch zu verifizierende) PTBS-Diagnose typische Vermeidungsverhalten einer mit der Verabreichung von Spritzen verbundenen Tätigkeit entgegensteht. Weitere Ausführungen zur Schwere der Befunde und Symptome (die im Rahmen der Rückweisung unter Bezugnahme auf die sich dann ergebende Diagnose ebenfalls zu überprüfen sind) – ausser dem Hinweis auf deren Chronifizierung – finden sich im Gutachten nicht. Insbesondere fehlt eine dahingehende Begründung, weshalb ein Arbeitspensum nur eingeschränkt zumutbar sein soll. Auch zur Komorbidität äussert sich das ZMB-Gutachten nicht; ebenso wenig ist die Frage, ob die depressive Erkrankung der Versicherten therapieresistent sei, eindeutig beantwortet. Des Weiteren sei der Komplex „Persönlichkeit" nicht hinreichend abgeklärt.[439]

266 Demnach könne gestützt auf das ZMB-Gutachten vom 13. Januar 2015 auch unter Berücksichtigung der übrigen medizinischen Berichte und Gutachten sowie der weiteren Unterlagen eine schlüssige Beurteilung der Arbeitsfähigkeit der Versicherten im Lichte der massgeblichen Indikatoren gemäss der Rechtsprechung zu den anhaltenden somatoformen Schmerzstörungen und vergleichbaren psychosomatischen Leiden nicht erfolgen. Somit seien ergänzende medizinische Abklärungen notwendig.[440]

267 Da dem ZMB-Gutachten aber grundsätzlich Beweiswert zukomme, sei keine umfassende neue medizinische Beurteilung erforderlich. Eine Überprüfung der Einschätzung der Arbeitsfähigkeit durch die ZMB-Gutachter gestalte sich als ausreichend. Dabei müssten diese die Beurteilungskriterien gemäss BGE 141 V 281 zugrunde legen.[441]

268 Das Bundesgericht wies den Rentenanspruch bis Ende November 2011 definitiv ab. In Bezug auf den daran anschliessenden Zeitraum komme es auf die Ergebnisse der aufgrund der Rückweisung in die Wege zu leitenden weiteren Abklärungen an.[442]

---

439 Vgl. E. 6.5.3.
440 Vgl. E. 6.5.4.
441 Vgl. E. 6.5.4.
442 Vgl. E. 7.

i Urteil des Bundesgerichts 8C_260/2017 vom 1. Dezember 2017

Die diesem Entscheid zugrunde liegende Beschwerde gab dem Bundesgericht die Möglichkeit, die Frage bezüglich der Aufgabenteilung zwischen Medizin und Recht zu klären. Mit diesem Urteil hat das Bundesgericht präzisiert, dass die Rechtsanwender bei der Arbeits[un]fähigkeitsbeurteilung auf die Einschätzung der medizinischen Sachverständigen abzustellen haben, wenn diese gestützt auf die rechtserheblichen Indikatoren eine Arbeits[un]fähigkeit feststellen. Dies hat zur Folge, dass die Rechtsanwender von einer medizinisch attestierten Arbeitsunfähigkeit nicht abweichen sollen, wenn die Ärzte die Kriterien des strukturierten Beweisverfahrens berücksichtigt haben und deren Beurteilung nachvollziehbar ist.[443] 269

Zum Sachverhalt: 270

Die Beschwerdeführerin meldete sich erstmals 2006 bei der IV zum Leistungsbezug an. Gestützt auf ein polydisziplinäres Gutachten vom 9. November 2009 verneinte die Verwaltung den Anspruch auf eine IV-Rente. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Versicherungsgericht des Kantons Aargau mit Entscheid vom 15. September 2011 ab. Das Bundesgericht bestätigte die Rentenabweisung mit Urteil 8C_861/2011 vom 8. Juni 2012.

Am 31. Oktober 2013 meldete sich die Beschwerdeführerin erneut bei der IV an und machte eine Verschlechterung ihres Gesundheitszustands geltend. Die IV-Stelle trat auf das Begehren ein und tätigte Abklärungen in erwerblicher und medizinischer Hinsicht. Nach Einholung eines polydisziplinären Gutachtens und einer ergänzenden psychiatrischen-gutachterlichen Beurteilung verneinte die IV-Stelle einen Rentenanspruch erneut. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Versicherungsgericht des Kantons Aargau ab. Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde ein und prüfte, ob das kantonale Gericht zu Recht die Verfügung der IV-Stelle bestätigte, wonach kein Rentenanspruch besteht.

Zunächst klärt das Bundesgericht erneut, dass nach altem Verfahrensstand eingeholte Gutachten nicht per se ihren Beweiswert verlieren. Es erwägt, dass ein 271

443 Siehe hierzu auch GEHRING, Neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Depressionen und psychischen Erkrankungen; Urteile BGE 143 V 409 und 143 V 418, elektronisch abrufbar unter <https://www.kspartner.ch/2018/01/25/neue-bundesgerichtliche-rechtsprechung-zu-depressionen-und-psychischen-erkrankungen-urteile-8c_8412016-und-8c_1302017/> (letztmals besucht am 03.03.2019).

Gutachten nicht automatisch seine Beweiskraft verliert, wenn es sich nicht an die Leitlinien der Schweizerischen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie (SGPP) anlehnt oder – wie im zu beurteilenden Fall – noch gar nicht anlehnen konnte. Der Nichtbefolgung der Begutachtungsleitlinien ist bei der Beurteilung des Beweiswertes aber Rechnung zu tragen, wobei massgebend bleibt, ob ein Gutachten gesamthaft gesehen nachvollziehbar begründet und überzeugend ist.[444]

272 Im Anschluss daran hält das Bundesgericht fest, dass die medizinische Einschätzung der Arbeitsfähigkeit eine bedeutende Grundlage für die anschliessende juristische Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistung der versicherten Person noch zugemutet werden kann, darstellt. Dies ergebe sich aus BGE 141 V 281. Zudem wird auf BGE 140 V 193 E. 3.2 S. 195 verwiesen. Dabei gelte, dass die versicherte Person als grundsätzlich gesund anzusehen ist und sie ihrer Erwerbstätigkeit nachgehen kann.[445] Das Bundesgericht erwägt, dass sich hinsichtlich der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit sowohl die medizinischen Sachverständigen als auch die Organe der Rechtsanwendung bei ihrer Einschätzung des Leistungsvermögens an den normativen Vorgaben zu orientieren haben. Die Gutachter im Idealfall gemäss der entsprechend formulierten Fragestellung[446] und die Rechtsanwender prüfen die medizinischen Angaben frei insbesondere darauf hin, ob sich die Ärzte an die massgebenden normativen Rahmenbedingungen gehalten haben und ob und in welchem Umfang die ärztlichen Feststellungen anhand der rechtserheblichen Indikatoren auf Arbeitsunfähigkeit schliessen lassen.[447] Im Rahmen der Beweiswürdigung obliege es den Rechtsanwendern zu überprüfen, ob in concreto ausschliesslich funktionelle Ausfälle bei der medizinischen Einschätzung berücksichtigt wurden und ob die Zumutbarkeitsbeurteilung auf einer objektivierten Grundlage erfolgte.[448]

273 Eine rentenbegründende Invalidität sei nur dann anzunehmen, wenn funktionelle Auswirkungen medizinisch anhand der Indikatoren schlüssig und widerspruchsfrei festgestellt sind und somit den versicherungsmedizinischen Vorgaben Rechnung getragen wurde.[449]

---

444 Vgl. E. 3.1. ff.
445 Vgl. E. 4.2.4 mit Verweis auf BGE 141 V 281 E. 3.7.2.
446 Mit Verweis auf BGE 141 V 281 E. 5.2.
447 Vgl. BGE 143 V 418 E. 6.
448 Vgl. E. 4.2.4 mit Verweis auf BGE 141 V 281 E. 5.2.2 und Art. 7 Abs. 2 ATSG.
449 Vgl. E. 4.2.4. mit Verweis auf BGE 141 V 281 E. 6 S. 307 f.

Wenn der Rechtsanwender nach dieser Beweiswürdigung zum Schluss gelangt, dass ein Gutachten sowohl die mit BGE 141 V 281 definierten versicherungsmedizinischen Massstäbe als auch die allgemeinen rechtlichen Beweisanforderungen erfülle, ist das Gutachten beweiskräftig und die darin formulierten Stellungnahmen zur Arbeitsfähigkeit zu übernehmen. „*Eine davon losgelöste juristische Parallelüberprüfung nach Massgabe des strukturierten Beweisverfahrens soll nicht stattfinden.*“[450] Somit kommt grundsätzlich allein aus rechtlicher Sicht kein Abweichen von der Arbeitsfähigkeitsschätzung eines nachvollziehbaren, mit einer Indikatorenprüfung durchgeführten Gutachtens mehr in Frage.[451] 274

In casu stellte das kantonale Gericht auf die von den Gutachtern aus polydisziplinärer, aber insbesondere psychiatrischer Sicht attestierte 80%ige Arbeitsfähigkeit in der angestammten sowie in einer leidensangepassten Tätigkeit ab und bestätigte die rentenverneinende Verfügung. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass sich die Expertise an die massgebenden normativen Vorgaben von BGE 141 V 281 hielt; dass die Schlussfolgerungen zu den funktionellen Einschränkungen sowie die Zumutbarkeitsbeurteilung in sich widerspruchsfrei und nachvollziehbar sind, weshalb die Beschwerde abgewiesen wurde.[452] 275

j BGE 144 V 50

Ein anschauliches Anwendungsbeispiel für die Indikatorenprüfung nach BGE 141 V 281 auf der Basis eines Gutachtens, das bereits auf der Grundlage der Vorgaben dieses Entscheids erstellt wurde, bietet dieses Urteil vom 21. März 2018.[453] 276

Zum Sachverhalt: 277

Der im Jahre 1969 geborene Beschwerdeführer war seit 1997 als Maurer/Vorarbeiter tätig, reduzierte im November 2002 sein Arbeitspensum auf 50 % und meldete sich wegen Schmerzen im Rücken und in den Füssen im Februar 2003

450 E.4.2.5. mit Verweis auf BGE 141 V 281 E. 5.2.3 und TRAUB, Sozialversicherungsrechtstagung 2016, S. 142, Ziff. 3.3.3.

451 Siehe hierzu auch den Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 4. Oktober 2018, elektronisch abrufbar unter <https://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/aktuelle_entscheide1/Entscheide_2018/iv_-_invalidenversicherung/4_quartal/iv-2016-87.html> (letztmals besucht am 04.03.2019).

452 Vgl. E. 5.2 f.

453 Vgl. BGE 144 V 50.

bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an. Rückwirkend ab November 2002 wurde ihm eine halbe Invalidenrente zuerkannt. Aufgrund eines 2012 eingeleiteten Revisionsverfahrens wurde die Rentenbewilligung aufgehoben. Das Versicherungsgericht des Kantons Aargau hiess die dagegen geführte Beschwerde teilweise gut und wies die Sache zwecks weiterer Abklärung hinsichtlich der Arbeitsfähigkeit in einer leidensadaptierten Tätigkeit und zur Durchführung eines Einkommensvergleichs an die IV-Stelle zurück. Auf die dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten trat das Bundesgericht nicht ein.[454] Nach erneuter fachlicher Abklärung wurde der Anspruch auf eine Invalidenrente per 30. September 2014 aufgehoben. Die dagegen erhobene Beschwerde blieb ohne Erfolg. Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragte der Beschwerdeführer beim Bundesgericht sodann die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und die Verpflichtung der IV-Stelle, ihm weiterhin eine halbe Invalidenrente zuzusprechen. Eventualiter sei die Sache zur nochmaligen Abklärung an die IV-Stelle zurückzuweisen.

278 Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab. Die Begründung bzw. die Erwägungen enthalten zwei Argumentationsstränge: ein prozessuales (Umfang der bundesgerichtlichen Überprüfungsbefugnis) und ein inhaltliches Argument (Überprüfung des kantonalen Vorentscheids):

279 Nach Wiedergabe der Argumentation des Beschwerdeführers ging das Bundesgericht zur Begründung seiner Entscheidung zunächst auf grundlegende prozessuale Gesichtspunkte ein und stellte fest, dass seine Hauptaufgabe entsprechend Art. 189 BV die Rechtskontrolle ist, es daher die Sachverhaltsfeststellung nicht wie eine Appellationsinstanz in freier Weise, sondern grundsätzlich nur eingeschränkt gem. Art. 105 BGG, d.h. nur auf „offensichtlich unrichtige“ Feststellungen hin, überprüft.[455] Dabei gilt für die Rüge der offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung das strenge Rügeprinzip gem. Art. 106 Abs. 2 BGG und es muss beachtet werden, dass das Sachgericht im Bereich der Beweiswürdigung über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügt.[456]

280 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Sachverhaltsfeststellung nicht schon bei Zweifeln offensichtlich unrichtig, sondern erst dann, wenn sie

454 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_489/2015 vom 23. Juli 2015.
455 Vgl. E. 4.1, S. 52.
456 Vgl. E. 4.1, S. 53 mit Hinweis auf BGE 120 Ia 31 a E. 4b.

eindeutig und augenfällig unzutreffend ist.[457] Offensichtliche Unrichtigkeit liegt nicht vor, wenn auch eine andere Lösung in Betracht fällt, selbst wenn diese als die plausiblere erscheint.[458] Diese Grundsätze gelten auch in Bezug auf die konkrete Beweiswürdigung.[459] Dementsprechend ist das Bundesgericht auf eine Willkürkontrolle beschränkt und prüft nur, ob die Vorinstanz offensichtlich unhaltbare Schlüsse gezogen, erhebliche Beweise übersehen oder solche grundlos ausser Acht gelassen hat.[460] Aufgrund des strengen Rügeprinzips sind derartige Mängel in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen.[461] Auf ungenügend begründete Rügen oder lediglich allgemein gehaltene appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein.[462]

Darüber hinaus referiert das Bundesgericht nochmals die im Leitentscheid 281
BGE 141 V 281 enthaltenen Grundsätze: Die ärztliche Arbeitsfähigkeitsschätzung kann zwar, zumindest ohne einlässliche Befassung mit den spezifischen normativen Vorgaben und ohne entsprechende Begründung, den rechtlich geforderten Beweis des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit gem. Art. 7 Abs. 2 ATSG nicht erbringen, weil sie weitgehend vom Ermessen des medizinisch-psychiatrischen Sachverständigen abhängt.[463] Die medizinische Einschätzung der Arbeitsfähigkeit stellt aber eine wesentliche Grundlage für die anschliessende juristische Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistung der versicherten Person noch zugemutet werden kann, dar. Hinsichtlich der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit hätten sich die medizinischen Sachverständigen und die Organe der Rechtsanwendung bei ihrer Einschätzung des Leistungsvermögens an den normativen Vorgaben zu orientieren; die Gutachter im Idealfall gemäss der entsprechend formulierten Fragestellung.[464] Die Rechtsanwender müssten die medizinischen Angaben frei insbesondere daraufhin prüfen, ob sich die Ärzte an die massgebenden normativen Rahmenbedingungen gehalten haben und ob und in welchem Umfang die ärztlichen Feststellungen anhand der rechtserheblichen Indikatoren auf Arbeitsunfähigkeit schliessen lassen.[465]

457 Vgl. E 4.2; BGE 132 I 42 E. 3.1.
458 Vgl. BGE 129 I 8 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 9C_838/2016 vom 3. März 2017.
459 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_222/2016 vom 19. Dezember 2016 E. 1.2.
460 Vgl. BGE 132 III 209 E. 2.1.
461 Vgl. BGE 130 I 258 E. 1.3.
462 Vgl. BGE 134 II 244 E. 2.2; BGE 144 V 50 E. 4.2.
463 Vgl. BGE 144 V 50 E. 4.3.
464 Vgl. BGE 144 V 50 E. 4.3 mit Hinweis auf BGE 141 V 281 E. 5.2.
465 Vgl. BGE 143 V E. 6.

282 Im Anschluss daran setzte sich das Bundesgericht unter Beachtung der vorherigen Ausführungen – und im hier vorliegenden Kontext entscheidend – mit dem kantonalen Vorentscheid auseinander.[466] Besonders hervorzuheben sind die Ausführungen zu der Frage, weshalb das kantonale Gericht die Arbeitsfähigkeitsschätzung der (medizinischen bzw. psychiatrischen) Experten aus Rechtsgründen nicht übernommen hatte.[467] Das kantonale Gericht hielt sich strikt an die vom Bundesgericht im Leitentscheid BGE 141 V 281 aufgezeigte strukturierte Vorgehensweise und ging zunächst auf den Komplex „Gesundheitsschädigung" und hierbei auf die somatischen Beschwerden ein. Wesentlich ist, dass der rheumatologische Gutachter diesen Beschwerden keine die Arbeitsfähigkeit mindernde Wirkung beimass. Die geltend gemachten Einschränkungen wirkten sich objektiv lediglich in Bezug auf das noch zumutbare Tätigkeitsprofil und nicht auf den zumutbaren zeitlichen Umfang einer adaptierten Tätigkeit aus. Anschliessend wandte sich das kantonale Gericht auf der Grundlage der bundesgerichtlichen Rechtsprechung den funktionellen Auswirkungen der psychischen Erkrankung zu.[468]

283 Der psychiatrische Gutachter wies auf Persönlichkeitszüge hin, die charakteristisch sind für Menschen, die unter Disstress zu psychosomato-vegetativen Reaktionsbildungen neigen. Das kantonale Gericht stellte dann zutreffend fest, dass dadurch nichts über die konkrete Ausprägung und, damit zusammenhängend, über den funktionellen Schweregrad der chronischen Schmerzstörung ausgesagt werde. Der Psychiater stellte die akzentuierten Persönlichkeitszüge, denen die Experten keine Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit beimassen, in den Vordergrund. Daher konnte das kantonale Gericht von einer eher geringen Ausprägung der für die diagnostizierte chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren relevanten Befunde ausgehen und die gutachterlich beobachteten Verdeutlichungstendenzen, ohne Bundesrecht zu verletzen, als Indizien hierfür werten.[469]

284 Einen Ausschlussgrund nahm das kantonale Gericht damit und mit der Feststellung, dass der Versicherte zu 50 % arbeitet, gerade nicht an. Auch wenn der akzentuierten Persönlichkeitsstruktur nach den Darlegungen des Psychiaters ressourcenhemmende Wirkung beizumessen sei und sie somit gestützt auf

466 Vgl. BGE 144 V 50 E. 5.
467 Vgl. BGE 144 V 50 E. 5.1.
468 Vgl. BGE 144 V 50 E. 5.2.
469 Vgl. BGE 144 V 50 E. 5.2 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 9C_632/2017 vom 5. Dezember 2016 E. 3.1.

BGE 143 V 418 E. 8.1. als rechtlich bedeutsame Komorbidität aufgefasst werden könne, gehe aus dem Gutachten nicht hervor, weshalb sich daraus in Wechselwirkung mit der chronischen Schmerzstörung eine Leistungseinbusse im attestierten Ausmass ergeben soll.[470]

285 Wegen der Nichtinanspruchnahme einer psychotherapeutischen Behandlung ist für das Bundesgericht – wie auch zuvor für das kantonale Gericht – nicht nachvollziehbar, warum Migrationshintergrund, die Persönlichkeitsstruktur sowie die Sozialisation des Versicherten gegen eine erfolgsversprechende psychotherapeutische Behandlung sprechen sollen. Das Bundesgericht wies darauf hin, es sei vielmehr schlüssig, dass, wie ausgeführt, eine langjährige Chronifizierung des Leidens bei einem somatisch fixierten Krankheitskonzept mit wenigen intellektuellen Ressourcen insgesamt zu einer schlechten Prognose mit geringen Erfolgsaussichten führe. Selbst wenn damit von einer Behandlungsresistenz auszugehen sei, kann nicht gefolgert werden, dass dieses Leiden die funktionelle Leistungsfähigkeit im attestierten Ausmass einschränkt. Nichts anderes lasse sich aus den Darlegungen der Vorinstanz zur Behandelbarkeit des Leidens ableiten. Diese verneinte einen psychischen Gesundheitsschaden mit Krankheitswert im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVG denn auch nicht wegen unausgeschöpfter Behandlungsressourcen, weshalb auch die diesbezüglichen Rügen zu einem nicht durchgeführten Mahn- und Bedenkzeitverfahren fehlgingen.[471]

286 Auf der Grundlage der im Leitentscheid BGE 141 V 281 dargestellten strukturierten Vorgehensweise war sodann noch der soziale Kontext des Beschwerdeführers abzuklären.[472] Durch die soziale Einbettung in die familiären Beziehungsverhältnisse und aufgrund der nach wie vor ausgeübten Tätigkeit als Bauarbeiter weise der Beschwerdeführer Ressourcen aus, auf die der Versicherte zurückgreifen könne, indem er sich in der Familie und bei der Arbeit gut integriert fühle. Die gute Integration und daraus folgend die erhöhte psychische Belastbarkeit wirkten sich positiv auf die Schmerzperzeption aus. Dies habe auch das kantonale Gericht erkannt. Eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung liegt nach Auffassung des Bundesgerichts somit nicht vor.[473]

287 Insgesamt kommt das Bundesgericht zum Ergebnis, dass die vom psychiatrischen Sachverständigen gestellte Diagnose einer chronischen Schmerzstörung

470 Vgl. BGE 144 V 50 E. 5.2.
471 Vgl. BGE 144 V 50 E. 5.2.1.
472 Vgl. BGE 144 V 50 E. 5.2.2.
473 Vgl. BGE 144 V 50 E. 5.2.2.

mit somatischen und psychischen Faktoren trotz medizinisch attestierter 50%iger Arbeitsunfähigkeit keine IV-relevante Einschränkung zu begründen vermag. Die vorinstanzliche Würdigung des Gutachtens zeige in Anwendung der Rechtsprechung gemäss BGE 141 V 281 schlüssig auf, weshalb die vom psychiatrischen Sachverständigen gestellte Diagnose einer chronischen Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren trotz medizinisch attestierter 50%iger Arbeitsunfähigkeit nicht dazu in der Lage sei, IV-relevante Einschränkung zu begründen. Der Beschwerdeführer habe nicht darzulegen vermocht, inwiefern die Erwägungen im angefochtenen Entscheid Bundesrecht verletzen.[474] Da das kantonale Gericht nicht etwa eine losgelöste juristische Parallelprüfung der Indikatoren vornahm, sondern anhand der medizinischen Indikatorenprüfung schlüssig die massgeblichen Beweisthemen im Rahmen einer umfassenden Betrachtung eines stimmigen Gesamtbildes abhandelte und aufwies, wo die ärztlichen Darlegungen nicht mit den normativen Vorgaben übereinstimmen, habe das kantonale Gericht zu Recht den Schluss gezogen, dass aus juristischer Sicht der Annahme einer medizinisch attestierten Arbeitsunfähigkeit nicht gefolgt werden kann.[475] Demnach stellt es nach Auffassung des Bundesgerichts keine Rechtsverletzung dar, wenn es der gutachterlich attestierten 50%igen Arbeitsunfähigkeit die rechtliche Relevanz absprach und feststellte, es liege kein invalidisierender Gesundheitsschaden vor.[476]

288 In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass JEGER in seiner Publikation «Der Mensch ist gesund» vor einem erneuten „*Fehlschluss*“ warnt, wenn durch das Bundesgericht in diesem Leitentscheid mittels richterlicher Vermutung ohne medizinische Empirie – wie bei der Überwindbarkeitsvermutung – die „Validität“ mit einer „generalisierten Gesundheitsvermutung“ gleichgesetzt wird.[477] JEGER zeigt auf, dass die empirische Grundlage für diese Vermutung fehlt. Bedenklich sei insbesondere, „*wenn Rechtsanwender mit dieser richterlichen Vorannahme an die Bearbeitung eines Einzelfalles herangehen. Die Wahrscheinlichkeit von falsch-negativen Entscheiden ist gross. Das hat auch viel mit Psychologie zu tun, ist doch erwiesen, dass der Mensch danach*

474 Vgl. BGE 144 V 50 E. 6.1.

475 Vgl. BGE 144 V 50 E. 6.1 mit Verweis auf BGE 141 V 281 E. 5.2 und BGE 140 V 193.

476 Vgl. BGE 144 V 50 E. 6.1.

477 JEGER, «Der Mensch ist gesund», Rz. 3 ff.

trachtet, seine persönlichen Vorannahmen und Überzeugungen bestätigen zu lassen."[478]

k Zwischenfazit zu den exemplarisch ausgewählten Entscheiden

Die exemplarisch ausgewählten Entscheide zeigen u.a. die nachfolgende Entwicklung und daraus hervorgehende Handlungsspielräume auf: 289

- Durch den Wegfall der Vermutung haben sich die Chancen von Versicherten, eine IV-Rente zugesprochen zu bekommen, theoretisch verbessert. Sie wurden von der Ausgangsvermutung, ihr Leiden wäre überwindbar, befreit. Stattdessen wird ihr Begehren in einem indikatorenorientierten Abklärungsverfahren bzw. indikatorengeleiteten Beweisverfahren mittels eines normativen und ergebnisoffenen Prüfungsrasters geprüft.
- Das ‚Regel-/Ausnahmemodell' wurde durch ein strukturiertes Beweisverfahren mit vorgegebenen Indikatoren ersetzt.
- Durch die Einführung des strukturierten Beweisverfahrens wird eine präzisere Prüfung der Invaliditätsvoraussetzungen ermöglicht.
- Die Beweislastverteilung verbleibt dahingehend, dass sämtliche Zweifel in Bezug auf eine etwaige Invalidität zulasten der versicherten Person gehen.
- Der normative Prüfungsraster gemäss BGE 141 V 281 hat sich etabliert, die Indikatoren wurden präzisiert und die Rechtsanwendenden konnten mittlerweile damit Erfahrungen sammeln.
- Die Gerichte legen ihrer Entscheidung die von BGE 141 V 281 entwickelten Grundsätze vollumfänglich zugrunde.
- Der Indikatorenkatalog ermöglicht, die Anspruchsvoraussetzungen einzelfallgerecht zu prüfen, und zwar ergebnisoffen, umfassend und differenziert.

478 JEGER, «Der Mensch ist gesund», Rz. 38.

- Die Rechtsanwender haben den Wandel der Rechtsprechung von der Überwindbarkeitsvermutung zur Indikatorenrechtsprechung vollzogen.
- Mit der Ausdehnung der neuen Schmerzrechtsprechung auf alle psychischen Leiden wurde auch die ohne plausible Begründung auf Diagnosen gestützte unterschiedliche Behandlung von Versicherten überwunden.
- Die Anspruchsprüfung der Versicherten wurde mit der Indikatorenrechtsprechung auf eine rechtlich korrekte Grundlage gestellt.
- BGE 142 V 106 zeigt die Möglichkeit auf, befristete (Teil-)Renten zuzusprechen. Dies könnte als Lösungsansatz beim Umgang mit psychischen Leiden weiterverfolgt werden.[479]
- Revisionen werden häufig durchgeführt, was einen guten Ansatz darstellt, um die Einhaltung der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen kontinuierlich sowie auch künftig zu gewährleisten.
- Die Erwägungen machen deutlich, dass es sich bei der Frage, welcher Gesundheitsschaden welche Beeinträchtigungen im beruflichen und alltäglichen Leben nach sich zieht, sowie bei der Konsistenzprüfung, um Ermessensentscheide handelt.
- Aus den Entscheiden und Erwägungen geht hervor, dass die genaue Diagnosestellung zentral ist. Zahlreiche Rentenansprüche werden bereits auf dieser Ebene verneint bzw. wird die Rentenprüfung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
- Der Entscheid zu Observationen stellt einen der möglichen Mechanismen dar, um der Simulation oder Aggravation durch die Versicherten entgegenzuwirken.
- Das Bundesgericht hat im Leitentscheid BGE 144 V 50 bereits eine neue Vermutung aufgestellt, die über keine wissenschaftliche Grundlage verfügt.

479 Vgl. hierzu GÄCHTER im Zeitungsartikel „Nun trifft es auch Patienten mit einer Depression. Das Bundesgericht hat den Zugang zu IV-Renten erneut verschärft. Fachleute sind besorgt“, in: „Der Bund“ vom 12. Juni 2017, S. 4.

Wie sich der Wandel der Schmerzrechtsprechung zur Indikatorenrechtsprechung mit dem ergebnisoffenen normativen Beweisverfahren in der Praxis bis Ende 2018 für den Versicherten effektiv ausgewirkt hat, wird im nächsten Teil der Arbeit unter „Zahlen und Fakten" dargelegt. Zuvor wird ergänzend auf einige Stellungnahmen aus der Literatur eingegangen. 290

1.2 Stellungnahmen aus der hinzugezogenen Literatur

Wie bereits erwähnt, wurde die Änderung der bundesgerichtlichen Judikatur, die durch den Entscheid BGE 141 V 281 eingeleitet wurde, von der verwendeten Literatur einhellig begrüsst. Auf die Ausführungen in Rz. 132 ff. wird verwiesen. Seitdem begleitet die konsultierte Literatur die einzelnen Entscheide, von denen im vorherigen Kapitel einige wesentliche Judikate ausschnittsweise vorgestellt wurden, kritisch. Die Richtung wird im Grundsätzlichen nicht beanstandet, erörtert werden überwiegend Detailfragen sowie die Auswirkungen der neuen Rechtsprechung. 291

Nachfolgend wird – lediglich exemplarisch und ohne Anspruch auf Vollständigkeit – auf einige Stellungnahmen und Abhandlungen eingegangen, die aber kennzeichnend für die im vorliegenden Zusammenhang erörterten Problempunkte sind. 292

ZÜBLIN hat in seinen grundlegenden Ausführungen zu „Psychosomatische[n] Gesundheitsstörungen im Sozialversicherungs-, Privatversicherungs- und Haftpflichtrecht" zunächst darauf hingewiesen, dass vor der Rechtsprechungsänderung durch BGE 141 V 281 am 3. Juni 2015 Versicherungsmediziner die Frage der Überwindbarkeit, die gestützt auf die sog. FOERSTER-Kriterien von juristischer Seite zu überprüfen gewesen wäre, selbst beantwortet und sich gar nicht mehr zur medizinisch realistischen Arbeitsfähigkeit geäussert hätten. Damit habe eine gefährliche Entwicklung begonnen, nämlich das Auseinanderdriften von Medizin und Versicherungsmedizin bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit.[480] 293

Gemäss BGE 141 V 281 führten nunmehr indirekte Parameter zur Beurteilung der Schwere der Schmerzerkrankung und deren Folgen für die Leistungsfähigkeit. Diese Indikatoren stellten beweisrechtliche Indizien dar, die letztlich vom Rechtsanwender hinsichtlich der Überzeugungskraft gewürdigt werden müssten. Das letzte Wort habe somit der Rechtsanwender. Er habe diese Indizien 294

480 Vgl. ZÜBLIN, Psychosomatische Gesundheitsstörungen, S. 313.

zu bewerten bzw. hinsichtlich ihrer Überzeugungskraft zu gewichten, ohne jedoch sein laienhaftes Wissen anstelle desjenigen des Experten zu setzen.[481]

295 Mit offen Fragen der Rechtsanwendung befasst sich WELTEN(-WINZENRIED) in ihrem Beitrag „Psychosomatische Störungen – offene Fragen"[482] und widmet sich hierbei den Entwicklungen und Tendenzen in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts. Sie geht vor allem auf den in vorliegender Dissertation behandelten Entscheid BGE 142 V 106 – siehe hierzu Rz. 230 ff. – ein und befasst sich mit der Frage, wie die Kriterien gemäss BGE 141 V 281 weiterentwickelt und von der Rechtsprechung verfeinert werden. Dazu auch das in Rz. 255 ff. referierte Urteil des Bundesgerichts 9C_289/2017 vom 4. September 2017. Festzuhalten ist, dass sich durch die geänderte Rechtsprechung an der grundsätzlichen Beweislastverteilung dahingehend, dass sich sämtliche Zweifel in Bezug auf eine etwaige Invalidität zulasten der versicherten Person auswirken, nichts geändert hat.[483]

296 Wie aufmerksam die Rechtsprechung durch die Literatur ‚begleitet' und beobachtet wird, zeigt eine Abhandlung von SAMUELSSON, in der sie sich mit dem Entscheid BGE 142 V 106 auseinandersetzt und zu den einzelnen Erwägungen des Gerichts Stellung nimmt.[484] Es ist dies der Entscheid, zu dem sich – wie soeben dargelegt – auch WELTEN(-WINZENRIED), wenn auch aus einer anderen Perspektive, geäussert hat. SAMUELSSON rügt bereits die Annahme des Bundesgerichtes, wonach sich aus den klassifikatorischen Diagnosen per definitionem ein rechtlich relevanter Schweregrad ergäbe, als unzutreffend:[485]

> „*Die ICD und auch DSM-Klassifikationen sind deskriptiver Art und nicht wertender Natur. Sie sagen nichts über das konkrete Aktivitäts- und Partizipationsniveau eines Betroffenen aus. Bereits die Definition als chronischer Schmerz erfordert einen länger dauernden Schmerz (mindestens drei Monate andauernd) und einen Intensitätsgrad (wiederkehrend oder permanent vorhanden). Die Diagnosen sind Ausgangpunkt der weiteren*

481 Vgl. ZÜBLIN, Psychosomatische Gesundheitsstörungen, S. 314.
482 Vgl. WELTEN-WINZENRIED, BGE 141 V 281 – offene Fragen, S. 115.
483 Vgl. WELTEN-WINZENRIED, BGE 141 V 281 – offene Fragen, S. 128.
484 Vgl. SAMUELSSON, BGE 142 V 106, S. 401.
485 Vgl. SAMUELSSON, BGE 142 V 106, S. 403.

Schweregradprüfung und der funktionellen Einschränkungen. Ohne Krankheit keine Leistungsberechtigung."[486]

Wichtig ist auch der Hinweis von SAMUELSSON, dass der Schwerpunkt nach der geänderten Rechtsprechung nunmehr auf der Schweregradbeurteilung und Funktionseinschränkung und nicht mehr auf der Genese der einzelnen Erkrankung liegt. Daher sind chronische Erkrankungen auch meist nicht monokausal, sondern multifaktoriell begründet, was die Anforderungen an die versicherungsmedizinische Abklärung anhebe.[487] 297

In beweisrechtlicher Hinsicht ging BGE 142 V 106 davon aus, dass der Nachweis der medizinisch-gesundheitlichen Anspruchsgrundlage gestützt auf das vorgelegte psychiatrische Gerichtsgutachten nicht erbracht sei und kam daherzu dem Ergebnis, dass die Folgen der Beweislosigkeit den Beschwerdeführer treffen.[488] SAMUELSSON moniert aber, dass das Bundesgericht das „*zugrunde liegende Sachfundament (nicht) vollständig erhoben*" habe, „*d.h., [dass] (nicht) alle sich stellenden relevanten (Sach-)Fragen auch wirklich umfassend untersucht und beleuchtet wurden.*"[489] Der bundesgerichtliche Verweis auf einen umfassenden medizinischen Krankheitsbegriff als Rechtfertigungsgrund für die juristische Abweichung von der durch den Gerichtsgutachter medizinisch-theoretisch attestierten Leistungsfähigkeit stelle einen eklatanten Widerspruch zu der Intention dar, die der geänderten Rechtsprechungspraxis zugrunde liegt.[490] 298

Der Indikatorenkatalog in BGE 141 V 281 halte nun aber die Mediziner nicht zu einer strikten Ausscheidung von biologisch-psychischen (Krankheits-)Faktoren an, weil sich die Erkenntnis durchgesetzt zu haben scheint, dass chronische Beschwerdezustände meist multifaktoriell bedingt sind. Hiervon rücke der Entscheid BGE 142 V 106 wieder ab.[491] 299

Einigkeit herrscht darüber, dass ein Gutachten, um schlüssig zu sein, grundsätzlich dem aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstand entsprechen muss. 300

486 SAMUELSSON, BGE 142 V 106, S. 403.
487 Vgl. SAMUELSSON, BGE 142 V 106, S. 403
488 Siehe hierzu auch oben Rz. 230 ff. (insb. Rz. 240) sowie WELTEN (-WINZENRIED), Psychosomatische Störungen, S. 127 f.
489 SAMUELSSON, BGE 142 V 106, S. 404.
490 Vgl. BGE 124 V 106 E. 4.4 in fine ; SAMUELSSON, BGE 142 V 106 S. 405.
491 Vgl. SAMUELSSON, BGE 142 V 106 S. 405.

Dabei ist es aber gerade im Bereich der Psychiatrie und Psychosomatik aufgrund der rasanten Fortschritte der Forschung oft schwierig, diesem Postulat gerecht zu werden. Im Hinblick auf chronische Schmerzerkrankungen setze sich, so SAMUELSSON, die Erkenntnis durch, dass eine enge neurobiologische Verknüpfung zwischen Schmerz- und Stressverarbeitungssystem besteht. Ferner müsse beachtet werden, dass für das individuelle Schmerzerleben zentrale Einflussfaktoren vorhanden sind. Diese lassen sich präzise bestimmten Hirnarealen zuordnen, ohne dass eine somatische Begründbarkeit gegeben wäre. So ist erwiesen, dass eine ängstliche Persönlichkeitsstruktur das subjektive Schmerzerleben beeinflusst. Insgesamt müsse das gesamte biopsychosoziale Umfeld der Betroffenen erfasst werden und nicht (nur) das Ausmass einer organischen Schädigung. Schmerz werde also durch gewisse psychosoziale Einflussfaktoren bestimmt. [492]

301 Demnach gilt, dass sich die Schwere einer Schmerzerkrankung nicht aufgrund der somatischen Befundlage ergibt. Besonders schwerwiegend ist der Vorwurf von SAMUELSSON, dass das Bundesgerichtsurteil BGE 142 V 106 das Gutachten einerseits als voll beweistauglich und schlüssig qualifiziert, andererseits aber das Tatbestandsermessen des Gutachters in Bezug auf die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit vollständig ausser Kraft setzt. Auch sei dem Gutachten nicht zu entnehmen gewesen, ob und inwiefern sich der Gerichtsgutachter überhaupt zu den neuen Indikatoren äusserte. Schliesslich sei die Frage, was von einem medizinischen Experten bei einer Schmerzerkrankung oder anderen psychosomatischen Erkrankung zu beantworten ist, davon zu unterscheiden, wer diese Frage aufwerfen muss. Hierin sieht SAMUELSSON die massgebliche Unzulänglichkeit des kommentierten Entscheids,[493] weil es die Beweislast mit der Beweisführungslast, von der der Versicherte aufgrund der Instruktionsmaxime in diesen Verfahren befreit ist, vermische.[494]

302 KIESER befasst sich in seinem Überblick „Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht“[495] ebenfalls mit dem Risikobereich der Invalidität. Dabei hebt er hervor, dass sich die Rechtsprechung am häufigsten mit Streitigkeiten über die Festsetzung der Invalidität befasst, also mit genau jenem Gebiet, dem die vor-

492 Vgl. SAMUELSSON, BGE 142 V 106, S. 406 m.w.H.
493 Vgl. SAMUELSSON, BGE 142 V 106, S. 407.
494 Vgl. SAMUELSSON, BGE 142 V 106, S. 408.
495 Vgl. KIESER, Entwicklungen SVR 2017, S. 575–580.

liegende Arbeit gewidmet ist. Im Jahr 2017 sei die Frage im Mittelpunkt gestanden, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine Depression hinreichend für die Annahme einer Invalidität ist.[496]

303 Im Überblick aus dem Jahr 2018 weist KIESER auf den grundsätzlichen Charakter der beiden Bundesgerichtsurteile (BGE 143 V 409 und BGE 143 V 418) zur Einordnung der psychischen Beeinträchtigungen hin. Mit diesen wurde festgehalten, dass auch affektive Störungen einschliesslich der leichten bis mittelschweren depressiven Erkrankungen dem strukturierten Beweisverfahren gemäss BGE 141 V 281 zu unterstellen sind. Dabei ist auch bei solchen Beeinträchtigungen die Frage zu beantworten, ob und wie sich die Krankheit leistungslimitierend auswirkt.[497]

304 ACKERMANN beleuchtet Erfahrungen mit psychosomatischen Störungen in der kantonalen Rechtsprechung.[498] Er legt dar, dass sich das Grundsatzurteil BGE 141 V 281[499] in eine Reihe anderer Grundsatzurteile einreiht und belegt dies durch Hinweise auf BGE 137 V 210 (Abklärung eines Gesundheitsschadens durch eine MEDAS). Dort stellt das Bundesgericht fest, dass bei unklaren Beschwerdebildern der Beweis über die funktionellen Auswirkungen unklarer Beschwerdebilder nicht anders als indirekt geführt werden kann. Auch in diesem Entscheid stand die Problematik im Vordergrund, dass ärztliche Beurteilungen oftmals unausweichlich Ermessenszüge tragen und medizinische Feststellungen vom Rechtsanwender mangels eigener Fachkenntnis „oft“ nicht überprüft werden können. Während BGE 137 V 210 Anforderungen an die verfahrensmässige Überprüfung stellt, befasste sich BGE 141 V 281 mit der inhaltlichen Seite. Der Entscheid BGE 140 V 193 legte sodann Grundsätze zum Verhältnis zwischen Arzt und Rechtsanwender bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit fest. Dabei wurde wie in BGE 141 V 281 eine inhaltliche Prüfung durchgeführt, bei der das gesamte Umfeld (Arbeitsleben, Behandlungen etc.) mitberücksichtigt wurde. In BGE 140 V 290 legt das Bundesgericht

496 Das Bundesgericht hat dazu eine Vielzahl von Urteilen gefällt, vgl. z.B. die Urteile des Bundesgerichts 8C_105/2017 vom 6. Juni 2017, 9C_671/2016 vom 20. März 2017, 8C_14/2017 vom 15. März 2017, 9C_253/2017 vom 6. Juli 2017, 9C_675/2016 vom 18. April 2017, 8C_2/2017 vom 16. August 2017, 8C_451/2016 vom 17. Oktober 2016, 9C_804/2016 vom 10. April 2017.

497 Vgl. KIESER, Entwicklungen SVR 2018, S. 552.

498 Vgl. ACKERMANN, Psychosomatische Störungen, S. 1.

499 Vgl. dazu auch KIESER Entwicklungen SVR 2016, S. 547–548.

die Anforderungen an den medizinischen Beweis fest.[500] Darüber hinaus wurden Fragen der Konsistenz behandelt, indem „*die Berücksichtigung weiterer Lebens- und Aktivitätsbereiche wie etwa Freizeitverhalten oder familiäres Engagement*“ erforderlich sei, um das Ausmass der Einschränkungen eines Gesundheitsschadens zu plausibilisieren.[501]

305 Abschliessend stellt ACKERMANN fest, dass die neue Rechtsprechung zu den unklaren Beschwerdebildern auftretende Fragen pragmatisch löse und sich auch dazu verhält, wie mit den Auswirkungen der entsprechenden Gesundheitsschäden zu verfahren ist.[502]

306 BOLLINGER befasst sich mit der grundlegenden Frage, wann überhaupt von einem Gesundheitsschaden gesprochen werden könne.[503] Von besonderem Interesse im hier relevanten Gebiet ist dabei die Begriffsbestimmung aus sozialversicherungsrechtlicher Perspektive.[504] Auf den Seiten 29 ff. ihrer Abhandlung geht sie speziell auf den Entscheid BGE 141 V 281 und die Folgen ein. Von besonderer Bedeutung ist hierbei ihr Hinweis, dass das Bundesgericht mit seiner Rechtsprechungsänderung erreichen wollte, dass die beiden Sphären „Recht“ und „Medizin“ getrennt bleiben sollen. D.h., dass sich der Rechtsanwender aus dem medizinischen Gebiet zurückziehen könne, ohne dass die Durchsetzung der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen gefährdet wird. Die verfeinerten rechtlichen Vorgaben von BGE 141 V 281 führten dazu, dass die Beurteilungen in medizinischen Gutachten, die die juristischen Prämissen einhalten, rechtlich zu respektieren sind. Wesentlich ist auch – wie die Urteilsbesprechung von SAMUELSSON soeben ebenfalls zeigte –, dass eine eigenständige (autonome) juristische Parallelüberprüfung nicht zulässig ist, sofern die medizinische Beurteilung keine Defizite aufweist.[505]

307 TRAUB hält zur Natur der Rechtsprechungsänderung fest, dass die Anspruchsvoraussetzungen „*weder verschärft noch gelockert*“ wurden.[506] Nach Streichung der Überwindbarkeitsvermutung finde nun eine „*ergebnisoffene (das*

500 Vgl. ACKERMANN, Psychosomatische Störungen, S. 19.
501 Vgl. ACKERMANN, Psychosomatische Störungen, S. 20.
502 Vgl. ACKERMANN, Psychosomatische Störungen, S. 20.
503 Vgl. BOLLINGER, Gesundheitsschaden, S. 21 ff.
504 Vgl. BOLLINGER, Gesundheitsschaden, S. 24 ff.
505 Vgl. BOLLINGER, Gesundheitsschaden, S. 38.
506 Vgl. TRAUB, BGE 141 V 281 – Auswirkungen, S. 119.

heisst nicht mehr an eine Ausgangshypothese gebundene) Prüfung des Leistungsanspruchs" anhand von Indikatoren statt.[507] Zudem erhalte die Diagnose eine gewichtigere Bedeutung, weil sie sich nun stärker auf den gesamten Prüfungsraster auswirkt.[508] Ein weiterer wichtiger Leitgedanke der neuen Schmerzrechtsprechung sei, dass bei der Leistungsprüfung der Fokus auf den ursächlichen Kausalzusammenhang zwischen versicherter Gesundheitsschädigung, Funktionsstörung und Arbeitsunfähigkeit gerichtet werde.[509] Zudem konzentriere sich die neue Schmerzrechtsprechung auf die „*Spezifizierung der qualitativen und quantitativen Arbeitsunfähigkeit*" anhand konkreter Funktionsstörung.[510]

308 Mit einem besonders in praktisch-verfahrensmässiger Hinsicht bedeutsamen Thema befasst sich KIESER in seinem Beitrag „Psychosomatische Störungen – Stellenwert der Qualitätsleitlinien bei Begutachtungen."[511] Dabei wirft er gleich zu Beginn seiner Ausführungen die Frage auf, ob Leitlinien zur Erstellung eines medizinischen Gutachtens einen Beitrag zur Qualitätssicherung leisten können. Dazu geht er „in medias res" und thematisiert die Leitlinien der Schweizerischen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie (SGPP).[512]

309 Diese neuen Leitlinien liegen – wie in Rz. 196 bereits dargelegt – in der 3. vollständig überarbeiteten und ergänzten Auflage vor. Anders als die Ausgabe 2012 sind die neuen Leitlinien inhaltlich umfassender, enthalten aber keine grundlegenden Änderungen. Auf die Kohärenz mit der neuen Schmerzrechtsprechung wird in den Leitlinien selbst verwiesen.[513] KIESER hebt hervor, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung den Leitlinien für Gutachten erhebliche Bedeutung beimisst und verweist auf BGE 140 V 262:

> „*Die Rechtsprechung hat die «Qualitätsleitlinien für psychiatrische Gutachten in der Eidgenössischen Invalidenversicherung» der Schweizerischen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie (SGPP) vom Februar 2012 (zugänglich unter http://www.psychiatrie.ch) als anerkannten Standard für eine*

507 Vgl. TRAUB, BGE 141 V 281 – Auswirkungen, S. 124 f.
508 Vgl. TRAUB, BGE 141 V 281 – Auswirkungen, S. 130.
509 Vgl. TRAUB, BGE 141 V 281 – Auswirkungen, S. 138 ff.
510 Vgl. TRAUB, BGE 141 V 281 – Auswirkungen, S. 141 ff.
511 Vgl. KIESER, Qualitätsleitlinien, S. 49 ff.
512 Vgl. KIESER, Qualitätsleitlinien, S. 50.
513 Vgl. FN 1 der Leitlinien und MEIER, Auswirkungen, S. 69.

> *sachgerechte und rechtsgleiche (versicherungs-)psychiatrische Begutachtung bezeichnet (Urteile 8C_51/2012 vom 29. Januar 2013 E. 3.3.3.1 und 8C_945/2009 vom 23. September 2010 E. 5). Die Qualitätsleitlinien verstehen sich als Empfehlung, von welcher im begründeten Einzelfall abgewichen werden kann; dem Rechtsanwender sollen sie bei der Beurteilung der Gutachtensqualität nützlich sein (vgl. Präambel a.E.). Die Qualitätsleitlinien sind in der Praxis der IV unmittelbar berücksichtigt worden. Das BSV hat die Leitlinien für alle zuhanden der Invalidenversicherung erstellten Gutachten als verbindlich erklärt. Die IV-Stellen (resp. deren Regionale Ärztliche Dienste) sind aufsichtsbehördlich angewiesen, die Leitlinien bei eigenen klinischen Untersuchungen und bei der Dossieranalyse und für Aktengutachten sowie bei externen psychiatrischen Administrativgutachten als Raster für die Qualitätssicherung einzusetzen (IV-Rundschreiben Nr. 313 vom 6. Juni 2012; vgl. zur Bedeutung von Verwaltungsweisungen BGE 133 V 587 E. 6.1 S. 591).*“[514]

310 KIESER geht dann ausführlich auf Bedeutung und Anforderungen an ein ordnungsgemäss den Regeln der ärztlichen Heilkunst entsprechend erstelltes Gutachten und auf die Qualifikation der Gutachter ein. Die Leitlinien messen der Person des Gutachters eine zentrale Rolle bei. Er muss über die hinreichende Aus- und Weiterbildung verfügen. Ebenso klar ist, dass die sachverständige Person unabhängig sein und unparteiisch vorgehen muss. Zentral ist dabei die Frage der Unabhängigkeit. Wie diese Unabhängigkeit im Einzelnen zu gewährleisten ist, wird in den Leitlinien wenig fassbar umschrieben. Immerhin wird festgehalten, dass eigene Patienten nicht begutachtet werden können.[515]

311 Des Weiteren enthalten die Leitlinien einen Musteraufbau des psychiatrischen Gutachtens. Damit wird der gutachtlich tätigen Person vermittelt, welche Teile das Gutachten grundsätzlich zwingend zu enthalten hat.[516] Insbesondere von Bedeutung ist, dass in Ziffer 3.2 des Musteraufbaus die Themen des vertiefenden Interviews genannt werden. Allerdings ist selbstverständlich unverkennbar, dass das Führen eines so strukturierten Interviews ebenso aufwendig ist,

514 KIESER, Qualitätsleitlinien, S. 50 f.
515 Vgl. KIESER, Qualitätsleitlinien, S. 58.
516 Vgl. KIESER, Qualitätsleitlinien, S. 59.

wie das grundsätzlich erforderliche Festhalten der Aussagen im Rahmen des Gutachtens im Gutachtenstext selbst.[517]

Auffallend ist die vergleichsweise Kürze der in Ziffer 6 des Musteraufbaus enthaltenen medizinischen und versicherungsmedizinischen Beurteilung. Denn darin liegt eigentlich der Kern der gutachtlichen Tätigkeit. Für die sachverständige Person könnte es von Nutzen sein, hier näher zu erfahren, nach welchen Gesichtspunkten beispielsweise die Konsistenz, die Validität und die Plausibilität festzulegen sind. Besonders knapp ist der Musteraufbau bezogen auf die eigentliche zentrale Frage des Gutachtensauftrags; diese wird regelmässig darin bestehen, dass die sachverständige Person das Ausmass der Leistungseinschränkung bzw. der Arbeitsfähigkeit festzulegen hat.[518] 312

Die Qualitätsleitlinien bilden einen wesentlichen Teil der Qualitätssicherung von Gutachten. Will Qualitätssicherung effektiv sein, erfordert sie eine Vielzahl von Massnahmen. Unabhängig von der Beachtung der Qualitätsleitlinien ist in jedem konkreten Einzelfall der Blick auf das gesamte Beweisergebnis zu richten. Erst ein insgesamt abgestütztes Beweiswürdigungsresultat vermag aufzuzeigen, ob sich ein bestimmter Sachverhalt in bestimmter Weise verwirklicht hat. Daneben soll durch sonstige Massnahmen eine Kontrolle der qualitativen Überzeugungskraft von Gutachten erfolgen, wobei dies auch ausserhalb der Rechtsanwendung im Einzelfall erfolgen soll.[519] 313

Die Einschätzung der gesundheitlichen funktionalen Beeinträchtigungen der versicherten Person gehört zu den grössten Herausforderungen für alle Verfahrensbeteiligte, d.h. für die Rechtsanwender sowie Ärzte/Gutachter.[520] Diese Einschätzung bedarf der grössten Aufmerksamkeit, weil sie für beide beteiligten Parteien – für die versicherte Person sowie für die Versicherung – massgebend ist. Und doch handelt es sich, wie RIEMER-KAFKA zu Recht darauf hinweist, bei allen Bemühungen aller am Verfahren Beteiligten letztlich um einen Ermessensentscheid. Denn welcher Gesundheitsschaden welche Beeinträchtigungen im Beruflichen und Alltäglichen nach sich zieht, ist stets nur eine „*Annäherung an die Wahrheit, denn bereits die Methode ihrer Bestimmung birgt ein objektiv nicht bestimmbares Mass an Ermessen in sich.*“[521] 314

517 Vgl. KIESER, Qualitätsleitlinien, S. 59.
518 Vgl. KIESER, Qualitätsleitlinien, S. 59.
519 Vgl. KIESER, Qualitätsleitlinien, S. 64.
520 Vgl. RIEMER-KAFKA, indikatorenorientierte Abklärungsverfahren, S. VII.
521 RIEMER-KAFKA, indikatorenorientierte Abklärungsverfahren, S. VIII.

Diese Tatsache entlastet jedoch keineswegs die Beteiligten, „*die bestmögliche Übereinstimmung von Wollen, Sollen und Wirklichkeit zu suchen und dafür das bestmögliche Instrumentarium und die bestmögliche Methode einzusetzen*."[522]

315 Auch die Beiträge von MEIER „Ein Jahr neue Schmerzrechtsprechung" und „Zwei Jahre neue Schmerzrechtsprechung" verdeutlichten, wie die Entwicklung der Rechtsprechung mit stets ‚wachem Auge' verfolgt wird. Der Autor hat mit seiner Analyse eine Übersicht über die beiden Jahre der Folgerechtsprechung gegeben und damit einen wichtigen Beitrag zur Präzisierung der Rechtsanwendungsinstrumente durch die Judikatur geleistet. Zudem hat MEIER mit fünf Thesen prägnant dargelegt, weshalb die Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung bisher bescheiden ausfallen. Er kommt zum Schluss, dass es sich um ein Übergangsproblem handle, wobei ein Teil davon jedoch auch „*systemimmanent*" sei. Auswirkungen seien erst dann zu erwarten, „*wenn sich die an der Begutachtung und an der Leistungsbeurteilung Beteiligten unvoreingenommen auf eine differenzierte und ergebnisoffene Beurteilung einlassen*."[523] Der Paradigmenwechsel sollte für eine ergebnisoffene Prüfung in jedem Einzelfall stehen und nicht dazu dienen, mit einzelnen Indikatoren Rentenverweigerungen zu begründen, was mit dem verschärften Raster durchaus möglich ist.[524] Auf der Suche nach Antworten auf die Frage, wo die Auswirkungen der neuen Schmerzpraxis bleiben, stellt MEIER – wie oben bereits angedeutet – folgende fünf Thesen in den Mittelpunkt.[525]

316 Gemäss der ersten These (These I) eignen sich die nach ursprünglicher Rechtsprechung eingeholten Gutachten nur bedingt für eine ergebnisoffene Beurteilung der Arbeitsfähigkeit. Dabei führt MEIER zutreffend aus, dass sich die neue Praxis auf die Sachverhaltsfeststellung auswirkt, weil sich das Abklärungsverfahren an den Indikatoren zu orientieren hat. Zudem stellen die Indikatoren eine „*Richtschnur für den Rechtsanwender*" dar, weil sie massgebende Wertungskomplexe benennen.[526] Diese Indikatoren wurden in Gutachten, die nach

522 RIEMER-KAFKA, indikatorenorientierte Abklärungsverfahren, S. VIII.
523 MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 81.
524 Vgl. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 80 f. und insbesondere auch S. 78 auf der MEIER ausführt, dass bisweilen ein wenig das Augenmass fehle.
525 Vgl. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 64 ff.
526 Vgl. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 65.

der ursprünglichen Schmerzrechtsprechung erstellt wurden, nicht explizit eruiert. Hinzu komme, dass sich „*die Tonalität der Abklärung*“ geändert hat: Es ist nicht mehr von der damals geltenden – grundsätzlich Renten ablehnenden – Überwindbarkeitsvermutung auszugehen, sondern nun ist die Tonalität auf „*Ergebnisoffenheit ausgerichtet*“.[527] Des Weiteren hält MEIER zutreffend fest, dass die Rechtsanwender den Wandel zum strukturierten Beweisverfahren vorgenommen haben. Auf der Ebene der Sachverhaltsermittlung durch die medizinischen Experten hinke die Praxis jedoch hinterher, denn in der ersten Übergangsfrist nach BGE 141 V 281 basierten die Entscheide auf Gutachten, die noch vor der Praxisänderung erstellt worden waren. Die eigentliche Herausforderung liege somit gerade im Wandel auf der Ebene der Sachverhaltsabklärung, „*sodass die medizinischen Gutachter von einer ergebnisoffenen Prüfung anhand der Indikatoren ausgehen*.“[528] Die wahre Tragweite werde sich erst dann zeigen, „*wenn sich die Rechtsanwender ausschliesslich auf Gutachten abstützen können, welche die Indikatoren vollumfänglich berücksichtigen und ihre Abschätzung der funktionellen Einschränkungen damit begründet haben.*“[529]

317 In These II hält MEIER fest, dass – wie bereits in Rz. 196 dargelegt – die dritte Auflage der Qualitätsleitlinien der SGPP vom 16. Juni 2016 eine der sichtbarsten Auswirkungen der neuen Schmerzpraxis sei. Diese gelten für alle Begutachtungen mit psychiatrischen, psychosomatischen und psychotherapeutischen Fragestellungen.[530] Zudem weist er darauf hin, dass das Bundesgericht der Durchsetzung der Qualitätsleitlinien bedauerlicherweise nicht mehr Nachdruck verschafft hat, indem psychiatrische Gutachten, die in Abweichung der Leitlinien erstellt wurden, kritisch hinterfragt würden. Stattdessen hat das Bundesgericht festgehalten, dass psychiatrische Gutachten, die (noch) nicht gemäss der Qualitätsrichtlinien erstellt wurden, ihren Beweiswert nicht verlieren.[531]

318 Mit der These III wirft MEIER die Frage auf, ob die neue Schmerzpraxis als feiner Raster oder vielmehr als feines Sieb wirkt, denn auf den ersten Blick

527 MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 65.
528 MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 68 f.
529 MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 69.
530 Vgl. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 69 mit Verweis auf die Leitlinien, S. 2.
531 Vgl. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 70 mit Verweis auf das Urteil 8C_734/2016 E. 3.9 m.w.H. des Bundesgerichts vom 12. Juli 2017.

erscheine die Auswertung der bisherigen Folgerechtsprechung von BGE 141 V 281 paradox. Die Überwindbarkeitsvermutung sei aufgegeben worden, „*um eine ergebnisoffene – und damit fairere – Prüfung der Leistungsvoraussetzungen zu ermöglichen*."[532] Der Indikatorenkatalog erlaube, dem Einzelfall „*umfassend und differenziert Rechnung zu tragen, was letztlich Sinn und Zweck der Praxis ist*."[533] Fakt sei jedoch, dass sich kaum etwas geändert hat, denn die Praxis präsentiere sich „*als so streng wie eh und je*". Dies veranlasst den Autor zur Frage, ob die ‚Korrektur von der Korrektur' im Ergebnis lediglich reine Kosmetik darstelle, die im Verwaltungsverfahren viel Aufwand generiert.[534] Eine mögliche Ursache sieht er im normativen Raster selbst. Es existieren mehrere Indikatoren, die für sich allein betrachtet bereits eine invalidisierende Wirkung und somit einen Rentenanspruch verneinen können. Insgesamt wurde der Versicherte zwar von der Ausgangsvermutung befreit, im Gegenzug wurde das Verfahren jedoch verfeinert und damit zwangsläufig verschärft, wodurch der feine Raster als feines Sieb wirkt.[535] Gemäss MEIER dürfte sich eine spürbare Veränderung einstellen, sobald die medizinischen Gutachten die Indikatoren gemäss BGE 141 V 281 bzw. die Qualitätsleitlinien der SGPP berücksichtigen. Als weiteren wichtigen Punkte führt er auf, dass die umfassende Gesamtbetrachtung der verschiedenen Indikatoren und das Abwägen ihrer Wirkungen im Einzelfall massgebend sind. Die Praxis müsse sich davon entfernen, den Indikatorenkatalog als eine Art Checkliste zu verwenden, die ausschliesslich bei vollständiger Erfüllung zu einer Bejahung einer invalidisierenden Einschränkung führt.[536]

319 In These IV äussert sich MEIER zu den hohen Anforderungen an die Konsistenz. Das Bundesgericht selbst hielt in diversen Entscheiden fest, dass die Konsistenzindikatoren „*beweisrechtlich entscheidend*" seien.[537] MEIER befürwortet klar die Prüfung der Konsistenz, d.h. die Überprüfung der subjektiv geklagten Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit anhand externer Tatsachen, durch den medizinischen Gutachter.[538] Dem ist beizupflichten, denn Letztere können mit ihrem medizinischen Fachwissen im Einzelfall darlegen, ob die

532 MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 71.
533 MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 71.
534 Vgl. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 71.
535 Vgl. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 72 f.
536 Vgl. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 74 f. und insb. auch FN. 41 m.w.H.
537 Vgl. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 75.
538 Vgl. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 76 f.

geklagten Einschränkungen mit den medizinischen Befunden übereinstimmten und in allen Lebensbereichen gleich ausgeprägt sind. Des Weiteren weist MEIER auf die erstaunliche Tatsache hin, dass in zahlreichen Fällen der Rechtsanwender anstelle des Mediziners eine abschliessende Konsistenzbeurteilung vornimmt und darauf gestützt einen Anspruch verneint, ohne den Fall zur genaueren Abklärung zurückzuweisen. Der Autor postuliert, dass in solchen Fällen eine Rückweisung zwingend wäre, damit die medizinischen Gutachter zu den gerichtlichen Feststellungen Stellung nehmen können.[539] In den Entscheiden fehle häufig eine vertiefte Begründung, weshalb sich ein als inkonsistent erachtetes Verhalten negativ auf den Rentenanspruch auswirkt. Zudem mangle es bisweilen am Augenmass, denn man könne sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die Begründungen teils äusserst konstruiert erscheinen. So wird z.B. das Basteln von Karten, die Teilnahme an einem Töpferkurs oder das Rezipieren von Dokumentarfilmen im Fernsehen als inkonsistentes Verhalten ausgelegt.[540] „*Die Fokussierung auf diese Ablehnungsgründe und die bisweilen fast akribisch anmutende Suche nach auch noch so kleinen Inkonsistenzen*“ widerspreche gemäss MEIER „*dem Ziel einer ergebnisoffenen Gesamtprüfung und dürfte ein Grund dafür sein, warum derart viele Fälle aufgrund scheinbar nicht konsistenten Einschränkungen abgelehnt werden*.“[541]

In These V hält MEIER fest, dass der Vorgabe der ergebnisoffenen Prüfung 320
gemäss BGE 141 V 281 nur nachgekommen werden kann, wenn in die Einzelfallprüfung (noch) mehr Zeit und Arbeit investiert wird als früher bei der Überwindbarkeitspraxis. Zudem müssen die involvierten Stellen über das notwendige Fachwissen verfügen. Die Ergebnisoffenheit bedeute einen Paradigmenwechsel, der bei allen Beteiligten verfestigt werden muss. Denn solange „*die innere Einstellung der Beteiligten weiterhin auf Ablehnung des Rentenanspruchs*“ fokussiert sei, könne mit der neuen Praxis anhand einzelner Indikatoren ebenfalls fast jede Rentenverweigerung begründet werden. „*Wenn aber der Wille vorhanden ist, gemeinsam mit den medizinischen Gutachtern die funktionellen Einschränkungen und Ressourcen ohne Vorurteile und mit*

539 Vgl. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 77.

540 Vgl. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 78 mit entsprechenden Verweisen auf die einschlägigen Bundesgerichtsurteile 8C_489/2016 E. 6.4. vom 29. November 2017, 9C_190/2017 E. 4.2. vom 12. April 2017 sowie BGE 142 V 106 E. 4.5. Siehe hierzu auch oben Rz. 239.

541 MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 78.

aller rechtlichen Konsequenzen abzuklären," […] dann stelle *„der Indikatorenkatalog gemäss BGE 141 V 281 ein umfassendes und medizinisch gut abgestütztes Instrument dazu dar*."[542]

4. Zwischenfazit und Lösungsansatz zur weiteren Rechtsentwicklung

321 Das Bundesgericht hat mit BGE 141 V 281 und den beiden Folgeentscheiden BGE 143 V 409 sowie BGE 143 V 418 auch den ‚Schwenk' zu einem modernen Umgang mit psychischen Leiden vollbracht. Dadurch tat das Bundesgericht Schritte in die richtige Richtung. Auch die überarbeiteten Qualitätsleitlinien der SGPP vom 16. Juni 2016, die für alle Begutachtungen mit psychiatrischen, psychosomatischen und psychotherapeutischen Fragestellungen gelten, sind Bestandteil dieses weitreichenden Fortschrittes. Aus dem Dargelegten ergibt sich denn auch, dass sich – wie MEIER dies prägnant bezeichnet – die Tonalität geändert hat. Nun ist der Fokus darauf gerichtet, die noch vorhandenen Ressourcen der erkrankten Personen zu ermitteln. Dabei ist die Konsistenzprüfung eines der ausschlaggebenden Kriterien und das Ziel ist, ein Gesamtbild zu erhalten. In diesem Zusammenhang wird im Kapitel ‚Ausblick' ein möglicher Lösungsansatz vorgestellt. Zuvor wird das insgesamt untersuchte anhand von Zahlen überprüft und die eingangs gestellten Fragen im Schlussteil der vorliegenden Arbeit zusammenfassend beantwortet.

542 MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 80 f.

Teil IV:
Ausgewählte Zahlen und Fakten zur IV

§ 1: Übersicht

322 In diesem Teil der Arbeit wird das insgesamt Untersuchte anhand von Zahlen und Fakten aus der Praxis sowie auszugsweise die Situation der IV sowie die jährlichen Entwicklungen beleuchtet. Dabei wird das Augenmerk auf die psychischen Krankheiten gelegt. Zu Beginn wird ein Überblick über die finanzielle Situation und anschliessend in Anlehnung an die IV-Statistik 2018[543] ein summarischer Überblick über Umfang, Struktur und Entwicklung der Eingliederungsmassnahmen sowie Rentenleistungen skizziert. Abschliessend wird die zahlenmässige Auswertung der ergangenen einschlägigen Bundesgerichtsurteile seit BGE 141 V 281 bis 31. Dezember 2018 bewertet.

I. Fakten zur finanziellen Situation

- Im Jahr 2018 richtete die IV insgesamt an rund 433‘000 Personen Leistungen aus:[544]
    - Die Renten bildeten den grössten Ausgabenteil im Umfang von 5,3 Milliarden Franken;
    - die individuellen Massnahmen kosteten 1,9 Milliarden Franken und kamen rund 200‘000 Versicherten zugute;
    - für rund 44‘000 Personen vergütete die IV berufliche Massnahmen im Umfang von 740 Millionen Franken.[545]
- Seit ihrer Einführung durchlief die IV im Laufe der Jahre verschiedene finanzielle Etappen. In den 1990er- Jahren begann eine Entwicklung mit kontinuierlich wachsenden Jahresdefiziten. Seit der 5. IV-Revision verringerte sich das Jahresdefizit bis Ende 2010 auf 1,0 Milliarden Franken.[546]

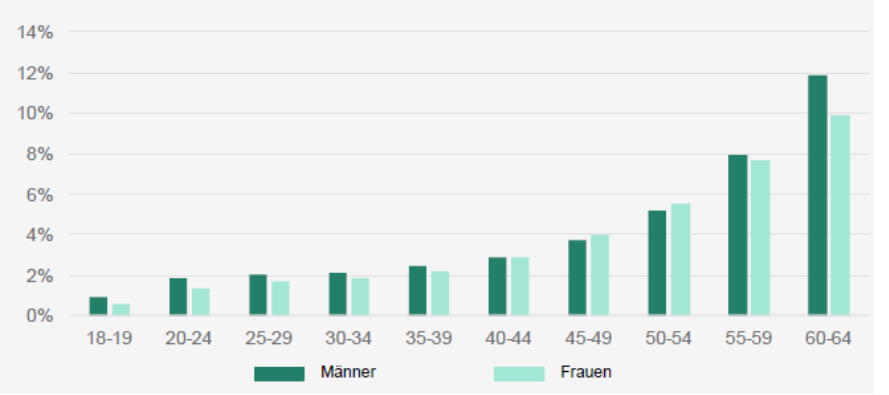
543 Vgl. IV-Statistik 2018, elektronisch abrufbar unter <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/iv/statistik.html> (letztmals besucht am 30.05.2019).
544 Siehe hierzu die Abb. 1 S. 139.
545 Vgl. IV-Statistik 2018, S. 1.
546 Vgl. IV-Statistik 2017, S. 2 sowie IV-Statistik 2018, S. 2.

- Bei den Neurenten wurde bereits ein Rückgang realisiert. Dieser wirkt sich je länger je stärker auf den Rentenbestand aus, da die jährlichen Abgänge höher als die Zugänge ausfallen. Somit ist trotz des erwarteten Bevölkerungswachstums längerfristig von konstanten Ausgaben bei der IV auszugehen.[547]

II. Leistungsbezug im Gesamtüberblick

- Die IV richtete im Monat Dezember 2018 rund 248‘000 IV-Renten in der Höhe von 352 Millionen Franken aus.[548]
- Vier von fünf IV-Renten wurden aufgrund einer Krankheit zugesprochen, wovon eine Mehrzahl psychisch bedingt war (47 % aller IV-Renten bzw. 59 % aller krankheitsbezogenen IV-Renten).[549]

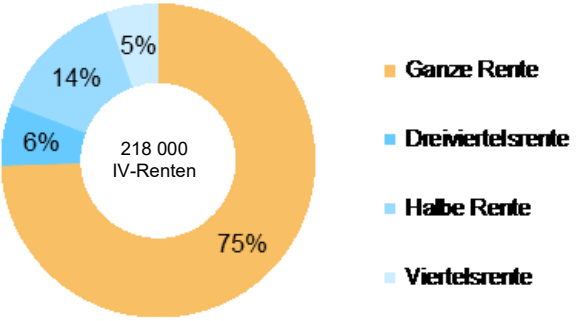
Abb. 1: Anteil der IV-Rentenbezüger in der Schweiz an der versicherten Bevölkerung nach Alter im Jahr 2018



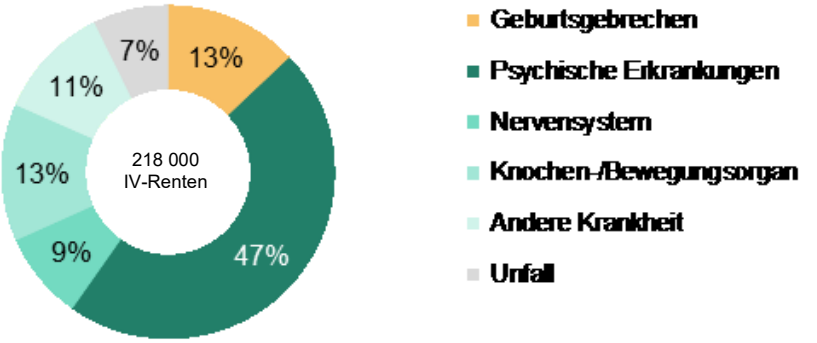
Quelle: BSV.[550]

547 Vgl. <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/iv/finanzen-iv.html> (letztmals besucht am 30.04.2019). Siehe hierzu auch Abb. 4 S. 142.
548 Zuzüglich 69‘000 Kinderrenten im Umfang von insgesamt 36,8 Millionen Franken, vgl. IV-Statistik 2018, S. 5.
549 Vgl. IV-Statistik 2017, S. 5 sowie IV-Statistik 2018, S. 5.
550 Vgl. IV-Statistik 2018, S. 6.

Abb. 2: IV-Rentenbezüger in der Schweiz, Stand per Dezember 2018



Grüntöne: Unterscheidung innerhalb der Invaliditätsursache ‚Krankheit'.



Quelle: BSV.[551]

323 Aus der Abbildung 2 geht hervor, dass der grösste Anteil an IV-Renten gestützt auf psychische Erkrankungen ausgerichtet wird. Die Zahlen für die Jahre 2017 und 2018 entsprechen sich, einzig das Total der IV-Renten betrug im Dezember 2017 aufgerundet 219'000 und im Jahr 2018 aufgerundet 218'000. Im Vergleich zum Jahr 2016 kann einzig bei den Viertelsrenten eine Zunahme

551 Vgl. IV-Statistik 2018, S. 5.

von 1 % (parallel dazu 1% weniger volle IV-Renten) beobachtet werden.[552] Die Zunahme bei den IV-Renten aufgrund einer psychischen Erkrankung betrug ebenfalls lediglich 1% im Vergleich zum Jahr 2016. Ob dieser leichte Anstieg eine Auswirkung des BGE 141 V 281 ist, lässt sich nicht schlüssig ableiten. Wahrscheinlich ist jedoch, dass sich die mit BGE 143 V 409 und BGE 143 V 418 geänderte Rechtsprechung zur invalidisierenden Wirkung depressiver Störungen erst künftig auf diese Zahlen auswirken wird. Zudem sollte in Zukunft eine Tendenz bemerkbar werden, wonach Teilrenten zunehmen, da die ‚Alles oder nichts'-Kultur nun überwunden sein sollte.

Abb. 3: Anzahl psychisch bedingter IV-Renten (Männer und Frauen) in der Schweiz

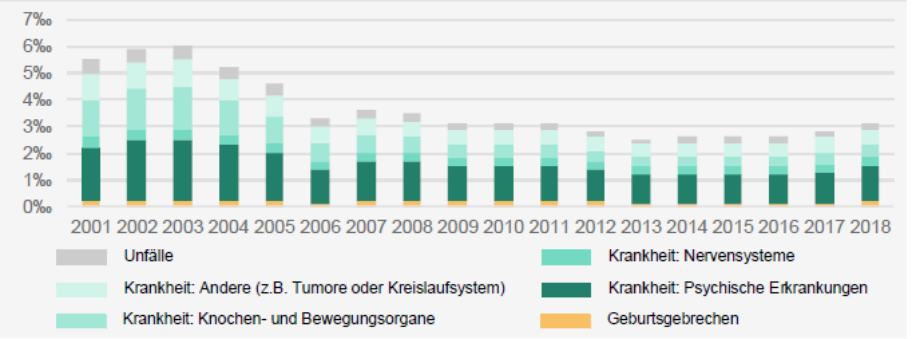
Jahr	Geburtsgebrechen	***Psychische Krankheiten***	Krankheit Total	Unfall	**Total**
2009	28'536	***49'485***	193'372	22'209	**244'117**
2010	28'629	***49'953***	190'845	21'431	**240'905**
2011	28'713	***50'527***	188'947	20'673	**238'333**
2012	28'704	***50'829***	186'273	19'850	**234'827**
2013	28'555	***50'798***	182'908	18'878	**230'341**
2014	28'543	***50'553***	179'799	18'079	**226'421**
2015	28'503	***50'583***	177'340	17'318	**223'161**
2016	28'445	***50'606***	175'498	16'660	**220'603**
2017	28'351	***50'748***	174'338	15'999	**218'688**
2018	28'314	***51'225***	174'189	15'441	**217'944**

Quelle: BSV.

552 Vgl. hierzu die IV-Statistik 2016 S. 5, elektronisch abrufbar unter <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/publikationen.assetdetail.2722807.html> (letztmals besucht am 30.04.2019).

324 Die Abbildung 3 veranschaulicht, dass die Anzahl der psychisch bedingten IV-Renten in den letzten zehn Jahren mit Ausnahme der Jahre 2014 und 2015 in absoluten Zahlen kontinuierlich zunahm. Im Verhältnis zur Wohnbevölkerung allerdings reduziert sich der Anteil von 1.3% im Jahr 2003 auf 1.2% im Jahr 2018.

Abb. 4: Entwicklung der Neurentenquote in der Schweiz nach Invaliditätsursache, 2000–2018



Quelle: BSV.[553]

325 In der Abbildung 4 ist ersichtlich, dass im Jahr 2003 die Neurentenquote einen Höchststand erreichte. Ab diesem Zeitpunkt werden höchstwahrscheinlich die Auswirkungen des BGE 130 V 352 erkennbar. Bis 2012 ging diese Quote um mehr als die Hälfte zurück und blieb bis im Jahr 2017 stabil. Im Jahr 2018 stieg die Neurentenquote an, weil in der Schweiz 1‘100 Neurenten mehr als im Vorjahr ausgerichtet wurden. Diese Zunahme resultiert gemäss BSV hauptsächlich aus der per 1. Januar 2018 angepassten Bemessung des Invaliditätsgrades bei Teilerwerbstätigen. Das Rentenwachstum bis 2003 war insbesondere auf einen überdurchschnittlichen Anstieg der psychisch bedingten Neurenten zurückzuführen. Nach 2003 stellt sich deren Quote wiederum rückläufig dar.[554] Seit BGE 141 V 281 ist – wie in Abbildung 3 und 4 ersichtlich – ein leichter Anstieg der Neurentenquoten gestützt auf psychische Krankheiten erkennbar, wobei nicht schlüssig festgestellt werden kann, ob es sich dabei um hier in Rede stehende Krankheiten handelt. Aufschlussreich wird die künftige

553 IV-Statistik 2018, S. 7.
554 Vgl. IV-Statistik 2017, S. 7 und IV-Statistik 2018, S. 7.

Entwicklung nach BGE 143 V 409 und BGE 143 V 418 sein, denn die Kehrtwende zu einem ergebnisoffenen Beweisverfahren sollte den Zugang zu IV-Leistungen nicht erschweren.

Abb. 5: Verhältnis der Zusprachen und Ablehnungen von IV-Leistungen

Jahr	Neueingänge	Erledigt	Zusprachen	in %	Ablehnungen	in %
1998	76'381	76'106	61'683	81	14'423	19
1999	77'979	75'527	60'692	80	14'835	20
2000	79'624	76'444	61'207	80	15'237	20
2001	78'484	77'595	61'685	80	15'910	21
2002	84'477	84'232	68'064	81	16'168	19
2003	86'028	85'395	65'938	77	19'457	23
2004	170'505	169'627	134'002	79	35'625	21
2005	78'513	81'656	58'135	71	23'521	29
2006	76'094	72'576	53'255	73	19'321	27
2007	75'821	80'145	57'289	71	22'856	29
2008	75'787	81'445	53'263	65	28'182	35
2009	73'072	77'744	46'988	60	30'756	40
2010	71661	74821	42849	57	31972	43
2011	73388	75695	44979	59	30716	41
2012	71486	75091	44443	59	30648	41
2013	74887	73474	45591	62	27883	38
2014	78017	76168	47159	62	29009	38
2015	80154	80140	50611	63	29529	37
2016	82'618	81'794	49'947	61	31'847	39
2017	83'145	81'393	49'814	61	31'579	39

Quelle: BSV.[555]

Abb. 6: Rechtsmittel ergriffen (nur Renten)

Jahr	Kantonale Gerichte	Bundes-gericht
2014	3'481	405
2015	3'592	400
2016	3'684	464
2017	4'218	388

Quelle: BSV.

555 Daten aus dem IV-Stellenreporting. Gemäss Angabe des BSV werden diese seit Ende 2017 nicht mehr benötigt seitens BSV und sind demnach nicht mehr verfügbar.

326 Aus der Abbildung 5 ist erkennbar, dass seit BGE 141 V 281 die Gesuche für IV-Leistungen angestiegen sind. Gleiches gilt fast in gleichem Masse für die Ablehnungen der Gesuche. Dies bedeutet, dass noch keine Auswirkungen aus BGE 141 V 281 ersichtlich sind. Ebenso ist die Anzahl ergriffener Rechtsmittel – wie in der Abbildung 6 veranschaulicht – im Jahre 2016 sowohl an erstinstanzliche Gerichte als auch an das Bundesgericht gestiegen. Im Jahr 2017 ist die Anzahl der ergriffenen Rechtsmittel an erstinstanzliche Gerichte weiter angewachsen, diejenige an das Bundesgericht hingegen augenfällig gesunken. Ob dies effektiv Auswirkungen des BGE 141 V 281 sowie des BGE 143 V 409 und des BGE 143 V 418 darstellen, kann zwar nicht schlüssig abgeleitet werden, es könnte jedoch eine Ursache dafür sein, wobei es sich hierbei lediglich um eine Vermutung handelt.

§ 2: Zahlenmässige Auswertung der Bundesgerichtsurteile seit BGE 141 V 281

327 Seit der ‚Korrektur von der Korrektur' am 3. Juni 2015 erfolgten bis Ende Dezember 2018 rund 300 einschlägige Urteile zur neuen Rechtsprechung. Das Ergebnis der Bundesgerichtsurteile war mehrheitlich eine Rentenablehnung, rund 40 % davon mit fehlender Konsistenz begründet.[556] Lediglich in neun Fällen wurden die Rentenzusprachen der Vorinstanz geschützt und in 21 Fällen erfolgte eine Rückweisung zur Neubegutachtung.[557] Einzig in einem Fall wurde eine IV-Rente (originär) zugesprochen.[558] Hierbei ist zu berücksichtigen, dass diese Auswertung lediglich diejenigen Streitfälle umfasst, die vor Bundesgericht gerügt wurden. Sämtliche von den IV-Stellen direkt oder von den erstinstanzlichen Gerichten zugesprochenen Leistungen der IV sind hier unter § 2 nicht enthalten.

556 Vgl. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 64 und 77.

557 Laut MEIER (vgl. Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 64) sowie einschlägiger Auswertung der Verfasserin per Stand 31.12.2018 ohne Gewähr für absolute Richtigkeit und Vollständigkeit.

558 Vgl. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, S. 64, insb. FN 1. Siehe auch oben Rz. 213 ff.

Teil V:
Schlussfolgerungen und Ausblick

§ 1: Zusammenfassung und Fazit

328 „*Wer in der Zukunft lesen will, muss in der Vergangenheit blättern.*“ So lautet das einleitende Zitat von *André Malraux* zu vorliegender Arbeit. Dementsprechend wurde zu Beginn dieser Arbeit ein ‚Blick zurück‘ auf die Rechtslage seit BGE 130 V 352 bis zum BGE 141 V 281 zur Thematik PÄUSBONOG gerichtet. Daran anschliessend kennzeichnet sich diese Arbeit durch einen ‚Blick nach vorne‘, also durch eine Analyse der Kehrtwende der höchstrichterlichen Rechtsprechung und das Aufzeigen möglicher Implikationen sowie eine Prognose zur Weiterentwicklung dieses IV-Bereichs aus. Die eingangs gestellten Fragen – vgl. hierzu Rz. 13 – wurden in den einzelnen Kapiteln behandelt. Bevor diese zusammenfassend beantwortet werden, wird eine Übersicht der analysierten Entwicklung der Schmerzrechtsprechung dargelegt. Abschliessend wird ein kurzer Ausblick gewagt, der einerseits zwei weiterführende Fragestellungen beinhaltet, die sich im Verlauf der Anfertigung dieser Arbeit und in der parallelen Weiterentwicklung der Rechtsprechung neu ergeben haben. Andererseits wird ein möglicher Lösungsansatz vorgestellt, wie die in dieser Arbeit dargelegten Schwierigkeiten der Sachverhaltsabklärung bei nicht objektivierbaren Leiden in der Praxis angegangen werden könnten.

I. Von der Überwindbarkeitsvermutung zur Indikatorenrechtsprechung – eine Übersicht

329 Im Jahr 2004 hatte das Bundesgericht mit BGE 130 V 352 den „*Grundsatz*“ der Überwindbarkeit von somatoformen Schmerzstörungen oder ihren Folgen aufgestellt.[559] In BGE 131 V 49 formulierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung dann anderslautend und sprach ausdrücklich von einer „*Vermutung*“, wonach die somatoformen Schmerzstörungen oder ihre Folgen mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar seien.[560] In der Folge behielt

559 E. 2.a und b. Siehe hierzu Rz. 31.
560 E. 1.2.

das Bundesgericht diese Formulierung bei[561] und wendete diese Rechtsprechung zur anhaltenden somatoformen Schmerzstörung analog auf immer mehr Krankheitsbilder an.[562]

Die Entscheide des EVG bzw. des Bundesgerichts, auf die seit dem Leitentscheid BGE 130 V 352 beim Passus, wonach das Mass des Forderbaren weitgehend objektiv zu bestimmen ist, verwiesen wurde, beurteilten – wie in Rz. 25 ff. dargelegt – die Frage, ob die Verwertung der Arbeitsfähigkeit u.a. Psychopathen, Drogensüchtigen oder Alkoholikern sozial-praktisch zugemutet werden könne oder ob die Verwertung für die Gesellschaft sogar unzumutbar sei. Es erstaunt, dass diese Rechtsprechung auf Krankheitsbilder, bei denen die Betroffenen mehrheitlich über Körperbeschwerden als Leitsymptom klagen, analog angewendet wurde, obwohl bei den betreffenden Krankheitsbildern aus medizinischer Perspektive keine Ähnlichkeiten auszumachen sind. 330

Somit unterstellte die Jurisprudenz seit BGE 130 V 352 gewissen Krankheitsbildern ohne nachweisbare Empirie a priori, dass diese willentlich überwindbar seien. Dies, obwohl die versicherte Person gestützt auf den im Sozialversicherungsrecht geltenden und in Art. 7 Abs. 1 IVG verankerten Grundsatz der Schadenminderungspflicht das ihr objektiv und subjektiv Zumutbare zu erbringen hat, um die erwerblichen Auswirkungen des Gesundheitsschadens bestmöglich zu mildern.[563] 331

Die durch das Bundesgericht gebildete Rechtsfigur der Überwindbarkeitsvermutung führte dazu, dass der beweisbelasteten versicherten Person eine zu- 332

561 Vgl. BGE 132 V 65 E. 4.2.1 „*il existe une présomption*"; BGE 132 V 399 E. 3.2 „*dazu [zur Rechtsfrage] gehören auch Folgerungen, die sich auf die medizinische Empirie stützen, z.B. die Vermutung, dass eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung oder ein sonstiger vergleichbarer pathogenetisch (ätiologisch) unklarer syndromaler Zustand mit zumutbarer Willensanstrengung überwindbar ist*"; BGE 131 V 49 E. 1.2; Urteile des Bundesgerichts 9C_871/2010 vom 25. Februar 2011 E. 1.2; 8C_224/2009 vom 27. Juli 2009 E. 3.5.2; 9C_803/2009 vom 29. Mai 2009 E. 3; Urteil 9C_715/2008 vom 28. Oktober 2008; 8C_309/2008 vom 28. November 2008 E. 5.2; I 683/06 vom 29. August 2007 E. 2.1; I 290/06 vom 22. Januar 2007 E. 4.2.1; Urteil 9C_903/2007 vom 30. April 2007 E. 4; I 649/06 vom 13. März 2007 E. 3.2; I 805/04 vom 20. April 2006 E. 4.

562 Vgl. hierzu Rz. 21.

563 Vgl. Art. 7 ff. IVG und 21 Abs. 4 ATSG; BGE 117 V 394 E. 4.b; BGE 114 V 281 E. 3.a; KIESER, SVR, N 7/7 m.w.H. Siehe hierzu auch oben Rz. 92 ff.

sätzliche Hürde auferlegt wurde. Denn hierbei ging der Rechtsanwender a priori davon aus, dass die geklagten Leiden überwindbar seien, obwohl die Vermutungsbasis auf keiner wissenschaftlichen Grundlage basierte. Es bestand eine unterschwellige Voreingenommenheit, dass die betroffene Person ihr Leiden mit ein wenig Willensanstrengung überwinden könne. Dies war mit dem in der Verwaltung geltenden Untersuchungsgrundsatz, der freien Beweiswürdigung sowie der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht vereinbar.[564]

333 Zudem bestand eine Rechtsunsicherheit, weil die Überwindbarkeitsvermutung auf immer mehr Krankheitsbilder ausgedehnt werden konnte.[565] Das Bundesgericht rechtfertigte seine Schmerzrechtsprechung damit, einerseits für eine rechtsgleiche und transparente Rechtsanwendung Sorge tragen und andererseits das Problem der Beweislosigkeit bei nicht objektivierbaren Beschwerden abmildern zu müssen.[566] Zudem wurde die Überwindbarkeitsvermutung mit dem Hinweis auf die medizinische Empirie begründet, wobei sowohl medizinische als auch juristische Autoren bestritten, dass eine solche Regel wissenschaftlich fundiert war.[567]

334 Mit BGE 141 V 281 hat das Bundesgericht diese Praxis nach elf Jahren aufgegeben. Dieses mit BGE 130 V 352 begründete ‚Regel-/Ausnahmemodell' sollte gemäss Bundesgericht „*die gesetzmässige Praxis*" wiederherstellen, da zuvor – so das Bundesgericht – „*eine ubiquitäre Verbreitung solcher Krankheitsbilder und eine starke Zunahme der rentenbeziehenden Personen um 27 Prozent allein in der Zeit von Dezember 2000 bis Dezember 2005*" erfolgte.[568] Zu dieser Zeit sei die Einhaltung der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen offensichtlich nicht mehr gewährleistet gewesen.[569]

564 Vgl. GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 28 und BGE 141 V 281 E. 3.4.1.1. Siehe hierzu Rz. 94.
565 Vgl. hierzu Rz. 5 ff.
566 Vgl. BGE 130 V 352; BGE 131 V 49 E. 1.2, S. 60.
567 Siehe hierzu Rz. 60 insb. FN 113.
568 BGE 141 V 281 E. 3.4.1.1 mit Verweis auf die IV-Statistik 2013, 2014, S. 21 f. vom BSV.
569 Vgl. BGE 141 V 281 E. 3.4.1.1.

Mit BGE 141 V 281 hat das Bundesgericht ein strukturiertes, ergebnisoffenes Beweisverfahren eingeführt, mit dem Ziel, das tatsächliche Leistungsvermögen der betroffenen Personen einzelfallgerecht bewerten zu können.[570] Die Arbeitsunfähigkeit leitet sich insgesamt aus dem Saldo der Belastungen und Ressourcen ab.[571] 335

Die neue Schmerzrechtsprechung legt den Fokus auf die Evaluation der funktionellen Defizite durch den medizinischen Experten. Gestützt darauf sollte für den Rechtsanwender nachvollziehbar sein, inwieweit diese Defizite auf eine medizinische Krankheit zurückzuführen sind. Zudem ist wesentlich, dass in der gutachterlichen Beurteilung eine Bewertung des Schweregrades im Hinblick auf die auszuführende Tätigkeit erfolgt.[572] Zur Verdeutlichung, wie wichtig die Prüfung des Einzelfalls ist, liefert JEGER ein nachvollziehbares Beispiel, indem er ausführt, dass sich der Verlust der Endphalanx des linken Zeigefingers für eine Berufsgeigerin als verheerend darstellt, während er für einen Steuerbeamten nahezu bedeutungslos ist. [573] 336

Vor dem Hintergrund, dass die Anzahl der zugesprochenen Invalidenrenten für psychosomatische Leiden vor der Einführung der Schmerzrechtsprechung, und auch häufig nur auf der Grundlage unzureichender medizinischer Exploration, sprunghaft angestiegen war,[574] erweist sich die nunmehrige Kehrtwendung des Bundesgerichts angesichts der dargestellten Fehlentwicklungen und der skizzierten Moral-Hazard-Problematik[575] als eine ‚Korrektur von der Korrektur'.[576] 337

Nach der Überwindung der Überwindbarkeitsvermutung bot sich endlich die Gelegenheit, das Verhältnis zwischen der Gesundheitsschädigung und der Einschätzung der versicherungsrelevanten funktionellen Folgen neu zu ordnen. Mit dem ergebnisoffenen normativen Prüfungsraster soll die der Schadenminderungspflicht unterliegende und beweisbelastete Person den Beweis ihrer geltend gemachten Ansprüche erbringen können. 338

570 Vgl. BGE 141 V 281 und Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 17. Juni 2015.
571 Vgl. BGE 141 V 281 E. 3.4.2.1. Siehe hierzu oben Rz. 134.
572 Vgl. JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S. 55. Siehe hierzu oben Rz. 151 ff.
573 Vgl. JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S. 55.
574 GÄCHTER/MEYER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 25. Siehe hierzu oben insb. Rz. 130, 325 und 334.
575 Vgl. hierzu Rz. 127 ff.
576 Vgl. hierzu Rz. 130.

339 Bei aller Euphorie, die das Bundesgericht durch seine Kurskorrektur in der juristischen und (versicherungs-)medizinischen Literatur teilweise ausgelöst hat, bleibt es dabei, dass die materiell beweisbelastete versicherte Person die Folgen trägt. Dies bedeutet: Lassen sich die geklagten Beschwerden im nunmehr durchzuführenden ergebnisoffenen Verfahren nicht substanziiert nachweisen, scheitert der Nachweis der Invalidität. Bei Beweislosigkeit wird zuungunsten der versicherten Person entschieden.[577]

340 Der Entscheid BGE 141 V 281, der als grosser Schritt bezeichnet wurde,[578] hat die Anspruchsprüfung auf eine rechtlich korrekte Grundlage gestellt. Er hat vielfältige Folgewirkungen ausgelöst. Inzwischen liegen zahlreiche Urteile vor, die die Anforderungen aus dem Grundsatzurteil „mit Leben ausfüllen" und zur weiteren Klärung der invalidenrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen beitragen.[579]

341 Mit BGE 143 V 409 und BGE 143 V 418 weitet das Bundesgericht in der Folge die neue Schmerzrechtsprechung auf sämtliche psychische Leiden aus, womit das Bundesgericht das ‚indikatorenorientierte Abklärungsverfahren' bzw. ‚indikatorengeleitete Beweisverfahren' als neue Ordnung für die Abklärung und Beurteilung aller psychischen Leiden in der Invalidenversicherung etabliert hat. Somit wird nicht mehr von der ‚neuen Schmerzrechtsprechung' sondern sachgerechter von der ‚Indikatorenrechtsprechung' gesprochen.[580]

342 Mit der Ausdehnung der neuen Schmerzrechtsprechung auf alle psychischen Leiden wurde zudem die nicht haltbare, auf Diagnosen gestützte unterschiedliche Behandlung von Versicherten überwunden. Dadurch steht die Indikatorenrechtsprechung nun wieder mit den grundlegenden Leitideen zur Einführung der IV und der Funktion der IV im Einklang.[581]

577 Vgl. BERGER, HAVE 2015, S. 291 und 298 sowie oben Rz. 121.
578 Vgl. GÄCHTER/MEYER, Jusletter 28. Juni 2015, S. 25. Siehe hierzu oben Rz. 11.
579 Siehe hierzu oben insb. Rz. 209 ff.
580 Vgl. GÄCHTER/MEIER, Praxisänderung zu Depression und anderen psychischen Leiden, Rz. 47. Siehe hierzu oben Rz. 181 ff.
581 Siehe hierzu Rz. 109 ff.

II. Die Überwindbarkeitsvermutung – eine unhaltbare Rechtsfigur

343 Aus der Analyse der Rechtsprechung geht hervor, dass der Grundsatz der Überwindbarkeit in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu einer Vermutung gewandelt wurde. Dies ungeachtet des Umstandes, dass keine wissenschaftliche Grundlage für die geltende Vermutung der Überwindbarkeit von PÄUSBONOG auszumachen war.[582] Das genannte Sammelsurium von Beschwerdebildern, bei denen die Betroffenen vorherrschend über Körperbeschwerden als Leitsymptom klagen, wurde juristisch gleich behandelt, auch wenn es sich um medizinisch unterschiedliche Diagnosen mit entsprechend verschiedenen medizinischen Klassifikationscodes handelt. Das Bundesgericht räumte die medizinischen Unterschiede mit einem Kunstgriff aus, nämlich mit dem Überbegriff ‚pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage',[583] unter denen alle unter Rz. 21 aufgeführten Krankheitsbilder subsumiert wurden.[584] Mit der Schlussbestimmung zur 6. IV-Revision hat der Gesetzgeber in Anlehnung an die damals geltende Rechtsprechung und unter Verwendung der zu diesem Zeitpunkt aktuellsten Formulierung des Bundesgerichts eine gesetzliche Grundlage für die Überprüfung von IV-Renten geschaffen, die aufgrund eines PÄUSBONOG zugesprochen wurden. Nach Analyse der Gesetzesmaterialien zur parlamentarischen Beratung ist jedoch darauf zu schliessen, dass der Begriff PÄUSBONOG nicht eindeutig klar verstanden wurde.[585] Die SchlB hat mittlerweile keine Bedeutung mehr, da sie Ende 2015 ausser Kraft getreten ist. Befremdlich ist es immerhin, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff PÄUSBONOG einen Terminus in das IVG aufgenommen hat, den er offensichtlich nicht verstanden hat und der nach dem Gesagten auch nicht verstanden werden konnte.[586]

---

582 Siehe hierzu Rz. 41 ff.

583 Urteil des Bundesgerichts I 70/07 vom 14. April 2008 E. 5. Siehe hierzu Rz. 32.

584 Vgl. BGE 136 V 279 E. 3; HUSMANN, HAVE 2/2011, S. 193 sowie oben insb. Rz. 107 f.

585 Vgl. hierzu Rz. 43 ff. und die Stellungnahme der vorberatenden Kommission des Nationalrats, AB 2010 N 2126 f. Eine Analyse des Gesetzgebungsverfahrens ergibt, dass sich der Gesetzgeber an der Rechtsprechung orientiert hat und davon ausging, dass die Bereiche Recht und Medizin klar genug gefasst seien. Der Gesetzgeber hat lediglich die Vorgaben der Rechtsprechung ins Gesetz übernommen, vgl. dazu im Einzelnen AB 2010 *S* 662 ff., AB 2010 *N* 2117 ff.

586 Siehe hierzu Rz. 43 ff.

344 Auch die juristische Annahme über die medizinische Empirie war falsch. Dieser wurde seitens der Medizin früh Kritik entgegengebracht.[587] Da insbesondere die medizinische Empirie fehlte, war keine sachliche Grundlage auszumachen, weshalb und in welchem Ausmass es dem Betroffenen, der an einem Krankheitsbild leidet, das unter PÄUSBONOG subsumiert wurde, möglich sein sollte, mit einer Willensanstrengung erwerbstätig zu sein. Aus der gutachterlichen Expertise aus psychosomatisch-psychiatrischer Sicht von HENNINGSEN, die massgeblich auf die Praxisänderung eingewirkt hat, geht hervor, dass sich *„die pathophysiologische Grundlage des (Körper-)Beschwerdeerlebens in der genannten Konstellation […] eindeutig als Dysfunktion in der zentralnervösen Verarbeitung von körperbezogenen Reizen beschreiben"*[588] lässt. Darin bestehe keine Unklarheit mehr. Im Rahmen eines biopsychosozialen Ätiologiemodells gebe es keinen prinzipiellen Unterschied *„zwischen Situationen, in denen eine organpathologisch definierte Komponente des Körperbeschwerdeerlebens gegeben ist. […] Es ist insofern nicht gerechtfertigt, Körperbeschwerdesyndrome mit eindeutiger organischer Ätiologiekomponente im Hinblick auf die Begutachtung der Arbeitsfähigkeit anders zu behandeln als solche ohne derart eindeutige Komponente*."[589]

345 Insgesamt kam der Gutachter zum Schluss, dass die bisher geltende Vermutung eines grundsätzlichen Unterschiedes *„zwischen somatoformen/funktionellen und anderen psychischen Störungen hinsichtlich ihres Schweregrads und hinsichtlich der Überwindbarkeit durch zumutbare Willensanspannung […] empirisch nicht haltbar"*[590] ist. Auch die Annahme, dass es bezüglich PÄUSBONOG einen grundsätzlichen *„Unterschied hinsichtlich der Objektivier- und Beweisbarkeit gäbe, ist weder empirisch noch logisch haltbar*."[591]

346 Die Prämisse, PÄUSBONOG seien überwindbar, war somit nicht haltbar. Damit wurde der beweisbelasteten Person in der Beweiswürdigung mit der Überwindbarkeitspraxis eine zusätzliche Hürde auferlegt, indem nach der auf BGE 130 V 352 gestützten Rechtsprechung die Diagnose eines PÄUSBONOG und die allein darauf gestützte medizinische Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit nicht zum Nachweis einer rentenbegründenden Invalidität genügten, sondern primär davon ausgegangen wurde, dass die Leiden des

587 Vgl. hierzu Rz. 60 ff. insb. FN 113.
588 Gutachten HENNINGSEN, S. 17; siehe hierzu auch Rz. 71.
589 Gutachten HENNINGSEN, S. 18; siehe hierzu auch Rz. 72.
590 Gutachten HENNINGSEN, S. 34; siehe hierzu auch Rz. 85.
591 Gutachten HENNINGSEN, S. 34; siehe hierzu auch Rz. 85.

Betroffenen nach dem Motto „*Wer will, der kann*“[592] überwindbar sind. Die Diagnose eines PÄUSBONOG für sich alleine führte zur Beweislosigkeit im Rechtssinne[593] und die Betroffenen schieden grundsäztlich aus dem Kreis der entschädigungsfähigen Tatbestände aus[594], ausser ihnen gelang ausnahmsweise der Ersatzbeweis mit den FOERSTER-Kriterien als Hilfstatsachen.[595]

347 Die Jurisprudenz unterstellte somit gewissen Krankheitsbildern a priori, ohne nachweisbare Empirie, gestützt auf eine richterrechtliche Vermutung, dass diese überwindbar sind. Die Überwindbarkeitsvermutung ist letztlich eine vom Bundesgericht geschaffene Rechtsfigur, die dem obligatorisch Versicherten nicht als Beweiserleichterung diente. Vielmehr stellte die unhaltbare Ausgangsvermutung für ihn eine Erschwerung dar. Das Problem gründete in der Vermutungsbasis. Eine Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit sollte stets im Einzelfall und immer unabhängig der Diagnose sowie grundsätzlich unbesehen der Ätiologie beurteilt und so auch das Ausmass bestimmt werden.[596] Die Diagnose einer psychischen Störung für sich alleine sagt nichts über deren invalidisierenden Charakter aus. Vielmehr wäre stets auf den Schweregrad einer psychischen Störung und die sozial-praktische Auswirkung der Erkrankung im Einzelfall abzustellen gewesen.[597] Folglich müsste massgebend sein, ob die versicherte Person durch zumutbare Verwertung ihrer Restarbeitsfähigkeit den krankheitsbedingten Erwerbsausfall soweit verhindern kann, dass ein Anspruch entfällt. Die richterrechtliche Vermutung stellte jedoch eine Beweisnorm auf, die die Position der beweisbelasteten und gesundheitlich beeinträchtigten Versicherten erschwerte: Es existieren andere rechtliche Mechanismen, um der vom Bundesgericht vorgebrachten Möglichkeit der Simulation oder Aggravation durch die Versicherten zu begegnen. Der Gesetzgeber hat ausreichende Massnahmen zur Missbrauchsbekämpfung vorgesehen.[598]

592 RIEMER-KAFKA, Überwindung, S. 377. Siehe auch BGE 139 V 547 E. 5.2. und oben Rz. 129.

593 BGE 139 V 547 E. 8.2, siehe hierzu auch Rz. 58.

594 BGE 139 V 547 E. 7.2, siehe hierzu auch Rz. 55.

595 Vgl. hierzu Rz. 55 ff. und 79 ff.

596 Vgl. hierzu auch BGE 127 V 294 E. 4.c. Siehe hierzu oben Rz. 96.

597 So wie dies beispielsweise auch FOERSTER und MARELLI fordern; vgl. FOERSTER/VENZLAFF, Psychiatrische Begutachtung, S. 661. Siehe hierzu WINZENRIED, JaSo 2012, S. 231 ff. sowie oben Rz. 96.

598 Siehe hierzu insb. Rz. 251 ff. und 289.

348 Alle obligatorisch Versicherten unterliegen der Schadenminderungspflicht, und sie tragen sodann die Beweislast gemäss analoger Anwendung von Art. 8 ZGB. Die Überprüfung, ob dessen anrechenbaren Folgen für die Leistungsfähigkeit gegeben sind und die Vollständigkeit sowie Plausibilität der medizinischen Begutachtung nach den anerkannten Regeln vorliegt, erfolgt durch den Sozialversicherer bzw. allenfalls durch die Gerichte mittels freier Beweiswürdigung.[599] Aus der Natur der Sache kann sich ergeben, dass sich der Richter mit einer auf der Lebenserfahrung beruhenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit begnügen muss. Dabei müssen für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen. In BGE 127 V 294 hatte das Bundesgericht erwogen, dass die Behandelbarkeit einer psychischen Störung für sich alleine nichts über deren invalidisierenden Charakter aussagt. Es kam zum Schluss, dass in „*jedem Einzelfall […] eine Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit unabhängig von der Diagnose und grundsätzlich unbesehen der Ätiologie ausgewiesen und in ihrem Ausmass bestimmt sein [müsse].*“[600] Diese Haltung entspricht auch dem Grundgedanken der IV.[601]

349 Folglich war insgesamt falsch, dass der Rechtsanwender gewissen Krankheitsbildern a priori unterstellte, dass es der betroffenen Person möglich sei, „*bei Aufbietung allen guten Willens, Arbeit in ausreichendem Masse zu verrichten*“.[602]

III. PÄUSBONOG – ein juristischer Kunstgriff

350 Unter den Begriff ‚pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage‘ wurden gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung diverse Krankheitsbilder subsumiert,[603] wobei es sich bei allen um ICD-10 klassifizierte Krankheiten handelte. Aus medizinischer Sicht ist der Nachweis organischer Befunde psychischer Störungen nur sehr selten möglich.[604] Aus juristischer Sicht kann davon ausgegangen wer-

599 Siehe hierzu auch KIESER, Beweisgrad, S. 85 f. und oben Rz. 88 ff.
600 BGE 127 V 294 E. 4.b.cc. Siehe hierzu oben Rz. 28 ff.
601 Siehe hierzu Rz. 109 ff.
602 BGE 139 V 547 E. 5.1.
603 Vgl. hierzu Rz. 21.
604 Vgl. BRIDLER/KÖRNER, 3 f. sowie Stellungnahme SGPP/SSPP und Stellungnahme RSV/GNW. Siehe hierzu oben Rz. 33 ff.

den, dass damit ein Beschwerdebild mit zufälligen Kombinationen von Symptomen umschrieben wurde. Nichtsdestotrotz könnten sowohl aus medizinischer als auch aus juristischer Sicht alle Syndrome und psychische Störungen unter diesen Begriff fallen. Daher liess diese Terminologie keine Eingrenzung bestimmter Krankheitsbilder zu. Selbst wenn dieser Rechtsbegriff als Beschwerdebild mit zufälligen Kombinationen von Symptomen verstanden wird, deren Ursache und Entstehungsweise keine nachweisbare organische Grundlage haben, hätten im Extremfall die meisten psychischen Störungen darunter subsumiert werden können. Vielmehr stellte sich die Frage, welche der in einem internationalen Klassifikationssystem aufgenommenen psychischen Störungen pathogenetisch-ätiologisch eindeutig klar sind und über eine organisch nachweisbare Grundlage verfügen.[605] Somit handelte es sich bei diesem Kunstgriff insgesamt um einen Fehlgriff.[606]

IV. Die Anwendung der Überwindbarkeitsvermutung in anderen Rechtsgebieten ausserhalb des IVG

Auf die Überwindbarkeitsvermutung stützten sich Rechtsanwender wie aufgezeigt auch ausserhalb des Anwendungsbereichs des IVG.[607] Höchst problematisch war, dass sich Privatversicherungen bezüglich Erwerbsunfähigkeitsrentenleistungen ebenfalls darauf beriefen, weshalb unklar ist, wie vielen Betroffenen gestützt auf diese Behauptung Leistungen verweigert wurden. Denn es ist durchaus denkbar, dass zahlreiche Betroffene, krank und beweisbelastet, keine Klage einreichten, weil das Führen eines langjährigen Rechtstreits gegen eine Privatversicherung, die über ausreichende Geldmittel zum Prozessieren verfügen, für kranke Versicherte, denen meist neben den gesundheitlichen auch die finanziellen Ressourcen fehlen, oftmals fast unmöglich ist. Für die Verfahrenskosten hat die klagende Partei den Vorschuss zu leisten und dieser gestaltet sich bei einer Erwerbsausfallversicherung i.d.R. äusserst hoch. Deshalb kann davon ausgegangen werden, dass das Prozessrisiko für die meisten Betroffenen als zu hoch eingeschätzt wurde. Diese Sachlage war verheerend, denn solche Privatversicherungen werden meist gerade mit dem Argument verkauft und abgeschlossen, um eine Lücke zwischen dem 351

605 Vgl. BRIDLER/Körner, Kurzgutachten, S. 2 ff.; Stellungnahme SGPP/SSPP und Stellungnahme RSV/GNW; WINZENRIED, JaSo 2012, S. 241 f. Siehe hierzu oben Rz. 32 ff.

606 Vgl. insb. Rz. 85 f.

607 Vgl. hierzu Rz. 97 ff.

Eintritt der Erwerbsunfähigkeit und einem allfälligen Entscheid der Sozialversicherungen, die enormem politischem sowie finanziellem Spardruck unterstehen, zu verhindern. Erst das durch die Verfasserin angestrebte Urteil des Bundesgerichts 4A_314/2015 vom 1. Dezember 2015 gab nach einem zehnjährigen Rechtsstreit Gewissheit, dass sich die Privatversicherungen nicht darauf berufen durften. Wenn vertraglich keine Bindungswirkung zum sozialversicherungsrechtlichen Verfahren vereinbart wurde, dann hat die Privatversicherung den Sachverhalt ungeachtet der Überwindbarkeitsvermutung selbst abzuklären.[608]

V. Die grundlegenden Leitideen zur Einführung der IV und die Funktion der IV

352 Die Analyse der Entstehungsgeschichte der IV und der Entwicklung des IVG von der Erstfassung im Jahre 1959 bis heute[609] zeigt, dass der Invaliditätsbegriff im Sinne des IVG ein wirtschaftlicher ist. Im Laufe der gesetzlichen Entwicklung hat der Gesetzgeber die psychischen Behinderungen den physischen gleichgestellt, da die wirtschaftlichen Folgen einer physischen und jene einer psychischen Behinderung dieselben sind. Mit dem Inkrafttreten des ATSG im Januar 2003 und der 4. IV-Revision wurden die psychischen Gesundheitsschäden im Gesetz ausdrücklich als mögliche Ursache einer Invalidität anerkannt.[610] Auch an der Funktion der IV, die wirtschaftlichen Folgen der Invalidität zu beheben oder zu mindern, hat die gesetzliche Entwicklung nichts geändert. Beeinträchtigungen der psychischen Gesundheit können in gleicher Weise wie körperliche Gesundheitsschäden eine Invalidität im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 8 ATSG bewirken. Die Expertenkommission zur Einführung der IV sowie diejenige zur 1. IV-Revision rieten bereits von einer Aufsplittung der IV-Leistungen nach Gebrechensarten ab.[611] Deshalb war die unterschiedliche Behandlung durch die durch das Bundesgericht gebildete Rechtsfigur der Überwindbarkeitsvermutung bei PÄUSBONOG, die über keine wissenschaftlich Grundlage verfügte, auch mit den grundlegenden Leitideen und der Funktion der IV nicht in Einklang zu bringen. Diese sind nun mit der Kurskorrektur durch das Bundesgericht mit der heutigen Indikatorenrechtsprechung wieder im Einklang, weil die Anspruchsprüfung

608 Vgl. WELTEN (-WINZENRIED), Versichertes Risiko, S. 324 ff. und oben Rz. 99 ff.

609 Stand per 31.12.2018.

610 Vgl. BBl 2001 I 3225, 3281 und 3299 ff. Siehe auch BBl 1997 IV 172 und 183; Protokoll SGK-S, 4. IV-Revision, 8./9. September 1997, S. 29 ff.

611 Vgl. BBl 1967 I 660; AB 1967 *N* 433. Siehe hierzu oben Rz. 41 und 110.

bei psychischen Krankheiten wieder gestützt auf einer rechtlich korrekten Grundlage erfolgt. Das indikatorenorientierte Abklärungsverfahren ermöglicht den Betroffenen ein ergebnisoffenes sowie einzelfallbezogenes Verfahren. Dies macht zudem die Umsetzung der vom Gesetzgeber bei Einführung der IV verlangten „*grosse[n] Gewissenhaftigkeit und Unabhängigkeit*" bei der Beurteilung der medizinischen Anspruchsvoraussetzungen möglich.[612]

VI. BGE 141 V 281 – die ‚Korrektur von der Korrektur'

Mit diesem Leitentscheid hat das Bundesgericht die Überwindbarkeitsvermutung aufgegeben, da diese – wie dargelegt – über keine wissenschaftliche Grundlage verfügte. Zudem verleitete sie bei den Rechtsanwendern zu einer „*latenten Voreingenommenheit*", die mit dem Untersuchungsgrundsatz, der freien Beweiswürdigung sowie der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht vereinbar war.[613] Das mit BGE 130 V 352 begründete ‚Regel-/Ausnahmemodell' sollte gemäss Bundesgericht „*die gesetzmässige Praxis*" wiederherstellen, da zuvor – so das Bundesgericht – gestützt auf solche Krankheitsbilder eine starke Zunahme der rentenbeziehenden Personen erfolgt war.[614] Zu dieser Zeit sei die Einhaltung der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen offensichtlich nicht mehr gewährleistet gewesen.[615] Folglich ist BGE 141 V 281 ‚die Korrektur von der Korrektur' mit dem Ziel, das elf Jahre geltende ‚Alles oder nichts'-Regel-/Ausnahmemodell durch eine strukturierte, ergebnisoffene und einzelfallbezogene Beweisführung durch Indikatoren zu ersetzen.[616] 353

612 Siehe hierzu Rz. 113.

613 Vgl. BGE 141 V 281 E. 3.4.1.1; GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 28. Siehe hierzu oben Rz. 94, 107, 135 und 332.

614 BGE 141 V 281 E. 3.4.1.1 mit Verweis auf die IV-Statistik 2013, 2014, S. 21 f. vom BSV. Siehe hierzu oben Rz. 334.

615 Vgl. BGE 141 V 281 E. 3.4.1.1. Siehe hierzu oben Rz. 334.

616 Vgl. JEGER, Arbeitsunfähigkeit, S. 39; GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, Rz. 33; BGE 141 V 281 E. 3.6; Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 17. Juni 2015. Siehe oben Rz. 120 ff.

354 Eine weitere wesentliche Änderung ist, dass nicht mehr die Diagnose und der Gesundheitsschaden im Zentrum stehen, sondern sich der Fokus auf die arbeitsbezogene Funktionsfähigkeit und die Konsistenz gerichtet hat.[617] Die Diagnose hat dennoch eine gewichtige Bedeutung, weil sie der Ausgangspunkt ist und sich mit der Kurskorrektur auf den gesamten Prüfungsraster auswirkt.[618]

355 Lässt man den in der Einleitung geschilderten Ausgangssachverhalt Revue passieren, zieht dies folgende Erkenntnis nach sich: Das Bundesgericht hat mit seinem Entscheid BGE 141 V 281 im Jahre 2015 einen grossen Schritt in die richtige Richtung getan. Versicherte können nunmehr gewiss sein, dass ihr Anliegen wesentlich umfassender und unter Zugrundelegung der jeweils aktuellsten medizinischen und psychologischen Erkenntnisse geprüft und gewürdigt wird. An die Stelle einer blossen Vermutung, deren Widerlegung in den meisten Fällen nicht möglich war, ist ein strukturiertes Beweisverfahren getreten.

VII. Folgerungen aus der neuen Judikatur

356 Der Entscheid BGE 141 V 281, der als grosser Schritt bezeichnet wurde,[619] hat die Anspruchsprüfung auf eine rechtlich korrekte Grundlage gestellt. Mit der Aufgabe der Überwindbarkeitsvermutung hat er die Betroffenen von der Ausgangsvermutung, dass ihre Leiden mit etwas Willensanstrengung überwindbar wären, befreit. Stattdessen wird ihr Begehren in einem indikatorenorientierten Abklärungsverfahren bzw. indikatorengeleiteten Beweisverfahren mittels eines normativen und ergebnisoffenen Prüfungsrasters geprüft. Das ‚Alles oder nichts'-Regel-/Ausnahmemodell wurde durch eine strukturierte, ergebnisoffene und einzelfallbezogene Beweisführung durch Indikatoren ersetzt. Dies ermöglicht eine präzisere Prüfung der Invaliditätsvoraussetzungen.[620] Sodann verwendet das Bundesgericht auch nicht länger den Begriff ‚pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nach-

617 Anzumerken ist, dass die ganzheitliche, ressourcenorientierte Abklärung der Arbeitsfähigkeit bereits für die Umsetzung der 5. IV-Revision zentral war, vgl. SCHWEGLER, ressourcenorientierte Abklärung, S. 12 ff. (insb. S. 15). Siehe hierzu oben Rz. 151 ff.

618 Vgl. TRAUB, BGE 141 V 281 – Auswirkungen, S. 130 und oben Rz. 307.

619 Vgl. GÄCHTER/MEYER, Jusletter 28. Juni 2015, S. 25. Siehe hierzu Rz. 11.

620 Siehe hierzu Rz. 120 ff. und 210 ff.

weisbare organische Grundlage'. Bei der Beweislastverteilung verbleibt es jedoch dahingehend, dass alle Zweifel in Bezug auf eine etwaige Invalidität zulasten der versicherten Person gehen.[621]

Die Kurskorrektur hat vielfältige Folgewirkungen ausgelöst. Inzwischen, und das zeigen die erörterten Judikate im dritten Teil der Arbeit, liegen zahlreiche Urteile vor, die die Anforderungen aus dem Grundsatzurteil „mit Leben ausfüllen" und zur weiteren Klärung der invalidenrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen beitragen.[622] Damit ist viel erreicht. 357

Mittlerweile hat sich der strukturierte, normative Prüfungsraster gemäss BGE 141 V 281 etabliert, die Indikatoren wurden präzisiert und die Rechtsanwendenden konnten damit Erfahrungen sammeln. Die Gerichte legen die von BGE 141 V 281 entwickelten Grundsätze ihrer Entscheidung zugrunde, was die einzelfallgerechte Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen ermöglicht: ergebnisoffen, umfassend und differenziert. Es kann festgehalten werden, dass die Rechtsanwender den Wandel der Rechtsprechung von der Überwindbarkeitsvermutung zur Indikatorenrechtsprechung vollzogen haben.[623] Dennoch ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Einschätzung, in welchem Umfang der Gesundheitsschaden das berufliche und alltägliche Leben beeinträchtigt, sowie die Konsistenzprüfung letztlich Ermessensentscheide sind. Diese bedürfen der höchstmöglichen Aufmerksamkeit,[624] denn letztlich ist Rechtsprechung in dem Masse wertvoll, wie sie in der Rechtspraxis zu annehmbaren Lösungen führt.[625] 358

Entscheide dagegen, die zu einer Änderung bzw. Abweichung vom Grundsatzentscheid BGE 141 V 281 geführt haben, sind bisher nicht ergangen. Vielmehr wurde die neue Schmerzrechtsprechung gemäss BGE 141 V 281 insbesondere unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit auf sämtliche psychischen Leiden ausgeweitet, wodurch sie zur Indikatorenrechtsprechung mutierte. Zudem ist zu konstatieren, dass inzwischen eine deutliche Zunahme höchstrichterlicher Entscheide festzustellen ist, die sich mit der Frage nach der genauen Diagnosestellung beschäftigen. Das Bundesgericht setzt die Verschärfung an die Diagnosestellung gemäss BGE 141 V 281 in die Praxis um. Sowohl die 359

621 Siehe Rz. 121.
622 Siehe Rz. 209 ff.
623 Vgl. MEIER, Auswirkungen, S. 68. Siehe hierzu oben Rz. 289 und 316.
624 Vgl. RIEMER-KAFKA, indikatorenorientierte Abklärungsverfahren, S. VII. Siehe hierzu Rz. 314.
625 Siehe insb. Rz. 200 und die Erwägungen in Rz. 210 ff.

genaue Diagnosebegründung anhand eines anerkannten Klassifikationssystems als auch die vermehrte Beachtung diagnoseinhärenter Schweregrade führen dazu, dass im Ergebnis deutlich mehr Rentenansprüche bereits auf dieser Ebene verneint werden bzw. die Rentenprüfung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird. In diesem Sinne hat sich die im Zusammenhang mit BGE 141 V 281 abgegebene Prognose, „*das Bundesgericht habe das ‚Eintrittstor' zur Invalidität medizinisch präziser (und im Ergebnis enger) fassen wollen*"[626], bewahrheitet. Zudem werden an die medizinischen Experten sehr hohe Ansprüche gestellt.[627]

360 Die einschlägige Literatur hat die Entwicklung der Rechtsprechung mit stets ‚wachem Auge' verfolgt. Sie hat sich mit einer Fülle von Einzelfragen auseinandergesetzt und leistet dadurch einen wertvollen Beitrag zur Präzisierung der Rechtsanwendungsinstrumente durch die Judikatur. Dabei kann ihr Beitrag zur Rechtsentwicklung und damit mittelbar zum Rechtsfrieden nicht hoch genug eingeschätzt werden. Insbesondere ist es gerade ihr anzurechnen, dass das Bundesgericht mit BGE 141 V 281 den ‚Schwenk' in der Rechtsprechung vollzog, der inzwischen, soweit ersichtlich, von allen mit der Materie Vertrauten unumwunden akzeptiert wird.[628]

361 Gestützt auf die eingehende Analyse der in dieser Arbeit dargelegten Schwierigkeiten bezüglich der Sachverhaltsabklärung bei nicht objektivierbaren Leiden wird im Kapitel ‚Ausblick' ein möglicher Lösungsansatz vorgestellt, mit welchem einerseits Sorge getragen werden könnte, dass die Betroffenen entsprechend den grundlegenden Leitideen zur Einführung der IV behandelt werden. Andererseits könnten die noch vorhandenen Ressourcen der erkrankten Person infolgedessen direkt vor Ort evaluiert werden, um ein umfassendes Gesamtbild zu erhalten.

626 Vgl. MEIER, ein Jahr, Rz. 49. Siehe hierzu oben Rz. 209 ff.
627 Siehe hierzu insb. Rz. 199 f.
628 Siehe Rz. 291 ff.

VIII. Zahlenmässige Auswertung der Auswirkungen der Indikatorenrechtsprechung

362 Gestützt auf die Zahlen hat sich (bisher) die teilweise geäusserte Befürchtung, dass infolge des Wegfalls der Überwindbarkeitsvermutung die Zahl von Rentenbezügern eklatant zunehmen könnte, als unbegründet erwiesen.[629]

363 Wider Erwarten kann jedoch bis dato auch (noch) keine Zunahme von Teilrenten beobachtet werden, was mit der Kurskorrektur eigentlich hätte ermöglicht werden sollen. [630] Möglicherweise wird dies erst dann der Fall sein, wenn der Grossteil der medizinischen Gutachten gestützt auf BGE 141 V 281 erstellt sind.

364 Die Auswertung der Bundesgerichtsurteile seit BGE 141 V 281 zeigt ebenfalls ein ernüchterndes Bild: Die Rechtsprechung ist streng, wenn nicht strenger als zuvor. Wenn die elf Jahre lang geltende Voreingenommenheit von den einzelnen Rechtsanwendern nicht überwunden wird, kann der eigentlich ergebnisoffene normative Prüfungsraster dazu dienen, Leistungen zu verweigern.[631] Diese Gefahr besteht stets bei Ermessensentscheiden, denn für solche Sachverhaltsabklärungen können keine wissenschaftlich exakten Ergebnisse vorliegen. Da bezüglich der Indikatorenrechtsprechung weiterhin die materiell beweisbelastete versicherte Person die Folgen der Beweislosigkeit trägt, trägt sie auch das Risiko. Das bedeutet: Lassen sich die geklagten Beschwerden im nunmehr durchzuführenden „*ergebnisoffenen Verfahren*“ nicht substanziiert nachweisen, weil z.B. der Gutachter nicht unvoreingenommen die Expertise schreibt, scheitert der Nachweis der Invalidität. Bei Beweislosigkeit wird zuungunsten der versicherten Person entschieden.[632] Die Ergebnisoffenheit ist jedoch gerade einer der wichtigsten erreichten Meilensteine der Indikatorenrechtsprechung, mit dem Ziel einer einheitlichen und rechtsgleichen Einschätzung der Arbeits[un]fähigkeit der Anspruchsteller.

629 Siehe hierzu Abb. 3 S. 141, Abb. 4 S. 142 und Rz. 324 f.
630 Vgl. Abb. 2 S. 140 und Rz. 323.
631 Vgl. MEIER, Auswirkungen, S. 80 f. Siehe hierzu oben Rz. 289, 318 und 327.
632 Vgl. BERGER, HAVE 2015, S. 291 und 298. Siehe hierzu oben Rz. 121.

§ 2: Ausblick

365 Die vorliegende Arbeit hat einen Beitrag zur gesamtheitlichen Entwicklung der bundesgerichtlichen Schmerzrechtsprechung bis Ende 2018 geleistet. Die vollumfänglichen Auswirkungen der ‚Kehrtwende' werden erst dann analysiert werden können, wenn die Gerichtsentscheide auf medizinischen Gutachten basieren, die entsprechend BGE 141 V 281 erstellt wurden. Auch die Analyse der Auswirkungen der Anwendung der Indikatorenrechtsprechung auf sämtliche psychischen Leiden wird aufschlussreich sein und offenlegen, ob die mit BGE 141 V 281 verfolgten Ziele in der Praxis effektiv erreicht werden. Weiterführende Forschung könnte sich mit diesen beiden Fragestellungen beschäftigen.

366 Immerhin kann zum jetzigen Zeitpunkt bereits festgehalten werden, dass mit der ‚Korrektur von der Korrektur' die rechtlichen Rahmenbedingungen korrekt geschaffen wurden. Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtsanwender den normativen Prüfungsraster gemäss BGE 141 V 281 pflichtbewusst und tatsächlich ergebnisoffen anwenden, denn ihre Arbeit trägt mittelbar zum Rechtsfrieden bei, was nicht hoch genug eingeschätzt werden kann.

367 Um aus der Vergangenheit die richtigen Lehren zu ziehen, sollte künftig jedenfalls vermieden werden, neue Vermutungen, die auf keiner wissenschaftlichen Grundlage beruhen, aufzustellen. Denn solche wirken sich häufig zu Unrecht zulasten kranker Menschen aus. Auf der anderen Seite sollten zur Gewährleistung, dass die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen eingehalten werden, die möglichen Instrumente, wie die Revision und Observationen, (pflichtbewusst und korrekt) durchgeführt werden. Auch die Möglichkeit, bei psychischen Leiden z.B. befristete (Teil-)Renten zuzusprechen, könnte einen möglichen Lösungsansatz darstellen, damit im Verlauf der Krankheit und Therapie an die jeweils aktuelle Situation angepasste Prognosen gestellt werden können.

368 Um den Kreis gewissermassen zu schliessen, böte sich nach all den dargelegten erfolgten Fortschritten folgender möglicher Lösungsansatz an: Nun könnte das IV-Abklärungsverfahren noch dahingehend modernisiert werden, dass für Anträge zu IV-Leistungen gestützt auf psychische Leiden ein spezielles Programm entwickelt und implementiert wird. Dieses würde diverse, individuell auf den jeweiligen Einzelfall angepasste Massnahmen beinhalten, um die in dieser Arbeit erläuterten Schwierigkeiten bei der Sachverhaltsabklärung künftig verhindern oder reduzieren zu können.

Vorgeschlagen wird, der erkrankten Person, die einen Antrag zum Bezug von IV-Leistungen stellt, parallel zum heutigen IV-Abklärungsverfahren[633] einen Betreuer oder Coach zur Seite zu stellen, der diese Person effektiv coacht. Ersterer würde den Betroffenen zuhause besuchen, mit ihm dessen Situation besprechen und die individuell vorhandenen Möglichkeiten evaluieren. Dabei könnten die Familienmitglieder und andere ihr nahestehende Personen miteinbezogen werden. Ziel wäre, mit dem Erkrankten ein personalisiertes Programm zu erstellen, um ihn durch das Abklärungsverfahren der IV zu begleiten und zu versuchen, dass er bspw. seinen Arbeitsplatz behält, weiterhin am gesellschaftlichen Leben – wenn auch nur in einem minimalen Umfang – teilhaben kann und die sozialen Kontakte somit nicht gänzlich verloren gehen. Dadurch könnte eine Bewältigung der Situation begünstigt werden. Gleichzeitig würden gemeinsam mit der erkrankten Person die möglichen vorhandenen Ressourcen ergründet, um entsprechend den grundlegenden Leitideen zur Einführung der IV den eingetretenen ‚Schadenfall' möglichst zu beheben oder zu mildern. Dies ist auch in jenen Fällen denkbar, in denen die Invalidität mit Sicherheit unmittelbar bevorsteht.[634] 369

Der Coach könnte in Anlehnung an die bei Einführung der IV gebildeten IV-Kommissionen durch ein interdisziplinäres Team unterstützt werden, das z.B. einen Eingliederungsexperten, einen Physiotherapeuten, einen Fachexperten bezüglich Erhalt oder Einrichtung des Arbeitsplatzes, einen Psychologen etc. umfasst. Der Coach selbst würde – wie oben bereits erwähnt – die erkrankte Person mehrmals zuhause besuchen, mit deren Angehörigen sprechen, diesen erklären, auf welche Weise sie den Betroffenen bspw. unterstützen können. Darüber hinaus würde er den Betroffen u.a. zum behandelnden Arzt und zu den Abklärungsstellen der IV (MEDAS etc.) begleiten. Des Weiteren könnte der Coach oder der Experte im Hinblick auf den Erhalt oder das Einrichten von Arbeitsplätzen mit der erkrankten Person deren Arbeitgeber besuchen. In diesem Rahmen könnte z.B. gemeinsam mit ihrem Vorgesetzen die Situation besprochen und bestehende Möglichkeiten geprüft werden, um die Arbeitsstelle möglichst zu erhalten. So könnte nach Absprache mit dem behandelnden Arzt vereinbart werden, dass die Person noch vereinzelte Stunden arbeitet und der Coach oder Eingliederungsexperte sie dabei begleitet. Entsprechend bestünde die Möglichkeit, am Arbeitsplatz selbst abzuklären, welche Arbeiten 370

633 Vgl. hierzu insb. HERMELINK MONIKA/KOCHER RALF, „Medizinische Beurteilung und Begutachtung in der IV", in: Soziale Sicherheit CHSS Nr. 4/Dezember 2017, S. 41–45.

634 Vgl. hierzu Rz. 110 ff.

die erkrankte Person in welchem Umfang noch verrichten kann und welche nicht.

371 Das Programm könnte mehrere Massnahmen umfassen, die adaptiert auf den jeweiligen Fall vorgesehen werden. Einen weiteren Bestandteil des Programms könnte z.B. für Schmerzpatienten der Besuch eines wöchentlichen speziellen Gruppentrainings darstellen, sei dies bestehend aus Yoga, Meditation, Entspannung und leichtem Muskelaufbau sowie –erhalt, leichtes Schwimmtraining, Spazieren oder leichtes Walking. Dadurch würden einerseits die Symptome behandelt und andererseits ein sozialer Kontakt hergestellt. Es bestünde die Möglichkeit, dass diverse weitere Therapieformen Bestandteil des Programms sind, und zwar begrenzt auf jene Zeitspanne, bis das Abklärungsverfahren abgeschlossen ist.

372 Für die erkrankte Person würde dies Unterstützung, Halt sowie Perspektiven, nicht aus der Gesellschaft ausgeschlossen zu werden, bedeuten. Zudem würde auf diesem Wege die Konsistenzprüfung direkt durch das Coaching-Team erfolgen. Es fände direkt vor Ort eine – selbstverständlich gewissenhafte und unabhängige – Abklärung unter Einbezug der behandelnden Ärzte und des Umfeldes (Familie, nahestehende Personen, Arbeitsplatz) der betroffenen Person statt. Dadurch entstünde ein Gesamtbild und nicht lediglich ‚Momentaufnahmen', wie dies bei einer Begutachtung oder zu einem späteren Zeitpunkt bei einer Observation der Fall ist. Die gewonnenen Erkenntnisse könnten den Gutachtern seitens der IV zur Verfügung gestellt oder mit diesen besprochen und analysiert werden. Hierbei handelte es sich um eine moderne Form des Abklärungsverfahrens und eine ‚Win-win-Situation' für alle Beteiligten: Die im Zusammenhang mit der Sachverhaltsabklärung bestehenden Schwierigkeiten könnten auf diese Weise tatkräftig angegangen und gleichzeitig dem Betroffenen ‚eine Hand gereicht' werden. Dadurch würde der Paradigmenwechsel wahrlich vollzogen: weg von der Voreingenommenheit hin zur Ergebnisoffenheit.

Selbstständigkeitserklärung

Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe o des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 20 des Universitätsstatuts vom 17. Dezember 1997 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.[635]

Bern, 30. Mai 2019

(Datum und Unterschrift)

635 Art. 44 Abs. 2 des Reglements über den Studiengang und die Prüfungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern (Studienreglement RW [RSP RW]) vom 24. April 2004.