

## Jörg Paul Müller

Prof. Dr. iur., Dr. iur. h.c., LL.M. (Harvard), RA, em. Ordinarius für öffentliches Recht und Völkerrecht Universität Bern.

# Verfahrensgerechtigkeit in der Sozialversicherung

## IV-Renten für Schmerzpatienten?

*Für den Nachweis der Invalidität und damit der Rentenberechtigung hat das Bundesgericht bei einer bestimmten Patientengruppe die rechtliche Vermutung aufgestellt, die Krankheitsfolgen könnten bei gutem Willen in der Regel überwunden werden. Damit vermindert das Gericht Möglichkeiten und Relevanz fachärztlicher Begutachtungen. Dies widerspricht den Rechtsschutzgarantien der BV, dem Untersuchungsgrundsatz und dem Prinzip der freien Beweiswürdigung, die im IV-Verfahren gelten. Trotz Kritik hält das Bundesgericht bis heute an der strengen Praxis fest. Gefordert wird mehr Verfahrensfairness und weniger Belastung durch dogmatische Konstruktionen.*

### Inhaltsübersicht

I. Einleitung

II. Zur PÄUSBONOG (sic!)-Praxis des Bundesgerichts

III. Auflockerung der PB-Praxis trotz starrer Dogmatik?

1. Urteil des Bundesgerichts 8C\_32/2013 vom 19. Juni 2013

2. Urteil des Bundesgerichts 9C\_495/2012 vom 4. Oktober 2012

3. Urteil des Bundesgerichts 8C\_324/2013 vom 29. August 2013

4. Urteil des Bundesgerichts 8F\_9/2012 vom 6. November 2012

5. Urteil des Bundesgerichts 8C\_972/2012 vom 31. Oktober 2013

IV. Fragen der «Beweislast» bei Zusprache oder Revision einer Rente

V. Problematik einer richterrechtlichen Vermutungsregel

VI. Wird die PB-Praxis der Fairness-Rechtsprechung gerecht?

## I. Einleitung <sup>^</sup>

[Rz 1] Der Autor hat vor einem Jahr kritisch zur Praxis des Bundesgerichts in der Frage des Anspruchs von Schmerzpatienten auf eine IV-Rente Stellung genommen (siehe JÖRG PAUL MÜLLER, [Zur medizinischen und sozialrechtlichen Beurteilung von Personen mit andauernden somatoformen Schmerzstörungen und ähnlichen Krankheiten im Verfahren der Invalidenversicherung](#), in: Jusletter 28. Januar 2013). Andere Autoren haben sich in gleicher Richtung geäußert. Untersucht wird nun die Frage, ob oder wie das Bundesgericht auf solche Kritik bisher reagiert hat. Die Analyse lässt erkennen, dass das Bundesgericht dogmatisch weiter und oft apodiktisch an seiner für Schmerzpatienten strengen Praxis festhält, allerdings mit Präzisierungen und Abwandlungen. Trotz

Hartnäckigkeit im dogmatischen Vokabular neigt das Gericht im Ergebnis neuerer Urteile verschiedentlich zu einer grundrechtskonformeren Praxis, die von dogmatischen Konstruktionen weniger belastet ist. Der Beitrag setzt sich im Rahmen der zahlreichen Publikationen zur Kontroverse besonders mit Arbeiten von PHILIP EGLI und ULRICH MEYER (der wissenschaftlich die Praxis des Bundesgerichts wesentlich geprägt hat) auseinander.

## II. Zur PÄUSBONOG (sic!)-Praxis des Bundesgerichts ^

[Rz 2] PÄUSBONOG ist nicht ein Ort im hohen Norden, sondern ein noch ganz junger Terminus, den das Bundesgericht ins Sozialversicherungsrecht der Schweiz eingeführt hat. Der Begriff steht als Abkürzung für *Pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage* (PÄUSBONOG, in der Folge abgekürzt PB). Der Begriff findet sich jedoch in keinem medizinischen Manual oder Lehrbuch<sup>1</sup>, hingegen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und neuerdings – in Anlehnung an diese – auch in einer Übergangsbestimmung der Gesetzgebung<sup>2</sup>: Im Parlament wurde im Rahmen der Revision des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG) 6a das Wort PÄUSBONOG als kaum verständlicher «Zungenbrecher» bezeichnet. Die Diagnose einer PB-Erkrankung begründet nach der Rechtsprechung in der Regel keine Invalidität im Sinne der IV- Gesetzgebung, auch dann nicht, wenn nach fachärztlicher Diagnose andauernde Schmerzen, Erschöpfung oder ähnliche Beschwerden bestehen, aber keine organischen Ursachen feststellbar sind und keine schweren psychiatrischen Störungen wie Schizophrenie oder Psychose vorliegen. Um die hohe Zahl von Rentenzusprachen zu bremsen, hat das Bundesgericht für diese Krankheitsgruppe eine neue Beweisregel geschaffen. Danach ist bei PB-Kranken zu vermuten, ihre Beschwerden (z.B. Schmerzen, Depressionen) könnten überwunden werden und würden als Hindernis der Arbeitsfähigkeit dahinfallen, wenn die Betroffenen guten Willens seien. Eine Ausnahme von dieser Überwindbarkeitsregel ist nur dann möglich, wenn die sog. Foerster-Kriterien mit dem zentralen Begriff der Komorbidität erfüllt sind.<sup>3</sup>

[Rz 3] Der Kategorie PB-Patienten werden IV-Leistungsansprecher mit andauernden Schmerzstörungen, Schleudertrauma, chronischem Müdigkeitssyndrom oder ähnlichen Beschwerdebildern<sup>4</sup> unterstellt. Diesen Krankheitsbildern ist gemeinsam, dass sie subjektiv als Leiden empfunden werden, dass ihnen aber keine diagnostisch erfassbare organische Ursache zugrunde liegt. Etwas stützt macht, dass nach bundesgerichtlicher Praxis (Urteil des Bundesgerichts [8C\\_872/2012](#), E. 7.1.4) nicht nur klassische psychiatrische Krankheiten wie Schizophrenie, sondern auch Zwang-, Ess- und Panikstörungen oder verschiedene Formen einer schweren

Persönlichkeitsstörung nicht den PB-Erkrankungen zugerechnet, also nicht der Überwindbarkeitsregel unterstellt werden. Bei diesen Fällen sei eine klare Diagnose möglich, nicht hingegen bei lediglich psychisch manifesten Traumatisierungen oder mittleren Depressionen. Dies hat offenbar zur Folge, dass in der Praxis heute zunehmend Diagnosen im Bereich der Persönlichkeitsstörungen gestellt werden und die Traumatisierungen in den Hintergrund treten.

[Rz 4] Die PB-Praxis wurde mehrfach kritisiert. Eine sehr grundsätzliche Auseinandersetzung findet sich neuestens bei PHILIP EGLI in der Studie «Rechtsverwirklichung durch Sozialversicherungsverfahren»<sup>5</sup>. Der Hauptteil des Buches befasst sich mit der Spannung zwischen Effizienz und Fairness in der Sozialversicherung. Der Autor plädiert zwar in erster Linie auch in Anlehnung an Niklas Luhmann und Richard Bäumlín für die notwendige Autonomie der Verwaltung und für Zurückhaltung in der justiziellen und namentlich grundrechtlichen Durchdringung des Verwaltungshandelns. Im vorliegenden Zusammenhang interessieren aber vor allem EGLIS Ausführungen zur Überwindbarkeitspraxis des Bundesgerichts. EGLI hat sich diesbezüglich später ausdrücklich den Schlussfolgerungen meines Gutachtens von 2012 angeschlossen<sup>6</sup>. Im Grunde gehe es in der PB-Praxis um den Versuch, einen Teil der medizinischen Realität, nämlich die psychosozialen und soziokulturellen Faktoren einer Krankheit auszublenden<sup>7</sup>. Das vom Bundesgericht aufgestellte rechtliche Anforderungsprofil bzw. die Überwindbarkeitsvermutung «greife normierend in den Tatbereich ein» und verflechte damit Rechts- und Tatfragen<sup>8</sup>. PHILIPP EGLI bezeichnet die heutige Praxis als «ambivalent» oder unentschieden». Die Überwindbarkeitspraxis des Bundesgerichts bedeute nicht nur, Empirie für die Praxis fruchtbar zu machen, sondern anhand von werthaltigen Massstäben die Erforschung von Tatsachen durch Normen zu ersetzen. Tatsachen werden in dieser Praxis «nicht erhoben, sondern unterstellt, wobei diese Unterstellung ihrerseits – und das ist entscheidend – in einem Werturteil und nicht auf Tatsachen gründet».<sup>9</sup> EGLI prüft in seiner Arbeit weiter, «ob ein solch richterlicher Transfer von der Tatebene auf die Rechtsebene überhaupt zulässig» sei oder den Rahmen der gesetzlichen Vorgaben, insbesondere von Art. 7 des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts (ATSG), sprengt. Über Figuren wie Überwindbarkeit oder Zumutbarkeit erhebe man in der PB-Praxis «Tatfragen zu Rechtsfragen, Tatsachen zu Normen, Medizin zu Recht».<sup>10</sup> EGLI prüft im Folgenden verschiedene, vor allem verfahrensrechtliche Möglichkeiten, die Rechtsprechung wieder ins Lot zu bringen.<sup>11</sup>

[Rz 5] Für eine solche Korrektur tritt in gewissem Sinn auch ULRICH MEYER ein. Er hat die PB-Praxis des Bundesgerichts wissenschaftlich begründet und führt in einer neueren Publikation aus: «Opfer von Distorsionen der Halswirbelsäule haben *nicht* nichts, ihr Leiden ist offensichtlich; sie sind insbesondere in aller Regel keine Simulanten (...). Sie haben Anspruch auf regelrechte Behandlung».<sup>12</sup> Doch stehe «die fehlende Beweisbarkeit einer andauernden organischen Schädigung» heute einer IV-Rente entgegen. Statt einer solchen Rente befürwortet ULRICH MEYER *de*

*lege ferenda* die Zusprache einer «Abfindung ex aequo et bono»<sup>13</sup>, eine Lösung, für welche die gesetzliche Grundlage im Unklaren bleibt.<sup>14</sup> Nach Meinung des Rezensenten ist nicht auf den Gesetzgeber zu warten, um auch Schmerzpatienten einen angemessenen Ausgleich für ihre Behinderung zukommen zu lassen. Das Bundesgericht könnte ganz einfach das Missverständnis ausräumen, das allenfalls mit dem Begriff «Vermutung» (oder seiner faktischen Anwendung) in der PB-Praxis geschaffen wurde; es müsste das seit [BGE 130 V 352](#) befolgte Normprofil für die Beurteilung von PB-Fällen fallen lassen und schlicht dafür eintreten, dass die umfassenden, den Verfahrensgrundrechten entsprechenden Abklärungen vorgenommen werden, eine Aufgabe, die Geist und Wortlaut der schweizerischen Sozialgesetzgebung<sup>15</sup> den rechtsanwendenden Behörden aufgeben.

### III. Auflockerung der PB-Praxis trotz starrer Dogmatik? ^

[Rz 6] Das Bundesgericht hat in seinen publizierten Urteilsbegründungen die verfassungsrechtliche Kritik an der PB-Rechtsprechung vor dem neuesten Entscheid [8C\\_972/2012](#) nicht zur Kenntnis genommen<sup>16</sup>, aber immerhin hat sie das Bundesverwaltungsgericht vermerkt.<sup>17</sup> Nun erwecken aber verschiedene neuere Erkenntnisse des Bundesgerichts in der Sache doch den Anschein, das Gericht rücke im *Ergebnis* seiner Entscheide etwas von seiner zu strengen PB-Linie ab.

#### 1. Urteil des Bundesgerichts 8C\_32/2013 vom 19. Juni 2013^

[Rz 7] So hat die 1. Sozialrechtliche Abteilung kürzlich entschieden, dass die PB-Rechtsprechung *nicht* für Patienten gilt, die nach einer Krebsbehandlung längerfristig an Ermüdung leiden und deshalb arbeitsunfähig sind, obwohl auch dieser Gesundheitsstörung keine *unmittelbare, andauernde* organische Ursache zugrunde liegt. Das Krankheitsbild wird als «Cancer-related Fatigue» umschrieben und besteht in einem chronischen, möglicherweise Jahre andauernden Erschöpfungszustand nach einer Krebserkrankung. Cancer-related Fatigue kann gemäss Bundesgericht als *mittelbare* Folge einer Krebserkrankung und deren Therapie verstanden werden. Darum finden die strengen Kriterien, die für PB-Krankheiten entwickelt wurden, keine Anwendung. Es gilt insbesondere die Vermutung nicht, die Störung sei bei gutem Willen in der Regel überwindbar.<sup>18</sup>

## 2. Urteil des Bundesgerichts 9C\_495/2012 vom 4. Oktober 2012 <sup>^</sup>

[Rz 8] Anzeichen einer Auflockerung der Praxis kann man auch in einem Urner Fall<sup>19</sup> sehen, in dem es um die Frage ging, ob sich eine Rentenverweigerung ausschliesslich auf ein durch die Verwaltung eingeholtes MEDAS-Gutachten vom 16. Februar 2011 stützen durfte. Das Bundesgericht verwies auf eine durch den Beschwerdeführer eingereichte Expertise eines psychiatrischen Facharztes vom 15. August 2011, die den Befund der MEDAS in Frage stellte. Das Bundesgericht führt dazu aus:

*«Der Fall zeigt in exemplarischer Weise auf, wie ungesichert und umstritten die diagnostische Einordnung von Schmerzstörungen namentlich auch unter dem Blickwinkel des neuen Diagnosecodes F45.41 ist, ganz abgesehen von der seitens der Sachverständigen höchst kontrovers eingeschätzten Schwere der Symptomatik und der Folgenabschätzung für die Arbeits(un)fähigkeit. Die Diskrepanzen sind hier eklatant. Wenn auch abweichende Auffassungen behandelnder Ärzte oder von Parteigutachtern regelmässig keinen Grund bilden, von den Ergebnissen der Administrativbegutachtung abzuweichen, verhält es sich doch anders, wenn objektiv fassbare Gesichtspunkte ins Feld geführt werden, welche erhebliche Zweifel auslösen. So verhält es sich hier. Die Sache ist daher an das kantonale Gericht zur Einholung eines Gerichtsgutachtens zurückzuweisen».*<sup>20</sup>

## 3. Urteil des Bundesgerichts 8C\_324/2013 vom 29. August 2013 <sup>^</sup>

[Rz 9] In einem weiteren Urteil<sup>21</sup> hat sich das Bundesgericht in anderer Weise grosszügig gegenüber Patienten gezeigt, bei denen eine Invalidität trotz fehlender aktueller organischer Befunde in Frage stand. Eine 21-jährige Frau hatte im Jahre 1988 zwei Verkehrsunfälle erlitten mit der Folge einer Kopfkontusion und Distorsion der Halswirbelsäule. Mit Verfügung vom 4. Dezember 1997 sprach ihr die IV-Stelle Luzern rückwirkend ab 1. Juni 1995 eine halbe Invalidenrente zu. Am 30. Mai 2012 wurde unter Hinweis auf die PB-Rechtsprechung und auf die Schlussbestimmung zur IVG-Revision von 2011<sup>22</sup>) in einem Revisionsverfahren die bisherige Rente auf den 1. August 2012 eingestellt. Eine dagegen gerichtete Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht (heute Kantonsgericht) Luzern mit Entscheid vom 12. März 2013 gut, und verpflichtete die IV-Stelle, weiterhin eine halbe Rente auszurichten. Die IV-Stelle rief mit öffentlich-rechtlicher Beschwerde das Bundesgericht an, unterlag aber dort. Auf dieses Urteil ist näher einzugehen.

1. In einem ersten Schritt stellt das Bundesgericht in einer sehr differenzierten Begründung fest, die IV-Stelle habe den Umfang der Besitzstandsgarantie für Renten, die seit mehr als 15 Jahren bezogen werden, falsch beurteilt. Darum sei die

Rentenaufhebung gestützt auf die Schlussbestimmung der IVG-Revision 6a von 2011 unzulässig gewesen.<sup>23</sup> Auf diesen Punkt ist nicht näher einzugehen.

2. Das Bundesgericht prüft darauf aber, wie es vorher auch die IV-Stelle getan hatte, ob «subsidiär», im Rahmen einer allgemeinen Revision im Sinne des Art. 17 i.V.m. Art. 7 ATSG, ein Grund für die Herabsetzung oder Aufhebung der Rente gegeben sei. Da es auch hier um die Frage der Berechtigung zum Rentenbezug ging, hätte das Bundesgericht folgerichtig seine PB-Rechtsprechung mit der Vermutung der Überwindbarkeit der Krankheit berücksichtigen müssen. Auch die beschwerdeführende IV-Stelle hatte in ihrem Entscheid in Anwendung von Art. 17 ATSG auf die PB-Kriterien abgestellt und argumentiert, dass «die Versicherte auf Grund einer oder mehrerer PB-Diagnosen Rentenleistungen der Invalidenversicherung beziehe». Die gesundheitlichen Beeinträchtigungen seien aber – so die IV-Stelle weiter – aus objektiver Sicht im Sinne der PB-Rechtsprechung heute überwindbar, weshalb für die Zukunft kein Rentenanspruch mehr bestehe. Für das Vorhandensein einer relevanten psychiatrischen Komorbidität im Sinne der PB-Praxis würden überdies keinerlei Anhaltspunkte vorliegen.
3. Das Bundesgericht nimmt diese (subsidiäre) Argumentation der IV auf, findet aber, die IV-Stelle habe das Vorliegen bzw. das Fehlen einer Invalidität und damit die Voraussetzungen einer IV-Rente nicht hinreichend abgeklärt. Interessant ist nun, dass das Bundesgericht in keiner Weise festhält oder andeutet, dass im Sinne der PB-Praxis eine Vermutung dafür spreche, dass die Schmerzpatientin bei gutem Willen die Folgen ihres Leidens überwinden könne. Als massgeblich für die administrative oder richterliche Beurteilung wird allein die objektive, fachärztliche Beurteilung betrachtet. Wörtlich heisst es im Urteil:

«Mit dem Hinweis auf die Überwindbarkeit der vorhandenen Beschwerden beruft sich die IV-Stelle in der Sache auf die Existenz eines materiellen Rentenrevisionsgrundes nach Art. 17 Abs. 1 ATSG. Unabdingbare Grundlage für die Beurteilung der Rechtsfrage, ob und gegebenenfalls inwieweit einer versicherten Person unter Aufbringung allen guten Willens die Überwindung ihrer Schmerzen und die Verwertung ihrer verbleibenden Arbeitskraft zumutbar ist oder nicht, bilden (...) stets die fachärztlichen Stellungnahmen zum psychischen Gesundheitszustand und zu dem aus medizinischer Sicht (objektiv) vorhandenen Leistungspotenzial.»<sup>24</sup> In den Akten finde sich diesbezüglich ein ärztliches Zeugnis vom 26. Oktober 2012, wonach sich der Gesundheitszustand der Versicherten seit dem Gutachten der Medizinischen Abklärungsstelle (MEDAS) von 1990 (recte wohl dasjenige der MEDAS vom 20. Januar 1997) nicht verändert habe. Nach wie vor leide die Patientin unter ihren Beschwerden und es bestehe eine Arbeitsfähigkeit von 50%. Hinweise, welche die nunmehrige Überwindbarkeit der Beschwerden bzw. eine erhebliche Verbesserung des Gesundheitszustandes belegten, würden sich gestützt auf diese Angaben entgegen der Betrachtungsweise der Verwaltung nicht ergeben.<sup>25</sup>

Verzicht auf die monströse Aufstellung einer Rechtsvermutung im Sinne des Grundsatzentscheids [BGE 130 V 352](#) zu sehen. Als Rentenvoraussetzung wird einfach und deutlich eine nach dem Untersuchungsgrundsatz geführte Abklärung verlangt. Die Frage, ob das Bundesgericht eine Bezugnahme auf die PB-Rechtsprechung vermied, weil es sich um eine Revision und nicht um die erstmalige Festsetzung einer Rente handelte, wird später unter III. vertieft.<sup>26</sup>

#### **4. Urteil des Bundesgerichts 8F\_9/2012 vom 6. November 2012 ^**

[Rz 11] Eine Aufweichung der harten Grundsätze des [BGE 130 V 352](#) kann man auch im Urteil des Bundesgerichts [8F\\_9/2012](#) vom 6. November 2012 erblicken. Ausgangspunkt war eine Verfügung der IV-Stelle Glarus vom 25. Mai 2011, die einen Anspruch auf eine IV-Rente wegen eines unzureichenden Invaliditätsgrades (38%) abwies. Das Glarner Verwaltungsgericht bestätigte den Entscheid, ebenso auf Beschwerde hin das Bundesgericht im Urteil [8C\\_548/2011](#) vom 22. November 2011. Der Versicherte ersuchte mit Eingabe vom 6. Juli 2012 um Revision des bundesgerichtlichen Urteils im Sinne von Art. 123 Abs. 2 lit. a des Bundesgerichtsgesetzes ([BGG](#)) und legte ein von der SUVA eingeholtes polydisziplinäres Gutachten des Kantonsspitals Z. vom 29. Januar 2012 bei, in dem eine radikuläre Claudicatio festgestellt worden war. Mit Bezug auf diesen somatischen Befund lag nach Bundesgericht kein Revisionsgrund vor (E. 4.2.4). Hingegen sah das Bundesgericht in einem ergänzenden psychiatrischen Gutachten von Frau Dr. med. T. vom 30. Januar 2012 ein neues Beweismittel *tatsächlicher Natur*, dessen Ergebnisse «die anhaltende Schmerzproblematik hinreichend zu erklären vermögen» (E. 5.2.2.2). Sie seien geeignet, eine Invalidität von mehr als 40% und damit einen Rentenanspruch zu begründen. Interessant ist, dass die Gutachterin «zumindest versuchsweise» anhand der Foerster-Kriterien geprüft hatte, ob die chronische Schmerzstörung ausnahmsweise nicht überwindbar sei. Sie kam zwar zum Ergebnis, es läge keine «über die Schmerzstörung hinausgehende psychiatrische Komorbidität im Sinne der Foerster-Kriterien» vor; depressive Symptome oder Wahrnehmungsstörungen schloss sie ebenfalls aus (E. 5.2.1). Dennoch seien Faktoren feststellbar, die «insgesamt die Überwindbarkeit der bestehenden Beschwerden einschränkten». Das Bundesgericht findet, «aufgrund der überzeugenden Darlegungen» von Frau Dr. med. T. sei anzunehmen, dass die Schmerzursache in einer «psychiatrisch relevanten Störung» liegen könnte (E. 5.2.2.1). Die Entscheidungsgrundlagen des Bundesgerichts im Urteil vom 22. November 2011 würden damit als mangelhaft erscheinen, und es sei darum die Revision zu gewähren. Die Sache wurde an die IV-Stelle zurückgewiesen.<sup>27</sup>

#### **5. Urteil des Bundesgerichts 8C\_972/2012 vom 31. Oktober 2013 ^**

[Rz 12] Erst kurz vor Abschluss dieses Beitrags ist online ein neuer Bundesgerichtsentscheid (Urteil des Bundesgerichts [8C\\_972/2012](#) vom 31. Oktober 2013) erschienen, der die Sorgfalt der medizinischen Abklärung auch bei Schmerzstörungen und ähnlichen Beschwerden zutreffend betont. So führt das Bundesgericht aus: «Besondere Bedeutung kommt im vorliegend zu beurteilenden Kontext einer fachgerechten Abklärung zu. Die Gutachter haben einleuchtend darzutun, aus welchen Gründen sie ein unklares Beschwerdebild (also einen PB-Fall, jpm) diagnostiziert haben und weshalb die klinisch psychiatrische Untersuchung keine nachvollziehbaren und (...) objektivierbaren Störungsbilder ergeben hat.» (E. 9.2.1) Mit dieser Begründung hebt das Bundesgericht einen Entscheid der IV wegen mangelnder Aktualität der dem Entscheid zugrundeliegenden Untersuchung auf. Urteil folgt damit der im vorliegenden Beitrag beschriebenen Tendenz einer weniger harten Durchsetzung der PB-Praxis, obwohl grundsätzlich und mit breit ausholender Begründung an dieser und insbesondere an der Überwindbarkeitsvermutung (E. 8.1 und 9.1) festgehalten wird.

#### **IV. Fragen der «Beweislast» bei Zusprache oder Revision einer Rente <sup>^</sup>**

[Rz 13] Oben unter Rz. 9 wurde an Hand des Urteils des Bundesgerichts [8C\\_324/2013](#) vom 29. August 2013 aufgezeigt, dass das Bundesgericht in einem Revisionsverfahren nach Art. 17 ATSG ohne Rückgriff auf die PB-Rechtsprechung eine vertiefte Abklärung eines Falles verlangt hatte. Es könnte die Frage auftauchen, ob die Beweisführung in einem Revisionsverfahren generell anderen Regeln folge als in einem Erstverfahren. So vertritt ULRICH MEYER, «dass bei erstmaliger Rentenprüfung die versicherte Person die Beweislast für den schlussendlich unbewiesenen Sachverhalt trägt». Damit begründet er auch die Vermutung der Überwindbarkeit im Rahmen der PB-Praxis; denn diese könne nicht objektiv ermittelt werden, wodurch eine Beweisnot auftrete, die zu Lasten des Ansprechers aufzulösen sei. Demgegenüber sei bei Rentenrevision die Versicherung beweisbelastet, wenn sich die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Leistungsanpassung oder für ihre Herabsetzung oder Aufhebung nicht nachweisen lassen.<sup>29</sup> Diese Regel ergebe sich durch analoge Anwendung von Art. 8 des Zivilgesetzbuches.

[Rz 14] Dazu seien hier Vorbehalte formuliert: Die Verfahren des Erstentscheids und der Revision zeichnen sich nicht durch unterschiedliche Verteilungen der Beweislast, sondern durch unterschiedliche Beweisthemen aus. Beim Erstentscheid sind Voraussetzungen und Schwere einer Invalidität zu ermitteln, bei der Revision steht nach Art. 17 ATSG die Frage der (erheblichen) Veränderung des Invaliditätsgrades im Vordergrund. Hier wie dort dominiert das Untersuchungsprinzip und von einer Beweislast im Sinne von Art. 8 des Zivilgesetzbuches ([ZGB](#)) kann nur in seltenen Fällen

(unten Rz.13) die Rede sein. Solange jedenfalls möglicherweise aufschlussreiche Abklärungsanträge im Raum stehen, liegt kein Beweisnotstand vor, und sollte sich ein solcher ergeben, kann keine den Anspruchsgegner privilegierende Vermutung aus Art. 8 ZGB entnommen werden. An dem für das Sozialversicherungsrecht spezifischen Untersuchungsgrundsatz und Beweismass hat die Schlussbestimmung der IVG-Revision von 2011 ([AS 2011 5659](#)) nichts geändert. Sie führt aber dazu, dass das Beweisthema bei Erstzusprache und Revision identisch wird; denn infolge des Wegfalls der in Art. 17 formulierten Voraussetzung einer Revision ist bei der ausserordentlichen Rentenüberprüfung nicht mehr die Veränderung des rentenbegründenden Sachverhalts Beweisthema, sondern sein Vorhandensein, also die Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 7 ATSG.<sup>29</sup> Jedenfalls geht auch die Bestimmung der IV-Revision 6a davon aus, dass auf Revisionen nicht grundsätzlich andere Beweisregeln (Beweislastverteilungen) als auf Erstzusprachen Anwendung finden. An der Bindung der Behörden an den Untersuchungsgrundsatz und an der Unzulässigkeit einer beweisüberbrückenden Vermutung ändert dies nichts. Im Folgenden ist die Bedeutung von Art. 8 ZGB für das IV-Recht weiter zu untersuchen.

[Rz 15] Es ist vertieft zu prüfen, wie weit die Regel von Art. 8 ZGB im IV-Recht überhaupt (allenfalls analog) anwendbar sei. Der Autor darf hier auf seine früheren Ausführungen zur Frage verweisen, wie differenziert der Untersuchungsgrundsatz, das Prinzip der freien Beweiswürdigung und die in Art. 8 ZGB angesprochenen Regeln im Sozialversicherungsrecht zu konkretisieren sind.<sup>30</sup> Eine abschliessende Regel über das Zusammenspiel dieser Grundsätze findet sich im IV-Recht nicht; es gibt keinen präzisen Rechtssatz, dass der Gesuchsteller für die Voraussetzungen seines Rentenanspruchs im Erstverfahren die Beweislast trage, die Verwaltung dagegen im Falle der Rentenrevision. Eine solche klare Regel lässt sich für das IV-Recht auch nicht einfach durch analoge Anwendung von Art. 8 ZGB ermitteln. ULRICH MEYER beruft sich auf das Urteil des Bundesgerichts [9C\\_961/2008](#) vom 30. November 2009. In diesem Entscheid geht es jedoch um die Folgen einer schweren, unentschuldbaren Verletzung von Mitwirkungspflichten eines Versicherten; für diesen Fall hält es das Bundesgericht für angezeigt, den Gesuchsteller die Folgen der Beweislosigkeit für die Tatsachen tragen zu lassen, zu deren Ermittlung er nicht beigetragen hatte. In den übrigen Fällen bleibt es aber nach Bundesgericht beim Grundsatz einer Untersuchungspflicht der verfügenden – im Beschwerdefall urteilenden – Instanz. Sie muss den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen, aus eigener Initiative und ohne Bindung an Vorbringen oder Beweisanträge der Parteien bis zur entscheidungsreifen Klärung von Bestand, Schwere oder Veränderung einer Invalidität ermitteln und feststellen. So lautet die klare Rechtsprechung des Bundesgerichts.<sup>31</sup>

[Rz 16] Ferner beruft sich ULRICH MEYER auf [BGE 117 V 261](#). Das Bundesgericht stellt auch in diesem Fall fest, dass im ganzen Sozialversicherungsrecht der Untersuchungsgrundsatz (mit Mitwirkungspflichten des Versicherten) gelte. Danach obliege der Versicherung (bzw. der Justiz), für

«die Zusammentragung des Beweismaterials besorgt zu sein». In diesem Fall präzisierte das Bundesgericht: Erst wenn es sich als unmöglich erweise, «im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen», könne überhaupt von einer Beweislast des Versicherten gesprochen werden. Damit bleibt ein sehr enger Raum für die Übernahme der Beweislastregeln von Art. 8 ZGB. Mit anderen Worten: Erst wenn Verwaltung oder Justiz auch die Möglichkeiten eines Indizienbeweises im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes und der freien Beweiswürdigung ausgeschöpft hätten, liesse sich eine Beweisnotlage feststellen, die sich in analoger Anwendung von Art. 8 ZGB zu Lasten des Ansprechers auswirken würde. Auf eine solche Analogie stützt sich aber die behauptete Überwindbarkeitsvermutung der PB-Praxis. Diese steht damit auf schwachen Füßen. Der von ULRICH MEYER angeführte Fall<sup>32</sup> eignet sich nun aber noch aus einem anderen Grund nicht zur Begründung der postulierten Überwindbarkeitsvermutung im IV-Recht: denn in Frage stand die Anwendung der besonderen Beweisregel in Art. 141 Abs. 3 AHVV, und die Streitfrage des Falles betraf die Berichtigung eines «individuellen Kontos» im Sinne von Art. 141 AHVV und nicht die Frage nach den materiellen Voraussetzungen einer Invalidität (vgl. auch den strukturell ähnlich gelagerten BGE 119 V 9). Das Urteil eignet sich allenfalls in seinen allgemein gehaltenen obiter dicta, nicht dagegen in seiner tragenden spezifischen Argumentation (ratio decidendi) für verallgemeinernde Rückschlüsse auf die Beweissituation bei der materiellen Prüfung der Rentenvoraussetzungen.

## V. Problematik einer richterrechtlichen Vermutungsregel <sup>^</sup>

[Rz 17] Das Bundesgericht ist im Sozialversicherungsrecht zurückhaltend in der Annahme einer Beweisunmöglichkeit, deren Folgen in angeblich analoger Anwendung von Art. 8 ZGB zum Nachteil des Leistungsansprechers wirken würden (oben Rz. 13). Darin kann auch der Ausdruck eines allgemeineren Prinzips gesehen werden, nämlich dass dort, wo ein Gesetz auf den Schutz einer typischerweise schwächeren Position ausgerichtet ist, auch das Beweisrecht entsprechend zu handhaben ist. Nicht nur im IV-Recht, sondern auch im Privatrecht oder in der weiteren Rechtsordnung kann es Sachlagen geben, «die dem Beweisbelasteten unüberwindliche Schwierigkeiten bringen.»<sup>33</sup> Die Gerichtspraxis suche die Härte des damit eintretenden Nachteils der Beweislosigkeit zu mildern, etwa durch «Herabsetzen der Beweisanforderungen auf blosse Wahrscheinlichkeit». Hans Peter Walter hält in seinem Kommentar zu Art. 8 ZGB<sup>34</sup> allgemein dafür, eine Vermutungsregel sei selbst bei gesetzlicher Verankerung im Zweifel einschränkend auszulegen, denn sie privilegiere den Vermutungsträger und benachteilige entsprechend den Gegner. Die

Rechtsprechung tendiere darum dazu, der institutionell schwächeren Partei Beweiserleichterungen zu gewähren. Darum sei auch im Beweisrecht der Sozialschutz zu würdigen, wenn das materielle Recht auf diesen verpflichtet sei. Dies trifft auf das Sozialversicherungsrecht in weitem Umfang zu; es ist exemplarisch auf den Schutz sozial Behinderter (nämlich gesundheitlich Beeinträchtigter) ausgerichtet. Durch Richterrecht – auch nach der IV-Revision 6a ohne Stütze im Gesetz – eine Beweisnorm aufzustellen, welche die Position des vom Sozialwerk Anvisierten schwächt, widerspricht einem offensichtlich verbreiteten Rechtsempfinden. Die PB-Vermutung ist darum aufzugeben.<sup>35</sup> Es bleibt dann bei der unbestrittenen bundesgerichtlichen Praxis, wonach die richterliche Überzeugung im Zivil- und Strafverfahren in der Regel auf dem vollen Beweis gründet, während sie sich im Sozialversicherungsrecht grundsätzlich nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit richtet. Hier hat das Gericht somit «jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt.»<sup>36</sup>

## VI. Wird die PB-Praxis der Fairness-Rechtsprechung gerecht? ^

[Rz 18] Haben die Begründung und Kritik der PB-Rechtsprechung (oben I und II) und das MEDAS-Urteil<sup>37</sup> von 2011 mit seiner Konkretisierung des Fairnessprinzips etwas miteinander zu tun? Nach Meinung des Rezensenten geht es in beiden Fällen um Verfahrensgerechtigkeit, genauer um Fairness, wie sie durch Verfassung und internationale Standards vorgeschrieben wird. Die Verweigerung einer antragsgemässen und sachdienlichen Abklärung eines Sachverhalts durch Einführung eines den möglichen Tatbeweis ausschliessenden normativen Konzepts verletzt den vollen Anspruch auf den im Gesetz vorgesehenen Rechtsweg. In diese Richtung weist auch der Fall einer Schmerzpatientin, die im Jahre 2012 beim Bundesgericht mit ihrer Meinung durchdrang, sie sei in ihren Verfahrensrechten verletzt worden, indem die Vorinstanzen ausschliesslich auf ein MEDAS-Gutachten abstellten und eine von der Patientin eingeholte psychiatrische Expertise ausser Acht liessen.<sup>38</sup> Das Bundesgericht hiess diese Beschwerde mit der Begründung gut, die Patientin habe mit diesem Gutachten «objektiv fassbare Gesichtspunkte ins Feld geführt», die im vorliegenden Fall erhebliche Zweifel an der Schlüssigkeit des *einen* MEDAS-Gutachtens auslösten. Das Bundesgericht ordnete darum weitere Sachabklärungen an. Der Fall zeigt nach seinen eigenen Worten «in exemplarischer Weise auf, wie ungesichert und umstritten die diagnostische Einordnung von Schmerzstörungen», aber auch die Einschätzung der Schwere der Symptomatik und der Folgen für die Arbeits(un)fähigkeit sind. Dennoch hält es fest, dass abweichende Auffassungen von behandelnden Ärzten oder Privatgutachtern *in der Regel* keinen Grund bilden, von den Ergebnissen der Administrativbegutachtung abzuweichen (E.2.4).

[Rz 19] Weil es bei der Kritik an der PB-Rechtsprechung auch um Verfahrensgerechtigkeit geht, ist die Klarheit erfreulich, mit der das Bundesgericht in einem weiteren neueren Entscheid<sup>39</sup> die Grundsätze seines Fairness-Urteils von 2011 (BGE 137 V 210) in Erinnerung ruft und festhält, die Umsetzung dieser Prinzipien könne vom Bundesgericht im Rahmen von Beschwerden gegen einen Endentscheid «ungeschmälert kontrolliert werden». Mit Bezug auf die Unabhängigkeit von Experten beschränkt das Bundesgericht zwar die Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden auf die Beanstandung formeller Ausstandsgründe, hält aber gleichzeitig erfrischend fest: «Wenn die Umsetzung der organisatorischen und verfahrensmässigen Vorgaben gemäss BGE 137 V 210 so verlaufen sollte, dass eine grundrechtskonforme Bereitstellung gutachtlicher Entscheidungsgrundlagen zuhanden der Invalidenversicherung nicht sichergestellt wäre», so müsste es die Frage neu beurteilen.

[Rz 20] Für die Bedeutung von Verfahrensgerechtigkeit im IV-Verfahren ist aufschlussreich, dass Bundesrichter ULRICH MEYER, ein massgeblicher Gestalter der dargestellten Bundesgerichtspraxis, eine neueste Publikation mit den Worten abschliesst, «dass ein den rechtsstaatlichen Anforderungen genügender Vollzug des IV-Gesetzes vor allem über das Verfahren zu erreichen ist. Die ärztlichen Gutachter und Gutachterinnen sollen ihren Auftrag in voller Freiheit und Unabhängigkeit erfüllen können». Dabei spiele es «keine entscheidende Rolle, auf welcher Ebene der ärztliche Experte tätig wird, es müssen einfach alle Rentenbewerber die gleiche intakte Chance haben, zu ihrem Ziel zu kommen».<sup>40</sup> Damit ist auch das zentrale Anliegen des Rezensenten formuliert.

[Rz 21] Im gleichen Zusammenhang hat ULRICH MEYER erneut auf die Bedeutung der verfassungskonformen Auslegung des Sozialrechts hingewiesen. Es ist ihm auch darin zuzustimmen, dass es nie nur *einen* richtigen Weg zur Konkretisierung von Werten wie Menschenwürde und Grundrechte gibt.<sup>41</sup>

[Rz 22] Um es noch einmal klar auszusprechen: Nicht nur im MEDAS-Fall von 2011, wo die Erfordernisse der Fairness für das IV-Verfahren klar ausgesprochen wurden, geht es um Verfahrensgerechtigkeit. Auch im St. Galler Fall von 2012<sup>42</sup> hätte Verfahrensgerechtigkeit verwirklicht werden müssen. Ist es nach verfassungsrechtlichen Standards zulässig oder auch einfach nach den Regeln einer elementaren Ethik der zwischenmenschlichen Kommunikation vertretbar, einer versicherten Geschäftsfrau, die sich nach Unfall um eine Rente bewirbt und der von der MEDAS Zentralschweiz aufgrund von rheumatologischen, neurologischen, psychiatrischen und neuropsychologischen Untersuchungen eine (zeitlich beschränkte) 50% – Invalidität bescheinigt wird, ohne weitere Abklärungen die PB-Rechtsprechung entgegenzuhalten mit dem Argument, die medizinischen Expertisen seien nicht genau nach dem vom Bundesgericht aufgestellten normativen Profil der PB-Rechtsprechung erarbeitet worden. Die Erwerbsunfähigkeit sei daher nicht bewiesen, weshalb die Frau in der fraglichen Zeit von 2004–2005 voll hätte arbeiten können.<sup>43</sup>

[Rz 23] Es mag zutreffen, dass die Medizin mehr zur Kenntnis nehmen sollte, dass Rentenzusprachen die Attraktivität und damit die Fallhäufigkeit einer Krankheit erhöhen.<sup>44</sup> Vertreter der Rechtswissenschaft oder der Politik können oder müssen solche Postulate erheben.<sup>45</sup> Aber es ist mit der Autonomie der medizinischen Wissenschaften nicht vereinbar, wenn die Verwaltung oder ein Gericht von wissenschaftlichen Experten verlangen, ihre Untersuchungen nach gewissen, angeblich in der Empirie begründeten Vorgaben oder Methoden zu führen. Die mit dem normativen Profil der PB-Praxis den medizinischen Experten verbindlich auferlegten Abklärungslinien verstossen nach Ansicht des Rezensenten gegen die Wissenschaftsfreiheit von Art. 20 der Bundesverfassung (BV).

[Rz 24] Es braucht keine Rechthaberei (etwa in der Frage einer engen oder weiten Definition des Begriffs von Krankheit), sondern ein schlichtes fallbezogenes Weiterdenken der in Gesetz und Verfassung<sup>46</sup> vorgegebenen ratio legis und ihrer vernünftigen Weiterentwicklung in gerichtlicher Praxis. Diese ist, wie im MEDAS-Fall von 2011 geschehen, auch immer wieder auf ihre Übereinstimmung mit den elementaren Verfahrensgrundsätzen der Verfassung (Art. 29 f. BV) und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) zu prüfen und allenfalls zu korrigieren. Das Ziel ist der von der Bundesverfassung formulierte und vom Bundesgesetzgeber übernommene Auftrag, dafür zu sorgen, dass jede Person gegen die wirtschaftlichen Folgen von Invalidität und Krankheit gesichert ist. An der Substanz dieses gesetzlichen und verfassungsgemässen Auftrags hat weder die Neufassung von Art. 7 Abs. 2 ATSG noch die Schlussbestimmung der IVG-Revision von 2011 etwas geändert, weder nach grammatikalischer, noch nach historischer Auslegung. Weder dieses Ziel, die Bevölkerung gegen die wirtschaftlichen Folgen von Invalidität zu sichern, noch die Verfahrensgerechtigkeit, die mit Art. 29 ff. der Bundesverfassung (BV) oder Art. 6 EMRK gewährleistet ist, sind in Gesetzgebung<sup>47</sup> oder Justiz verhandelbar.

---

Prof. Dr. iur., Dr. iur. h.c. JÖRG PAUL MÜLLER, LL.M. (Harvard), RA, em. Ordinarius für öffentliches Recht und Völkerrecht an der Universität Bern.

---

<sup>1</sup> Übersicht über die medizinische Literatur bei JÖRG JEGER, [Die Entwicklung der «FOERSTER-Kriterien» und ihre Übernahme in die bundesgerichtliche Rechtsprechung](#), in: Jusletter 16. Mai 2011.

<sup>2</sup> Schlussbestimmung der Änderung des IVG vom 18. März 2011 (6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket [AS 2011 5659; BBI 2011 2723 und BBI 2010 1817], lit. a Abs. 1, in Kraft getreten am 1. Januar 2012; nachfolgend: SchIB IVG.

<sup>3</sup> Siehe z.B. BGE 131 V 50, BGE 132 V 71; vgl. auch BGE 130 V 352, der als Grundsatzentscheid gilt, der zwar den Begriff «Vermutung» noch nicht verwendet, in der Sache aber eine solche begründet; ebenso Urteil des Bundesgerichts 8C\_1014/2012 vom 3. Juli 2013. In BGE 131 V 49 argumentierte das Bundesgericht erstmals mit der «Vermutung, dass die somatoforme Schmerzstörung oder ihre Folgen mit einer zumutbaren Willensanstrengung

überwindbar» sei. Dabei stützt sich das Bundesgericht einerseits auf die «allgemeine Lebenserfahrung», andererseits auf die «medizinische Empirie».

Gemäss Leiturteil [BGE 130 V 352](#) lassen sich die Foersterkriterien wie folgt zusammenfassen: Es liegt entweder eine mitwirkende, psychisch ausgewiesene Komorbidität (somatische oder psychische Begleitkrankheit) von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer vor, oder es sind folgende Kriterien in qualifizierter Form vorhanden: Primärer Krankheitsgewinn (Flucht in die Krankheit), unbefriedigende Behandlungsergebnisse trotz konsequent durchgeführter ambulanter und/oder stationärer Behandlungsbemühungen (auch mit unterschiedlichem therapeutischem Ansatz) und gescheiterte Rehabilitationsmassnahmen bei vorhandener Motivation und Eigenanstrengung der versicherten Person.

Ausführlich dazu und zu den Begriffen Foerster-Kriterien und Komorbidität: JÖRG PAUL MÜLLER, [Zur medizinischen und sozialrechtlichen Beurteilung von Personen mit andauernden somatoformen Schmerzstörungen und ähnlichen Krankheiten im Verfahren der Invalidenversicherung](#), in: Jusletter 28. Januar 2013 Rz. 26 ff., 73 ff.

- <sup>4</sup> So wurde in der bundesgerichtlichen Praxis die Fibromyalgie (ICD-10 Ziff. M79.0) einbezogen ([BGE 132 V 65](#)), sodann die dissoziative Sensibilitäts- und Empfindungsstörung (ICD-10 Ziff. F44.6; SVR 2007 IV Nr. 45 S. 149, I 9/07 E. 4), das chronische Müdigkeitssyndrom (CFS) und die Neurasthenie (SVR 2011 IV Nr. 26 S. 73, Urteil des Bundesgerichts [9C\\_662/2009](#) vom 17. August 2010, E. 2.3; SVR 2011 IV Nr. 17 S. 44, Urteil des Bundesgerichts [9C\\_98/2010](#) vom 28. April 2010, E. 2.2.2; Urteil des Bundesgerichts [I 70/07](#) vom 14. April 2008, E. 5), die Folgen von milden Verletzungen der Halswirbelsäule («Schleudertrauma»; [BGE 136 V 279](#)) sowie die nichtorganische Hypersomnie ([BGE 137 V 64](#)). Siehe auch JÖRG JEGGER, [Tinnitus: ein psychisches Leiden?](#), in: Jusletter 27. August 2012.

Aufschlussreich für die negative Abgrenzung des Geltungsbereichs der PB-Praxis ist die Feststellung von Bundesrat Burkhalter in den parlamentarischen Beratungen zur IVG-Revision vom 1. März 2011 : «(...) ne sont pas et ne seront jamais concernées par cette disposition (Schlussbestimmung der IVG-Revision von 2011) les maladies telles que la dépression, les troubles de la personnalité, la schizophrénie, les troubles alimentaires» (Essstörungen), etc. (Amtl. Bull. 2011, S. 40 ff.).

- <sup>5</sup> PHILIPP EGLI, [Rechtsverwirklichung durch Sozialversicherungsverfahren – Sozialversicherungsvollzug zwischen Effizienz und Fairness, mit einer kritischen Würdigung von \[BGE 137 V 210\]\(#\)](#), Zürich 2012.
- <sup>6</sup> PHILIPP EGLI, [Was soll das Verwaltungsverfahren?](#), in: *recht 2/2013* S. 65–78.
- <sup>7</sup> PHILIPP EGLI, [Rechtsverwirklichung](#), S. 272 f.
- <sup>8</sup> PHILIPP EGLI a.a.O.S. 276 ff. EGLI belegt dies etwa mit [BGE 132 V 398](#) f. Danach geht es bei der Zumutbarkeit von Arbeitsleistungen auch um eine Rechtsfrage. Zu dieser «gehören auch Folgerungen, die sich auf die medizinische Empirie stützen, z.B. die Vermutung, dass eine anhaltende Schmerzstörung (...) überwindbar» sei. EGLI spricht bei dieser Vermutung von einer «Unterstellung», die in einem Werturteil und nicht in Tatsachen begründet sei, und er zitiert einen Bundesrichter mit den Worten: «Der betroffenen Person muss klargemacht werden, dass sie zwar aus medizinischer Sicht krank und arbeitsunfähig ist, es aber aus juristischer Sicht nicht sein soll». (278). EGLI stellt darauf zu Recht die Frage, ob das Bundesgericht mit dem Verständnis der Überwindbarkeit als Rechtsfrage die gesetzliche Vorgabe für die richterliche Arbeit in Art. 7 Abs. 2 [ATSG](#) nicht sprengt (278 f.). An anderer Stelle ([Was soll das Verwaltungsverfahren?](#), in: *recht*, Heft 2/2013, S. 65 ff., insbes. S. 74 f.) führt EGLI aus: Mit der Überwindbarkeitspraxis werde eine «Norm aufgestellt» (74), die «im Normzweck des IVG nicht angelegt» sei, die der Rechtsgleichheit schade (75) und eine Quelle vieler juristischer Missverständnisse sei.
- <sup>9</sup> PHILIPP EGLI, [Rechtsverwirklichung durch Sozialversicherungsverfahren](#), Zürich 2012, S. 275–279; DERS., [Was soll das Verwaltungsverfahren?](#), in: *recht 2/2013* S. 70–75.
- <sup>10</sup> PHILIPP EGLI, [Rechtsverwirklichung](#), S. 278
- <sup>11</sup> PHILIPP EGLI a.a.O.S. 282 ff.
- <sup>12</sup> ULRICH MEYER, [Das Schleudertrauma, anders betrachtet](#), in: *Ausgewählte Schriften*, Zürich 2013, S. 303.
- <sup>13</sup> ULRICH MEYER, a.a.O.S. 302 f.
- <sup>14</sup> A.a.O.S. 287 Fn. 1
- <sup>15</sup> Z.B. Art. 7 [ATSG](#), Art. 7 [IVG](#), an dessen Wortlaut wieder erinnert sei: IV-Renten setzen eine Erwerbsunfähigkeit voraus. Diese wird definiert als «ein durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachter (...) Verlust der Erwerbsmöglichkeiten». Abs. 2 wiederholt: Zu berücksichtigen seien die Folgen einer «gesundheitlichen» Beeinträchtigung, d.h. also Behinderungen im körperlichen, geistigen oder psychischen Bereich. Kann man deutlicher einen ganzheitlichen Gesundheits- bzw. Krankheitsbegriff umschreiben?
- <sup>16</sup> Siehe z.B. Urteil des Bundesgerichts [8C\\_552/2012](#) vom 18. Januar 2013, E. 2.2.
- <sup>17</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [B-3723/2012](#) vom 28. August 2013, E. 2.3.
- <sup>18</sup> Urteil des Bundesgerichts [8C\\_32/2013](#) vom 19. Juni 2013.

- <sup>19</sup> Urteil des Bundesgerichts [9C\\_495/2012](#) vom 4. Oktober 2012.
- <sup>20</sup> Urteil des Bundesgerichts [9C\\_495/2012](#) vom 4. Oktober 2012 E.2.4.
- <sup>21</sup> Urteil des Bundesgerichts [8C\\_324/2013](#) vom 29. August 2013.
- <sup>22</sup> [AS 2011 5659](#).
- <sup>23</sup> Gemäss lit. a Abs. 1 SchIB IVG, gültig seit 1. Januar 2012, werden Renten, die in PB-Fällen gesprochen wurden, innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten dieser Änderung überprüft. Sind die Voraussetzungen nach Art. 7 ATSG nicht erfüllt, so wird die Rente herabgesetzt oder aufgehoben, auch wenn die Voraussetzungen von Art. 17 Abs. 1 ATSG nicht erfüllt sind. Abs. 4 der Bestimmung präzisiert, dass Abs. 1 keine Anwendung findet auf Personen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung das 55. Altersjahr zurückgelegt haben oder im Zeitpunkt, in dem die Überprüfung eingeleitet wird, seit mehr als 15 Jahren eine Rente der Invalidenversicherung beziehen.
- <sup>24</sup> Als Zitat findet sich wörtlich folgender, etwas verwirrender Hinweis des Bundesgerichts auf seine eigene Praxis: «9C\_302/2012 vom 13. August 2012, E. 4.2.2 mit Hinweis, nicht publ. in: BGE 138 V 339, aber in : SVR 2012 IV Nr. 56 S. 200».
- <sup>25</sup> E. 6.2.
- <sup>26</sup> Urteil des Bundesgerichts [8C\\_324/2013](#) vom 29. August 2013.
- <sup>27</sup> Urteil des Bundesgerichts [8F\\_9/2012](#) vom 6. November 2013.
- <sup>28</sup> ULRICH MEYER, Die psychiatrische Begutachtung als Angelpunkt der juristischen Beurteilung, 2012, jetzt in: Ausgewählte Schriften, Zürich 2013, S. 311.
- <sup>29</sup> In der Fassung der 4. und 5. IV-Revision
- <sup>30</sup> JÖRG PAUL MÜLLER, [Zur medizinischen und sozialrechtlichen Beurteilung von Personen mit andauernden somatoformen Schmerzstörungen und ähnlichen Krankheiten im Verfahren der Invalidenversicherung](#), in: Jusletter 28. Januar 2013, Rz. 14, 39, 40, 71 und Ziffer VII 1 und 2.
- <sup>31</sup> Urteil des Bundesgerichts [9C\\_961/2008](#) vom 30. November 2009, E. 6.3.3. in Verbindung mit [BGE 117 V 261](#) E. 3.b
- <sup>32</sup> [BGE 117 V 261](#).
- <sup>33</sup> MAX KUMMER, Berner Kommentar, Einleitungsartikel, 1. Aufl. Rz 205 ff. zu Art. 8 ZGB, RZ 206; ebenso HANS PETER WALTER, Berner Kommentar, Einleitungsartikel des ZGB, 2. Aufl. 2012 zu Art. 8 ZGB, Rz. 143, 146)
- <sup>34</sup> HANS PETER WALTER a.a.O. Rz.227, 246 und 250
- <sup>35</sup> Generell sehr kritisch zur richterlichen Normschöpfung im Beweisrecht äussert sich HANS PETER WALTER a.a.O. Rz. 459 ff. 464 ff., 469 f.
- <sup>36</sup> [BGE 119 V 9](#) E. 3c/aa mit Hinweisen; [BGE 121 V 45](#) E. 2 a; s. auch RENÉ RHINOW ET AL., Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl. 2010 RZ 99. Aus dem Prinzip der freien Beweiswürdigung ergibt sich auch, dass «die Behörde nicht an bestimmte starre Beweisregeln gebunden ist, welche ihr genau vorschreiben, wie ein gültiger Beweis zustande kommt.» REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich und St. Gallen 2012, Rz. 707.
- <sup>37</sup> [BGE 137 V 210](#)
- <sup>38</sup> Urteil des Bundesgerichts [9C\\_495/2012](#) vom 4. Oktober 2012
- <sup>39</sup> Urteil des Bundesgerichts [9C\\_950/2011](#) vom 9. Mai 2012, E. 4; vgl. dazu auch JUDITH WYTENBACH, Rechtsprechung des Bundesgerichts, in ZBJV Bd. 149 (2013), S. 843–846
- <sup>40</sup> ULRICH MEYER, Die psychiatrische Begutachtung als Angelpunkt der juristischen Beurteilung, (2012), jetzt in Ausgewählte Schriften, a.a.O.S. 314.
- <sup>41</sup> ULRICH MEYER, EMRK – rechtliche Aspekte im Sozialversicherungsrecht, in: Ausgewählte Schriften, Zürich 2013, S. 73 a.E.
- <sup>42</sup> Urteil des Bundesgerichts [8C\\_552/2012](#) vom 18. Januar 2013. Hier wird in strengster Anwendung der PB-Praxis ein gut begründetes Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen verworfen. Dazu EGLI, Was soll das Verwaltungsverfahren, a.a.O., S. 76, Fn. 123. Zum Urteil des St. Galler Versicherungsgerichts siehe JÖRG PAUL MÜLLER, [Zur medizinischen und sozialrechtlichen Beurteilung von Personen mit andauernden somatoformen Schmerzstörungen und ähnlichen Krankheiten im Verfahren der Invalidenversicherung](#), in: Jusletter 28. Januar 2013, Rz. 117 ff.
- <sup>43</sup> Nach EGLI sind die aus der PB-Rechtsprechung resultierenden «Unschärfen bei der Abgrenzung von Tat- und Rechtsfragen Quellen vieler juristischer Missverständnisse und können sich nicht zuletzt in einer Taktlosigkeit gegenüber den versicherten Personen äussern, wenn ihnen mitgeteilt wird, ihr Leiden sei mit zumutbarer Willensanstrengung überwindbar, obwohl dies nach medizinischer Erkenntnislage nicht zutrifft». PHILIPP EGLI, Was soll das Verwaltungsverfahren?, in: recht, Heft 2/2013, S. 65 ff., S. 72 mit Fn. 74.

<sup>44</sup> ULRICH MEYER. in: Ausgewählte Schriften, 2013, S. 315

<sup>45</sup> Das darf aber nicht so weit gehen, die Wissenschaftlichkeit psychiatrischer Begutachtung und Diagnose im Rahmen einer externen Expertise überhaupt in Frage zu stellen, und ausschliesslich einem behandelnden Arzt diese Kompetenz zuzusprechen. So aber jedenfalls andeutungsweise ULRICH MEYER, Die psychiatrische Begutachtung, in: Ausgewählte Schriften, 2013, S. 309.

<sup>46</sup> Art. 111 f.i.V.m. Art. 41 Abs. 2–3 [BV](#).

<sup>47</sup> Dass die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen eine Prüfung der Verfassungsmässigkeit durch das Bundesgericht nicht ausschliesst, dürfte heute unbestritten sein. Statt vieler ALAIN GRIFFEL, Rechtsschutz, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, St. Gallen/Zürich 2011, S. 390 Rz. 91 f.

**Rechtsgebiet(e):** [Gesundheitsrecht; Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung](#)

**Kategorie:** [Beiträge](#)

**Erschienen in:** [Jusletter 27. Januar 2014](#)

**Zitervorschlag:** Jörg Paul Müller, Verfahrensgerechtigkeit in der Sozialversicherung, in: [Jusletter 27. Januar 2014](#) [Rz]