

Philip Stolkin

Was ist Sachverhalt und was ist Recht?

Eine Konfusion des Bundesgerichts in vier Urteilen

Zwei Urteile des Bundesgerichts vom 12. Juni 2014 (9C_701/2013 und 9C_850/2013) setzen die bereits in BGE 127 V 294 angelegte und in BGE 130 V 352 verfestigte Tendenz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fort, die im Ergebnis dazu führt, dass Versicherte keine realistische Chance mehr haben, bei bestimmten Krankheiten ihr medizinisches Leiden rechtsgenügend zu beweisen. Diese Urteilsbesprechung würdigt die Entscheide pointiert und kritisch und zeigt die Gemeinsamkeiten mit der Schmerzrechtsprechung auf.

Beitragsarten: Urteilsbesprechungen

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Gesundheitssystem, Gesundheitspolitik;

Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung

Zitiervorschlag: Philip Stolkin, Was ist Sachverhalt und was ist Recht?, in: Jusletter 25. August 2014

Inhaltsübersicht

- I. Eine Vermutung ohne allgemeine Lebenserfahrung: BGE 130 V 352, 354 f.
- II. Überwindbarkeit und sachliche Begründung: BGE 139 V 547
 - A. Die wesentlichen Erwägungen
 - B. Kritische Würdigung
 - a) Medizinische Objektivierung und Art. 7 Abs. 2 ATSG?
 - b) Gleichbehandlung und Ausschluss von der Leistungsgewährung ganzer Personengruppen
- III. Arbeitsunfähigkeit bestimmt durch Richter und Verwaltung: Urteil des Bundesgerichts 9C_850/2013 vom 12. Juni 2014
 - A. Zu den Erwägungen
 - B. Kritische Würdigung, Arbeitsunfähigkeit und normative Vorbestimmung
 - a) Sachverhaltserstellung und Expertenwissen
 - 1. Tat und Rechtsfragen im Sozialversicherungsrecht
 - 2. Untersuchungsmaxime, materielle Wahrheit, normative Vorgaben
 - b) Unbestimmter Rechtsbegriff oder Fiktion?
 - c) Rechtliches Gehör und Begründungspflicht?
 - d) Soziales Risiko und normativ gesetzte Anspruchsgrundlagen
- IV. Wenn der Richter die Erfahrungssätze des Gutachters gleich selbst bestimmt: Urteil des Bundesgerichts 9C_701/2013 vom 12. Juni 2014
 - A. Die Erwägungen
 - B. Kritische Würdigung
- V. Schlussfolgerung

I. Eine Vermutung ohne allgemeine Lebenserfahrung: BGE 130 V 352, 354 f.¹

[Rz 1] Mit BGE 130 V 352 hat das Bundesgericht die Vermutung aufgestellt, mit gutem Willen könne eine versicherte Person eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung überwinden; es sei denn, es läge eine mitwirkende ausgewiesene psychische Komorbidität von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer vor. Eine Ausnahme sei auch zu machen, *wenn etwa eine chronische, körperliche Begleiterkrankung (1), ein mehrjähriger Krankheitsverlauf bei unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne längerfristige Remission, (2) ein ausgewiesener sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens, (3) ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr angehbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung (primärer Krankheitsgewinn [«Flucht in die Krankheit»]) oder schliesslich (4) 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 für die ausnahmsweise Unüberwindlichkeit der somatoformen Schmerzstörung sprächen.*²

[Rz 2] Diese Vermutung dehnte das Bundesgericht auf zahlreiche Erscheinungen mit Krankheitswert aus, etwa die Fibromyalgie, die Dissoziations- und Konversionsstörung, das Chronic fatigue-Syndrom oder die Hypersomnie; mithin auf Erscheinungen, die das Bundesgericht unter dem Begriff der pathogenetisch ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebilder ohne nachweisbare

¹ Und den Folgeentscheidungen BGE 131 V 49, BGE 132 V 165, BGE 136 V 376etc.

² Vgl. BGE 130 V 352, 355.

organische Grundlage (PÄUSBONOG) zusammenfasst.³

[Rz 3] Damit beruft sich das Bundesgericht auf das Phänomen der *natürlichen Vermutung*.⁴ Wie in allen anderen Rechtsgebieten gilt im Sozialversicherungsrecht die Beweislastverteilung des Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB), der im Wesentlichen nur dann durchbrochen werden kann, wenn eine allgemeine Lebenserfahrung vorliegt, die ein Beweisergebnis aufdrängt und sich das Gericht eben wegen des gesicherten Wissens der Beweiserhebungen entledigen kann. Dogmatisch ist nun die natürliche Vermutung den Erfahrungssätzen zuzuordnen. Sobald eine solche «Wahrheit» vorliegt, kann das Gericht Gegebenheiten seiner Beurteilung zugrunde legen, selbst wenn keine der Parteien die Umstände behauptet oder beweist – vorausgesetzt, die entscheidende Instanz kann sich auf eben jene allgemeine Lebenserfahrung berufen, etwa bei allgemein Bekanntem aus dem Bereich der Wirtschaft, der Technik, der Kunst oder des Handels.⁵ Sobald also die Vermutungsbasis erstellt ist, kann das Richtergremium im Rahmen der Beweiswürdigung auf den durch die Erfahrung bekannten Umstand schliessen.

[Rz 4] Das Bundesgericht geht nun im Rahmen einer Vermutung⁶ davon aus, jedermann könne eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung durch eine zumutbare Willensanstrengung überwinden: Just diese Lebenserfahrung ist nun wissenschaftlich nicht haltbar. Ein allgemein gültiger Wille ist nicht realitätskonform, gibt es doch nichts Persönlicheres als der Wille der Einzelnen. Ist der Wille also individuell, vom Charakter und Vorleben des Einzelnen abhängig, kann er auch nicht Gegenstand einer *allgemeinen* Lebenserfahrung sein, weshalb sich eine tatsächliche Vermutung nur schon aus diesem Grund verbietet. Auch die Ausnahmeerscheinungen, erfasst vom deutschen Psychiater Prof. Foerster, lassen sich nicht wissenschaftlich validieren, dienen sie doch in erster Linie als Richtlinien der Diagnostik. Der Schöpfer der Richtlinien selbst hat sich auf Anfrage eines Zeitungsreporters von den sogenannten «Foersterkriterien» distanziert, will sie ganz anders verstanden haben, als dies die schweizerischen Behörden tun.⁷

[Rz 5] Geht man also davon aus, weder die Vermutungsbasis noch die Ausnahmekriterien entsprechen der gelebten und beweisbaren Wirklichkeit, so entbehrt die Vermutung des Gerichts der inneren Begründung. Mehr noch: Sie verunmöglicht dem Versicherten gar die Beweisführung, hat er doch die Anspruchsgrundlagen, d.h. den Eintritt des versicherten Risikos, stets zu beweisen. Sobald er allerdings mit einem Leiden mit «falscher» Diagnose zu kämpfen hat, nimmt die Rechtsprechung an, er könne sein Leiden überwinden – wie gesagt, ohne jede wissenschaftlich

³ Siehe diese Begriffsprägung bei JÖRG JEGER, Die Entwicklung der «FOERSTER-Kriterien» und ihre Übernahme in die bundesgerichtliche Rechtsprechung: Geschichte einer Evidenz, in: Jusletter 16. Mai 2011, Rz. 11. DERS., Tat- oder Rechtsfrage? Abgrenzungsprobleme zwischen Medizin und Recht bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit in der Invalidenversicherung. Ein Diskussionsbeitrag aus der Sicht eines Mediziners, SZS 55/2011, S. 582 ff.

⁴ Siehe auch Urs MÜLLER, Die natürliche Vermutung in der Invalidenversicherung, in: Soziale Sicherheit, soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer, Bern 2010, S. 558 ff.

⁵ Vgl. statt vieler ADRIAN STAHELIN/DANIEL STAEHLIN/PASCAL GROLMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2013, § 18 Rz. 13, S. 293.

⁶ Vgl. BGE 130 V 354«(...) wird vermutet (...)».

⁷ Immerhin gesteht das Bundesgericht hier der Medizin zu, das objektive Leistungspotential bestimmen zu können. Ob diese objektive Leistungsfähigkeit bei gutem Willen umgesetzt werden kann, soll eine Rechtsfrage sein. Genauso soll die Frage der psychischen Komorbidität eine Rechtsfrage sein, was erstaunt, da die Komorbidität eigentlich ein wissenschaftlicher Begriff der Medizin ist, sich weder aus dem Gesetz noch der Verfassung herleiten lässt und auch so kaum von Parlamenten und Verwaltungen geschaffen wurde. Vgl. hierzu HANS JAKOB MOSIMANN, Perspektiven der Überwindbarkeit, Zur Schmerzrechtsprechung des Bundesgerichts, SZS 5/2014, S. 189, der wie auch andere die Folgeerscheinung einer psychischen Komorbidität den Rechts- statt den Tatfragen zuordnet: Ohnehin bedarf es, um den Krankheitswert der anhaltenden somatoformen Schmerzstörung und damit die Arbeitsunfähigkeit zu erklären, keiner psychischen Komorbidität.

validierte Grundlage. Die Vermutung wird daher nicht aus Gründen der Sachverhaltsermittlung vorgeschaltet, sondern sie dient faktisch dem Ausschluss aus der Leistungsberechtigung, da das Beweisergebnis stets auf «überwindbar» lautet, was die Invalidität nach Art. 4 IVG ausschliesst: Da die Vermutung normativ gesetzt wurde, ist auch ein Beweis des Gegenteils nicht möglich, ist doch eine Beweisleistung nur möglich mit tatsächlich vorliegenden Gegebenheiten, die das Bundesgericht ja gerade durch die Vermutung bzw. durch eine normative Sichtweise ersetzt.

[Rz 6] Selbst wenn also der Versicherte beweisen kann, nicht mehr arbeitsfähig zu sein, endet das Beweisergebnis zu seinen Ungunsten, was dann zum Ausschluss von der Leistungsberechtigung führt. Angesichts der normativen Natur der «Vermutung» ist auch der Gegenbeweis ausgeschlossen, wenigstens, soweit er sich ausserhalb des normativ Verlangten bewegt, was auch für die Foersterkriterien gilt, die nicht wissenschaftlich validiert wurden. Die Vermutungsbasis kann nur erschüttert werden, wenn der Umstand widerlegt wird, aus dem sich die allgemeine Lebenserfahrung nährt. Lediglich der Nachweis, ein Leiden mit einer Diagnose zu haben, die nicht zu den PÄUSBONOG gehört, kann eine Leistungsverweigerung der Invalidenversicherung aufheben, also der Nachweis, nicht zu den diskriminierten Personengruppen zu gehören. Indes vermag der Beweis auf Sachverhaltsebene, wonach trotz Vorliegen einer diskriminierten Diagnose, ein invalidisierendes Leiden vorliegt, an der Beweiswürdigung nichts zu ändern. Die Vermutungsbasis kann also nicht durch den Beweis auf Sachverhaltsebene zerrüttet werden. Damit wird den «Schmerzkranken» das Recht auf Beweis im Sinne von Art. 6 EMRK genommen, der Grundsatz der Verfahrensfairness verletzt.

II. Überwindbarkeit und sachliche Begründung: BGE 139 V 547

A. Die wesentlichen Erwägungen

[Rz 7] Entsprechend sah sich die sogenannte Überwindbarkeitspraxis starker Kritik ausgesetzt: Ein Gutachten von JÖRG PAUL MÜLLER/MATTHIAS KRADOLFER⁸ ging von einer Verletzung der Europäischen Konvention der Menschenrechte aus, von einer Verletzung des Prinzips der Verfahrensfairness nach Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), aber auch des Diskriminierungsverbotes von Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK.⁹

[Rz 8] Am 31. Oktober 2013 (BGE 139 V 547 = Urteil des Bundesgerichts 8C_972/2012 vom 31. Oktober 2013) nahm das Bundesgericht hierzu Stellung und führte im Wesentlichen aus, eigentlich diene die Rechtsprechung zur Überwindbarkeitspraxis der Beweiserleichterung, da sich die pathogenetisch unklaren syndromalen Beschwerdebilder ohne organisches Korrelat nicht hinreichend objektivieren liessen (vgl. E. 5.4.). Die Objektivierbarkeit aller Leiden sei indes Vorausset-

⁸ Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER/MATTHIAS KRADOLFER, Rechtsgutachten betreffend Zusprache von IV-Renten in Fällen andauernder somatoformer Schmerzstörungen und ähnlicher Krankheiten unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts bis Herbst 2012 und der Bundesgesetzgebung im Rahmen der 5. und 6. IV Revision, erhältlich auf www.schleudertraumaverband.ch (zuletzt besucht am 21. August 2014); vgl. auch MATTHIAS KRADOLFER, Nicht objektivierbare Gesundheitsschäden im Licht der EMRK, forum gesundheitsrecht, Zürich/Basel/Genf 2012.

⁹ Vgl. MOSIMANNSZS 58/2014 (Fn. 7), S. 185 ff. geht in seinem Aufsatz im Übrigen davon aus, die die Ausführungen im Gutachten MÜLLER/KRADOLFER über die EMRK seien vorliegend nicht zielführend, da der EGMR zu kasuistisch argumentiere. Hierbei übersieht Richter MOSIMANN zunächst die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz nach Art. 46 EMRK, wie er auch übersieht, dass in den Pensionskassenentscheidungen das Strassburger Gericht sehr wohl verallgemeinernde Grundzüge erkennen lässt, etwa die Unverhältnismässigkeit einer vollständigen Verweigerung aller Sozialversicherungsleistungen.

zung der Rentengewährung, wie aus Art. 7 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) unschwer ersichtlich sei. Subjektiv geschilderte Beschwerden entsprächen dieser Prämisse nicht. Allen pathogenetisch unklaren syndromalen Beschwerdebildern sei gemein, dass sie eben nicht objektivierbar und damit nicht beweisbar seien; dies im Gegensatz zum somatogenen Schmerz, hier sei der Mechanismus ohne weiteres erklärbar (E. 7.1.1, 7.1.3., 7.2). Aus Sicht des Bundesgerichts träfe dies den mannigfaltigen, unter dem Begriff der PÄUSBONOG zusammengefassten Diagnosen gesamthaft zu, weshalb ein sachlicher Grund bestünde, sie beweismässig anders zu behandeln als die körperlich einfach nachweisbaren Leiden.

B. Kritische Würdigung

a) Medizinische Objektivierung und Art. 7 Abs. 2 ATSG?

[Rz 9] Diesen Erwägungen liegt aus Sicht des Verfassers ein mehrfaches Missverständnis zu Grunde: Es stellt sich die Frage, was denn genau unter dem Topos der Objektivierbarkeit zu verstehen ist. Wie andere Wissenschaften lebt auch die Medizin von Erfahrungswerten, von Symptomclustern, d.h. Erscheinungen, die gehäuft vorkommen, die von Experten des Fachs zusammengetragen und betreffs Kennzeichnung zur Diagnose geformt werden. Gerade der Umstand, wonach die meisten vom Bundesgericht aussortierten Leidensbilder in den Diagnoserastern festgehalten werden, spricht dafür, dass die Medizin sie sehr wohl zu objektivieren und damit zu unterscheiden weiss.

[Rz 10] Ferner liegt die Kunst der Medizin darin, die Schilderungen der Patienten einem bekannten und in den Diagnosekatalogen (vor allem ICD-10 und DSM IV) genannten Phänomen zuzuordnen und dann Schlüsse für die Heilung zu ziehen. Geht es nun um ein Gutachten, dienen die Diagnoseraster zur Beschreibung des Krankheitsbildes und soweit das ICF genannt wird, der Umschreibung der Funktionseinschränkungen.

[Rz 11] Mit anderen Worten beruht jegliche humanmedizinische Erkenntnis zunächst auf den subjektiven Schilderungen der Patienten, die entsprechend der Befunderhebung des Arztes objektiviert und so mit den Diagnosekatalogen verglichen werden, was wiederum eine systematisch-wissenschaftlich durchgeführte Untersuchung voraussetzt. Hierbei setzt das medizinische Fachpersonal verschiedenste Methoden und Hilfsmittel ein und dokumentiert das Untersuchungsergebnis: Der Arzt fasst seine Einzelbefunde zusammen, deren Summe die Epikrise darstellt.¹⁰ Anschliessend schreitet er zur Diagnose und versucht, die Funktionseinschränkung festzustellen. Mithin objektiviert gerade die Befunderhebung die Schilderungen der Patienten, weshalb die vom Bundesgericht immer wieder vorgenommene Trennung in objektive und bloss subjektiv geschilderte Beschwerden nicht trennscharf ist. Massgebend sind also stets die vom Patienten geschilderten Symptome und deren kundige Interpretation. Entsprechend erfährt der begutachtende Humanmediziner im Gegensatz zum Tierarzt erst durch die verbale Äusserung von der Krankheit bzw. den Unfallfolgen.

[Rz 12] Das Bundesgericht verengt den Begriff der Objektivierung auf den organisch sichtbaren und so messbaren Wirkungszusammenhang, ohne indes die anderen medizinischen Erkenntnis-

¹⁰ Vgl. JÖRG JEGGER, Tat- oder Rechtsfrage (Fn. 4), SZS 55/ 2011, S. 582.

und Nachweismethoden der Medizin berücksichtigen zu wollen. Es verkennt, dass die Messbarkeit nicht allein beim organischen Wirkungszusammenhang vorliegt, sondern allenfalls die Reproduzierbarkeit genauso aussagekräftig sein kann, und dass eine Objektivierung in der Medizin empirisch anhand der gehäuft auftretenden Symptome vorgenommen wird, was gerade an den entsprechenden Diagnosen und den hier genannten Erscheinungen sichtbar wird.

[Rz 13] Gerade bei der anhaltenden somatoformen Schmerzstörung sind folgende Merkmale objektiviert worden: *Ein über sechs Monate andauernder, intensiver und quälender Schmerz, der eben nicht ausreichend durch ein physiologisches Geschehen erklärt werden kann.* All dies trat bei einer Vielzahl Menschen auf, all diese Symptome sind als hinreichend objektive Kriterien zu werten, die das Leiden zu kennzeichnen imstande sind: Bei einer Vielzahl Menschen sind die gleichen Symptome reproduzierbar. Die der Humanmedizin eigene Vorgehensweise, nämlich eine Objektivierung nach altbekannter und hergebrachter Form der Mediziner genügt Art. 7 Abs. 2 ATSG vollends.

[Rz 14] Anders lassen sich die Gesundheit, die Krankheitsphänomene und damit auch der Eintritt des sozialen Risikos, abgebildet in Art. 2, 41, 117 ff. BV, 6 ff. ATSG, nicht beschreiben, oder eben objektivieren. Verlangt man eine Terminologie abseits der Wissenschaften, so kann nicht von Objektivität gesprochen werden, zumindest nicht von einer wissenschaftlichen, d.h. einer Wissenschaft, die sich im Wesentlichen auf Erfahrungstatsachen beruft und z.B. bildgebende Verfahren nur einsetzt, um den Krankheitswert einer geschilderten Erscheinung näher zu erkennen und die Diagnose einem Befund zuordnen zu können.

[Rz 15] Können die geschilderten Symptome in einer Befunderhebung einer Diagnose zugeordnet werden, ist dies mit den objektivierbaren Kriterien im Sinne der Wissenschaft gleichzusetzen. Anders gewendet: Kann ein Mediziner Befunde reproduzierbar und nachvollziehbar erklären, so ist den Kriterien der Wissenschaftlichkeit und damit auch Objektivität (auch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 ATSG) Genüge getan. Die Objektivierung der gesundheitlichen Einschränkungen hat sich also nach der für die Gesundheit massgebenden Wissenschaft zu bestimmen, also der Medizin. Was auch immer unter dem Adjektiv «objektiv» verstanden wird, muss daher seine Grundlage in den Erkenntnissen der Wissenschaft haben. Alles was ohne Grundlage hiervon abweicht, weicht auch von der Objektivität ab, ist also gewissermassen voreingenommen, sei es aus religiösen oder anderen ergebnisorientierten Gründen.

[Rz 16] Übertragen auf die Beweiskraft eines Gutachtens bedeutet dies, dass einem wissenschaftlich abgestützten Bericht einer ausgewiesenen, unabhängigen Fachperson voller Beweiswert zuzuerkennen ist, freilich soweit er inhaltlich vollständig, widerspruchsfrei und schlüssig ist. Hierfür genügen die allgemein bekannten medizinischen Begrifflichkeiten, die nicht bereits bei der Sachverhaltserstellung zu «verrechtlichen» sind.

[Rz 17] Führt man, wie das Bundesgericht, neben der medizinischen Begrifflichkeit wissenschaftsferne Kriterien ein, so entfernt man sich von der Realität und leistet letztlich einer aleatorischen Rechtsprechung Vorschub. Es ist denn auch weiterhin nicht einsichtig, weshalb die medizinische Objektivierung allein aufgrund eines organischen Wirkungszusammenhangs bestimmt werden soll, wo doch die heutige Medizin so mannigfaltige Untersuchungs- und Nachweismethoden kennt und eine Symptomatik reichhaltig zu objektivieren weiss. Lässt man nun die Erfahrung der Mediziner, d.h. deren Form der Objektivierung nicht zu oder versucht man gar als Jurist eine eigene Form der Objektivierung zu präferieren oder gar zu schaffen, so greifen die Vertreter der Textwissenschaften tief ins Gebiet der Naturwissenschaft und damit der Sachverhaltserhebung ein und entfernen sich damit auch von der wissenschaftlichen Objektivität.

[Rz 18] Schreiben Richter den Ärzten vor, was als medizinisch objektiv zu gelten hat und was nicht, so kann dies sicherlich nicht wissenschaftlich begründet und damit als wertfremd gelten. *Anders*: Es ist allein Sache des Gutachters die wissenschaftlichen Erfahrungssätze zu bestimmen mit denen er zu einem Resultat zu kommen gedenkt und nicht jene des Gerichts. Freilich hat er seine Erkenntnisse gegenüber dem Gericht nachvollziehbar und für die Juristen verständlich zu schildern. Selbstverständlich fragt der Jurist den Gutachter nach rechtlich relevanten Tatsachen, die er für seine Schlussfolgerungen braucht, doch hat er sich alsdann mit den Fakten als Antworten zu begnügen. Mit anderen Worten genügen für die Beantwortung der juristischen Fragestellungen Erkenntnisse, die den allgemeinen wissenschaftlichen Massstäben entsprechen und die so auch als im Sinne der Rechtsetzung objektiviert zu gelten haben. Es kann nicht angehen im vornherein die wirklich vorherrschenden Gegebenheiten selektiv umzudeuten und den Begriff der Objektivität ergebnisorientiert zu reduzieren. Alles andere ist ein Eingriff in die Gutachtensfreiheit, d.h. ein verpönter, normativer Eingriff ins Beweisergebnis.

[Rz 19] Das Gericht hat alsdann den wissenschaftlich nachvollziehbar erstellten Sachverhalt rechtlich zu würdigen. Geht man indes wie das Bundesgericht vor, so beeinflusst man zunächst die Sachverhaltsermittlung mit selektiven Vorgaben, welche naturwissenschaftlichen Beweisketten zu verwenden sind, welche Diagnosen aus welchen Gründen auch immer nicht als «*Gesundheitsschaden*»¹¹ anerkannt werden, um dann zur Beweismwürdigung zu schreiten.

[Rz 20] Damit lässt das Bundesgericht keine freie Sachverhaltsermittlung durch die Experten zu, sondern bestimmt das Ergebnis stets normativ voraus. Das Bundesgericht lässt daher die Sachverständigen nicht mehr frei und einzig gestützt auf ihre Kenntnisse Krankheitsbild und Einschränkung der Gesundheit ermitteln, sondern macht inhaltliche Vorgaben, die zu einem stets voraussehbaren Resultat führen. Entgegen der Meinung des Bundesgerichts ist daher nicht mehr von einer medizinischen Sachverhaltsermittlung auszugehen, sondern von einer rechtlichen Subsumtion des Krankheitsbildes durch den Mediziner auf Geheiss und nach den Wünschen des Gerichts, das alsdann zur Würdigung der unter normativen Vorgaben erstellten Beweise schreitet.

b) Gleichbehandlung und Ausschluss von der Leistungsgewährung ganzer Personengruppen

[Rz 21] Auch dem Argument, wonach die Kriterien der Gleichbehandlung dienen, kann nicht gefolgt werden, da gerade die vom Bundesgericht geprägten Anforderungen an die medizinische Objektivität weiterhin zum Ausschluss der Menschen von den Leistungen der Sozialversicherungen führen. Wer auch immer die Rechtsprechung zu den PÄUSBONOG liest, dem fällt auf, dass das Bundesgericht nach bestimmten Diagnosen Menschen von der Leistungsgewährung ausschliesst; Menschen, die an Krankheiten leiden, deren Merkmale nach den Kriterien der medizinischen Wissenschaften vereinheitlicht wurden. Folglich behandelt das Bundesgericht Menschen aus unterschiedlichen Gruppen anders und ohne sachliche Begründung, was geradezu klassisch gegen den Gleichheitssatz verstösst. Der Krankheitswert richtet sich zudem nicht nach der Diagnose, sondern nach den Funktionseinschränkungen, was sich wiederum gestützt auf die Erkenntnismethoden der medizinischen Wissenschaften in Erfahrung bringen lässt.

[Rz 22] Aus all diesen Gründen ist die seit BGE 130 V 352 verwendete natürliche Vermutung kei-

¹¹ Der Begriff Gesundheitsschaden ist in der Medizin nicht bekannt.

ne Vereinfachung, sondern im Gegenteil bestenfalls eine Beeinflussung des Beweisergebnisses. Eine Beeinflussung, die das Bundesgericht in zwei neueren Entscheidungen auf anderem Weg offensichtlich fortzusetzen versucht, eben durch die Interpretation des Begriffes Arbeitsunfähigkeit oder durch eine «Plausibilisierung», die letztlich dem Gutachter wieder vorschreibt, wie er zu seinen Resultaten zu kommen hat – aber sehen Sie selbst.

III. Arbeitsunfähigkeit bestimmt durch Richter und Verwaltung: Urteil des Bundesgerichts 9C_850/2013 vom 12. Juni 2014

A. Zu den Erwägungen

[Rz 23] Eine Versicherte hatte sich nach einer Krankschreibung unter Angaben von Depressionen, Schwindel, Atemnot und Kopfschmerzen bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug angemeldet. Nach einem polydisziplinären Gutachten der Medas lehnte die IV-Stelle St. Gallen den Antrag auf eine Berentung ab. Auf Beschwerde kam das Sozialversicherungsgericht des Kantons St. Gallens zum Schluss, die Versicherung schulde der Frau mit Wirkung ab September 2009 eine ganze Invalidenrente und ab dem Januar 2010 eine Viertelsrente.

[Rz 24] Freilich sah dies die IV-Stelle anders, wollte weder das Gutachten noch das Urteil des Bundesgerichts 9C_850/2013 vom 12. Juni 2014 akzeptieren und beschwerte sich deshalb beim Bundesgericht. Nach durchgeführtem Schriftenwechsel schritt das Bundesgericht in Fünferbesetzung zum Urteil. In der Erwägung 3.1. kam es zum Schluss, die Festlegung der gesundheitlichen Beeinträchtigung und der vorübergehenden oder dauernden Arbeitsunfähigkeit – auch bei Depressionen – sei keineswegs allein Sache der mit dem konkreten Einzelfall gutachterlich befassten Arztperson: Sie könne keineswegs selbst entscheiden, ob das medizinisch festgestellte Leiden zu einer andauernden oder vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit in bestimmter Höhe und Ausprägung führt. Einer abschliessenden medizinischen Entscheidungskompetenz der Ärzte sei aus folgenden Gründen zu widersprechen:

[Rz 25] Die Arbeitsfähigkeit sei ein unbestimmter Rechtsbegriff des formellen Gesetzes, dessen allgemeine Konkretisierung dem Bundesgericht zufalle, während die praktische Handhabung im Einzelfall der rechtsanwendenden Stelle obliege, welche den durch Gesetz und Rechtsprechung gezogenen normativen Rahmen zu berücksichtigen habe. Zum anderen verlange der Grundsatz der freien Beweiswürdigung eine umfassende, inhaltsbezogene, verantwortliche und behördliche Begründungspflicht und damit die Prüfung aller Beweismittel, somit auch des sachverständigen Gutachtens, auf Beweiseignung und Beweiskraft im Einzelfall: Hierbei dürfen die normativen Vorgaben von Gesetz und Rechtsprechung nicht ausgeblendet werden. Geböte es die Natur der Sache, hätten die Magistraten unter dem Gesichtswinkel eines rechtsgleichen Gesetzesvollzugs eine administrative und gerichtliche Überprüfung der ärztlichen Stellungnahme zur Arbeitsunfähigkeit auf ihre beweisrechtliche erforderliche Schlüssigkeit im Einzelnen zu überprüfen.

[Rz 26] Zwischen der festgestellten Diagnose und der Arbeitsfähigkeit – und zwar sowohl bei somatisch wie auch psychisch dominierten Leiden – bestünde keine Korrelation. Medizinische Folgenabschätzungen wiesen notgedrungen eine hohe Variabilität auf und trügen Ermessenszüge. Sache des Mediziners sei es zunächst den Gesundheitszustand zu beurteilen und eine Entwicklung in der Zeit zu beschreiben. Er habe zudem mit allen Mitteln der fachärztlichen Untersuchung unter Berücksichtigung der subjektiven Beschwerden Befunde zu erheben und gestützt darauf die Diagnose zu stellen. Das sei die eigentliche Aufgabe des Sachverständigen. Bei der fol-

genden Abschätzung indes stünde dem Mediziner keine abschliessende Beurteilungskompetenz zu. Er habe lediglich eine Schätzung abzugeben, die aus seiner Sicht so substanziell wie möglich zu begründen sei.

[Rz 27] Dies sei wohl eine wichtige Grundlage der juristischen Beurteilung, welche Arbeitsleistung der Person noch zugemutet werden könne. Nötigenfalls seien in Ergänzungen der medizinischen Unterlagen für die Ermittlungen der erwerblichen Fähigkeiten Fachpersonen der beruflichen Integration und Berufsberatung einzuschalten. Die Revision 6a des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG) habe hier nichts geändert. Nach einer erneuten Würdigung des Sachverhalts, unter Rückgriff auf Art. 105 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG), stellte das Bundesgericht zunächst fest, die zumutbaren Behandlungsmöglichkeiten seien keinesfalls ausgeschöpft worden, es fehle an einer konsequenten Depressionstherapie.

[Rz 28] Das oberste Gericht machte anschliessend eine offensichtliche Selbstlimitierung in Form von passiv aggressivem Verhalten aus. Das Gericht hatte die Beschwerdeführerin dessen ungeachtet nie gesehen, untermauerte es diesen Schluss mit Aktenstellen. Sodann erkannte das Bundesgericht eine konsekutive Dekonditionierung, ein offensichtlich sekundärer Krankheitsgewinn, mit grossen Diskrepanzen zwischen Testergebnissen und objektiven Befunden. In der Folge verneinten die Bundesrichter im Sinne einer reformatorischen Entscheidung direkt den rentenbegründenden Invaliditätsgrad, da sich das Krankheitsbild vorliegend kaum mit Art. 7 Abs. 2 ATSG vereinbaren lasse.

B. Kritische Würdigung, Arbeitsunfähigkeit und normative Vorbestimmung

a) Sachverhaltserstellung und Expertenwissen

1. Tat und Rechtsfragen im Sozialversicherungsrecht

[Rz 29] Zentral an diesem Urteil dürfte wohl die Auffassung sein, dass die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 6 ATSG und deren Folgerscheinungen nur teilweise Aufgabe der medizinischen Sachverständigen ist. Sodann geht das Bundesgericht offensichtlich davon aus, ein Jurist könne die Folgen einer medizinisch-theoretischen Arbeitsunfähigkeit gleichsam besser abschätzen als der medizinische Sachverständige, wobei die körperliche Leistungsfähigkeit nach normativen Vorgaben einzuschätzen sei.

[Rz 30] Die Sachverhaltserstellung erfolgt im Verwaltungsrecht nach Massgabe der Untersuchungsmaxime. Nebst der Entbindung von der Beweisführung bildet die Ermittlung der materiellen Wahrheit Gegenstand der Untersuchungsmaxime.¹² Sobald der Sachverhalt hinreichend ermittelt ist, wenden Behörden und Gerichte das Recht von Amtes wegen an.¹³ Mithin folgt die Rechtsanwendung zeitlich auf die Sachverhaltsermittlung, gestaffelt nach der Abklärung des Tatsächlichen. Dem Sozialversicherungsträger und den Verwaltungsgerichten obliegt also die Beweisführungslast, wobei ihnen die Beweismittel nach Art. 12 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) zur Verfügung stehen, d.h. die rechtserheblichen Tatsachen sind daher grundsätzlich mit

¹² Vgl. PLÜSS, VRG-Kommentar, § 7 Rz. 4; vgl. THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum bernischen VRG, Bern 1997, Art. 18 Rz. 1, S. 157.

¹³ Vgl. statt vieler ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. Zürich 2013, Rz. 1136.

diesen Beweismitteln, also auch mit Gutachten oder Amtsauskünften, zu erstellen.

[Rz 31] Lehre und Rechtsprechung gehen beim Begriff der *Arbeitsunfähigkeit* von einer körperlichen, geistigen oder psychischen Einschränkung aus, die zur bedingten, vollständigen oder teilweisen Unfähigkeit führt, im bisherigen Beruf bzw. Aufgabenbereich *zumutbare Arbeit* zu leisten.¹⁴ Zur Sachverhaltserstellung gehört daher die Einschätzung und Würdigung von Leistungsfähigkeit und Stellenprofil durch eine hierzu befähigte Fachperson.

[Rz 32] Die medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit, also die Einschränkung der Leistungsfähigkeit (wenn auch in einer rückwärtsgewandten Betrachtungsweise) ist grundsätzlich durch den Arzt festzulegen, da es um die körperlichen und geistigen Fähigkeiten geht. Was auch immer des Zumutbarkeitsbegriffs genaue dogmatische Einordnung sein mag, immer bleibt zu beantworten, in welchem Berufsfeld die gesundheitlich beeinträchtigte Versicherte längerfristig noch tätig sein kann. Mithin geht es also erst hier um die sozialpraktische Verwertung der Arbeitskraft. Um die körperliche Leistungsfähigkeit, bezogen auf ein Berufsfeld, bleibt doch im Rahmen der Schadenminderungspflicht zu beurteilen, inwieweit der Versicherte in der ursprünglichen oder im Rahmen einer Verweisungstätigkeit, in einer anderen Tätigkeit bestehen kann.¹⁵

[Rz 33] Will man also den Sachverhalt erfassen, so bedarf es medizinischer Kenntnisse, allenfalls Wissen der ergotherapeutischen Art, vielleicht kombiniert mit jenem eines Laufbahnberaters. Muss doch – zumindest bei länger dauernder Arbeitsunfähigkeit – realitätsnah beurteilt werden können, ob der Versicherte in der Lage sein wird, einem Erwerb an anderer Stelle nachzugehen, was wiederum Wissen über das Leistungsprofil des Versicherten und die Beschaffenheit der Stellen auf dem Arbeitsmarkt voraussetzt. Entsprechend ist etwa bei der Gutachtenserstellung streng auf eine Trennung von Sachverhaltsfragen und rechtlichen Belangen zu achten, Beweisgegenstand ist ja eine Tat-, nicht eine Rechtsfrage.¹⁶ Erst wenn der Sachverhalt in dieser Weise vollständig abgeklärt wurde, schliessen sich juristische Fragen zur Zumutbarkeit an und ist es möglich, ein Urteil über die Schadenminderungspflicht zu fällen. Erst wenn der Arzt die körperliche Leistungsfähigkeit und das denkbare Stellenprofil zweifelsfrei festgelegt hat – wofür meist ein Gutachten notwendig sein wird – sind Behörden und Gerichte überhaupt in der Lage, das Gesetz anzuwenden.

[Rz 34] Gesundheitliche Beeinträchtigungen sind in jedem Falle keine rechtlichen, sondern tatsächliche Gegebenheiten, die nach Massgabe der medizinischen Wissenschaften in Erfahrung zu bringen sind. Wer an einer Krankheit leidet, geht – wie ein Leserbriefschreiber jüngst im Tagesanzeiger treffend umschrieben hat – nicht zum Kreisgericht, sondern zum Arzt. Folglich ist also das soziale Risiko der Arbeitsunfähigkeit auch auf gesundheitliche Gegebenheiten zurückzuführen. Mitunter ist also die Einschätzung der Leistungsfähigkeit vom hierzu befähigten Mediziner vorzunehmen und gehört zur Tatfrage, die neutral und unvoreingenommen abzuklären ist. Wohl ist die Einschätzung der Arbeits- und Leistungsfähigkeit Ermessenssache, doch bezieht sich dies auf die medizinische Faktenlage. Diese Einschätzung gehört zur Tatfrage, erfordert genaue Kenntnisse der massgebenden Umstände und des Fachgebietes, also medizinische und nicht juristi-

¹⁴ Vgl. statt vieler GUSTAVO SCARTAZZINI/MARC HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, 4. Aufl. Basel 2012, S. 59 f.

¹⁵ Vgl. MEYER, *Rechtsprechung zum Bundesgesetz über die Invalidenversicherung*, 2. Aufl. 2010, S. 14; KIESER, *ATSG-Kommentar*, 2. Aufl. 2009, Art. 6 Rz. 15, 17 f, 110.

¹⁶ Vgl. PLÜSS, *VRG-Kommentar*, § 7 Rz. 68, vgl. AUER, *VwVG*, Art. 12 Rz. 57, S. 217, WEIBEL, in: *Sutter/Somm/Hasenböhler* (Hrsg.), *Zürcher Kommentar ZPO*, Art. 183 Rz. 5, S. 1222; NIKLAUS SCHMID, *Praxiskommentar*, Zürich 2009, Art. 182 Rz. 2, S. 332.

sche Kenntnisse. Es bleibt also kein Raum für normative Vorgaben, wie dies das Bundesgericht glaubt.¹⁷

[Rz 35] Nun will das Bundesgericht die Verwaltungsbeamten die Arbeitsunfähigkeit ganz generell festlegen lassen, was auch bedeutet, den Beamten und den Richter über die körperliche Leistungsfähigkeit und allenfalls vorhandene Stellenprofile entscheiden zu lassen. Das Bundesgericht räumt ihnen das abschliessende medizinische Ermessen ein, wenngleich diese nicht über das notwendige Fachwissen verfügen. Trotzdem sind sie nicht an die Erkenntnisse des kundigen Mediziners gebunden. Sie können also frei zur abschliessenden Einschätzung der Tatfrage schreiten – auch entgegen einer gutachterlich erstellten Sachlage, gebunden einzig an normative Vorgaben, will heissen an einen Gesundheitsbegriff, der in den medizinischen Wissenschaften nicht gebräuchlich ist.

[Rz 36] Anders gewendet will das Bundesgericht zum einen den Juristen die medizinischen Voraussetzungen festlegen und gleichzeitig die rechtlichen Schlussfolgerungen ziehen lassen. Damit vermengt das Bundesgericht Rechts- und Tatfragen. Mit anderen Worten führt die vom Bundesgericht vorgetragene «Verrechtlichung» der wissenschaftlichen Begrifflichkeiten zu einem Zirkelschluss.

[Rz 37] Die Rechtsprechung missachtet damit die Trennlinie zwischen juristischem Sachverstand und Sachverhaltsermittlung und besetzt das Expertenermessen normativ, wenn nicht gar ergebnisorientiert. Das Bundesgerichtsurteil führt daher zu Ergebnissen, die den real existierenden Tatsachen zuwiderlaufen. Dies erscheint willkürlich und verstösst gegen jenen Gleichheitssatz, den das Bundesgericht zu wahren vorgibt. Trifft doch dieses Urteil gezielt Menschen mit Depressionen, einer abgeschlossenen Gruppe Menschen, die nun auf diesem Wege anders behandelt werden als Versicherte mit somatogenen Leiden.

2. Untersuchungsmaxime, materielle Wahrheit, normative Vorgaben

[Rz 38] Vergegenwärtigt man sich zudem den Grundsatz der Untersuchungsmaxime, wonach sowohl Gericht als auch Behörden nach dem Grundsatz der materiellen Wahrheit den Sachverhalt zu erstellen haben, so setzt dies ein Vorgehen voraus, dass überprüfbar ist und sich wissenschaftlich erhärten lässt. Führt man nun – wie dies das Bundesgericht tut – Kriterien ein, die in der Realität nicht verhaftet sind, so basiert ein jeder Entscheid nicht mehr auf der materiellen Wahrheit, sondern auf einer normativ vorbestimmten Grundlage.

[Rz 39] Bereits die den Gutachtern in BGE 127 V 294 aufoktroierte Begrifflichkeit des linear-kausalen Gesundheitsbegriffes¹⁸ führte eigentlich zu grundsätzlich nicht beweistauglichen Gutachten und Amtsberichten, bilden doch die Sachverständigenberichte nicht mehr die Wirklichkeit ab, sondern lediglich eine selektiv vom Bundesgericht vorsortierte Realität – wenigstens wenn es sich um den «Gesundheitsschaden» dreht. Wer auch immer BGE 127 V 294 liest, der sucht vergeblich nach der gesetzlichen Grundlage, weshalb sich die medizinischen Gutachter bei der Sachverhaltsermittlung von den in den medizinischen Wissenschaften gebräuchlichen Krankheitsbegriffen abwenden sollen.

¹⁷ Vgl. Plüss, VRG-Kommentar, § 7 Rz. 66 mit weiteren Hinweisen auf BGE 136 V 254.

¹⁸ Im Gegensatz zum dreiteiligen, dem bio-psycho-sozialen Gesundheitsmodell, das in der Medizin gebräuchlich ist, will das Bundesgericht psychosoziale Faktoren ausblenden.

[Rz 40] Spricht Art. 7 Abs. 2 ATSG von Objektivität, so kann wohl nur die wissenschaftlich validierbare Objektivität gemeint sein, also – wenn es um Medizin geht – diejenige, die von einem dreiteiligen Gesundheitsbegriff ausgeht, und nicht vom linear-kausalen. Vergegenwärtigt man sich hier noch, dass das Bundesgericht gezielt psychosoziale Faktoren aussortiert haben wollte, da diese angeblich nicht versichert seien, was sich weder aus dem Begriff des sozialen Risikos des UNO-Pakts I noch aus den Gesetzeswerken und deren Materialien ableiten lässt, so fällt auf, wie ergebnisorientiert das Bundesgericht bereits in diesem frühen Stadium argumentiert.

[Rz 41] Mahnt das Bundesgericht wie in diesem jüngsten Entscheid einen normativen Rahmen an, so spricht es stets von diesem selektiven Vorgehen, das der Sachverhaltsermittlung eine Richtung vorgeben soll. Ein Sachverständigenbericht indes, der sich wissenschaftlich nicht validieren lässt, ist nicht *richtig* im Sinne der Rechtsprechung zur Untersuchungsmaxime, weshalb schon die Verwendung von einer wissenschaftsabgewandten Terminologie gegen das Prinzip der materiellen Wahrheit und damit gegen die Untersuchungsmaxime verstiesse.

[Rz 42] Nun ging das Bundesgericht noch einen Schritt weiter, will gar die Mediziner auf die Zuschauerränge verweisen, gesteht den Gutachten und Fachmeinungen im Hinblick auf die körperlichen Leistungsfähigkeiten lediglich beschreibenden Charakter zu. Der eigentliche Beschluss über die Arbeitsunfähigkeit und damit zu grossen Teilen über die Tatfrage, fällt nun einem Richter oder einem Beamten zu, denen statt gesichertem Wissen normativ geformte Vorgaben zur Hand gegeben werden.

b) Unbestimmter Rechtsbegriff oder Fiktion?

[Rz 43] Nach dem Willen des Bundesgerichts sollen nun Sachbearbeiter und Richter weitgehend unabhängig vom medizinischen Fachwissen die Rechtsfolgen bestimmen, allein nach normativen, ergebnisorientierten Vorgaben, offenbar der Rechtsgleichheit wegen. Durchsetzt man den Sachverhalt mit rechtlichen Begriffen um hernach wieder Recht anzuwenden, so operiert man zunächst mit einem Zirkelschluss, was bereits aus dogmatischer Sicht unzulässig ist.

[Rz 44] Mithin führt diese Rechtsprechung zu einem in sich abgeschlossenen System, das von der eigentlichen, wissenschaftlich erhärteten und nachprüfaren Realität abgekoppelt wird und damit auch nichts mehr mit dem sozial versicherbaren Risiko gemein hat, was – spricht man von den Anspruchsvoraussetzungen – einer Fiktion gleichkommt. Das Bundesgericht begründet diese Rechtslage mit der Figur des unbestimmten Rechtsbegriffs. Ein unbestimmter Rechtsbegriff ist nun keine Fiktion, die eine explizite gesetzliche Grundlage erfordert, die Art. 6 ATSG eben nicht zu entnehmen ist. Ein unbestimmter Rechtsatz umschreibt die Folgen der Subsumtion offen, formt aber nicht die Realität normativ vor, wie dies bei der Fiktion der Fall ist – ein grosser Unterschied.¹⁹

[Rz 45] Anders gewendet ist die körperliche Leistungsfähigkeit ohne jeden Zweifel dem Sachverhalt zuzuordnen. Der in Art. 6 ATSG enthaltene unbestimmte Rechtsbegriff kann sich daher (wenn überhaupt), nur auf die Zumutbarkeitsfrage beziehen und auch nur dann, wenn die entsprechenden sachverhaltsrelevanten Voraussetzungen einwandfrei untersucht worden sind und es nur noch darum geht, die Gesetzesartikel anzuwenden und die Rechtsfolgen zu ermassen. Entgegen der Meinung des Bundesgerichts stellt sich also die Rechtsfrage – wenn überhaupt –

¹⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl, 2010, Rz. 445.

erst bei der Zumutbarkeit und hier auch nur, wenn es darum geht zu entscheiden, ob dem Versicherten bei seiner noch vorhandenen Leistungsfähigkeit aufgebürdet werden kann, in einem ebenfalls bekannten Stellenprofil einer Arbeit nachzugehen. Die körperliche Leistungsfähigkeit, die eigentliche Arbeitsfähigkeit, das Stellenprofil selbst indes sind Tatfragen.

[Rz 46] Zusammenfassend übersieht das Bundesgericht in seiner dogmatischen Herleitung geflissentlich den Unterschied von Sachverhaltserstellung und Anwendung des Rechts von Amtes wegen, da das Gesetz dem Sachbearbeiter eigentlich erst dann ein Recht zur Entscheidung einräumt, wenn die Sachverhaltsvoraussetzungen bestimmt und unvoreingenommen festgelegt sind. Erst jetzt werden die Rechtsfolgen zu bemessen sein. Freilich ist bei der Gutachtenserstellung streng auf eine Trennung von Sachverhaltsfragen und rechtliche Belangen zu achten. Beweisgegenstand ist ja eine Tat-, nicht eine Rechtsfrage.²⁰

c) Rechtliches Gehör und Begründungspflicht?

[Rz 47] Das Bundesgericht begründet den normativen Eingriff ins Beweisergebnis mit der Begründungspflicht des Beamten und Richters. Mit der Pflicht zur Offenlegung der Entscheidungsgründe soll nun in aller Regel verhindert werden, dass sich die Behörde von unsachgemässen Motiven leiten lässt.²¹ Nach Meinung des Bundesgerichts hat der unkundige Sachbearbeiter zu ermessen, wie hoch die Arbeitsunfähigkeit des Versicherten ist. Mangels Fachwissens sind der Beamte und die Richterschaft aber ausser Stande, die Entscheidung inhaltlich sachlich zu begründen, da sie die Tatfrage nicht verstehen, wo ihnen aber neu ein Ermessensentscheid eingeräumt wird. Mithin spricht also gerade – entgegen der bundesgerichtlichen Einschätzung – die Begründungspflicht dafür, dass der Sachkundige sowohl die Leistungsfähigkeit als auch das noch erfüllbare Stellenprofil in seinen Ermessensentscheid aufnimmt, was danach des Juristen Begründung stichhaltig werden lässt, beruft er sich doch auf ein Gutachten, auf eine wissenschaftlich fundierte Fachmeinung.

[Rz 48] Erst wenn die Verwaltungs- oder Gerichtsentscheidung auf nachvollziehbaren Grundlagen beruht, ist die Entscheidungsfindung für die Versicherten nachzuvollziehen und die Tragweite erkennbar. Darüber hinaus ist er erst jetzt zur eigenen Beweisleistung befähigt. All diese Einwirkungsmöglichkeiten entfallen indes, wenn die Sachverhaltsermittlung normativ und ergebnisorientiert erfolgt.²²

²⁰ Vgl. PLÜSS, VRG-Kommentar, § 7 Rz. 68, vgl. CHRISTOPH AUER, in: *Auer/Müller/Schindler*(Hrsg.), Kommentar VwVG, Zürich 2008, Art. 12 Rz. 57, S. 217, WEIBEL, in: *Sutter/Somm/Hasenböhler*(Hrsg.), Zürch. Komm. ZPO, Art. 183 Rz. 5, S. 1222; NIKLAUS SCHMID, Praxiskommentar, Zürich 2009, Art. 182 Rz. 2, S. 332.

²¹ Vgl. LORENZ KNEUBÜHLER, in: *Auer/Müller/Schindler*(Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 35 Rz. 6 ff.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, N. 629 ff.; BVGE 2007/30E. 5.6; BGE 136 I 184E. 2.2.1 und BGE 134 I 83E. 4.19.

²² Vgl. aber MOSIMANN, Perspektiven der Überwindbarkeitsrechtsprechung, Zur Praxis der Schmerzrechtsprechung des Bundesgerichts, SZS 58/2014, 212. Seinen Ausführungen über den Gegenbeweis ist entgegenzusetzen, dass ein Gegenbeweis stets auch eine in der Realität verankerte Grundlage voraussetzt. Geht man hingegen von einer normativ gesetzten Grundlage aus, kann auch kein Gegenbeweis erbracht werden, allerhöchstens eine andere dogmatisch fundierte Meinung. Immer aber wird der Entscheid von der Sachlage abgewandt, also nach freiem Willen fallen. Just diese normativ gesetzte Ausgangslage verletzt das Recht auf Beweis und folglich auch auf den Beweis des Gegenteils oder eben den Gegenbeweis, was innerstaatlich in Art. 8 ZGB und 29 BV, im Europäischen Verhältnis in Art. 6 EMRK und schliesslich in Art. 14 UNO-Pakt I gewährleistet ist. Weiter ist auch nicht einsichtig, welche «rechtlichen Gründe» ganz genau die Komorbidität für den Krankheitswert einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung bräuchte – zumindest nach einer wortgetreuen Auslegung der zugänglichen Gesetzes- und Verfassungstexte.

[Rz 49] Indem nun die Arbeitsunfähigkeit von den medizinischen Erkenntnissen abgekoppelt wird, entzieht das Bundesgericht dem Versicherten auch die Möglichkeit, auf ein zielführendes Beweisergebnis Einfluss nehmen zu können, da es einerlei ist, was die medizinischen Sachverständigen ausführen, sondern nur der Verwaltungsentscheid massgebend ist.

[Rz 50] Gerade die durch Beweise beeinflussbare Entscheidung ist aber Voraussetzung der persönlichkeitsbezogenen Mitwirkungsrechte, die Grundlage des rechtlichen Gehörs, des Rechts auf Beweis im Sinne der Art. 6 EMRK, Art. 29 der Bundesverfassung (BV) und Art. 8 ZGB und der Untersuchungsmaxime im Sinne von Art. 43 Abs. 2 ATSG.

[Rz 51] Anders gewendet werden die Einwirkungsmöglichkeiten des Versicherten vollständig aufgehoben, da sich die nach BGE 137 V 210 bestehenden Einwirkungsmöglichkeiten auf die Gutachtenserstellung beziehen; eine Expertise, die nun bei der Einschätzung der Tatfrage zweitrangig ist. Da jetzt keinerlei nachvollziehbare Kriterien zur Einschätzung der Arbeitsfähigkeit mehr bestehen, kann der Versicherte auch die Wege der Entscheidung nicht mehr auf deren Stichhaltigkeit überprüfen, was der Begründungspflicht diametral zuwiderläuft.

d) Soziales Risiko und normativ gesetzte Anspruchsgrundlagen

[Rz 52] Geht man weiter von der Terminologie des Bundesgerichts im «Depressionsurteil» aus – deren Folgerungen wohl kaum allein auf die Depression beschränkt bleiben, wie das Beispiel der Schmerzrechtsprechung aufzeigt – entspräche dem sozialen Risiko keine auf realen Kriterien beruhenden Anspruchsgrundlage, da sie normativ vorbestimmt ist und die Tatfragen bei der Entscheidungsfindung lediglich deskriptiven Charakter haben. Gerade aber die Risiken Invalidität und Unfall sind dafür geschaffen, eine real bestehende Einbusse der Erwerbsfähigkeit auszugleichen.

[Rz 53] Mithin stellt sich die Frage, wofür die Versicherten ihre Beiträge bezahlen, wenn dann basierend auf weltabgewandten Kriterien über die Leistungspflicht entschieden wird; notabene von Menschen, die sich wohl in der Verwaltung auskennen, nicht aber in den Dingen, die verwaltungsexterne Experten einzuschätzen hätten. Auf jeden Fall lässt sich auch aus diesem «Depressionsentscheid» deutlich herauslesen, dass das Bundesgericht nicht gewillt ist, medizinisch erhärtete Resultate zu akzeptieren, da sie nicht ins höchstrichterliche Weltbild passen.

[Rz 54] Vergegenwärtigt man sich, dass die sozialen Risiken Krankheit, Invalidität und Unfall die Existenz von Menschen in deren Arbeitsrealität bedrohen, wird man sich gewahr, dass das Bundesgericht mit der Überbetonung des Normativen, der einem Versicherungssystem eigenen Balance von Beitragsleistung und Risikoabdeckung nicht gerecht wird. Dessen ungeachtet geht die Bevölkerung in diesem Land davon aus, für real existierende Risiken mit ihren Beitragsleistungen eine Versicherung zu alimentieren, die sie im Bedarfsfall auch nutzen können. Die normativ ergebnisorientierten Vorgaben sind indes realitätsfern, nicht erfüllbar, verkennen die wissenschaftlichen Erkenntnisse, weshalb sie auch zu den versicherten Risiken in einem Gegensatz stehen. Da nun der Beitragszahler für ein System einbezahlt in dem die Anspruchsvoraussetzungen auf der Stufe der Rechtsprechung so ausgeformt werden, dass sich nicht mehr mit dem Risiko korrelieren und der Entscheid hierüber letztlich vom Gutdünken der Verwaltung abhängt, läuft die bundesgerichtliche Rechtsprechung dem Prinzip von Treu und Glauben zuwider: Zumal sich der geneigte Leser des Eindrucks nicht erwehren kann, die Leistungsgewährung solle um jeden Preis verhindert werden.

[Rz 55] In die gleiche Richtung deutet das am gleichen Tag gefällte und ebenfalls zur Veröffentli-

chung bestimmte Urteil des Bundesgerichts 9C_701/2013 vom 12. Juni 2014.

IV. Wenn der Richter die Erfahrungssätze des Gutachters gleich selbst bestimmt: Urteil des Bundesgerichts 9C_701/2013 vom 12. Juni 2014

A. Die Erwägungen

[Rz 56] Die spätere Beschwerdeführerin hatte sich unter Hinweis auf die chronischen Nacken- und Schulterschmerzen, auf die schwere Migräne und einen mittelgradigen, depressiven Zustand bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug angemeldet. Die IV-Stelle holte die üblichen medizinischen Berichte ein und wies alsdann das Leistungsbegehren nach einer Stellungnahme des Regionalen Ärztlichen Dienstes ab. Die Beschwerdeführerin erhob nun gegen die Verfügung Einsprache. Man veranlasste ein Gutachten, das am 15. November 2007 erstattet wurde. Nach den üblichen Präliminarien verfügte die IV-Stelle im damaligen Einspracheentscheid eine Viertelsrente ab dem 1. Mai 2004. Nach einer Neuanschuldung infolge einer gesundheitlichen Verschlechterung im Jahr 2009 wies sie das entsprechende Leistungsbegehren ab.

[Rz 57] Es kam nach einer ersten Beschwerde zu einer Rückweisung und zahlreichen weiteren Abklärungen. Alle Mediziner kamen zum Schluss, es läge eine Arbeitsunfähigkeit von 60% vor. Die Beschwerdeführerin leide an einer Migräne und den damit einhergehenden starken Kopfschmerzen. Zusammengefasst kam das Versicherungsgericht diesbezüglich zum Schluss, da die Beschwerdeführerin an Schmerzen litt deren Ursachen nicht «objektiviert werden könnten», gelange die Schmerzrechtsprechung gemäss BGE 130 V 352 zur Anwendung. Gegen diese Begründung wehrte sich die Beschwerdeführerin. Man könne die Leiden sehr wohl objektivieren, weshalb die Vermutung bei der Beweiswürdigung ausser Acht zu lassen sei. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab – mit einer überraschenden Begründung.

[Rz 58] Da zahlreiche Mediziner zum Schluss gelangt waren, dass die Beschwerdeführerin an besagter Migräne litt, bezweifelte das Bundesgericht diesen Schluss nicht. Wenngleich die Arbeitsunfähigkeit gutachterlich erstellt worden war, wiesen die obersten Richter die Beschwerde mit der paradoxen Begründung ab, die Beschwerdeführerin ginge beweislos aus. Nach der allgemeinen Beweislastregel des Art. 8 ZGB habe der Versicherte das invalidisierende Krankheitsgeschehen mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Gelingen dieser Nachweis nicht, verfüge er über keinen Leistungsanspruch. Bei Beweislosigkeit würde vermutet, dass der geklagte Gesundheitsschaden sich nicht invalidisierend auswirke. Die medizinischen Experten, denen eine entscheidende Rolle zukomme, müssten im Einzelnen begründen, in welchem Ausmass die Arbeitsfähigkeit eingeschränkt sei.

[Rz 59] Nun hätten die Gutachter festgehalten, dass trotz Ausschöpfen aller Möglichkeiten die Migräne der Beschwerdeführerin nicht mit Laborwerten oder klinisch hätte untermauert werden können. Blieben die Auswirkungen eines objektivierbaren wie auch eines nicht bildgebend fassbaren Leidens auf die Arbeitsfähigkeit trotz in Nachachtung des Untersuchungsgrundsatzes sorgfältig durchgeführten Abklärung vage und unbestimmt, sei der Beweis für die Anspruchsgrundlage nicht zu erbringen da nicht plausibel. Genauso verhalte es sich bei der Migräne.

[Rz 60] Vorliegend stütze sich der Gutachter. in der neurologischen Untersuchung, wie bereits das Gutachtensinstituts H., ausschliesslich auf die von der Versicherten selbst angegebene Häufigkeit der Kopfschmerzen. Der Gutachter habe angeführt, es gäbe keine klinischen oder labormässigen Objektivierungsmöglichkeiten der Migräne. Damit – so die Folgerung des Bundesgerichts – blie-

be es dabei, das auch nach der zweiten Begutachtung im Frühjahr 2012 die Auswirkungen der gesundheitlichen Einschränkungen der Versicherten nicht plausibilisiert werden konnten.

[Rz 61] Überhaupt seien Ärzte nach Meinung des Bundesgerichts nicht in der Lage gewesen, die Auswirkungen der Kopfschmerzproblematik anamnestisch plausibel zu erfassen, insbesondere hätten sie die Auswirkungen auf die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit überzeugend darzulegen. Auch der Gutachter K. vermöge trotz klarer Vorgaben im vorinstanzlichen Entscheid vom 8. September 2009 die Arbeitsfähigkeit nicht anders als allein mit den subjektiven Angaben der Versicherten zu begründen. Die Ärzteschaft sei nicht in der Lage, das Krankheitsgeschehen bildgebend oder durch Laborwerte zu objektivieren. Dies sei für einen rechtsgenügenden Beweis der erwerblichen Auswirkungen eines Gesundheitsschadens nicht ausreichend; auch deshalb nicht, weil die Ärzte und speziell auch Dr. K. in seinem Teilgutachten Anzeichen für eine Symptomausweitung, eine Selbstlimitierung sowie eine final ausgerichtete Entschädigungshaltung erwähnt hatten. Vor diesem Hintergrund wäre die erforderliche Plausibilität nur herzustellen gewesen, hätten die Gutachter schmerzbedingte Funktionsbeeinträchtigungen erfasst und die Beschwerdeschilderungen den in der Anamnese erhobenen Aktivitäten des täglichen Lebens gegenübergestellt. Weder die Angaben der Versicherten noch die Befunde anlässlich der Exploration ermöglichten eine solche Plausibilisierung. Die Auswirkungen auf die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit konnten trotz umfangreichen Arztberichten nicht als erstellt gelten. Aufgrund der Beweislastverteilung sei von Beweislosigkeit auszugehen. Die Beschwerde wurde deshalb abgewiesen.

B. Kritische Würdigung

[Rz 62] Stossend an diesem Urteil ist, dass das Bundesgericht eine ärztliche Begutachtung – ein Beweismittel im Sinne von Art. 12 VwVG – als nicht beweiskräftig erachtet, obschon sie sich in eine lange Reihe von fachärztlichen Berichten einreihen lässt. Wenn ein Gutachter gestützt auf seine fachlichen Erfahrungen einer medizinisch schlüssigen Befunderhebung seine Schlussfolgerung zieht, ist dies Beweis genug, zumal vorliegend offensichtlich keinerlei Abhängigkeitsverhältnis zur Verwaltung oder dergleichen bestand.

[Rz 63] Expertisen werden eingeholt, wenn den Behörden das notwendige Fachwissen fehlt, um die Tatfragen einer Klärung zuzuführen.²³ Der Gutachter wiederum ist gehalten, aufgrund seines Fachwissens und der hier geltenden Erfahrungssätze eine Einschätzung der gestellten Sachverhaltsfragen abzugeben.²⁴ Der in dieser Weise erstellte Sachverständigenbericht ist beweistauglich, d.h. er genügt, um den Nachweis einer Arbeitsunfähigkeit zu führen. Mithin bestellt also ein Sozialversicherungsträger nur dann ein medizinisches Gutachten, wenn er nicht über die entsprechenden Kenntnisse verfügt, wobei das Gutachten nur dann beweistauglich und damit geeignet zur Abklärung ist, wenn der Arzt die gestellten Fragen strikt nach seinem Fachwissen beantwortet, gestützt auf die in seinem Fachgebiet geltenden Erfahrungssätze und wissenschaftlichen Erkenntnisse.

[Rz 64] Aus all diesen Gründen haben verwaltungsexterne Gutachten nach BGE 125 V 352 grund-

²³ Vgl. RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/MOSER, *Öffentliches Prozessrecht*, 2. Aufl. 2010, Rz. 1224; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege*, 3. Aufl. 2013, Rz. 473; vgl. PATRIK KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: *Waldmann/Weissenberger* (Hrsg.), *Praxiskommentar*, Zürich, Art. 12 Rz. 147; vgl. KASPAR PLÜSS, *Kommentar VRG*, § 7 Rz. 66, S. 169; CHRISTOPH AUER, *VwVG-Kommentar*, Art. 12 Rz. 55, S. 216.

²⁴ Vgl. statt vieler KRAUSKOPF/EMMENEGGER, *Praxiskommentar*, Art. 12 Rz. 160, 169.

sätzlich vollen Beweiswert.²⁵ Werden sie gar unter Strafandrohung von Gerichts wegen angeordnet, sind sie bindend. Ein Gericht kann von den gutachterlichen Sachverhaltsfeststellungen nur abweichen, wenn sie inhaltlich unvollständig sind oder Widersprüche enthalten. Hält ein Gericht ein Gutachten für nicht schlüssig, so kann es das Beweisergebnis ergänzen, allenfalls durch Befragung des Experten, kann zusätzliche Beweise erheben. Er kann aber niemals dem Gutachter vorschreiben, wie er ganz genau zu seinem Ergebnis zu kommen hat, damit die Expertise «plausibel» erscheint. Handelt es sich um eine Rechtsmittelinstanz, so kann die Sachverhaltsergänzung bei reformatorischer Entscheidungskompetenz selbst vorgenommen werden, oder aber die Angelegenheit zur weiteren Behandlung zurückgewiesen werden. Auch hier gilt es, die Aufteilung zwischen Tat und Rechtsfragen zu beachten, kann das Gericht nicht selbst die Entstehung und den Werdegang des Beweismittels, also des Gutachtens, beeinflussen.

[Rz 65] Sodann hätte das Bundesgericht die Beweiserhebung der Vorinstanz kraft des Legalverweises von Art. 55 BGG auf die BZP selbst ergänzen können, wenn es den Chefarzt als sachverständigen Zeugen befragt oder sonst weitere Erhebungen angeordnet hätte.²⁶ Stattdessen lässt das Bundesgericht, trotz vorhandener und wie es scheint eindeutiger Beweislage (alle vorhandenen Arztberichte reden einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes das Wort), die Beschwerdeführerin beweislos ausgehen, stellt also ohne jegliche Weiterungen des Verfahrens die fehlende Beweiskraft des Gutachtens fest, um in der Folge die Leistungsgewährung zu verweigern.

[Rz 66] Dabei führt es die mangelhafte «Plausibilisierung» zur Begründung an, wobei auffällt, dass das Bundesgericht als Rechtsanwender dem Gutachter gleichsam vorschreibt, wie er zu seinen Schlüssen zu kommen und wie er den Nachweis für seine Thesen zu führen hat. Nur wenn er die Folgen einer Migräne so nachweist, wie es sich das Bundesgericht wünscht, ist die Expertise plausibel. Nach Meinung des Bundesgerichts ist nur eine bildgebend oder eben mit Laborwerten unterfütterte Beweisführung überzeugend. Ein Rückschluss basierend auf den medizinischen Erfahrungswerten, eine Zuordnung der freilich subjektiv geschilderten Symptome im Rahmen einer Gesamtbefunderhebung, wie es bei der medizinischen Objektivierung üblich ist, lässt das Bundesgericht wider aller wissenschaftlicher Abstützung und Usancen nicht gelten – und zwar auch dann nicht, wenn ein ausgewiesener Experte (der Gutachter war offensichtlich Chefarzt in einem Klinikum) auf seinem Fachgebiet zum Befund der Migräne und so zur verminderten Leistungsfähigkeit kommt; zu einer Einschätzung, die in diesem Fall von allen anderen Medizinern geteilt wird.

[Rz 67] Mit diesem Vorgehen greift das Bundesgericht in die Gutachterfreiheit ein. Es schreibt dem Fachkundigen gleichsam die zu verwendenden Nachweise, die Erfahrungsketten vor, wann er eine Migräne und deren Leiden als gegeben erachten darf und wann nicht. Sollte der Experte nicht die vom Bundesgericht oder der Verwaltung vorgeschriebenen Beweisketten als einzig beweiskräftige Nachweisketten erachten, so ist das Ergebnis im vorneherein nicht plausibel.

[Rz 68] Ohne jeden Zweifel gehört es zur alleinigen Kompetenz des Experten, gestützt auf sein Fachwissen den Sachverhalt zu erstellen und aus den wissenschaftlichen Erfahrungssätzen und seinen Kenntnissen Schlüsse auf die streitigen Tatsachen zu ziehen.²⁷ Selbstredend ist es nicht

²⁵ Wobei im Sozialversicherungsrecht noch die Besonderheit der manifesten Abhängigkeitsverhältnisse hinzukommt, worauf in diesem Aufsatz nicht eingegangen werden soll.

²⁶ Vgl. statt vieler AUER, VwVG-Kommentar, Art. 12 Rz. 219; vgl. auch PLÜSS, VRG-Kommentar, § 7 Rz. 69, S. 170.

²⁷ KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Praxiskommentar, Art. 12 Rz. 147, 148, S. 281.

am Richter, dem Gutachter vorzuschreiben, wie er im Einzelnen zu seinen Schlüssen gelangt, sondern das Gericht hat einzig darauf zu achten, ob das Gutachten den Formaspekten entspricht. Es kann lediglich kursorisch überprüfen, ob das Gutachten nachvollziehbar, vollständig und widerspruchsfrei ist; mehr kann ein Jurist einfach nicht beurteilen.

[Rz 69] Bestimmt nun das Bundesgericht die Erfahrungssätze und Formen des Nachweises, bestimmt es im Ergebnis auch das Gutachtenergebnis und formt so das Resultat normativ vor, da die Nachweise so bestimmt werden, dass Erscheinungen wie die Migräne in aller Regel ausser Ansatz fallen. Dementsprechend werden wiederum Rechtsfragen in die Gutachtenswerdung getragen, zu Sachfragen gemacht, auf welche Richter und Beamten wiederum das Recht anwenden. Mit anderen Worten beschneidet das Bundesgericht, indem es zum vorneherein bekannt gibt, welche Nachweisketten im Gutachtensprozess als «plausibel» zu gelten haben und welche wissenschaftlich bekannte Methoden der Objektivierung es nicht anerkennen will, wiederum die Beweisführung und verletzt dabei Art. 6 EMRK, da es wiederum nur selektiv Beweisführungen zulässt und so die anderen von der Beweisführung ausschliesst.

[Rz 70] Der Migräneentscheid ist daher gesamthaft betrachtet nicht nur ein Eingriff in die Gutachterfreiheit, indem den Gutachtern fachlich und ergebnisorientierte Vorschriften gemacht werden, sondern auch eine Verletzung des Rechts auf Beweis, da auch auf diesem Weg unter dem Titel «Plausibilisierung» das Beweisergebnis vorbestimmt wird.

[Rz 71] Abschliessend muss auch hier wieder festgestellt werden, dass das Bundesgericht neu dazu tendiert, ergebnisorientiert in die Gutachterfreiheit einzugreifen, was gerade bei bekannten Phänomenen wie Migräne zur Beweislosigkeit führt, und dass es auf die Beweislosigkeit schliesst, ohne ergänzende Beweisaufnahmen im Wege der Rückweisung anzuordnen oder gar selbst vorzunehmen. Es hat sich entschlossen, die Beweise so zu würdigen, dass am Ende die Beweislosigkeit feststeht, da normative Vorgaben bei der Erstellung des Gutachtens nicht eingehalten wurden.

[Rz 72] Auch der mögliche, vom Bundesgericht angebotene Ausweg, dass bei fehlender (normativ gesetzter) Nachweiskette eben akribisch Tagebuch geführt werden solle, um den Beweis dennoch führen zu können, ist bei Lichte betrachtet nichts anderes als ein Eingriff in die Gutachterfreiheit, zumal das Bundesgericht andernorts immer wieder betont hatte, eigentlich brauche ein Verwaltungsgutachten keine fremdanamnestic Angaben, um in sich schlüssig zu sein. Jetzt hingegen schreibt das Bundesgericht dem Gutachter vor, wie er genau die Fremdanamnese zu erheben habe, wobei es vom Versicherten und seinem Umfeld nun auch noch erwartet, über alle Schmerzzattacken jahrelang Buch zu führen.

V. Schlussfolgerung

[Rz 73] Das Bundesgericht versucht ganz offensichtlich auf das Beweisergebnis Einfluss zu nehmen, um gewisse Leiden, die nicht in sein Weltbild passen von der Leistungsberechtigung auszuschliessen. Dies begründet es überraschend – und dies gilt es zur Kenntnis zu nehmen – ausgerechnet mit dem Gleichheitssatz. Dessen ungeachtet schliesst die Rechtsprechung gruppenweise Menschen von der Leistungsberechtigung aus, weil sie mit Bitternissen zu kämpfen haben, deren Krankheitswert das Bundesgericht partout nicht anerkennen will, wenngleich die Symptomcluster in die Diagnoseraster aufgenommen wurden und obwohl deren Krankheitswert in den medizinischen Wissenschaften schon seit längerem anerkannt sind. Diese ergebnisorientierte Denkweise äussert das Gericht über verschiedene dogmatische Konstrukte, denen allerdings bei

Lichte betrachtet die Überzeugungskraft fehlt.

[Rz 74] Zunächst bemühte das Bundesgericht das Konstrukt der natürlichen Vermutung und ver-gass, dass es hierfür einer wissenschaftlich erhärteten, allgemeinen Lebenserfahrung bedürfte. Da sich die Vermutung stets auf die Beweiswürdigung auswirkt, nahm das Bundesgericht bei den PÄUSBONOG stets auch das Beweisresultat vorweg und verunmöglichte so auch die Beweisleistung des Versicherten: Leidet er an einem Krankheitsbild mit diskriminierter Diagnose, so ist das Ergebnis der Beweiswürdigung immer – unbesehen ob Konversionsstörung oder Schlaf-erkrankung, ob Schleudertrauma oder Fibromyalgie – dass das Leiden des Versicherten überwindbar sei, egal was die behandelnden Ärzte oder die Gutachter bestätigen. Da die Vermutungsbasis, aber auch die Foerster Kriterien, normativ vorbestimmt sind, ist sie auch dem Beweis des Gegenteils oder dem Gegenbeweis nicht zugänglich.

[Rz 75] Was nun die Depressionen anbelangt, so sind die ärztlichen Berichte nach Meinung des Bundesgericht zweitrangig. Einzig Richter und Behörden soll das Recht zukommen, die Arbeitsfähigkeit zu bestimmen, womit sie die dem Gutachter zustehende Sachverhaltseinschätzung normativ überlagern, das Beweisergebnis also wiederum bestimmen – und zwar ohne eine gesetzliche Grundlage anführen zu können. Läuft doch die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Ergebnis auf eine Fiktion hinaus, da sich die normativ-ergebnisorientierten Vorgaben nicht in der Realität widerspiegeln und den Verlautbarungen der wissenschaftlich Versierten lediglich beschreibender Charakter zukommt. Vorgeschoben wird hier ein unbestimmter Rechtsbegriff, der allerdings so ausgelegt wird, dass es dem Rechtsanwender ermöglicht wird, gleich selbst in Tatfragen das Ermessen auszuüben, d.h. das eigene, fachkundige Ermessen anstelle jenes des fachkundigen Arztes zu setzen.

[Rz 76] Aus Art. 6 ATSG lässt sich der weitgehende Eingriff in das Beweisergebnis indes nicht ableiten. Dessen ungeachtet bleibt zu befürchten, dass diese im «Depressionsentscheid» entwickelten Grundsätze auch auf andere psychische Erscheinungen mit Krankheitwert ausgeweitet werden, wie dies bei der Schmerzrechtsprechung getan wurde. Ohnehin ist anzunehmen, dass das Bundesgericht die Vermutung des BGE 130 V 352 durch diese Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes ersetzen wird.

[Rz 77] Angesichts der fehlenden Fachkenntnisse der Magistraten leistet das Bundesgericht jedenfalls einer willkürlichen Praxis Vorschub, da sich eine solche Vorgehensweise schlicht nicht wissenschaftlich begründen lässt. Schliesslich greift das Bundesgericht gar in die Gutachterfreiheit ein, schreibt den Gutachtern vor, welche Erfahrungssätze zu benutzen sind, damit das Resultat «objektiv und plausibel» wird. Dies sind mehr oder minder verhohlene Eingriffe ins Beweisergebnis. Anders wäre es freilich wenn der Rechtsanwender ergebnisoffen den Gutachter nach rechtlich relevanten Tatsachen fragte, worauf der Sachverständige einzig gestützt auf die heute gültigen medizinischen Wissenschaften antwortete und relevante Fakten offenbarte, ohne sich an normative Vorgaben halten zu müssen.

[Rz 78] Folgt man all diesen Entscheidungen, so fällt auf, dass jeweils ausgrenzende Kriterien geschaffen wurden, um entweder eine dem Beweisergebnis entsprechende Würdigung zu verhindern (Vermutung ohne Lebenserfahrung, oder aber ein stehendes Beweisergebnis umzustossen (Migräne, Depressionsentscheidung), also eine Leistungsabweisung trotz manifest bestehender Leiden begründen zu können. Dies führt zur Ausgrenzung von Menschengruppen, seien es die Schmerzkranken, Menschen mit Depressionen oder solche mit Migräne.

[Rz 79] Sie alle werden von der Leistungsberechtigung ausgeschlossen, sei es auf dem Weg unbestimmter Rechtsbegriffe, die zu Fiktionen uminterpretiert werden, oder der Plausibilitätser-

wägungen, die vorweg dem Gutachter vorschreiben, wie er vorzugehen hat. Dabei begegnet das oberste Gericht den Versicherten mit Misstrauen und der Medizin mit Geringschätzung. Anders gewendet weigert sich das Gericht, gesundheitsbedingte Erscheinungen wahrzunehmen, wie sie in der heutigen gehetzten Gesellschaft vorkommen, als medizinische Phänomene anerkannt sind und ohne weiteres ein soziales Risiko darstellen, wogegen sich die Menschen in diesem Land versichert wähnen. Risiken, die real existieren und nicht den normativ gesetzten Massstäben des Bundesgerichts und der IV folgen.

[Rz 80] Gerade der mit den Risiken einhergehende Lohnausfall und der angemessene Lebensstandard, ist auch Gegenstand der internationalen Menschenrechtsverträge, der Art. 9, 10 und 11 des UNO-Pakts I, grosser Menschenrechtskonventionen, die geschlossen wurden, um den Bewohnern dieses Planeten ein würdiges Auskommen, eine Lebensführung auf angemessenem Niveau zu ermöglichen.

[Rz 81] Die Schweiz entschloss sich, um diesen völkerrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen, ein Versicherungssystem für die Bevölkerung aufzustellen, in dem soziale Risiken durch grosse Versicherungswerke abgesichert werden. Mit anderen Worten ist Versicherungsschutz zu gewähren, wenn der Anspruchsteller nachweist, dass eine Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit, Unfall, Alter oder Invalidität eingetreten ist. Dessen ungeachtet führen Verwaltung sowie die Rechtsprechung realitätsabgewendete Kriterien aus Gründen ein, die sich dogmatisch nicht erschliessen lassen; Anspruchsvoraussetzungen, die sich – da künstlich geschaffen – nicht beweisen lassen und letztlich dazu führen, häufig vorkommende Krankheitsbilder oder Unfallfolgen vom Versicherungsschutz auszuschliessen.

[Rz 82] Begründet wird dies, wie beim Migräneentscheid ersichtlich, mit Hinweis auf die angebliche Beweislosigkeit, nachdem man dem Gutachter vorschreibt, wann er einen Erfahrungssatz als gegeben ansehen darf und welche Herleitung nicht plausibel ist. Mit anderen Worten bleibt die Beitragspflicht, doch scheitert die Anspruchsberechtigung wegen der normativen Eingriffe in die Beweisführung – wobei hier die Plausibilität vorgeschoben wird, dort die Objektivität im Sinne des Bundesgerichts gedeutet wird oder wiederum ohne Basis vermutet wird – je nach Bedarf.

[Rz 83] Unter dem Gesichtswinkel von Treu und Glauben kann es nicht angehen, die beweismässigen Anspruchsvoraussetzungen für einen Kreis von Leistungsbezüglern durch normativ gesetzte Vorgaben zu verunmöglichen, sei es unter dem Siegel der Plausibilität, des unbestimmten Rechtsbegriffs oder der Vermutung. Genau dies tut aber das Bundesgericht offenkundig und verstösst so gegen fundamentale Prinzipien des Recht- und Sozialstaates, wobei es die Willkürgrenze ganz offensichtlich nicht scheut.

[Rz 84] Es bleibt zu hoffen, dass es sich dereinst wieder an diese ehernen Grundsätze erinnert, dereinst eine Rechtsprechung wieder Platz greift, die dem Grundsatz der Verfahrensfairness im Sinne von Art. 6 EMRK entspricht. Derzeit orientiert die aktuelle Rechtsprechung sich am Ergebnis, wissenschaftliche Erkenntnisse und Verfahrensgrundrechte sind zweitrangig. Ein Vorgehen, das das Vertrauen der Bevölkerung in die Fundamente des Rechtsstaates erschüttert und totalitären Strömungen in unserem Rechtsstaat Auftrieb verleiht – in unruhigen und unberechenbaren Zeiten.

lic.iur. PHILIP STOLKIN, Rechtsanwalt, LL.M., Fachanwalt für Haftpflicht- und Versicherungsrecht SAV. Mitglied von Robin Law. Dank geht insbesondere an meine Mitarbeiterinnen, die trotz Fristendruck bereit waren, diesen Text gegenzulesen und denen ich hier – als Gegenleistung für diese

Mühen – hoch und heilig verspreche, den Kalender inskünftig noch nicht einmal mit den Fingerspitzen zu berühren. Zu danken ist auch RA David Husmann, der die Diskussion um diese Bundesgerichtsentscheidungen angestossen hat.