

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/312590817>

Unklare Beschwerdebilder: Ist die Rechtsprechung klar?

Chapter · January 2016

CITATIONS

0

READS

66

1 author:



J. Jeger

MEDAS Zentralschweiz, Hirschengraben33, CH-6003 Luzern

25 PUBLICATIONS 34 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Disability evaluation [View project](#)

Unklare Beschwerdebilder: Ist die Rechtsprechung klar?

JÖRG JEGER

Inhaltsübersicht

| | | |
|------|--|-----|
| I. | Einleitung | 96 |
| II. | Erläuterungen zum Begriff «PÄUSBONOG» | 97 |
| | A. Die Pathogenese | 98 |
| | B. Die Ätiologie | 99 |
| | C. Bradford Hill Kriterien für den Kausalitätsnachweis | 100 |
| | D. Ätiologie und Pathogenese der «unklaren Krankheitsbilder» | 101 |
| | E. «Syndrome» in der Medizin | 102 |
| | F. Nicht nachweisbares Beschwerdebild | 104 |
| | G. Ohne organische Grundlage | 106 |
| III. | Welche Krankheitsbilder fallen unter den Begriff «PÄUSBONOG»? | 107 |
| | A. Die historische Entwicklung der Liste der PÄUSBONOG | 107 |
| | B. Weitere Krankheitsbilder | 109 |
| | 1. Affektive Störungen | 109 |
| | 2. Angststörungen | 109 |
| | 3. Posttraumatische Belastungsstörung | 111 |
| | 4. Andauernde Persönlichkeitsänderung | 112 |
| | 5. Persönlichkeitsstörungen | 113 |
| | 6. Complex Regional Pain Syndrome (CRPS) | 114 |
| | 7. Cancer Related Fatigue (krebsassoziierte Müdigkeit) | 116 |
| | 8. Post-Polio-Syndrom (Spätfolgen einer Kinderlähmung) | 118 |
| IV. | Ist die Überwindbarkeit teilbar? | 119 |
| | A. Dimensionales versus kategoriales Denken | 119 |
| | B. Rechtsprechung | 120 |
| | C. Eine kleine Umfrage | 121 |
| V. | Ist die Aufgabenteilung zwischen Arzt und Rechtsanwender klar? | 123 |
| | A. FOERSTER-Kriterien: medizinische oder juristische Kriterien? | 123 |
| | B. Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage | 125 |
| | C. Gutachten vor Gericht | 127 |
| | D. Arbeitsunfähigkeit ist ein Rechtsbegriff | 129 |
| | E. Beispiele aus der Verwaltungspraxis | 131 |
| | F. Versicherungsmedizinische Beurteilung oder Rechtsanwendung? | 134 |
| VI. | Der neue Weg führt über den Beweis der Behinderung | 136 |
| | A. Evaluation von Defiziten und Ressourcen | 136 |
| | B. Probleme der Überwindbarkeitspraxis | 137 |
| | C. Der Königsweg: Der Beweis der Behinderung | 137 |

| | |
|--|-----|
| D. Änderung der Rechtsprechung: Eckpunkte des Urteils 9C_492/2014 | 140 |
| E. Erste Würdigung aus medizinischer Sicht | 141 |
| F. Zu lösende Aufgaben der Medizin | 144 |
| 1. Aus- und Weiterbildung der Ärzte | 144 |
| 2. Konsens der medizinischen Fachgesellschaften | 144 |
| 3. Entwicklung von Instrumenten für die Evaluation einer Behinderung | 145 |
| VII. Zusammenfassung | 146 |
| Literaturverzeichnis | 147 |

I. Einleitung

Im März 2004 hat das Bundesgericht mit BGE 130 V 352 ein wegweisendes Urteil erlassen zur rechtlichen Anerkennung einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung als Invalidität. Im Laufe der Jahre wurde die Rechtsprechung ausgedehnt auf weitere in der Auffassung des Bundesgerichts nicht objektivierbare Krankheitsbilder. Die Rechtsprechung hat dafür den Begriff *«pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage»* geschaffen,¹ abgekürzt PÄUSBONOG. Die Bedeutung dieser Krankheitsbilder in der Arztpraxis ist ausserordentlich hoch. Gemäss der jüngst publizierten Review und Meta-Analyse von HALLER et al.² weisen etwa 25 % bis 35 % der Patienten in einer Allgemeinpraxis somatoforme Störungen auf.

Vor 10 Jahren (und seither wiederholt) hat der Autor aus medizinischer Sicht Kritik an dieser Rechtsprechung geübt.³ Die grundsätzliche Kritik wird in diesem Aufsatz nur am Rande gestreift. Der Fokus liegt auf Unklarheiten, die trotz inzwischen vieler erlassener Urteile und zahlreicher Publikationen bestehen.

Die erste Durchführung des Sozialversicherungskongresses 2015 fand am 09.06.2015 statt. Die Vorbereitungen zum aktuellen Aufsatz fanden statt, als

¹ Mit den Schlussbestimmungen vom 18.03.2011 (6a IVG-Revision) wurde der Begriff im Bundesgesetz über die Invalidenversicherung SR 831.20 verankert. Die Abkürzung PÄUSBONOG findet sich inzwischen selbst in einigen Bundesgerichtsurteilen, so beispielsweise in 9C_461/2013.

² HALLER H., Somatoform Disorders (2015).

³ JEGER J., Somatoforme Schmerzstörung (2006), JEGER J., Entwicklung der «FOERSTER-Kriterien» (2011), JEGER J., Persönliche Ressourcen (2014).

eine Änderung der Rechtsprechung in der Luft lag, aber noch nicht vollzogen war. Die Änderung der Rechtsprechung durch das Urteil 9C_492/2014 wurde am 03.06.2015 beschlossen, wobei das Urteil erst am 17.06.2015 mit einer Medienmitteilung veröffentlicht wurde. Die zweite Durchführung des Kongresses ging am 25.08.2015 über die Bühne, als das Urteil bekannt war. Dieser Aufsatz wurde sozusagen «zwischen zwei Welten» verfasst. Ein Blick zurück lohnt sich, auch wenn nun die Überwindbarkeitspraxis als historisch bezeichnet werden kann. Die wesentlichen Änderungen lassen sich besser nachvollziehen, wenn die Mängel der alten Rechtsprechung nochmals dargelegt werden.

II. Erläuterungen zum Begriff «PÄUSBONOG»

Der Begriff «pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage» ist ein Konstrukt der Rechtsprechung. Die Medizin spricht von «funktionellen Beschwerden», in englischen Publikationen ist viel von «medically unexplained symptoms» (MUS) die Rede.

In der International Classification of Diseases (ICD) werden viele dieser Krankheitsbilder doppelt klassifiziert, einmal im entsprechenden somatischen Kapitel, ein zweites Mal unter den psychiatrischen Krankheitsbildern. So kann man ein Colon irritabile (Reizdarm-Syndrom) sowohl mit dem somatischen Code K53 wie auch mit dem psychiatrischen Code F45.32 (somatoforme autonome Funktionsstörung des unteren Verdauungssystems) versehen. Viele Ganzkörperschmerzsyndrome entsprechen sowohl dem somatischen Code für Fibromyalgie (M79) wie auch dem psychiatrischen Code für eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung (F45.40).

In der Neufassung des amerikanischen Psychiatriemanuals DSM-5 (2013) wird diese Krankheitsgruppe «Somatic Symptom Disorders» genannt, in der deutschen Übersetzung «somatische Belastungsstörung». Das Schwergewicht wird bei der Umetikettierung von der Psychiatrie auf die Somatik verlegt.

HILLER und RIEF⁴ bedauern die Abschaffung der somatoformen Störungen und betiteln dies gar als «akademischen Schildbürgerstreich».

A. Die Pathogenese

«Pathos» bedeutet Leiden, «Genesis» Entstehung, Schöpfung. Die Pathogenese ist somit die Lehre von der Entstehung der Krankheiten. Sie beschreibt die Entstehung und Entwicklung einer Krankheit mit den daran beteiligten Faktoren. Der mit naturwissenschaftlichen Methoden bestimmbare Mechanismus wird als Pathomechanismus bezeichnet. Die formale Pathogenese fragt, auf welche Weise Krankheiten entstehen, also nach dem «Wie». Die kausale Pathogenese hingegen fragt nach dem «Warum». Dabei spielen nicht nur rein biologische Faktoren eine Rolle. Die psychosomatische Medizin stellt bei der Entstehung von Krankheiten neben biologischen zunehmend auch psychosoziale Faktoren in den Vordergrund. Sie versteht unter Pathogenese allgemein eine durch Einschränkung der individuellen Handlungsfähigkeit bedingte Leidensentstehung. Bei der Beschreibung der Pathogenese steht der Defekt im Fokus. Man fragt sich: «Was macht krank? Wie ist es dazu gekommen?» Die moderne Medizin, die sehr oft mit chronischen Krankheiten konfrontiert ist, benützt in der Betreuung der Betroffenen aber zunehmend eine ressourcenorientierte salutogenetische⁵ Sichtweise. Bei der Salutogenese (Entstehung von Gesundheit) stehen die Fragen im Hauptfokus: «Was macht gesund? Über welche Ressourcen verfügt der leidende Mensch?». Dabei wird nicht mehr streng zwischen «Gesundheit» und «Krankheit» unterschieden. Man geht von einem Kontinuum aus: Jeder Mensch hat sowohl gesunde wie auch kranke Anteile. Bei einem Menschen, der sich als «krank» im Gesundheitssystem meldet, geht es in der therapeutischen Betreuung auch darum, seine gesunden Anteile zu stärken. Dies ist insbesondere dann wichtig, wenn die Krankheit nicht völlig eliminiert werden kann, wie dies bei vielen chronischen Zivilisationskrankheiten zutrifft.

⁴ HILLER WOLFGANG, RIEF WINFRIED, Abschaffung (2014).

⁵ Der Begriff Salutogenese ist auf den israelischen Soziologen AARON ANTONOVSKY (1923–1994) zurückzuführen. Er beschäftigte sich in seinen Forschungsarbeiten unter anderem mit jüdischen Frauen, die den Holocaust überlebt haben.

Ein salutogenetisch-ressourcenorientiertes Krankheitsmodell stammt vom Berner Arzt Johannes Bircher.⁶ Er unterscheidet ein biologisches (Zustand der Organe und Organsysteme) und ein im Laufe des Lebens persönlich erworbenes Potenzial (Immunitätslage, erworbene Fähigkeiten und Fertigkeiten, Erfahrungen) und definiert Gesundheit und Krankheit wie folgt: «Gesundheit ist ein dynamischer Zustand von Wohlbefinden, bestehend aus einem biopsychosozialen Potential, das genügt, um die alters- und kulturspezifischen Ansprüche des Lebens in Eigenverantwortung zu befriedigen. Krankheit ist ein Zustand, bei dem das Potenzial diesen Ansprüchen nicht genügt.»

Diese Denkweise entspricht der modernen Rehabilitationsmedizin: Behinderung resultiert aus dem Zusammenspiel zwischen Defiziten und Ressourcen des Individuum und den Anforderungen des Lebens.

B. Die Ätiologie

In der Philosophie, besonders in einigen antiken philosophischen Schulen, steht der Begriff «Ätiologie» für die Lehre von den Ursachen im Allgemeinen. Das Adjektiv ätiologisch bedeutet dementsprechend ganz allgemein: die Ursachen, den Grund, die ursächliche Herkunft oder die kausale Herleitung betreffend oder erklärend. Die Lehre der Ätiologie fragt nicht allein nach dem Entstehungsmechanismus einer Krankheit, sondern nach deren Ursache. So ist beispielsweise das Bakterium Pneumokokkus die Ursache für eine bakterielle Lungenentzündung. Ätiologie und Pathogenese werden oft im kombinierten Begriff Ätiopathogenese zusammengefasst.

Die Ursache einer Krankheit herauszufinden, ist nicht immer einfach. Sehr oft werden Krankheiten auf der Ebene ihrer Symptome behandelt, wenn man entweder die Ursache nicht kennt oder sie nicht beheben kann, man spricht dann vom «symptomatischer Behandlung». Längst nicht alle Krankheiten können kausal behandelt und geheilt werden.

⁶ BIRCHER J., Health and Disease (2005). BIRCHER J., KURUVILLA S., Defining health (2014).

C. Bradford Hill Kriterien für den Kausalitätsnachweis

Sir AUSTIN BRADFORD HILL (1897–1991) war ein englischer Epidemiologe und Statistiker. Er war ein Pionier der randomisierten klinischen Studien. Zusammen mit RICHARD DOLL gelang es ihm spätestens 1964, einen Zusammenhang zwischen Rauchen und Lungenkrebs überzeugend zu beweisen. Es vergingen viele Jahrzehnte, bis der Zusammenhang gesichert, die Ätiologie geklärt war. Der Weg von der Vermutung zur Evidenz war lange und steinig. Ein Meilenstein war die «British Doctors Study»⁷, eine Langzeitstudie über die Gesundheit und die Rauchgewohnheiten britischer Ärzte. Die von HILL verwendeten 8 Kriterien^{8, 9} gelten seither als Standard für den Nachweis von Kausalitäten in der Medizin:

Zeitlicher Zusammenhang: Die Ursache muss der Wirkung zeitlich vorausgehen. Obwohl es in der klinischen Medizin absolut notwendig ist, dass eine Ursache einer Wirkung vorausgeht und das Fehlen dieser Reihenfolge eine Ursache-Wirkungs-Beziehung ausschliesst, ist die zeitliche Abfolge allein nur ein schwacher Beleg für eine Ursache (Cave Fehlschluss: «post hoc – ergo propter hoc»).

Stärke der Assoziation: Eine starke Assoziation zwischen einer vermuteten Ursache und einer Wirkung, wie sie durch ein grosses relatives Risiko oder eine grosse Risikodifferenz ausgedrückt wird, ist ein besserer Beleg für einen kausalen Zusammenhang als eine schwache Assoziation.

Dosis-Wirkungs-Beziehungen: Eine Dosis-Wirkungs-Beziehung besteht, wenn einem Anstieg der Exposition gegenüber der vermuteten Ursache ein zunehmend grösserer Effekt folgt.

Reversible Assoziationen: Ein Faktor wird viel wahrscheinlicher die Ursache einer Krankheit sein, wenn seine Beseitigung zu einem niedrigeren Erkrankungsrisiko führt.

Konsistenz: Wenn verschiedene Studien, die zu unterschiedlichen Zeiten in unterschiedlicher Umgebung und mit unterschiedlichen Patienten durchgeführt wurden, alle zum gleichen Ergebnis kommen, bekräftigt das die Evidenz für einen kausalen Zusammenhang.

⁷ DOLL R., HILL A.B., Mortality of doctors (1964).

⁸ HILL A.B., Environment and Disease (1965).

⁹ Zitiert nach: FLETCHER R.H., FLETCHER S.W., Klinische Epidemiologie (2007).

Biologische Plausibilität: Wenn wir keine vernünftige Erklärung haben, wie eine Assoziation entstanden sein könnte, ist eine grosse Skepsis bezüglich Kausalität angebracht.

Spezifität: Für Infektionskrankheiten gilt meist: *eine* Ursache (Erreger) führt zu *einer* Erkrankung. Bei chronischen Erkrankungen gibt es aber oft mehrere Ursachen für dieselbe Wirkung oder viele Wirkungen infolge derselben Ursache. Der Nachweis der Spezifität ist ein starkes Argument für den Kausalzusammenhang, doch schliesst ein Mangel an Spezifität einen Kausalzusammenhang nicht aus.

Analogie: Die Argumentation für eine Ursache-Wirkungs-Beziehung wird bestärkt, wenn Beispiele für gut belegte Ursachen vorliegen, die der in Frage kommenden Ursache analog sind. Im Allgemeinen ist eine Analogie jedoch eher ein schwacher Beleg für eine Ursache.

Der Kriterienkatalog lässt erahnen, wie schwierig es in der Medizin oft ist, die Ätiologie hieb- und stichfest zu klären.

D. Ätiologie und Pathogenese der «unklaren Krankheitsbilder»

Was nun die Ätiologie und die Pathogenese der «unklaren Krankheitsbilder» anbelangt, so fragt sich, was für wen «unklar» ist. Die Medizin hat sehr wohl eine Vorstellung, wie eine somatoforme Schmerzstörung und wie eine Fibromyalgie entstehen. Nicht alles, was für den Juristen unklar ist, ist für den Mediziner unklar. Es gibt durchaus eine Pathophysiologie des chronischen Schmerzes beim Fibromyalgie-Syndrom.^{10, 11, 12, 13, 14, 15, 16} Dabei stehen heute mehrere Mechanismen im Vordergrund der Forschung:

¹⁰ STAUD R., Fibromyalgia (2006).

¹¹ SOMMER C. et al., Fibromyalgiesyndrom (2008).

¹² BRADLEY L.A., Pathophysiology of Fibromyalgia (2009).

¹³ RUSSEL J.I., LARSON A.A., Neurophysiopathogenesis of Fibromyalgia (2009).

¹⁴ EGLE U.T. et al., Fibromyalgie (2004)

¹⁵ MARCUS D.A., DEODHAR A., Fibromyalgia (2011).

¹⁶ SOMMER C et al., Fibromyalgiesyndrom (2012).

- Zentrale Sensibilisierung
- Veränderte Schmerzmodulation
- Dysfunktion des Neurotransmitoren-Stoffwechsels
- Hormonale Dysregulation auf der HPA-Achse
- Genetische Faktoren
- Periphere Nervenschädigungen
- Psychiatrische Komorbidität.

Insgesamt sind chronische Schmerzkrankheiten wie das Fibromyalgie-Syndrom ein komplexes biopsychosoziales Phänomen,^{17, 18} wobei es oft nicht möglich ist, die einzelnen Komponenten streng auseinander zu halten und deren Anteil zahlenmässig zu gewichten.¹⁹

E. «Syndrome» in der Medizin

Ein einzelnes Krankheitszeichen (wie z.B. Fieber) wird Symptom genannt; mehrere Krankheitszeichen zusammen bilden ein Syndrom.

Ätiologisch-pathogenetische Diagnosen: Sie funktionieren nach dem Prinzip Ursache-Wirkung. Die Ursache ist bekannt, welche zur feststellbaren (krankmachenden) Wirkung führt, beispielsweise beim Diabetes mellitus (Insulinmangel, Störung des Glucosestoffwechsels, Organschäden durch Überlastung mit Zucker) oder bei der koronaren Herzkrankheit (Sklerosierung der Herzkranzgefässe, verminderte Durchblutung des Herzmuskels, Schädigung des Herzmuskels, gestörte Pumpfunktion). Dabei ist zu unterscheiden zwischen monokausal bedingten (z.B. Meningokokken-Meningitis) und multikausal bedingten (z.B. Migräne) Krankheitsbildern.²⁰ Nur ein kleiner Teil der in der hausärztlichen Praxis behandelten Krankheitsbilder entspricht dem ätiologisch-pathogenetischen Typ von Diagnosen. Dabei kann die Vorstellung über Ätiologie und Pathogenese durch Erkenntniszuwachs erhebliche Verschiebungen erfahren, was sich am Beispiel Magengeschwür zeigen lässt: Das

¹⁷ GATCHEL R.J. et al., Chronic Pain (2007).

¹⁸ SPÄTH M., BRILEY M., Fibromyalgia (2009).

¹⁹ Vgl. JEGER J., Invaliditätsfremde Ursachen (2008)

²⁰ DEL MAR CH., DOUST J., GLASZIOU P., Clinical Thinking (2006), Chapter 3.

Magengeschwür wurde bis in die 1980er Jahre als klassische psychosomatische Erkrankung aufgefasst, bis 1983 BERRY MARSHALL und JOHN ROBIN WARREN in Perth/Australien das Bakterium «*Helicobacter pylori*» entdeckten, welches 1989 klar als Ursache des Magengeschwürs identifiziert werden konnte. Etwas pointiert formuliert: Mit einem Magengeschwür muss man heute nicht mehr zum Psychiater gehen, sondern drei Wochen lang Antibiotika und Säureblocker schlucken. Ätiologisch-pathogenetische Modelle sind aber auch kulturabhängig. Das westliche wissenschaftliche Kausalverständnis ordnet der Epilepsie andere Ursachen zu als die tibetische, durch die Bön-Religion geprägte Vorstellung von Krankheit oder die indische Ayurveda-Medizin. Osteopathie und Homöopathie arbeiten ebenso mit anderen Ursache-Wirkungs-Vorstellungen als die naturwissenschaftlich geprägte Medizin.

Syndromale Diagnosen: Sie beruhen auf empirischen Erfahrungen. Der behandelnden Ärzteschaft fällt auf, dass ein bestimmtes Cluster von Symptomen gehäuft zusammen vorkommt, beispielsweise die Symptome generalisierter Körperschmerz, erhöhte Empfindlichkeit auf Berührung an bestimmten Körperstellen, Müdigkeit und gestörter Schlaf (Fibromyalgie-Syndrom). Ob einzelne Phänomene als Symptome bestimmter Krankheiten anerkannt werden, hängt von der Übereinkunft der wissenschaftlich tätigen Ärzte ab.²¹ In einem Konsens einigt sich ein Teil der forschenden Mediziner darauf, diesem Cluster von Symptomen einen speziellen Namen, ein Label zu geben. Auf diesem Wege ist 1990 die Definition der Fibromyalgie durch das American College of Rheumatology (ACR) entstanden.²² Analog hat die Arbeitsgruppe von FUKUDA Kriterien zur Diagnose des Chronic Fatigue Syndromes publiziert.²³ Solche syndromalen Diagnosen haben den Sinn, spezielle Symptomcluster einfacher zu erkennen, damit eine Therapie erforscht und etabliert werden kann, mit der die Symptome für den Patienten günstig beeinflusst werden können. Man könnte einfacher formulieren: damit der behandelnde Arzt das Rad nicht bei jedem neu beobachteten Fall neu erfinden muss. Die Definitionen syndromaler Diagnosen können sich überlappen, die gleiche Patientin kann dann mit verschiedenen Labels versehen werden. So überlappen sich beispielsweise die Definitionen der Fibromyalgie und der anhaltenden soma-

²¹ Dargestellt in: UEXKÜLL TH., Psychosomatische Medizin (2011), Kapitel 1.

²² WOLFE F. et al., Classification of Fibromyalgia (1990).

²³ FUKUDA K. et al., Chronic Fatigue Syndrome (1994).

toformen Schmerzstörung, ebenso die Definitionen des Chronic Fatigue Syndromes und der Neurasthenie. Man kann sich bei den letztgenannten Fällen sogar fragen, ob sie nicht den gleichen Zustand aus verschiedener Perspektive beschreiben.

F. Nicht nachweisbares Beschwerdebild

Bei der Formulierung «nicht nachweisbar» fragt sich, welche Nachweismethoden damit gemeint sind. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind schergewichtig die Bildgebung und andere apparative Methoden gemeint. So hält beispielsweise das Urteil 8C_498/2011 in E. 5.1 fest: *«Objektivierbar sind Untersuchungsergebnisse, die reproduzierbar und von der Person des Untersuchenden und den Angaben des Patienten unabhängig sind. Von organisch objektiv ausgewiesenen Unfallfolgen kann somit erst dann gesprochen werden, wenn die erhobenen Befunde mit apparativen/bildgebenden Abklärungen bestätigt wurden und die hiebei angewendeten Untersuchungsmethoden wissenschaftlich anerkannt sind.»*

Für den Rheumatologen sind manualmedizinisch feststellbare Irritationszonen und funktionelle Blockaden von Wirbelgelenken auch Befunde. Dabei handelt es sich um Erscheinungen, die vom betroffenen Individuum nicht beeinflusst werden können und durch eine fachärztliche (objektive?) Untersuchung festgestellt werden. Genauso kennt auch die Psychiatrie ihre Befunde, d.h. eine Sichtweise durch die fachärztliche Betrachtung des Individuums von aussen.

Dabei dürfen wir nicht vergessen, dass auch bildgebende Verfahren vom Untersucher interpretiert werden müssen, womit eine subjektive Komponente unvermeidlich ist. Dazu existieren inzwischen eindrückliche wissenschaftliche Studien. CARRINO et al.²⁴ untersuchten die Übereinstimmung von Interpretationen durch 3 sehr erfahrene Neuroradiologen und einen Orthopäden, welche 111 Magnetresonanztomografien befunden mussten. Verglichen wurden sowohl die Übereinstimmung unter den 4 Fachärzten (Interrater Reliability) wie auch die Übereinstimmung mit den eigenen Vorbefunden, wenn sie dieselben Bilder einen Monat später nochmals interpretieren muss-

²⁴ CARRINO J.A. et al., Reliability of MR Imaging (2009).

ten (Intrarater Reliability). Dabei lag das Mass der Reproduzierbarkeit (der sog. Kappa-Wert) lediglich im Bereich einer mittelmässigen bis guten Übereinstimmung. Analoge Untersuchungen gibt es auch zur Interpretation von Computertomografien.²⁵ Kommt hinzu, dass sich das menschliche Auge und das Gehirn von optischen Eindrücken leicht täuschen lassen, was sich am Beispiel der RUBIN'schen Vase (EDGAR RUBIN 1920) und des KANIZSA-Dreiecks (GAETANO KANIZSA 1950) eindrücklich zeigt.²⁶

Eine Objektivität vom Ausmass, wie sie im Urteil 8C_498/2011 gefordert wird, kann im Rahmen einer Begutachtung nicht erreicht werden. Es gibt in der Medizin keine Diagnoseverfahren, die sowohl vom Untersuchten wie auch vom Untersucher völlig unabhängig sind. Jede Untersuchung ist an ein gewisses Mass an Kooperation gebunden, selbst ein Röntgenbild. Andererseits muss jedes Untersuchungsergebnis auch interpretiert und in der Skala zwischen «krank» und «gesund» eingeordnet werden. Jede Untersuchung liefert auch falsch-positive und falsch-negative Resultate. Je sensitiver die Untersuchung, desto häufiger sind dabei falsch-positive Ergebnisse,²⁷ was gerade bei Magnetresonanztomografien beachtet werden muss. Längst nicht jede Signalintensitätsveränderung im Meniskus entspricht einer operationswürdigen Meniskusläsion.

Interessante Passagen zur Objektivierbarkeit findet man in BGE 139 V 547 E. 7.1.1: «Während der somatogene Schmerz an einem organischen Substrat gemessen werden kann – es besteht ein naturwissenschaftlich verfolgbarer Wirkungszusammenhang, die Einschränkung ist entsprechend spezifisch –, findet sich für die der Rechtsprechung BGE 130 V 352 unterstellte überwiegend psychogene, aber somatoforme Symptomatik kein (ausreichendes) organisches Korrelat. In dieser Konstellation ist der Mechanismus, welcher Ursache und Symptom verbindet, oft nur hypothetisch, die (möglicherweise funktionell erheblichen) Beschwerden sind zwangsläufig unspezifisch.»

²⁵ CARREON L.Y. ET AL., Reliability of CT scans (2007).

²⁶ Beide Beispiele lassen sich in Google leicht finden. Ausführliche Darstellung in: KANDEL E.R., Das Zeitalter der Erkenntnis (2012).

²⁷ Befunde, die nicht der gängigen «Norm» entsprechen, aber keine klinische Bedeutung haben.

Dazu ist aus medizinischer Sicht zu ergänzen: Die International Association for the Study of Pain (IASP) definiert Schmerz wie folgt: «Schmerz ist ein unangenehmes Sinnes- oder Gefühlserlebnis, das mit tatsächlicher oder potenzieller Gewebeschädigung einhergeht oder von betroffenen Personen so beschrieben wird, als wäre eine solche Gewebeschädigung die Ursache.»²⁸ Schmerz ist *per definitionem* immer subjektiv und als subjektive Empfindung nicht beweisbar, auch bei einer organischen Genese. Bei einer organischen Ursache fällt es dem Arzt einfach leichter, eine Erklärung für die subjektive Empfindung Schmerz zu bieten.

G. Ohne organische Grundlage

Beim Begriff «organisch» kommt die Frage auf, wo die Trennung zwischen «somatisch» und «psychisch» verläuft und ob eine solche Trennung nach moderner medizinischer Forschung überhaupt noch haltbar ist. Was somatisch erklärbar ist, hängt von verschiedenen Faktoren ab:²⁹

- vom Stand der medizinische Forschung
- von der Übereinkunft der forschenden Ärzte
- von den eingesetzten diagnostischen Mitteln
- von der persönlichen Erfahrung des Arztes.

In der modernen Medizin wird die strenge Trennung zwischen Soma und Psyche zunehmend aufgegeben. Exemplarisch schreibt JOHN WINFIELD: «*Dualism between psyche and soma is obsolete.*» Wenn affektive Störungen auf Antidepressiva ansprechen, deren molekularer Wirkmechanismus bekannt ist, so kann man durchaus eine organische Grundlage postulieren. Bei den funktionellen Körperbeschwerden geht man heute davon aus, dass es sich im Wesentlichen um eine Dysfunktion in der zentralnervösen Reizverarbeitung handelt.³⁰ Es gibt kein psychisches Erleben ohne Gehirn, andererseits wird jede somatische Krankheit auch erlebt. Dies gilt besonders stark bei chronischen Krankheiten, die mit Behinderungen einhergehen. Wie erwähnt, lassen sich

²⁸ MERSKEY H., BOGDUK N. (ed.), Classification of Chronic Pain (1994).

²⁹ HOFFMANN-RICHTER U., JEGER J., SCHMIDT H., Handwerk ärztlicher Begutachtung (2012), S. 147.

³⁰ HENNINGSEN PETER, Probleme und offene Fragen (2014).

viele funktionelle Störungen sowohl mit einem somatischen wie auch mit einem psychiatrischen Etikett codieren.

Die juristische Kategorie «*pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage*» lässt also insgesamt einige Unklarheiten offen.

III. Welche Krankheitsbilder fallen unter den Begriff «PÄUSBONOG»?

A. Die historische Entwicklung der Liste der PÄUSBONOG

Das erste Leiturteil des Bundesgerichts BGE 130 V 352 vom 12.03.2004 betraf ausschliesslich die anhaltende somatoforme Schmerzstörung. Damals war noch nicht von pathologisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebildern die Rede. Die Vermutung, eine somatoforme Schmerzstörung sei in der Regel willentlich überwindbar (Regel mit Ausnahmen), wurde erstmals im Urteil BGE 131 V 49 vom 16.12.2004 formuliert. Mit BGE 132 V 64 vom 08.02.2006 wurde die gleiche Rechtsprechung auf die Fibromyalgie übertragen, was aus medizinischer Sicht logisch ist. Mit Urteil I 9/07 vom 09.02.2007 wurden auch dissoziative Sensibilitäts- und Empfindungsstörungen eingeschlossen. Im Urteil I 77/07 vom 14.04.2008 schrieb das Bundesgericht, analog sei die Schmerzrechtsprechung auch für ein Chronic Fatigue Syndrome bzw. eine Neurasthenie anzuwenden. Im Urteil 9C_903/2007 vom 30.04.2008 wurde deren Anwendung auf dissoziative Bewegungsstörungen ausgeweitet. Mit BGE 137 V 279 erfolgte am 30.08.2010 die Übertragung der Schmerzrechtsprechung bzw. der Überwindbarkeitspraxis auf die HWS-Distorsionen vom QTF-Grad II, was damals in der Tagespresse hohe Wellen warf. Mit BGE 137 V 64 wurden am 25.02.2011 auch nicht-organische Hypersomnien eingeschlossen.

Nachdem der Überwindbarkeitspraxis sowohl von juristischer wie auch von medizinischer Seite her zunehmend Kritik entgegengebracht wurde, änderte das Bundesgericht im Urteil 9C_776/2010 vom 20.12.2011 die Begründung und schrieb: «*Die kritisierte Praxis gibt den begutachtenden Fachpersonen*

und den Organen der Rechtsanwendung auf, die Arbeitsfähigkeit im Einzelfall mit Blick auf bestimmte Kriterien zu prüfen, um damit eine einheitliche und rechtsgleiche Einschätzung der Arbeitsfähigkeit zu gewährleisten. Die Gesamtheit der ursprünglich als fach-psychiatrische Prognosekriterien formulierten Gesichtspunkte ist zu einem rechtlichen Anforderungsprofil verselbstständigt worden. Mit diesem soll sichergestellt werden, dass die gesetzlichen Vorgaben zur Feststellung eines rechtserheblichen Gesundheitsschadens und von dessen anrechenbaren Folgen für die Leistungsfähigkeit erfüllt sind. Dementsprechend schlagen sich Neuformulierungen von Kriterienkatalogen in der medizinischen Fachliteratur nicht unmittelbar in den für diese Gruppe von Leiden geschaffenen Beurteilungselementen nieder. Die einzelnen Kriterien orientieren sich zwar an medizinischen Erkenntnissen. Eine direkte Anbindung besteht aber nicht, weshalb sich die Frage der Validierung hier nicht stellt.»

Die Liste der pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage umfasst bis anhin zweifelsfrei:

- die anhaltende somatoforme Schmerzstörung ICD-10 F45.40 (und logischerweise die eng damit verwandte chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren ICD-10 F45.41)
- die Fibromyalgie (ICD-10 M79)
- das Chronic Fatigue Syndrome (ICD-10 G93.3) bzw. die Neurasthenie (ICD F48.0)
- die dissoziativen Sensibilitäts- und Empfindungsstörungen (ICD-10 F44.6)
- die dissoziativen Bewegungsstörungen (ICD-10 F44.4)
- die HWS-Distorsion Grad II (im chronischen Stadium somatisch nicht nach ICD-10 codierbar, entspricht oft einer chronischen Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren ICD-10 F45.41)
- die nicht-organische Hypersomnie (ICD-10 F51.1).

Unklar bleibt, inwieweit auch andere (vorab psychiatrische) Krankheitsbilder davon betroffen sind. Dieser Frage soll in den nächsten Abschnitten nachgegangen werden.

B. Weitere Krankheitsbilder

1. Affektive Störungen

In den parlamentarischen Diskussionen zur 6. IVG-Revision wurde der damalige Innenminister Bundesrat DIDIER BURKHALTER konkret auf die Frage angesprochen, welche Krankheitsbilder von den Schlussberstimmungen betroffen seien. Er antwortete am 16.12.2010 im Nationalrat: *«Comme je viens de le mentionner, il ne s'agit en aucun cas d'exclure l'ensemble des maladies psychiques. Toutes celles qui peuvent être clairement établies au moyen d'examens cliniques, c'est-à-dire psychiatriques, ne seront pas concernées, soit – je cite à nouveau pour que ce soit vraiment clair – la dépression, la schizophrénie ou les psychoses comme les troubles compulsifs, les troubles alimentaires ou les troubles de la personnalité, par exemple.»*

Bundesrat BURKHALTER schloss also die Depressionen explizit davon aus, ebenso Psychosen (Schizophrenien), Zwangsstörungen, Essstörungen und Persönlichkeitsstörungen.

Dass Depressionen nicht unter die generelle Überwindbarkeitspraxis fallen sollen, geht inzwischen aus mehreren Gerichtsurteilen hervor. So schrieb beispielsweise das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen im Urteil IV 2011/111 vom 25.03.2013: *«Vorab ist darauf hinzuweisen, dass nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch die Diagnose einer mittelschweren depressiven Episode bzw. die dadurch verursachten Befunde und Beeinträchtigungen der Arbeitsfähigkeit eine Invalidität begründen können (Urteile des Bundesgerichts vom 30. März 2011, 9C_1041/2010, E. 5.2, und vom 20. Juni 2011, 9C_980/2010, E. 5.3). Auch der Gesetzgeber hat anlässlich der Beratungen im Rahmen der 6. IV-Revision deutlich gemacht, dass depressive Leiden invalidenversicherungsrechtlich relevant seien.»*

2. Angststörungen

Im Urteil 200 10 1115 IV vom 28.03.2011 schrieb das Verwaltungsgericht des Kantons Bern: *«Gleich wie die vorgenannten Fälle ist auch die generalisierte Angststörung (ICD-10: F 41.1) zu einem nicht unwesentlichen Teil durch körperliche Symptome (mit-)geprägt, für welche es keine hinreichenden organischen Ursachen gibt. Bei der generalisierten Angststörung sind diese*

Symptome variabel. Beschwerden wie Zittern, Muskelspannung, Schwitzen, Benommenheit, Herzklopfen, Schwindelgefühle oder Oberbauchbeschwerden gehören zu diesem Bild (vgl. ICD-10: F 41.1). Beim Beschwerdeführer stehen diesbezüglich insbesondere Schlafstörungen, Übelkeit und Erbrechen im Vordergrund. Die generalisierte Angststörung des Beschwerdeführers ruft damit ein den vorgenannten Fällen vergleichbares Beschwerdebild hervor, weshalb sie auch denselben sozialversicherungsrechtlichen Anforderungen zu unterstellen ist wie eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung bzw. wie sämtliche pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage. Es wäre denn auch kaum verständlich, wenn den Schmerzpatientinnen und -patienten grundsätzlich zuzumuten wäre, trotz unbestritten empfundener Schmerzen zu arbeiten, wogegen dem Beschwerdeführer grundsätzlich nicht zumutbar sein sollte, die Angstgefühle und deren Begleiterscheinungen zu überwinden, die zudem immer nur dann auftreten, wenn der Beschwerdeführer (über einen gewissen Umfang hinaus) arbeiten sollte.»

Das Bundesgericht wertete die Angststörung anders: In einem anderen Fall hielt es im Urteil 8C_371/2014 vom 29.09.2014 fest: *«Dem ist entgegenzuhalten, dass der psychiatrische Gutachter pract. med. F. die 70%ige Arbeitsunfähigkeit des Versicherten in erster Linie auf die diagnostizierte generalisierte Angststörung (ICD-10 F41.1) zurückführte, die er als mittel bis stark einstuft. Dieses Störungsbild kann auf Grund klinischer psychiatrischer Untersuchungen klar diagnostiziert werden und ist damit überprüf- bzw. objektivierbar. Es gehört nicht zu den pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebildern ohne nachweisbare organische Grundlage, bei denen nach den sog. «FOERSTER-Kriterien» zu prüfen ist, ob deren willentliche Überwindbarkeit ausnahmsweise zu verneinen ist.... Das Gutachten des pract. med. F. vom 13. Mai 2011 erfüllt die Anforderungen an eine medizinische Beurteilungsgrundlage; seine Ausführungen sind nachvollziehbar. Demnach ist seine Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit des Versicherten nicht anzuzweifeln.»*

In BGE 139 V 547 E. 7.3.1 schrieb das Bundesgericht: *«Sämtlichen unterstellten Beschwerdebildern gemeinsam ist, dass die Pathogenese – der Mechanismus, wie der Gesundheitsschaden entsteht – durchwegs unbekannt oder zumindest ungesichert ist; die Wirkungsweise als solche wie auch ihre Inten-*

sität sind nicht pathogenetisch spezifizierbar. Hinzu kommt, dass die Diagnose einer somatoformen Störung anhand der ICD-10 weitgehend auf Beobachtung des äusseren Störungsbildes und nicht auf krankheitskonzeptioneller Einordnung beruht; psychodynamische Zusammenhänge wurden in der Klassifikation ausgeklammert.» Aus medizinischer Sicht ist anzufügen: Diese Sätze betreffen fast die ganze Psychiatrie, insbesondere auch Depressionen, Zwangsstörungen, Essstörungen, Persönlichkeitsstörungen und Angststörungen, die explizit nicht der Überwindbarkeitspraxis unterstehen. Diese Tatsachen vermögen also kaum zu begründen, warum speziell die PÄUSBONOG von den Betroffenen vermutungsweise willentlich überwindbar sind.

BGE 139 V 547 führt in E 7.1.4 weiter aus: «Gewisse Störungsbilder, wie etwa Schizophrenie sowie Zwangs-, Ess- und Panikstörungen, können auf Grund klinischer psychiatrischer Untersuchungen klar diagnostiziert werden. Bezüglich ihrer Überprüf- und Objektivierbarkeit sind diese Leiden mit den somatischen Erkrankungen vergleichbar.»

Diese strenge Unterscheidung zwischen angeblich klar objektivierbaren und nicht objektivierbaren psychiatrischen Krankheitsbildern erstaunt den Mediziner, zumal bei sämtlichen psychiatrischen Diagnosen die Anamnesenerhebung die wohl wesentlichste Grundlage ist und sich psychiatrische Krankheitsbilder mit wenigen Ausnahmen einer Bildgebung weitgehend entziehen.

3. Posttraumatische Belastungsstörung

Die Diagnose «posttraumatische Belastungsstörung» erschien erstmals 1980 im amerikanischen Psychiatriemanual DSM-III. Im Hauptfokus standen dabei Patienten mit Kriegstraumatisierungen.

Sie erscheint zwar nicht unter der Liste der PÄUSBONOG, wie sie in mehreren Urteilen aufgeführt ist. Im Urteil 8C_483/2012 schrieb das Bundesgericht aber (ohne Verweis auf die FOERSTER-Kriterien): «Nach der besagten Praxis besteht eine Vermutung, dass eine diagnostizierte anhaltende Schmerzstörung oder ihre Folgen mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar sind. Nur unter bestimmten Voraussetzungen ist anzunehmen, dass dies nicht zutrifft und die Schmerzstörung dadurch ausnahmsweise invalidisierende Wirkung erlangen kann (BGE 131 V 49; 130 V 352). Der Beschwerdeführer macht geltend, die PTBS gehöre nicht zu den Schmerzstörungen. Die

Schmerzstörungspraxis sei daher nicht anwendbar ... Nach dem Gesagten kann auch eine PTBS nur dann invalidisierend wirken, wenn ihre Auswirkungen nicht mit zumutbarer Willensanstrengung überwindbar sind. Der Einwand des Beschwerdeführers ist daher unbegründet.»

Analog dazu findet man im Urteil 9C_421/2014 die Passage, mit Verweis auf die Vorinstanz: *«Mit Bezug auf die nicht generell invalidisierende posttraumatische Belastungsstörung sei die Gerichtspraxis (BGE 130 V 352) anwendbar, wie sie für somatoforme Schmerzstörungen entwickelt wurde (9C_671/2012 vom 15. November 2012 E. 4.3). Gestützt auf diese Rechtsprechung hielt die Vorinstanz fest, die für die Entscheidfindung erheblichen Kriterien seien nicht erfüllt. Weder sei eine eigenständige psychische Komorbidität von erheblicher Schwere, Dauer und Intensität ausgewiesen noch liege ein sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens vor. Ebenso wenig seien die anderen Kriterien gegeben. Die vorliegenden psychischen Beeinträchtigungen vermöchten keine relevante Arbeitsunfähigkeit zu begründen... Der Auffassung der Vorinstanz ist beizupflichten ...»*

Auch die Auswirkungen von Alpträumen müssen also, wie häufiges Einschlafen (bei einer Hypersomnie), vom Betroffenen willentlich überwunden werden.

4. Andauernde Persönlichkeitsänderung

Im DSM-IV (1994) wurde eine weitere Subkategorie eingeführt, die «Störung durch Extrembelastung, nicht anderweitig bezeichnet». Sie war vor allem gedacht für Betroffene, die durch anderweitige extreme Traumatisierungen (Kindsmisshandlung, sexueller Missbrauch) geschädigt wurden. In der Neufassung DSM-5 (2013) heisst diese Form nun «komplexe posttraumatische Belastungsstörung».

Sehr eng damit verwandt ist die «andauernde Persönlichkeitsänderung nach Extrembelastung» nach ICD-10 F62.0. Sie wird in der ICD-10 wie folgt beschrieben: «Eine andauernde, wenigstens über zwei Jahre bestehende Persönlichkeitsänderung kann einer Belastung katastrophalen Ausmasses folgen. Die Belastung muss extrem sein, dass die Vulnerabilität der betreffenden Person als Erklärung für die tief greifende Auswirkung auf die Persönlichkeit nicht in Erwägung gezogen werden muss. Die Störung ist durch eine feindli-

che oder misstrauische Haltung gegenüber der Welt, durch sozialen Rückzug, Gefühle der Leere oder Hoffnungslosigkeit, ein chronisches Gefühl der Anspannung wie bei ständigem Bedrohtsein und Entfremdungsgefühl, gekennzeichnet. Eine posttraumatische Belastungsstörung (F43.1) kann dieser Form der Persönlichkeitsänderung vorausgegangen sein.»

Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass langdauernde Extrembelastungen die Menschen in ihrer Grundstruktur, in ihrer Persönlichkeit einschneidend verändern können. Inwieweit diese Diagnose auch bei chronischen Schmerzkrankheiten zulässig ist, wird in der Fachwelt kontrovers diskutiert. Die ICD-10 kennt dazu die Subkategorie «andauernde Persönlichkeitsänderung bei chronischem Schmerzsyndrom» (ICD-10 F62.80).

In BGE 136 V 363 befasste sich das Bundesgericht mit der invalidisierenden Wirkung einer andauernden Persönlichkeitsänderung und kam zum Schluss: *«Die vorinstanzliche Beurteilung beruht auch nicht auf einem Rechtsfehler: Der Beschwerdeführerin ist zwar zuzustimmen, dass die Diagnose der Persönlichkeitsänderung ICD-10: F62.8 für sich allein nicht einen invalidisierenden Gesundheitsschaden im Rechtssinne darstellt (Urteil 9C_456/2007 vom 17. März 2008 E. 4.1) und nach den rechtlichen Kriterien zu beurteilen ist, die auch für somatoforme Schmerzstörungen und ähnliche Leiden gelten (BGE 130 V 352; Urteil I 514/04 vom 21. Juli 2005 E. 5.1). Das schliesst aber eine invalidisierende Wirkung nicht aus (Urteil 9C_298/2009 vom 3. Februar 2010 E. 3).»*

Die andauernde Persönlichkeitsveränderung bei chronischem Schmerzsyndrom (ICD-10 F62.80) scheint also vom Bundesgericht ebenso behandelt zu werden wie eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung.

5. Persönlichkeitsstörungen

Im Urteil 200 10 1210 IV vom 04.05.2011 hatte sich das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit einem Versicherten zu befassen, der an einer Dysthymia und einer kombinierten Persönlichkeitsstörung mit histrionischen, narzisstischen und passiv-aggressiven Anteilen litt. Ein externer psychiatrischer Gutachter schätzte die zumutbare Arbeitsfähigkeit auf 6 Stunden täglich mit einer Leistungseinbusse von 20 bis 25 %. Der Gutachter legte die funktionel-

len Einschränkungen des Versicherten in Anlehnung an das Mini-ICF-APP³¹ ausführlich dar. Der RAD empfahl, dem schlüssigen Gutachten zu folgen. Die IV-Stelle lehnte das Leistungsbegehren des Versicherten ab mit der Begründung, eine Dysthymie sei ohne psychiatrische Komorbidität von erheblicher Schwere und Dauer überwindbar und eine solche schwere Komorbidität liege nicht vor.

Das Berner Verwaltungsgericht stützte die ärztlicherseits attestierte Arbeitsunfähigkeit und hielt fest: *«Es handelt sich somit bei der kombinierten Persönlichkeitsstörung nicht um eine Störung, die zu einem nicht unwesentlichen Teil durch körperliche Symptome (mit-)geprägt ist, für welche es keine hinreichenden organischen Ursachen gibt, sondern es geht um Auffälligkeiten des Verhaltens, welche die Leistungsfähigkeit der versicherten Person beeinträchtigen. Damit fällt die diagnostizierte kombinierte Persönlichkeitsstörung (ICD-10 F61.0) nicht unter den Begriff der pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebilder, weshalb hier nicht zu prüfen ist, ob die zusätzlichen sogenannten «FOERSTER-Kriterien» erfüllt sind. Vielmehr stellt sich die Frage, inwiefern vom Beschwerdeführer, allenfalls bei geeigneter therapeutischer Behandlung, trotz der kombinierten Persönlichkeitsstörung willensmässig erwartet werden kann, zu arbeiten und einem Erwerb nachzugehen.»*

Für das Bundesgericht gehören Persönlichkeitsstörungen nicht zu den PÄUS-BONOG. Wesentlich für die potenzielle Anerkennung als Invalidität ist der Schweregrad der Erkrankung.

6. Complex Regional Pain Syndrome (CRPS)

Das komplexe regionale Schmerzsyndrom (Complex regional pain syndrome, CRPS) gehört zu den neurologisch-orthopädisch-traumatologischen Erkrankungen. Der Begriff fasst die synonym verwendeten Bezeichnungen Reflexdystrophie, Morbus Sudeck, Sudeck-Dystrophie, Algodystrophie und sympathische Reflexdystrophie zusammen, die nach vorliegendem Konsens nicht mehr benutzt werden. Die Krankheit ist dadurch gekennzeichnet, dass es nach äusserer Einwirkung (z. B. Traumata, Operationen und Entzündungen)

³¹ LINDEN M., BARON S., MUSCHALLA B., Mini-ICF-APP (2009).

über längere Sicht zu einer Dystrophie und Atrophie von Gliedmassenabschnitten kommt. Als Symptome treten Durchblutungsstörungen, Ödeme, Hautveränderungen, Schmerzen und schliesslich Funktionseinschränkungen auf. Die Erkrankung tritt bei Erwachsenen häufiger an den oberen Gliedmassen als an den unteren auf; sie ist relativ häufig nach distalen Radiusfrakturen. Frauen sind häufiger betroffen.

Im Urteil 8C_955/2008 vom 29.04.2009 hatte sich das Bundesgericht mit der Ätiologie des CRPS zu befassen und kam zum Schluss: *«Das CRPS gehört zu den neurologisch-orthopädisch-traumatologischen Erkrankungen [...] und stellt mithin einen organischen bzw. körperlichen Gesundheitsschaden dar (vgl. Urteile I 568/06 vom 22. November 2006 E. 5.2 und U 194/03 vom 14. Juni 2004 E. 3.4).»*

Im Urteil 8C_1021/2010 vom 19.02.2011 schrieb das Bundesgericht, mit Verweis auf frühere Urteile: *«Das CRPS gehört zu den neurologisch-orthopädisch-traumatologischen Erkrankungen und ist ein organischer bzw. körperlicher Gesundheitsschaden (Urteil 8F_15/2009 vom 5. Mai 2010 E. 3 mit Hinweisen). In diesem Lichte ist es nicht gerechtfertigt, die Rechtsprechung zu den pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebildern ohne nachweisbare organische Grundlage anzuwenden und die im Zusammenhang mit somatoformen Schmerzstörungen entwickelten Kriterien (BGE 130 V 352; vgl. auch BGE 136 V 279,) ebenfalls für die Beurteilung der invalidisierenden Wirkung eines CRPS heranzuziehen. Nicht stichhaltig ist demnach auch der pauschale Verweis der Vorinstanz auf das Urteil 9C_937/2008 vom 23. März 2009 E. 4.1, wonach Schmerzen allein kein invalidisierender Charakter zuerkannt werden könne, da darin ausdrücklich auf die Rechtsprechung betreffend somatoforme Schmerzstörungen Bezug genommen wurde.»*

Damit wird klargestellt: Die Überwindbarkeitspraxis gilt nicht für Schmerzzustände, die eine somatische Grundlage haben. Dies ist insofern wichtig zu betonen, als wir im gutachterlichen Alltag in den Verfügungen immer wieder feststellen, dass die Versicherungen versuchen, jegliche Form von Schmerzen als prinzipiell überwindbar einzustufen.

Für den Mediziner ist allerdings bei chronischen Schmerzzuständen (die wie dargelegt ein komplexes biopsychosoziales Phänomen darstellen) oft schwie-

rig einschätzbar, wieviel der geklagten Schmerzen auf ein somatischen Korrelat zurückgehen.

7. Cancer Related Fatigue (krebsassoziierte Müdigkeit)

Die Cancer-Related Fatigue ist eine Müdigkeit, die bei Krebspatienten im Rahmen des Grundleidens und/oder dessen Behandlung auftritt. Auch dieses Leiden kann letztendlich nicht mit bildgebenden Verfahren objektiviert werden, Müdigkeit ist ein subjektives Symptom, das man der betroffenen Person glauben oder nicht glauben kann. Objektivierbar ist lediglich das Tumorleiden. Die Genese ist nicht restlos geklärt. Langzeitstudien gehen davon aus, dass etwa ein Drittel bis ein Viertel der Patienten, welche das Krebsleiden überleben, jahrelang an einer ausgeprägten Müdigkeit leiden.³²

WANG³³ fasst die Pathophysiologie wie folgt zusammen: «*The pathophysiology of CRF has not been adequately elucidated. Clinical studies have focused on understanding factors that contribute to CRF, including the disease itself, treatments received, and a variety of chronic physical or psychological comorbid conditions, such as anemia, pain, depression, anxiety, cachexia, sleep disturbance, and immobility. Although several mechanisms for the pathophysiology of CRF have been proposed, little progress has been made toward identifying reliable physiological marker(s) as objective measures of fatigue. CRF has been analyzed from physiological, anatomical, and psychological perspectives.*»

Wie bei der Fibromyalgie und dem Chronic Fatigue Syndrome geht die wissenschaftliche Forschung davon aus, dass es sich um ein komplexes Zusammenspiel multipler Faktoren handelt. BOWER nennt dabei:

- Tumor, Tumorzerfall, Chemotherapie, Radiotherapie
- Genetische Faktoren
- Immunologische Faktoren
- Psychologische und soziale Faktoren: Depression, Schlafstörung, Stress, frühere belastende Lebensereignisse

³² BOWER J.E., LAMKIN D.M., Inflammation and cancer-related fatigue (2013).

³³ WANG X.S., Pathophysiology of Cancer-Related Fatigue (2008).

- Endokrinologische Störungen auf der Achse Hypothalamus – Hypophyse – Nebennierenrinde.

Guidelines aus Kanada³⁴ halten fest: *«The causes of CRF are multifactorial, arising from a complex interplay of physical, psychological, environmental, physiologic, and pathologic factors. Disease and treatment factors (for example, anemia as a side effect of cancer treatment), comorbid conditions, and inflammatory cytokines contribute to fatigue occurrence. Other factors may include poor nutrition, deconditioning, and interrelationships with other symptoms that cluster with fatigue, such as insomnia, pain, and depression. Despite CRF being a devastating symptom, it remains a largely unrecognized and poorly managed problem for cancer patients and survivors.»*

In BGE 139 V 346 vom 19.06.2013 fasste das Bundesgericht die Situation wie folgt zusammen: Das Leiden *«...ist ein multidimensionales Syndrom... und wird durch physische, psychologische und auch soziale Faktoren beeinflusst. Alle Erklärungsmodelle zur Ursache und Entstehung... gehen von komplexen und multikausalen Vorgängen aus.»* Nach Prüfung der medizinischen Zusammenhänge argumentierte das Bundesgericht, für die Cancer-Related Fatigue solle die Überwindbarkeitspraxis aus BGE 130 V 352 nicht zur Anwendung kommen.

Bei früheren Begründungen zur Überwindbarkeitspraxis wurde mehrmals auf die Notwendigkeit einer rechtsgleichen Behandlung ähnlicher Krankheitsbilder verwiesen. Vergleicht man Fibromyalgie und Cancer-Related Fatigue, so ergibt sich, dass die Kombination Schmerz und Müdigkeit willentlich überwunden werden muss, die alleinige Müdigkeit nach einem Krebsleiden dagegen nicht. Ob das die Patienten verstehen?

Noch eklatanter ist der Vergleich zwischen Chronic Fatigue Syndrome und Cancer-Related Fatigue: Allein die kausale Deutung entscheidet, ob die Symptomatik aus juristischer Sicht überwindbar ist oder nicht. Nicht das Ausmass der Behinderung ist vor dem Recht entscheidend, sondern wie sie zustande gekommen ist. Wenn die Müdigkeit mit einer Infektionskrankheit beginnt, dann muss sie überwindbar sein, wenn sie mit einem Krebsleiden beginnt

³⁴ HOWELL D. et al., Canadian practice guideline (2013).

dagegen nicht. Das ist aus medizinischer Sicht schwer verständlich. Ein tabellarischer Vergleich der verschiedenen Leiden ergibt folgendes Bild:

| Fibromyalgie | Chronic Fatigue Syndrome | Cancer-Related Fatigue |
|--|--|---|
| Leitsymptome Schmerz und Müdigkeit | Leitsymptom Müdigkeit, oft auch Schmerzen | Leitsymptom Müdigkeit |
| Multifaktorielle Genese, mit meist unklarem Beginn (Life events, Stress) | Multifaktorielle Genese, oft kein klarer Beginn (Infektion? Stress?) | Multifaktorielle Genese, mit klarem Beginn (Karzinom & Therapie) |
| Multidimensionales Syndrom | Multidimensionales Syndrom | Multidimensionales Syndrom |
| Mehrere Erklärungsmodelle | Mehrere Erklärungsmodelle | Mehrere Erklärungsmodelle |
| Komplexes biopsychosoziales Geschehen | Komplexes biopsychosoziales Geschehen | Komplexes biopsychosoziales Geschehen |
| Muss nach rechtlicher Vorstellung willentlich überwunden werden können (BGE 132 V 65) | Muss nach rechtlicher Vorstellung willentlich überwunden werden können (Urteil 9C_662/2009) | Muss nach rechtlicher Vorstellung nicht willentlich überwunden werden können (BGE 139 V 346) |

8. Post-Polio-Syndrom (Spätfolgen einer Kinderlähmung)

Das Post-Polio-Syndrom (PPS, auch Myatrophia spinalis postmyelitica chronica oder postpoliomyelitische progressive spinale Muskelatrophie) ist eine Folgeerscheinung einer Poliomyelitis-Erkrankung (Kinderlähmung) und tritt mehrere Jahrzehnte nach der Infektion auf. Symptome sind zunehmende Müdigkeit, Muskel- und Gelenkschmerzen sowie Muskelschwächen, welche nicht durch andere Ursachen erklärt werden können.

Im Urteil 9C_326/2014 vom 28.09.2014 beschäftigte sich das Bundesgericht mit der potenziell invalidisierenden Wirkung eines Post-Polio-Syndroms. Es korrigierte dabei einen Entscheid des Berner Verwaltungsgerichts, welches die entsprechende Symptomatik nach der Überwindbarkeitspraxis beurteilte. Das Bundesgericht hielt fest: «Der von der Vorinstanz vertretenen Auffassung, die invalidisierende Wirkung eines PPS beurteile sich sinngemäss nach der Rechtsprechung zu den anhaltenden somatoformen Schmerzstörungen,

kann nicht gefolgt werden. Das PPS hat eindeutig und stets eine klare organische Ursache zur Grundlage, ohne die dieses Syndrom gar nicht diagnostiziert werden könnte, nämlich eine durchgemachte Poliomyelitis als einer anerkannten neurologischen Krankheit. Daher ist eine analoge Anwendung der Rechtsprechung BGE 130 V 352 rechtlich ausgeschlossen. In der Rechtsprechung ist denn auch der Charakter des PPS als invalidisierende Krankheit seit jeher unbestritten.»

Analog zur Beurteilung der Cancer Related Fatigue wird ersichtlich: Nicht das Ausmass der Behinderung ist entscheidend, sondern die Pathophysiologie der beklagten Symptomatik. Das ist aus medizinischer Sicht enttäuschend. Sinn der Invalidenversicherung sollte doch sein, Menschen mit Behinderungen zu unterstützen, nicht Menschen mit juristisch verstehbarer Pathophysiologie.

Abschliessend bleibt zu ergänzen: Eine Betrachtung aufgeschlüsselt nach einzelnen Diagnosen ist wirklichkeitsfremd. Im klinischen Alltag ist das gleichzeitige Vorliegen mehrerer Krankheiten beim selben Patienten (Korbidität) ausserordentlich häufig. In über 4500 polydisziplinären Gutachten, die wir im Zeitraum zwischen Juli 2003 und Ende Mai 2015³⁵ angefertigt haben, lässt sich kein einziger Fall finden mit einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung als einzige Krankheit.

IV. Ist die Überwindbarkeit teilbar?

A. Dimensionales versus kategoriales Denken

Mediziner denken sehr oft dimensional, nicht kategorial. Für den Arzt ist nicht allein entscheidend, ob Fieber vorliegt oder nicht, sondern wieviel Fieber (Schweregrad). Der Jurist muss zwingend entscheiden, ob ein bestimmter Tatbestand gegeben ist oder nicht, ob Mord oder Totschlag vorliegt. Der Arzt hat es oft mit einer quantitativen Wertung zu tun: Ein grosser Herzinfarkt hat ganz andere Konsequenzen als ein kleiner stummer Infarkt.

³⁵ Datenbank der MEDAS Zentralschweiz, data on file.

In der Begutachtung treffen wir gehäuft folgende Situationen:

- Polymorbidität mit einer Vermischung von somatischen und psychischen Leiden.
- Es bestehen relevante funktionelle Defizite, welche Aktivität und Partizipation einschränken, aber die Betroffenen verfügen noch über eingeschränkte Restfunktionen.
- Aus medizinischer Sicht wäre eine berufliche Tätigkeit möglich, aber nicht vollschichtig.
- Die Attestierung einer Teilarbeitsfähigkeit käme der medizinischen Realität am nächsten.

Die Schmerzrechtsprechung (Überwindbarkeitspraxis) führt sehr oft zu Alles-oder-Nichts-Entscheiden. Selbst wenn die Gutachter darlegen, der Versicherte verfüge nur noch über eingeschränkte Ressourcen, argumentiert die Verwaltung oft: Das Schmerzgeschehen ist somatoform, dieses gilt gemäss Rechtsprechung als überwindbar, deshalb wird keine Arbeitsunfähigkeit anerkannt.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Überwindbarkeitspraxis prinzipiell keine Teilarbeitsunfähigkeit (Teilinvalidität) zulässt.

B. Rechtsprechung

Im Urteil 9C_710/2011 vom 20.03.2012 schrieb das Bundesgericht zu dieser Frage: *«Indessen geht die Vorinstanz ... trotzdem davon aus, dass der Versicherte seine Krankheits- und Arbeitsunfähigkeitsüberzeugung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nur im Ausmass von 80 % durch eine zumutbare Willensanstrengung überwinden könne. Damit wird die Willensanstrengung aufgeteilt in einen Bereich, wo sie als zumutbar gilt und in einen weiteren Bereich, wo sie als unzumutbar betrachtet wird. Eine Willensanstrengung kann aber letztlich nicht aufgeteilt werden. Entweder ist eine solche unzumutbar oder sie ist es nicht. Auch wird mit einem derartigen Vorgehen dem Umstand nicht Rechnung getragen, dass die Unzumutbarkeit einer willentlichen Schmerzüberwindung und eines Wiedereinstiegs in den Arbeitsprozess nur in Ausnahmefällen anzunehmen ist...»*

C. Eine kleine Umfrage

Ein Beispiel aus der täglichen Verwaltungspraxis möge die Problematik aufzeigen: In einem psychiatrischen Gutachten³⁶ legte der Experte dar, es bestehe eine Somatisierungsstörung, mit der die Versicherte nicht ein volles Arbeitspensum zu leisten vermöge. Hier hielt die Verwaltung in der Verfügung dagegen: «Aus rechtlicher Sicht ist aber die Überwindbarkeit nicht teilbar.» Ich hatte Mühe, diesen Satz zu begreifen und startete daraufhin eine kleine nicht repräsentative Umfrage unter vier renommierten im Sozialversicherungsrecht tätigen Juristen.

Antwort Richter 1: «Der gute Wille ist nicht teilbar, d.h. die versicherte Person hat alles ihr Zumutbare zu unternehmen, was ihr möglich ist. Das gebietet die Schadenminderungslast (allgemeiner Rechtsgrundsatz). Davon zu unterscheiden ist die Frage, welche Arbeitsfähigkeit bei ungeteilter Willensleistung besteht. Das kann durchaus eine qualitativ, quantitativ und/oder zeitlich eingeschränkte Arbeitsfähigkeit sein. Es kam und kommt immer darauf an, was eine versicherte Person trotz des ärztlich attestierten Leidens noch zu leisten in der Lage ist.»

Antwort Richter 2: «Die Argumentation der IV-Stelle ist sicher falsch. Im Urteil [9C_148/2012] war es ja so, dass das Bundesgericht seinerseits die Kriterien angewandt, aber im Unterschied zu den Vorinstanzen die Überwindbarkeit verneint hat, weshalb die ärztlich attestierte Teilarbeitsfähigkeit auch nach erfolgter rechtlicher (Zusatz-) Würdigung relevant war. Im vorliegenden Fall müsste es ähnlich sein: Entweder ergibt die Anwendung der Kriterien Überwindbarkeit und damit aus rechtlicher Sicht keine relevante AUF, oder die Überwindbarkeit ist zu verneinen, dann gilt die medizinisch attestierte AUF. Von 'nicht teilbar' zu reden, ergibt m.E. keinen Sinn.»

Antwort Gerichtsschreiber: «Das würde ja heissen, dass, wenn eine Ausnahme im Sinne der Rechtsprechung greift, nur eine Vollinvalidität in Frage kommt. Dieser Schluss ist m.E. falsch. Anhand des Kriterienkataloges (einheitliche Beurteilungsdoktrin) wird bestimmt, ob, und wenn ja, in welchem Ausmass das diagnostizierte Leiden zu einer ganzen oder auch nur teilweisen

³⁶ MEDAS Nr. 7420/1.10, monodisziplinäre psychiatrische Nachbegutachtung nach einem polydisziplinären MEDAS Gutachten.

Arbeitsunfähigkeit führt. Die Ärzte ermitteln auf der erwähnten Grundlage das tatsächlich erreichbare Leistungsvermögen, die Rechtsanwender prüfen nach, ob dabei die versicherungsrechtlichen (bzw. -medizinischen) Rahmenbedingungen eingehalten werden. Das ist meine Sichtweise, von anderen Juristen wirst Du vielleicht eine gegenteilige Antwort erhalten. Die Auffassungen sind keineswegs einheitlich.»

Antwort Verwaltungsjurist: *«Ich gehe von 9C_710/2011 E. 4.4 aus: Die Willensanstrengung ist nicht teilbar; entweder ist eine solche zumutbar oder nicht. Dies bedeutet m.E. folgendes: Ausnahme 1: Die Willensanstrengung ist zumutbar. Im nächsten Schritt ist die AF zu bestimmen. Diese beträgt in einer angepassten Tätigkeit immer 100%. Ausnahme 2: Die Willensanstrengung ist nicht zumutbar, wie z.B. in 9C_148/2012, weil mehrere Kriterien erfüllt sind. In der Folge ist die AF zu bestimmen. Diese kann z.B. 60% oder auch nur 20% betragen. Dr. B. müsste die blossе Teilarbeitsfähigkeit anders begründen, z.B. damit, dass eine Mehrzahl der Kriterien erfüllt sind. Aber: Wie kommt das Bundesgericht zur Auffassung, dass die Überwindbarkeit nicht teilbar ist? Immer alles ohne Gewähr in diesem Vermutungs-Dschungel...»*

In der Praxis geschieht die Anerkennung einer Teilinvalidität eher selten, wie etwa im Urteil 9C_148/2012 vom 17.09.2012: Das Bundesgericht hiess die Beschwerde eines Basler Grenzwächters mit einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung (ohne Komorbidität) gut und akzeptierte die attestierte Arbeitsfähigkeit von 60% als Teilinvalidität. Trotz fehlender Komorbidität seien die übrigen Morbiditätskriterien in genügendem Ausmass erfüllt. Das Bundesgericht stützte dabei die fundierte Argumentation des behandelnden Psychiaters, welche konsistent sei mit den Beobachtungen des Arbeitgebers. Es würdigte das einwandfreie Arbeitsverhalten des Versicherten und korrigierte den psychiatrischen Gutachter in Bezug auf seine pauschale Aussage, lediglich aufgrund einer somatoformen Schmerzstörung ohne deutliche psychiatrische Komorbidität könne keine Arbeitsunfähigkeit attestiert werden.

Im Urteil S 12 19 vom 30.09.2013 anerkannte das Luzerner Kantonsgericht eine Arbeitsunfähigkeit von passager 100% und andauernd 50% als (Teil-)Invalidität und schrieb im Regeste: *«Bejahung der invalidisierenden Wirkung bei Vorliegen einer posttraumatischen Belastungsstörung übergehend in eine andauernde Persönlichkeitsänderung nach Extrembelastung (Kriegserlebnis-*

se). *Abweichen vom Grundsatz der Überwindbarkeit der Schmerzen bzw. einer psychiatrischen Störung in jenen Fällen, in denen die psychiatrische Störung eine derartige Schwere aufweist, dass dem Versicherten die Verwertung der verbleibenden Arbeitskraft bei objektiver Beurteilung nicht zumutbar ist.»*

Fazit: Die Überwindbarkeit gilt als nicht teilbar. Bei Annahme einer zumutbaren Überwindbarkeit gibt es aber Fälle, bei der das Individuum auch unter Aufbringung allen guten Willens kein volles Arbeitspensum leisten kann. Somit ist die Anerkennung einer Teilinvalidität auch bei unklaren (somatoformen) Beschwerdebildern theoretisch möglich. In der Praxis werden aber Rentenansprüche von der Verwaltung häufig abgelehnt mit der Begründung, die Überwindbarkeit sei nicht teilbar.

V. Ist die Aufgabenteilung zwischen Arzt und Rechtsanwender klar?

A. FOERSTER-Kriterien: medizinische oder juristische Kriterien?

Über die Abgrenzung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage ist in den letzten Jahren viel geschrieben worden.³⁷ Schon die Tatsache, dass man immer wieder darüber reden und schreiben muss, lässt darauf schließen, dass die Abgrenzung nicht völlig klar ist.

Der medizinische Gutachter hat sich nur mit Tatfragen zu befassen, die Beantwortung von Rechtsfragen bleibt dem Rechtsanwender überlassen. HORST KATER, ehemaliger deutscher Sozialrichter, schreibt in seinem Buch über ärztliche Gutachten: *«Das allgemeine Dilemma bei der Formulierung von Beweisfragen zeigt sich erst, wenn das Thema aus dem Blickwinkel des Sachverständigen betrachtet wird: Da ihm nicht die Rechtsanwendung aufgebürdet*

³⁷ MÜLLER URS, *Verwaltungsverfahren* (2010), S. 282 ff; JEGER JÖRG, *Tatfrage oder Rechtsfrage?* (2011); MEYER ULRICH, *Tatfrage – Rechtsfrage* (2015), S. 83–102; ACKERMANN THOMAS, *Tat- und Rechtsfrage* [in diesem Tagungsband].

werden darf, darf ihm auch nicht die massgebende Rechtsnorm mit der Frage vorgelegt werden, ob ihre Voraussetzungen erfüllt sind.»³⁸

Dem steht die Tatsache gegenüber, dass wir als Gutachter gehäuft von den Auftraggebern (fälschlicherweise) darum gebeten werden, Teile der Rechtsanwendung vorweg zu nehmen, wie das folgende Beispiel zeigt: *«Falls ein chronischer Schmerz ohne organisches Korrelat vorliegen sollte, bitten wir, das Gutachten unter Berücksichtigung der derzeit gültigen bundesgerichtlichen Kriterien zu erstellen.»*

Bei nicht objektivierbaren Gesundheitsschäden hat die ärztliche Stellungnahme nach bestem Wissen und Gewissen keine direkten Rechtsfolgen. Der Rechtsanwender benützt bei den PÄUSBONOG Diagnosen ein eigenes Prüfgerüst, die FOERSTER-Kriterien, welche dann über die Arbeitsfähigkeit entscheiden. Interessant ist die enge Verwandtschaft mit der Adäquanzprüfung bei psychischen Unfallfolgen, bei der der Rechtsanwender ebenfalls eigene Kriterien verwendet.

In diesem Zusammenhang fragt sich, ob es sich bei den vom Bundesgericht verwendeten Morbiditätskriterien (FOERSTER-Kriterien) um medizinische oder juristische Kriterien handelt. In BGE 131 V 49 vom 16.12.2004 sprach das Bundesgericht von einer Vermutung³⁹, die auf der medizinischen Empirie und der allgemeinen Lebenserfahrung beruhe: Schmerzen (gemeint sind wohl die *Auswirkungen* von Schmerzen auf die Leistungsfähigkeit) können willentlich überwunden werden, ausser wenn gewisse Kriterien erfüllt sind (Regel mit Ausnahmen). Dabei stützte sich das Bundesgericht auf Publikationen des Tübinger Psychiatrieprofessors KLAUS FOERSTER, wobei es wesentlich vom Original abgewichen ist, was andernorts dargelegt wurde.⁴⁰

Nachdem sowohl von medizinischer wie auch von juristischer Seite⁴¹ Kritik geübt wurde an der Verwendung und Bewertung der FOERSTER-Kriterien, änderte das Bundesgericht seine Begründung und schrieb im Urteil 9C_776/2010 vom 20.12.2011: *«Die Gesamtheit der ursprünglich als fachpsychiatrische Prognosekriterien formulierten Gesichtspunkte... ist zu einem rechtlichen*

³⁸ KATER HORST, Das ärztliche Gutachten (2008), S. 56.

³⁹ Ausführlich analysiert in MÜLLER URS, Die natürliche Vermutung (2010).

⁴⁰ JEGER J., Die Entwicklung der «FOERSTER-Kriterien» (2011).

⁴¹ GÄCHTER TH., TREMP D., Schmerzrechtsprechung am Wendepunkt (2011).

Anforderungsprofil verselbständigt worden. Mit diesem soll sichergestellt werden, dass die gesetzlichen Vorgaben zur Feststellung eines rechtserheblichen Gesundheitsschadens und von dessen anrechenbaren Folgen für die Leistungsfähigkeit erfüllt sind. [...] Dementsprechend schlagen sich Neuformulierungen von Kriterienkatalogen in der medizinischen Fachliteratur nicht unmittelbar in den für diese Gruppe von Leiden geschaffenen Beurteilungselementen nieder. [...] Die einzelnen Kriterien orientieren sich zwar an medizinischen Erkenntnissen. Eine direkte Anbindung besteht aber nicht, weshalb sich die Frage der Validierung hier nicht stellt. Davon abgesehen bestehen in der Schweiz nur verfahrensmässige Leitlinien (der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungspsychiatrie für die Begutachtung psychischer Störungen [Schweizerische Ärztezeitung, SAeZ 2004 S. 1048 ff.] sowie für die Begutachtung rheumatologischer Krankheiten und Unfallfolgen [der Schweizerischen Gesellschaft für Rheumatologie; SAeZ 2007 S. 736 ff.]), jedoch (noch) kein von involvierten Fachverbänden getragener, breit abgestützter materieller Grundkonsens in solchen Fragen, dies im Unterschied etwa zu Deutschland.»

Dem Bundesgericht ist zuzustimmen in der Kritik, dass sich die medizinischen Fachverbände zu lange nicht darum bemüht haben, in dieser sozialpolitisch wichtigen Frage Einigkeit herzustellen. Dies ist wohl der Hauptgrund, warum sich das Bundesgericht im Jahr 2004 veranlasst sah, einzugreifen und einen Teil medizinischer Sachfragen (die Leistungseinschätzung bei den «unklaren Beschwerdebildern») auf die Ebene von Rechtsfragen zu verschieben. Dies geht aus einem Aufsatz von ULRICH MEYER hervor, der 2011 schrieb, die Schmerzrechtsprechung sei «*ein aus der Not geborener Behelf, der nicht beansprucht, der Weisheit letzter Schluss zu sein.*»⁴²

B. Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage

Hält man sich an die Gerichtsurteile, so scheint klar, wo die Grenze zwischen Tatfrage und Rechtsfrage durchgeht:

⁴² MEYER ULRICH, Somatoforme Schmerzstörung (2011), S. 32.

Im Grundsatzurteil BGE 132 V 393 vom 28.09.2006 legte das Bundesgericht die Abgrenzung wie folgt dar: «Die Feststellung des Gesundheitsschadens, d.h. die Befunderhebung und die gestützt darauf gestellte Diagnose betreffen ebenso eine Tatfrage wie die Prognose (fallbezogene medizinische Beurteilung über die voraussichtliche künftige Entwicklung einer Gesundheitsbeeinträchtigung im Einzelfall) und die Pathogenese (Ätiologie) im Sinne der Feststellung der Ursache eines Gesundheitsschadens dort, wo sie invalidenversicherungsrechtlich erforderlich ist [...]. Zu der – durch die festgestellten Gesundheitsschädigungen kausal verursachten – Arbeitsunfähigkeit nimmt die Arztperson Stellung [...] Soweit diese ärztliche Stellungnahme sich zu dem in Anbetracht der festgestellten (diagnostizierten) gesundheitlichen Beeinträchtigungen noch vorhandenen funktionellen Leistungsvermögen oder (wichtig vor allem bei psychischen Gesundheitsschäden) zum Vorhandensein und zur Verfügbarkeit von Ressourcen ausspricht, welche eine versicherte Person im Einzelfall noch hat, handelt es sich ebenfalls um eine Tatfrage. In diesem Sinne ist die aufgrund von (medizinischen) Untersuchungen gerichtlich festgestellte Arbeits(un)fähigkeit Entscheidung über eine Tatfrage. Als solche erfasst sie auch den in die gesetzliche Begriffsumschreibung der Arbeitsunfähigkeit nach Art. 16 ATSG integrierten Aspekt der zumutbaren Arbeit; denn in dem Umfange, wie eine versicherte Person von funktionellem Leistungsvermögen und Vorhandensein/Verfügbarkeit psychischer Ressourcen her eine (Rest-)Arbeitsfähigkeit aufweist, ist ihr die Ausübung entsprechend profilierter Tätigkeiten zumutbar, es sei denn, andere als medizinische Gründe stünden der Bejahung der Zumutbarkeit im Einzelfall in invalidenversicherungsrechtlich erheblicher Weise entgegen, was jedoch nach der Rechtsprechung zu den invaliditätsfremden Gründen, welche die versicherte Person an der Aufnahme oder weiteren Ausübung einer gesundheitlich zumutbaren Erwerbstätigkeit hindern, nur in sehr engem Rahmen der Fall ist. [...] Soweit hingegen die Beurteilung der Zumutbarkeit von Arbeitsleistungen auf die allgemeine Lebenserfahrung gestützt wird, geht es um eine Rechtsfrage; dazu gehören auch Folgerungen, die sich auf die medizinische Empirie stützen, z.B. die Vermutung, dass eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung oder ein sonstiger vergleichbarer pathogenetisch (ätiologisch) unklarer syndromaler Zustand mit zumutbarer Willensanstrengung überwindbar ist.»

Im Urteil 8C_513/2009 vom 02.09.2009 steht zu lesen: *«Der ärztliche Gutachter hat einzig den medizinischen Sachverhalt zu beschreiben, die ihm gestellten Fragen zu beantworten und die sich aus seiner Sicht daraus ergebenden rein medizinischen Schlussfolgerungen hinsichtlich der Arbeitsfähigkeit zu schildern. Ob sich aus diesem Sachverhalt ein Anspruch auf Leistungen ergibt, ist eine Rechtsfrage, über die sich ein Arzt nicht zu äussern hat.»*

Dem Urteil 9C_463/2013 ist zu entnehmen: *«Zwar ist es Aufgabe der Gutachter, mit den zur Verfügung stehenden diagnostischen Möglichkeiten fachkundiger Exploration der Verwaltung (und im Streitfall dem Gericht) aufzuzeigen, ob und inwiefern die versicherte Person über psychische Ressourcen verfügt, die es ihr erlauben, mit ihren Schmerzen umzugehen (BGE 130 V 352 E. 2.2.4 S. 355 sowie das Urteil 9C_527/2012 vom 27. Februar 2013 E. 5.2). Der Entscheid, ob ein bestimmter Gesundheitszustand invalidisierend im Sinne der Rechtsprechung ist, obliegt aber allein den rechtsanwendenden Behörden. [...] Das kantonale Gericht ging (hauptsächlich) von einem unklaren syndromalen Beschwerdebild aus. Fehlt bei einem solchen, wie hier, eine relevante psychische Komorbidität, ist das im Vordergrund stehende Kriterium, welches den Schluss auf fehlende Überwindbarkeit einer Schmerzstörung oder eines vergleichbaren Leidenszustandes gestatten könnte, nicht erfüllt. Die zusätzlichen Kriterien müssen demnach besonders ausgeprägt gegeben sein, damit dennoch von einer ausnahmsweisen Unüberwindbarkeit eines solchen Leidens ausgegangen werden kann (z.B. Urteil 9C_234/2013 vom 14. Oktober 2013 E. 5. 2 mit Hinweis). [...] Soweit das kantonale Gericht die Arbeitsfähigkeit auf 50 % bezifferte, setzte es die Voraussetzungen, unter denen ein Abweichen vom Grundsatz der Überwindbarkeit einer somatoformen Schmerzstörung gerechtfertigt ist, nicht korrekt um.»*

C. Gutachten vor Gericht

Die Würdigung der Morbiditätskriterien erfolgt nach der Methode «Je mehr – desto», wobei der psychiatrischen Komorbidität das Hauptgewicht zukommt, was aus dem Urteil 9C_412/2011 vom 14.07.2011 hervorgeht: *«Je mehr dieser Kriterien zutreffen und je ausgeprägter sich die entsprechenden Befunde darstellen, desto eher sind die Voraussetzungen für eine zumutbare Willensanstrengung zu verneinen.»*

Fazit: Die Würdigung der Morbiditätskriterien ist Sache des Rechtsanwenders und lässt einen Spielraum offen, der immer wieder zu unterschiedlichen Ergebnissen selbst vor Gericht führt. Dies zeigt der folgende Fall:⁴³

In diesem Gutachten attestierte der Psychiater bei einer Versicherten mit einer somatoformen Störung eine hochgradige Arbeitsunfähigkeit, zeigte die Einschränkungen anhand des Mini-ICF-APP auf und legte dar, gestützt auf die FOERSTER-Kriterien, dass bezüglich willentlicher Überwindbarkeit ein Ausnahmefall vorliege. Im Urteil IV.2010.00531 vom 12.08.2011 kritisierte das Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich die Vorgehensweis des Psychiaters: *«Sodann erläuterte er die ICD-10-Diagnose der Somatisierungsstörung und ergänzte, die Rechtsprechung habe für die Anerkennung chronischer Schmerzkrankheiten als invalidisierendes Leiden Kriterien geschaffen, die es im speziellen Fall zu prüfen gelte. [...] Es ist nicht – wie von ihm angenommen – der medizinische Sachverständige, der die (von ihm zutreffend angeführten) von der Rechtsprechung als massgeblich erachteten Kriterien zu prüfen hat. Diese Prüfung obliegt der Rechtsanwendung, während die psychiatrische Expertise dazu lediglich, aber immerhin, sachverhaltsrelevante Informationen zur Verfügung stellen kann und soll.»*

Der Fall gelangte daraufhin vor das Bundesgericht, welches im Urteil 9C_736/2011 vom 07.02.2012 festhielt: *«Bei ihrer Einschätzung der psychischen Ressourcen des Exploranden oder der Explorandin, mit den Schmerzen umzugehen, haben die begutachtenden Ärzte notwendigerweise auch die in E. 1.1 hievor genannten Kriterien zu beachten (BGE 135 V 201 E. 7.1.3 S. 213; 130 V 352 E. 2.2.4 S. 355), sich daran zu orientieren. [...] Insbesondere haben sie sich dazu zu äussern, ob eine psychische Komorbidität oder weitere Umstände gegeben sind, welche die Schmerzbewältigung behindern... Nicht erforderlich ist, dass sich eine psychiatrische Expertise in jedem Fall über jedes einzelne der genannten Kriterien ausspricht; massgeblich ist eine Gesamtwürdigung der Situation. Gestützt darauf haben die rechtsanwendenden Behörden zu prüfen, ob [...], um gesamthaft den Schluss auf eine im Hinblick auf eine erwerbliche Tätigkeit nicht mit zumutbarer Willensanstrengung überwindbare Schmerzstörung zu erlauben.»*

⁴³ MEDAS Fall Nr. 6943/1.09

Für uns eindrücklich war, dass nach 8 Jahren Schmerzrechtsprechung zwei sehr erfahrene und publizierende Richter sich nicht einig waren, was die Aufgabe des Arztes im Hinblick auf die Beurteilung somatoformer Störungen als Invalidität ist. So ist nicht erstaunlich, dass die Abgrenzung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage immer wieder Anlass zu neuen Referaten und Publikationen gibt.

Im Urteil 8C_759/2013 vom 04.03.2014 beschäftigte sich das Bundesgericht mit einem medizinischen Gutachten, das die FOERSTER-Kriterien offensichtlich nicht rechtskonform interpretierte: *«Die Frage, ob eine medizinisch festgestellte psychische Komorbidität hinreichend erheblich ist und ob einzelne oder mehrere der festgestellten weiteren Kriterien in genügender Intensität und Konstanz vorliegen, um gesamthaft den Schluss auf eine nicht mit zumutbarer Willensanstrengung überwindbare Schmerzstörung und somit auf eine invalidisierende Gesundheitsschädigung zu gestatten, stellt eine ausserhalb des ärztlichen Kompetenzbereichs liegende und vom Bundesgericht frei überprüfbare Rechtsfrage dar... Es können sich daher Konstellationen ergeben, bei welchen von der im medizinischen Gutachten festgestellten Arbeitsunfähigkeit abzuweichen ist, ohne dass dieses seinen Beweiswert verlöre.»*

Aus medizinischer Sicht sehr zu begrüssen ist, dass ein solches Gutachten seinen Beweiswert behält, so lange es im Übrigen keine Fehler enthält. Der Gutachter soll dem Rechtsanwender die benötigten Grundlagen liefern, damit dieser den juristisch korrekten Entscheid fällen kann. Es ist aber nicht der Gutachter, welcher den Entscheid vorweg nehmen soll.

D. Arbeitsunfähigkeit ist ein Rechtsbegriff

Das Bundesgericht hat sich kürzlich dezidiert dazu geäussert, dass «Arbeitsunfähigkeit» ein Rechtsbegriff ist (Art. 6 ATSG) und der Rechtsanwender abschliessend beurteilt, ob Arbeitsfähigkeit oder -unfähigkeit vorliegt. BGE 140 V 193 vom 12.06.2014 legte fest: *«Bei der Folgenabschätzung der erhobenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen für die Arbeitsfähigkeit kommt der Arztperson hingegen keine abschliessende Beurteilungskompetenz zu. Vielmehr nimmt die Arztperson zur Arbeitsunfähigkeit Stellung, d.h. sie gibt eine Schätzung ab, welche sie aus ihrer Sicht so substantiell wie möglich begründet. Schliesslich sind die ärztlichen Angaben eine wichtige Grundlage*

für die juristische Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen der Person noch zugemutet werden können.»

Erstaunlicherweise hat dieser Grundsatzentscheid in der Tagespresse hohe Wellen geworfen, obwohl er eigentlich zur Aufgabe des Arztes substantiell nichts Neues festhielt. Der Gutachter lieferte seit jeher lediglich die Grundlagen, ohne selber Rechtsanwender zu sein.

Mehr Fragen wirft eine neuere Formulierung auf, welche das Bundesgericht im Urteil 9C_651/2014 vom 23.12.2014 verwendete: *«Weil die Arbeitsfähigkeit somit keine medizinische, sondern eine rein juristische Frage ist, können sich – wie hier – Konstellationen ergeben, bei welchen von der im medizinischen Gutachten festgestellten Arbeitsunfähigkeit abzuweichen ist, ohne dass dieses seinen Beweiswert verlöre.»* Das Bundesgericht spricht hier von Arbeitsfähigkeit als *«rein juristischer Frage»*.

Fazit: Somit stellt sich die Aufgabenteilung wie folgt dar:

- Der Arzt beschreibt Anamnese, Befunde, Diagnosen, funktionelle Einschränkungen, Therapiemöglichkeiten und (soweit möglich) Prognose und gibt eine Einschätzung der Leistungsfähigkeit aus seiner Sicht ab.
- Inwiefern diese Einschätzung dem Rechtsbegriff Arbeitsunfähigkeit entspricht, ist abschliessend vom Rechtsanwender zu beurteilen.
- Bei den PÄUSBONOG soll der Arzt zu den Morbiditätskriterien Stellung nehmen. Ob sie in genügender Ausprägung vorhanden sind, um Versicherungsleistungen auszulösen, entscheidet der Rechtsanwender.

Vorschlag: Wenn Arbeitsunfähigkeit eine *rein juristische Angelegenheit* ist, hat dies Konsequenzen auf die Fragestellung in medizinischen Gutachten, da Mediziner nicht zu rein juristischen Fragen Stellung nehmen sollten. Es wäre daher angebracht, künftig in medizinischen Gutachtenaufträgen nicht nach einer Einschätzung der Arbeitsfähigkeit zu fragen, sondern nach einer *Einschätzung der funktionellen Leistungsfähigkeit*. Dabei bleibt zu betonen: Es handelt sich in aller Regel um Einschätzungen, nicht um Bestimmungen (Messungen), da entsprechende Messinstrumente weitgehend fehlen.

E. Beispiele aus der Verwaltungspraxis

Aus der Botschaft des Bundesrates zum Invalidenversicherungsgesetz 1958 geht eindrücklich hervor, dass es damals die Absicht weiter Kreise war, mit dem neuen Gesetz Menschen mit Behinderungen zu unterstützen, egal welcher Ätiologie und Pathogenese. Was den Begriff des Gesundheitsschadens anbelangt, so ist der Botschaft zu entnehmen: *«Wir möchten es im Übrigen der Praxis überlassen, den Begriff des geistigen Gesundheitsschadens näher zu umschreiben, da auf diese Weise den Besonderheiten des Einzelfalles und dem Fortschreiten der wissenschaftlichen Erkenntnis am besten Rechnung getragen werden kann. Immerhin muss betont werden, dass nur medizinisch feststellbare Schädigungen der geistigen Gesundheit, nicht aber Charakterdefekte (z.B. Schwererziehbarkeit) oder seelischer Schmerz eine Leistungspflicht der Versicherung zu begründen vermögen.»*⁴⁴

Auch das Bundesamt für Sozialversicherungen vertraute damals auf die Mithilfe der Ärzteschaft: *«Der Begriff des Gesundheitsschadens wird im Gesetz nicht umschrieben. Es hat sich die Frage gestellt, ob dies nicht wenigstens für den geistigen Gesundheitsschaden notwendig sei, da sich hier gewisse Abgrenzungsprobleme ergeben. Der Gesetzgeber hat aber bewusst auf eine solche Umschreibung verzichtet, in der Meinung, dass auf diese Weise den Besonderheiten des Einzelnen und der Entwicklung der medizinischen Wissenschaften am besten Rechnung getragen werden könnte. Es wird also, soweit nötig, Sache der Praxis sein, den Begriff mit Hilfe der Ärzteschaft näher abzugrenzen und dem Stand der jeweiligen medizinischen Wissenschaft entsprechend zu umschreiben.»*⁴⁵

In der Zwischenzeit ist man ziemlich von der Sichtweise der Ärzteschaft abgerückt, was einige Beispiele aus der Verwaltungspraxis zeigen mögen:

Beispiel 1:⁴⁶ *«Fall wird neu vom PÄUSBONOG-Expertenteam geprüft. Die Verwaltung stellt nicht auf die Beurteilung RAD ab. Es handelt sich höchstwahrscheinlich um überwindbare PÄUSBONOG-Diagnosen (typischer Schmerzfall) ohne rechtsrelevante psychiatrische Komorbidität. Gemäss neu-*

⁴⁴ Botschaft des Bundesrates zum IVG vom 24.10.1958, S. 1160.

⁴⁵ FRAUENFELDER MAX, Hauptprobleme der Invalidenversicherung (1960). S. 28. FRAUENFELDER war damals Vizedirektor im Bundesamt für Sozialversicherungen.

⁴⁶ Protokoll der IV-Stelle, Eintrag FLE, MEDAS Nr. 8643/1.14 (6a-Revision).

ester BGer-Rechtsprechung ist ein polydisziplinäres Gutachten zu erstellen. Deshalb bitte Med@p-Gutachten durchführen mit den Disziplinen..... Gutachten bitte nach Eingang direkt an mich.» Stellt sich die Frage: Was ist ein «typischer Schmerzfall», und warum braucht es zu dessen Leistungseinschätzung keinen medizinischen Sachverstand?

Beispiel 2:⁴⁷ Wie sich die Verwaltung über medizinische Erkenntnisse hinwegsetzt, zeigt das folgende Beispiel einer Versicherten mit einer bipolaren Störung, die als «reaktiv» und deshalb «grundsätzlich überwindbar» gewertet wird. Bipolare Störungen haben einen hohen genetischen Anteil. Spätestens hier wird klar: Der Rechtsanwender hat dieses Krankheitsbild nicht verstanden: «Hinsichtlich der diagnostizierten bipolaren affektiven Störung ist davon auszugehen, dass die beschriebene Symptomatik einer aktuell mittelgradig bis schweren Episode im Rahmen der bipolaren affektiven Störung auf die finanziell schwierige Lage zurück zu führen ist. ... Hinzu kommt, dass bei depressiven Episoden von einem vorübergehenden Leiden auszugehen ist. Depressive Episoden dauern im Mittel etwa sechs Monate, selten länger als ein Jahr... Es ist somit von einer reaktiven Erkrankung auszugehen, die grundsätzlich überwindbar ist... Es ist dabei von der grundsätzlichen Fähigkeit auszugehen, das Leiden zu überwinden.» Meint der Rechtsanwender hier: Wenn die Patientin abwechselungsweise depressive und manische Phasen durchmacht, dann ist sie im Durchschnitt gesund?

Beispiel 3:⁴⁸ Eine Stilblüte besonderer Art bietet die folgende Verfügung: «Mit einer zumutbaren Willensanstrengung kann die Überzeugung, krank und arbeitsunfähig zu sein, vollständig überwunden werden... Aus IV-rechtlicher Sicht kann Ihrem Einwand nicht stattgegeben werden. Die IV-rechtliche Beurteilung ist höher einzustufen als die Medizinisch-Theroretische. Es ist Ihnen zumutbar, unter einer zumutbaren Willensanstrengung die vorhandenen Diagnosen zu überwinden und die volle Arbeitsfähigkeit zu realisieren. Demnach wird am bisherigen Entscheid festgehalten.»

Beispiel 4:⁴⁹ Im folgenden Fall schätzte der Rheumatologe die Arbeitsfähigkeit als Reinigungskraft auf 70 %, leidensangepasst auf 100 %. Der Psychiater kam zum Schluss, die Versicherte verfüge nicht über die notwendigen Res-

⁴⁷ Aus der Verfügung der IV-Stelle, MEDAS Nr. 8229/1.13

⁴⁸ Verfügung der IV-Stelle, MEDAS Nr. 8321/1.13

⁴⁹ Verfügung der IV-Stelle, MEDAS Nr. 8251/1.13

sourcen, um mehr als 50 % arbeiten zu können. Er begründete dies mit funktionellen Einschränkungen in Anlehnung an das Mini-ICF. Der Verfügung war dann zu entnehmen: *«Aus medizinischer Sicht beträgt die Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit als Rundschleiferin/Reinigungskraft 70 %. In einer dem Leiden angepassten Tätigkeit beträgt die Arbeitsfähigkeit 100 %. Aufgrund dessen ist es Ihnen zumutbar, auf dem Ihnen offenen Arbeitsmarkt ein Einkommen von mindestens... zu erzielen. Der IV-Grad beträgt 0 %, weshalb kein Anspruch auf eine IV-Rente gegeben ist.»* An diesem Beispiel ist besonders störend, dass die psychiatrische Leistungseinschätzung unterschlagen und die Einschätzung des Rechtsanwenders der Versicherten gegenüber als «medizinisch» deklariert wurde. Gegen die Abweichung von der gutachterlichen Einschätzung wäre dagegen nichts einzuwenden, wenn sie juristisch klar begründet und transparent dargestellt würde. Die juristische Bewertung als «medizinisch» darzustellen, entspricht einer Verbiegung der Wahrheit.

Beispiel 5:⁵⁰ Eine klare Grenzüberschreitung stellt die folgende Auftragserteilung dar: *«Wir bitten Sie, bei der Plausibilisierung des Verlaufes der Arbeitsunfähigkeit die aktuelle Rechtsprechung zur posttraumatischen Belastungsstörung zu berücksichtigen.»*

Aus dem Blickwinkel eines Mediziners erscheinen diese Ergebnisse nicht optimal im Hinblick darauf, dass das IVG Menschen mit Behinderungen unterstützen sollte und sich aus der Diagnose nicht direkt ableiten lässt, ob und in welchem Ausmass eine Behinderung vorliegt oder nicht.

Im Rentenverfahren müssen verschiedene Disziplinen eng miteinander zusammenarbeiten. Dabei kommt es immer wieder zu Grenzüberschreitungen, die problematisch sind, z.B. wenn sich Mediziner dazu äussern, was versichert sein soll und wem eine Rente gebührt. Andererseits sollten sich Juristen nicht prinzipiell darüber äussern, welche Krankheiten mit was für Leistungseinbus-

⁵⁰ MEDAS Nr. 8728/1.15. Laut Akten komplexe PTBS nach Traumatisierung in der Kindheit, schwergradige psychiatrische Komorbidität. Nach Rückfrage des Chefarztes verwies die IV-Stelle auf das Kreisschreiben KISH, Rz 1014–1016. Die Explorandin erschien nicht zur Begutachtung, der Fall wurde danach zurückgezogen.

sen verbunden sind, welche Krankheiten wie lange dauern und welchem Fachgebiet sie zugeordnet werden sollen.⁵¹

F. Versicherungsmedizinische Beurteilung oder Rechtsanwendung?

In IV-Dossiers und in Gutachten liest man gehäuft die Formulierung, aus «versicherungsmedizinischer Sicht» könne man der Explorandin mit einer Schmerzstörung ohne Komorbidität keine Arbeitsunfähigkeit attestieren. Eine seriöse Evaluation der tatsächlich vorliegenden Behinderung erfolgt gar nicht. Im Alltag wird «versicherungsmedizinisch» nicht selten mit «juristisch» verwechselt; Versicherungsärzte spielen sich zum Rechtsanwender auf. Ein grosses Schweizer Gutachteninstitut hat in einer Studie⁵² eine Evaluation von 3562 polydisziplinären Gutachten aus den Jahren 2005 bis 2008 publiziert. Darin schreiben die Autoren: «*Somatoform disorders were only rated as having an influence on work ability when they were accompanied by either severe somatic or severe psychiatric comorbidity.*» Aus der Studie geht hervor, dass das Institut *prinzipiell* bei somatoformen Störungen keine Arbeitsunfähigkeiten attestierte, wenn keine schweren körperlichen oder psychiatrischen Komorbiditäten vorlagen. Dies kann nicht mit medizinischen Publikationen begründet werden und hat den Stellenwert eines Bias (systematischen Fehlers). Unter Ausblendung der übrigen in BGE 130 V 352 genannten Ausnahmekriterien urteilte das Gutachteninstitut härter als die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Dass dann eine erhebliche Diskrepanz bezüglich Einschätzung der Leistungsfähigkeit zwischen den behandelnden Ärzten und den Gutachtern resultiert, ist naheliegend und bedarf wohl keiner Studie.

Im Urteil 9C_148/2012 hat das Bundesgericht ein Gutachten aus diesem Institut kritisiert mit den Worten: «Gegen den Beweiswert der gutachterlichen Schlussfolgerungen [...] spricht sodann, dass der (ausschlaggebenden) psychiatrischen Beurteilung die unzutreffende Prämisse zugrundeliegt, «lediglich aufgrund einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung ohne deutliche

⁵¹ Vgl. Urteil 8C_492/2011: der nicht objektivierbare Tinnitus wurde vom Bundesgericht zum psychischen Leiden deklariert, obwohl dies so der medizinischen Fachliteratur nicht entnommen werden kann.

⁵² DELL-KUSTER S., LAUPER S. et al., *Assessing work ability* (2014).

psychiatrische Komorbidität» könne «keine Arbeitsunfähigkeit attestiert werden».

Die Akademie für Versicherungsmedizin (asim) an der Universität Basel definiert Versicherungsmedizin wie folgt: «Die Versicherungsmedizin ist eine medizinische Fachrichtung, die Wissen aus allen klinischen medizinischen Fach- und Spezialdisziplinen umfassen muss, arbeits- und sozialmedizinische Kompetenz und Kenntnisse über die Versicherungssysteme bedingt.»⁵³ Eine ähnliche Umschreibung findet sich auf der Website der SUVA: «Die Versicherungsmedizin befasst sich mit den Beziehungen zwischen Patienten, Versicherungsunternehmen und den medizinischen Leistungserbringern. Die in diesem Teilgebiet der Sozialmedizin tätigen Ärztinnen und Ärzte unterstützen die Versicherer in medizinischen Fragestellungen. Sie beurteilen Krankheit und Unfallfolgen mit all ihren Aspekten, namentlich Verlauf, Diagnose, Therapie und Auswirkungen auf Arbeitsfähigkeit und Integrität. Auch Morbiditäts- und Mortalitätsanalysen oder die Beurteilung des Nutzens medizinischer Interventionen können zu den Aufgaben eines Versicherungsmediziners gehören. Im Betreuungsmanagement können sie zur Planung und Koordination medizinischer Massnahmen beigezogen werden.»⁵⁴

Die Versicherungsmedizin bietet dem Rechtsanwender die für den juristisch korrekten Entscheid benötigten medizinischen Grundlagen; nicht mehr – aber auch nicht weniger. Sie nimmt aber die Rechtsanwendung nicht vorweg. Leider hat die Überwindbarkeitspraxis wesentlich dazu beigetragen, dass die Grenze zwischen medizinischer Sachverhaltserhebung und juristischer Würdigung im Alltag oft nicht gebührend beachtet wird. Dort, wo sich der Gutachter auf rechtliche Rahmenbedingungen abstützt, muss dies in aller Form transparent dargestellt werden.

Um dieser Problematik zu begegnen, hat der Autor seit Jahren die zweistufige Beurteilung für medizinische Gutachten im Sozialversicherungsrecht vorgeschlagen:⁵⁵

⁵³ <http://www.unispital-basel.ch/das-universitaetsspital/bereiche/medizin/kliniken-institute-abteilungen/asim-versicherungsmedizin/asim-begutachtung/> [Zugriff am 31.05.2015].

⁵⁴ <http://www.suva.ch/startseite-suva/unfall-suva/versicherungsmedizin-suva/was-ist-versicherungsmedizin-suva.htm> [Zugriff am 01.06.2015].

⁵⁵ JEGGER J., Zumutbarkeit (2008).

1. Ebene: Stellungnahme nach bestem Wissen und Gewissen, so weit möglich abgestützt auf medizinische Fachliteratur und eigene Berufserfahrung
2. Ebene: Stellungnahme zu den Morbiditätskriterien des Bundesgerichts aus BGE 130 V 352.

Diese Lösung praktizierten wir in der MEDAS Zentralschweiz. Sie ist nun durch die neue Rechtsprechung (in der Optik des Bundesgerichts) hinfällig geworden.⁵⁶

VI. Der neue Weg führt über den Beweis der Behinderung

A. Evaluation von Defiziten und Ressourcen

Bei der medizinischen Begutachtung geht es in erster Linie um die Evaluation von Defiziten und Ressourcen. Im Jahre 1981 hielt das Bundesgericht in BGE 107 V 17 zu den Aufgaben des Gutachters fest: *«Der Arzt sagt, inwiefern der Versicherte in seinen körperlichen bzw. geistigen Funktionen durch das Leiden eingeschränkt ist, wobei es als selbstverständlich gilt, dass sich der Arzt vor allem zu jenen Funktionen äussert, welche für die nach seiner Lebenserfahrung im Vordergrund stehenden Arbeitsmöglichkeiten des Versicherten wesentlich sind (so etwa, ob der Versicherte sitzend oder stehend, im Freien oder in geheizten Räumen arbeiten kann oder muss, ob er Lasten heben und tragen kann usw.)»*

Dabei ist erstaunlich, wie das Bundesgericht *funktionell* dachte in einer Zeit, als es die International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) noch nicht gab bzw. deren Entwicklung in den Kinderschuhen steckte.

Bei den PÄUSBONOG besteht das Problem, dass sie einem direkten Beweis nicht zugänglich sind. Oft sieht der Beobachter nicht die Krankheit per se, sondern deren Effekt. Zur Funktion der bundesgerichtlichen Morbiditätskri-

⁵⁶ Vgl. Urteil 9C_492/2014 E. 5.2.3: *«Recht und Medizin tragen je nach ihren fachlichen und funktionellen Zuständigkeiten zur Feststellung ein und derselben Arbeitsunfähigkeit bei... Es gibt keine unterschiedlichen Regeln gehorchende, getrennte Prüfung einer medizinischen und einer rechtlichen Arbeitsfähigkeit.»*

terien schreibt SUSANNE BOLLINGER: «Den [...] Abgrenzungs- und Beweisschwierigkeiten begegnet das Bundesgericht mit besonderen Regeln, die es – in Fortführung der seit BGE 102 V 165 bestehenden Rechtsprechung – mit der Entwicklung der Überwindbarkeitskriterien («FOERSTER-Kriterien») in BGE 130 V 352 für somatoforme Schmerzstörungen ausgearbeitet und seither auf weitere Beschwerdebilder übertragen hat.»⁵⁷ Wären diese Krankheitsbilder einem direkten Beweis zugänglich, hätte wohl nicht zu dieser Hilfskonstruktion gegriffen werden müssen.

B. Probleme der Überwindbarkeitspraxis

Mit der Überwindbarkeitspraxis ist das Bundesgericht von seiner ursprünglich funktionellen Sichtweise abgerückt. Die Probleme, die sich dadurch ergeben, wurden andernorts ausführlich erörtert⁵⁸ und seien hier nur kurz zusammengefasst:

- Zweckentfremdung des medizinischen Originals
- Abweichung vom medizinischen Original
- Keine Validierung
- Unklare Korrelation mit dem Ausmass einer Behinderung
- Die Praxis geht von Diagnosen aus statt von der Behinderung
- Die Praxis führt zu Alles-oder-Nichts-Entscheiden
- «Nicht objektivierbar» korreliert nicht mit «überwindbar»
- Entscheide sind den Betroffenen gegenüber schlecht kommunizierbar
- Missachtung die bio-psycho-soziale Betrachtungsweise der Medizin
- Unterschiedliche Resultate für verschiedene Rechtsgebiete

C. Der Königsweg: Der Beweis der Behinderung

Der Königsweg führt über den Beweis der Behinderung, zumal die Diagnose allein keine Rückschlüsse auf das Funktionieren der Menschen in der Gesell-

⁵⁷ BOLLINGER SUSANNE, Invalidisierende Krankheitsbilder (2015), S. 110.

⁵⁸ JEGER J., Entwicklung der «FOERSTER-Kriterien» (2011); JEGER J., Persönliche Ressourcen (2014).

schaft zulässt. Behinderungen werden in Anlehnung an die ICF erfasst und beschrieben und wir werden im versicherungsmedizinischen Kontext nicht darum herum kommen, die ICF vermehrt und konsequent zu verwenden. Das Recht muss dabei die Anforderungen an den Beweis der Behinderung definieren.

Exemplarisch hat das Bundesgericht die Problematik in BGE 139 V 547 auf den Punkt gebracht: *«Diese Rechtsprechung [die Überwindbarkeitspraxis] beruht einerseits auf medizinischen Grundlagen, nämlich der Erkenntnis, dass die internationale Klassifikation der Krankheiten (ICD-10) Diagnosen von Beschwerdebildern und Störungen enthält, die sich hinsichtlich ihrer invalidisierenden Wirkung einer objektiven Beurteilung weitgehend entziehen, weil sie auf den Angaben der Patienten basieren, pathogenetisch-ätiologisch aber unklar bleiben und daher nicht objektivierbar sind. Sie fusst zudem auf juristischen Überlegungen, welche den Nachweis bzw. Beweis der Invalidität solcher Krankheitsbilder betreffen: Fehlt es an einer objektiven Nachweismöglichkeit durch einen ärztlichen Sachverständigen, kann auch der Beweis, wonach derartige Störungen invalidisierende Folgen zeitigen, nicht erbracht werden ... Nach der allgemeinen Beweisregel (Art. 8 ZGB) hat die versicherte Person die invalidisierenden Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Gelingt dieser Nachweis nicht, verfügt sie über keinen Leistungsanspruch. Mit anderen Worten wird bei Beweislosigkeit vermutet, dass sich der geklagte Gesundheitsschaden nicht invalidisierend auswirkt: Vermutet wird Validität, nicht Invalidität.»*

Dass das Bundesgericht in den letzten Jahren zunehmend diesen Weg eingeschlagen hat, zeigen die folgenden drei Fälle:

Urteil 9C_148/2012 vom 17.09.2012:

- Grenzwächter mit somatoformer Schmerzstörung (ohne Komorbidität)
- Die Behinderung konnte durch Beobachtungen des behandelnden Psychiaters und des langjährigen Arbeitgebers überzeugend dargelegt werden
- Arbeitsfähigkeit von 60 % als Teilinvalidität anerkannt (Viertelsrente), in Abweichung zur Einschätzung eines psychiatrischen Gutachters, der schrieb, ohne Komorbidität könne man dem Versicherten keine Arbeitsunfähigkeit attestieren.

Urteil 9C_922/2012 vom 19.03.2013:

- Physiotherapeutin macht wegen Schulterleiden eine hochgradige Arbeitsunfähigkeit geltend
- Sie geht Freizeitaktivitäten mit starker Belastung der Schulter-Nacken-Region nach
- Für das Gericht ist der Beweis der Behinderung nicht überzeugend erbracht
- Ablehnung des Rentenanspruches.

Urteil 9C_701/2013 vom 12.06.2014 (BGE 140 V 290):

- Patientin mit Migräne
- Beweis der Behinderung nicht überzeugend erbracht (trotz Gutachten)
- Ablehnung des Rentenanspruches.

Im letztgenannten Urteil schrieb das Bundesgericht im Regeste: *«Offengelassen, ob eine Migräne zu den objektivierbaren Krankheitsbildern zu zählen ist (E. 3.3.1). Bei objektivierbaren wie auch bei unklaren Beschwerdebildern setzt eine Anspruchsberechtigung gleichermassen eine nachvollziehbare ärztliche Beurteilung der Auswirkungen des Gesundheitsschadens auf die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit voraus. Abklärungs- und Beweisschwierigkeiten können die Berücksichtigung von – allenfalls durch fremdanamnestic Angaben zu erhebende – Lebensbereichen wie Freizeitverhalten oder familiäres Engagement erfordern. Bleiben die Auswirkungen eines objektivierbaren oder eines nicht (bildgebend) fassbaren Leidens auf die Arbeitsfähigkeit trotz sorgfältiger und umfassender Abklärungen vage und unbestimmt und können die Einschränkungen nicht anders als mit den subjektiven Angaben der versicherten Person begründet werden, ist der Beweis für die Anspruchsgrundlage nicht geleistet und nicht zu erbringen. Die entsprechende Beweislosigkeit wirkt sich zu Lasten der versicherten Person aus (E. 4.2).»*

Aus medizinischer Sicht ist sehr zu begrüßen, dass dabei nicht mit der postulierten «willentlichen Überwindbarkeit» des Leidens argumentiert wird, sondern mit dem nicht überzeugend erbrachten Beweis der Behinderung.

D. Änderung der Rechtsprechung: Eckpunkte des Urteils 9C_492/2014

Es hat sich also sukzessive abgezeichnet, dass sich die Rechtsprechung zur Anerkennung nicht-objektivierbarer Gesundheitsschäden als Invalidität ändern wird. Der Weg dazu war steinig, der Aufwand gross, musste doch das Bundesgericht dazu ein Verfahren nach Art. 23 BGG⁵⁹ durchführen. 11 Jahre nach Einführung von BGE 130 V 352 stellt sich die Situation neu dar.

Mit erstaunlicher Offenheit und Selbstkritik hat das Bundesgericht zur Fehlern Stellung genommen und diese weitgehen eliminiert. Die Eckpunkte der neuen Rechtsprechung sind:

- Die Überwindbarkeitsvermutung wird aufgegeben und durch ein strukturiertes Beweisverfahren anhand von Indikatoren ersetzt.
- Das Beweisverfahren ist prinzipiell ergebnisoffen.
- Vom Gutachter zu berücksichtigen sind insbesondere: Indikatoren zur Kategorie funktioneller Schweregrad (Komplex Gesundheitsschädigung, Komplex Persönlichkeit, Komplex sozialer Kontext), Indikatoren zur Kategorie Konsistenz, im Weiteren die sogenannten «Ausschlussgründe» (gemäss BGE 131 V 49).
- Diese Elemente werden bewusst nicht Kriterien, sondern Indikatoren genannt. Indikatoren weisen auf etwas hin, sie sind keine abhakbaren Elemente.
- Wichtig ist eine Herleitung der Diagnosen *lege artis*, in Anlehnung an die internationalen Diagnosemanuale (ICD, DSM): Die Diagnose ist «Referenz für allfällige Funktionseinschränkungen.» (E. 2.1.2). Nur funktionelle Einschränkungen, die mit einer *lege artis* gestellten Diagnose begründet werden können, werden als Invalidität anerkannt.
- Die strenge Anlehnung an die FOERSTER-Kriterien fällt weg. Insbesondere verliert die psychiatrische Komorbidität an Gewicht und der primäre Krankheitsgewinn wird als Kriterium eliminiert.

⁵⁹ Vgl. Art. 23 des Bundesgerichtsgesetzes: «Eine Abteilung kann eine Rechtsfrage nur dann abweichend von einem früheren Entscheid einer oder mehrerer anderer Abteilungen entscheiden, wenn die Vereinigung der betroffenen Abteilungen zustimmt.»

- Das Bundesgericht spricht nicht mehr von pathogenetisch-ätiologisch unklaren Beschwerdebildern, sondern von «*anhaltender somatoformer Schmerzstörung und vergleichbaren psychosomatischen Leiden*».
- Die neue Rechtsprechung legt Wert darauf, dass nicht nur die Defizite (negatives Leistungsbild), sondern auch die Ressourcen (positives Leistungsbild) erfasst und dargelegt werden. Diese neue Sichtweise gipfelt im Satz: «*Arbeitsunfähigkeit leitet sich aus dem Saldo aller wesentlichen Belastungen und Ressourcen ab.*» (E. 3.4.2.1)
- Die antragstellende Person bleibt beweispflichtig: Wenn anhand von eigenen Angaben, Fremdanamnesen, Arztberichten, Spitalberichten, Berichten aus dem Eingliederungsverfahren und Gutachten der konsistente Beweis einer Behinderung nicht erbracht werden kann, so sind keine Versicherungsleistungen (insbesondere Renten) geschuldet.
- Weiterhin entscheidet der Rechtsanwender abschliessend über «Arbeitsunfähigkeit» (Rechtsbegriff, BGE 140 V 193).

E. Erste Würdigung aus medizinischer Sicht

Die neue Rechtsprechung wurde inzwischen von juristischer⁶⁰ wie auch von medizinischer⁶¹ Seite gewürdigt, einhellig begrüsst und gelobt. GÄCHTER und MEIER sprechen von einer «hohen Justizkultur».

Das Bundesgericht hat damit einen grossen Schritt getan und ein kluges Urteil gefällt. Dahinter liegt eine Sichtweise in Anlehnung an die ICF wie auch an das MEIKIRCH-Modell von JOHANNES BIRCHER:⁶² Behinderung entsteht aus der Wechselwirkung zwischen dem von Krankheit oder Unfallfolgen betroffenen Individuum und seiner Umwelt. Ob ein Mensch seine gesellschaftlichen Verpflichtungen wahrnehmen kann oder nicht, hängt vom Verhältnis zwischen den funktionellen Einschränkungen (Defiziten), den persönlichen Ressourcen und den Anforderungen des Lebens ab.

⁶⁰ GÄCHTER TH., MEIER M.E., Schmerzrechtsprechung 2.0 (2015); KIESER U., Unklare Beschwerdebilder (2015); RIEMER-KAFKA G., Überwindung der Überwindbarkeitsvermutung (2015).

⁶¹ ROMANN CH., Kehrtwende (2015); KOPP H.G., Massgeschneidertes (2015); JEGER J.: Update Schmerzrechtsprechung (2015).

⁶² BIRCHER J., Health and Disease (2005); BIRCHER J., KURUVILLA S., Defining health (2014).

Das strukturierte Beweisverfahren anhand von Indikatoren ist ergebnisoffen. Beurteilende Ärzte wie auch der Rechtsanwender haben somit mit gleicher Sorgfalt, unabhängig von der Diagnose, zu prüfen, ob eine Behinderung vorliegt oder nicht. Dass dabei erforderlich ist, dass diese Behinderung *konsistent und in vergleichbaren Lebensbereichen analog* zu bestehen hat, muss auch aus ärztlicher Sicht betont und unterstützt werden.

Der Rechtsanwender fordert weiterhin eine *objektive Zumutbarkeitsbeurteilung*. Gemeint ist wohl, dass nicht allein das betroffene Subjekt die Leistungseinschränkung begründen kann, sondern dass die verschiedenen Fachleute aus dem medizinischen Bereich und der beruflichen Eingliederung zum Schluss kommen müssen, dass eine reale für den Berufsalltag relevante Behinderung vorliegt.

Die wohl grösste und in meinen Augen schönste Änderung besteht im *Menschenbild*, welche der neuen Rechtsprechung zugrunde liegt: Alle am Verfahren beteiligten müssen der antragstellenden Person mit der gleichen Sorgfalt und demselben Respekt begegnen, unabhängig von den Diagnosen. Es gibt keine «Geht-uns-sowieso-nichts-an-Diagnosen» (GUSNAD) mehr und eine leistungsablehnende Verfügung und Gerichtsurteile sollten auch keine persönlichkeitsverletzenden Formulierungen mehr enthalten.

Die neue Rechtsprechung verlegt den Hauptfokus von der Diagnose auf den Nachweis der Behinderung (funktionelle Einschränkungen mit Auswirkungen auf Aktivität und Partizipation). Eine *lege artis* gestellte und transparent dargelegte Diagnose ist aber weiterhin wichtig, weil nur Einschränkungen als Invalidität anerkannt werden können, welche in medizinischen Diagnosen ihre Erklärung finden. Sorgen bereiten alte psychiatrische Gutachten, die bei der Leistungseinschätzung mehr die rechtliche als die medizinische Sichtweise beschrieben haben.

Gewisse Unklarheiten bestehen insofern, als erst die Zukunft zeigen wird, wo der Rechtsanwender die *Schwelle für den erbrachten Beweis der Behinderung* anlegt. Hier besteht ein Ermessensspielraum, der wohl von verschiedenen Seiten ausgelotet wird. Aus medizinischer Sicht bleibt zu hoffen, dass sich nicht 26 IV-Direktoren und Kantonsgerichte mit eigenen Lösungen gegenseitig übertrumpfen. Vermutlich wird das Bundesgericht in den nächsten Monaten und Jahren noch einige präzisierende Urteile erlassen müssen. Strittig

wird wohl auch sein, was mit Fällen geschieht, die nach neuer Sichtweise früher offensichtlich falsch beurteilt wurden.

Ob eine neue Lösung längerfristig «gut» ist oder nicht, hängt weitgehend von den Leuten ab, welche sie umsetzen. Dies hat uns auch die Entdeckung der Kernspaltung durch OTTO HAHN gelehrt. Es könnte durchaus sein, dass Versicherungen hart auf Beweislosigkeit plädieren und Rechtsvertreter Unvollständigkeit der Abklärung geltend machen, was dann zu Verzögerungen des Verfahrens, mehr Gerichtsfällen, neuen Gutachten und Ineffizienz führt. Dabei werden die betroffenen Versicherten kaum gesünder. So formulierte der amerikanische Rehabilitationsmediziner NORTIN HADLER⁶³ 1996 in einer Publikation zur Fibromyalgie pointiert: «*If you have to prove you are ill, you can't get well*».

Die neue Rechtsprechung darf nicht als Türöffner für eine grosszügige Berentung analog zu den 1990er Jahren missverstanden werden. Es kann nicht genügend betont werden: Gefordert ist der *konsistente Nachweis der Behinderung*, nicht mehr, aber auch nicht weniger. Dann aber passt die neue Rechtsprechung zum Geist des ersten Invalidenversicherungsgesetzes von 1960, wie dies in der damaligen Botschaft des Bundesrates⁶⁴ zu erkennen war: Unterstützt werden sollen Menschen, welche aufgrund gesundheitlicher Beeinträchtigungen nicht mehr genügend für sich selber sorgen können.

Die Ärzteschaft sollte aus der Vergangenheit die nötigen Lehren ziehen. Tut sie dies nicht, wird sie bestimmt ein nächstes Mal (und dann vermutlich definitiv) übergangen. Mit der neu zurückgewonnenen Verantwortung müssen wir mit aller Sorgfalt und Umsicht umgehen!

⁶³ HADLER N.M., Fibromyalgia (1996).

⁶⁴ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung und eines Bundesgesetzes betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 24. Oktober 1958.

F. Zu lösende Aufgaben der Medizin

1. Aus- und Weiterbildung der Ärzte

Die Beurteilung der Leistungsfähigkeit wurde im Ausbildungsprogramm der Ärzteschaft (zu) lange vernachlässigt. Dies zeigt eine kürzlich publizierte Umfrage und Schweizer Fachärztinnen und Fachärzte⁶⁵ eindrücklich. Der Fragebogen wurde an 3367 Ärztinnen und Ärzte verschickt, welche innerhalb der letzten 5 Jahre ihren Facharztstitel erhalten hatten. 1623 Fragebogen konnten ausgewertet werden (Rücklaufquote 48 %). Unter 23 Teilbereichen erhielten die Fachkompetenzen in «Beurteilung der Arbeitsfähigkeit» und «Palliative Care» in allen medizinischen Disziplinen mit Abstand die schlechteste Bewertung.

Dass die Ausbildung in der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit mangelhaft ist, ist also nicht mehr nur blosser Vermutung, sondern empirisch gesichert.

Wenn die Ausbildung der Ärzteschaft ungenügend ist, so sind auch viele Leistungseinschätzungen aus dem behandelnden Kontext unzuverlässig, nicht nur wegen der oft beschworenen Nähe des Hausarztes zu seinen Patienten. Dieser Mangel kann dann im Rahmen von Gutachten nicht nach Jahren retrograd behoben werden. Es bleibt wohl kein anderer Weg übrig, als die versicherungsmedizinische Ausbildung schon bei den Medizinstudenten zu stärken, erst recht aber bei der Weiterbildung zum Facharzt.

Die neue Rechtsprechung stellt hohe Anforderungen sowohl an die beurteilenden Ärztinnen und Ärzte wie auch an die Rechtsanwender. Bleibt zu hoffen, dass alle Beteiligten diesen Anforderungen genügen können.

2. Konsens der medizinischen Fachgesellschaften

Das Bundesgericht hat unüberhörbar dargelegt, dass es von den betroffenen Fachverbänden Leitlinien zur Begutachtung erwartet. Eine interdisziplinäre Expertengruppe ist seit Herbst 2013 an der Arbeit und auch die Schweizerische Fachgesellschaft für Rheumatologie wird ihre 2007 publizierten Leitlinien⁶⁶ demnächst aktualisieren. Je mehr sich die Rechtsprechung auf einen breit

⁶⁵ SIEGRIST M. et al., Weiterbildung (2015).

⁶⁶ SCHWEIZ. GESELLSCHAFT FÜR RHEUMATOLOGIE, Leitlinien Begutachtung (2007).

abgestützten medizinischen Konsens abstützen kann, desto weniger sind eigene juristische Hilfskonstruktionen nötig.

3. Entwicklung von Instrumenten für die Evaluation einer Behinderung

Bestehende Instrumente (in Anlehnung an die International Classification of Functioning, Disability and Health ICF) müssen weiter entwickelt und konsequent implementiert werden. Dies benötigt Zeit, Ressourcen (an Geld und Manpower!), Geduld und Anwenderschulung. Trotz zunehmend strukturierter Erfassung der Behinderung wird aber ein Grundproblem nicht aus der Welt zu schaffen sein: Ein Gutachten ist eine Stellungnahme (Einschätzung) eines Menschen durch einen anderen Menschen. Der Einfluss der Gutachterin als Subjekt wird nie ganz eliminiert werden können, auch bei strukturierter Datenerhebung und Forderung nach weitgehender Objektivität. Dies gilt aber auch für Gerichtsurteile. Recht und Medizin müssen in ständigem Dialog bleiben, auch im Hinblick auf die Frage, welches Ausmass an Objektivität sinnvoll und realistisch ist. Zudem fehlen nach wie vor wissenschaftlich evaluierte Werkzeuge zur Einschätzung der Arbeitsfähigkeit. Will man diesbezüglich mehr Sicherheit gewinnen, so bleibt in vielen Fällen nur die professionell begleitete Exposition der Versicherten an einem konkreten Arbeitsplatz übrig. Hier kann dann die erbrachte Leistung (verrichtete Arbeit pro Zeit) gemessen, nicht nur geschätzt werden. Mehr Sicherheit ist unweigerlich mit mehr Aufwand verbunden.

Dass die Qualitätsstandards für die Begutachtung in den letzten Jahren erheblich gesteigert wurden, macht diese Arbeit aufwendiger und schwieriger, aber auch interessanter. Schwieriger ist vermutlich auch die Rechtsanwendung geworden.

Die Begutachtung stösst mit der neuen Anforderung an die Exaktheit der Datenerhebung und die Präzision der Aussage an die Grenzen dessen, was im Rahmen der zur Verfügung gestellten (finanziellen) und zur Verfügung stehenden (Anzahl ausgebildeter Experten) Ressourcen noch bewältigt werden kann. Dies gilt insbesondere für polydisziplinäre MEDAS Gutachten, die auch noch innert einer aufwandunabhängigen (!) Frist von 130 Tagen ab Datum der Auftragserteilung geliefert werden müssen.

Schwieriger werden auch Verlaufsgutachten und retrograde Stellungnahmen zum Verlauf eines Gesundheitsschadens, da kaum Vorbeurteilungen und Vorgutachten existieren, welche den heutigen Qualitätsstandards genügen. Zudem wurden früher viele Rentenentscheide ohne Begutachtung gefällt. So sind Vergleiche mit einem früheren Zeitpunkt mit vielen Unsicherheitsfaktoren behaftet. Dies stellt insbesondere Rentenrevisionen vor grosse Probleme.

VII. Zusammenfassung

- Die 10-jährige Überwindbarkeitspraxis hatte viele Unklarheiten und Unzulänglichkeiten.
- Mit dem Urteil 9C_492/2014 hat das Bundesgericht die viele Jahre lang kritisierten Mängel der Überwindbarkeitspraxis weitgehend korrigiert.
- Das Schwergewicht wird nun auf den objektiven Beweis der Behinderung gelegt.
- Offen bleibt noch, wann der Beweis der Behinderung erbracht ist (Ermessensspielraum). Diesbezüglich sind weitere präzisierende Urteile zu erwarten.
- Die psychiatrische Begutachtung ist durch die neue Rechtsprechung aufwändiger und schwieriger geworden, vermutlich auch die Rechtsanwendung.

Der Autor möchte an dieser Stelle die Gelegenheit benützen, all denjenigen zu danken, die ihm in den letzten 10 Jahren interessante, fruchtbare Diskussionen an der Grenzfläche von Medizin und Recht ermöglicht haben. Hüben und drüben sind wir Lernende, die sich gegenseitig bereichern können und sollen.

Literaturverzeichnis

- ANTONOVSKI AARON, Salutogenese. Zur Entmystifizierung von Krankheit. DGVT Verlag (1997).
- BIRCHER JOHANNES, Towards a dynamic definition of health and disease. *Medicine, Health Care and Philosophy* 2005; 8: 335–341.
- BIRCHER J., KURUVILLA S., Defining health by addressing individual, social, and environmental determinants: new opportunities for health care and public health. *J Public Health Policy* 2014; 35: 363–386.
- BOLLINGER SUSANNE, Invalidisierende Krankheitsbilder nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Mit besonderem Fokus auf den unklaren Beschwerden. *Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht* 2015, DIKE Verlag, S. 106–117.
- BOWER J. E., LAMKIN D.M., Inflammation and cancer-related fatigue: Mechanisms, contributing factors, and treatment implications. *Brain, Behaviour, and Immunity* 2013; 30: S48–S57.
- BRADLEY L.A., Pathophysiology of Fibromyalgia. *The American Journal of Medicine* 2009; 122: S22–S30.
- CARRION L.Y. et al., Reliability and agreement between fine-cut CT scans and plain radiography in the evaluation of posterolateral fusions. *The Spine Journal* 2007; 7: 39–43.
- CARRINO J. A. et al., Lumbar Spine: Reliability of MR Imaging Findings. *Radiology* 2009; 250: 161–170.
- DEL MAR CH., DOUST J., GLASZIOU P., *Clinical Thinking. Evidence, Communication and Decision-Making.* BMJ Books, Blackwell Publishing (2006).
- DELL-KUSTER S., LAUPER S. et al., Assessing work ability – a cross sectional study of inter-rater agreement between disability claimants, treating physicians, and medical experts. *Scand J Work Environ Health* 2014; 40: 493–501.
- EGLER U.T. et al., Fibromyalgie als Störung der zentralen Schmerz- und Stressverarbeitung. Ein neues biopsychosoziales Krankheitsmodell. *Psychother Psych Med* 2004; 54: 137–147.
- FLETCHER R.H., FLETCHER S.W., *Klinische Epidemiologie.* Huber Verlag, 2. deutschsprachige Aufl. (2007), S. 264–268.
- FRAUENFELDER MAX, Hauptprobleme der Invalidenversicherung. Veröffentlichungen der Schweizerischen Verwaltungskurse an der Handels-Hochschule St. Gallen, Band 20 (1960).
- FUKUDA K., The Chronic Fatigue Syndrome: A Comprehensive Approach to Its Definition and Study. *Annals of Internal Medicine* 1994; 121: 953–959.
- GÄCHTER THOMAS, TREMP DANIA, Schmerzrechtsprechung am Wendepunkt? Jusletter vom 16.05.2011.
- GÄCHTER THOMAS, MEIER MICHAEL E., Schmerzrechtsprechung 2.0. Jusletter vom 29.06.2015.
- GATCHEL R.J. et al., The Biopsychosocial Approach to Chronic Pain. *Scientific Advances and Future Directions.* *Psychological Bulletin* 2007; 133: 581–624.

- HADLER N.M., If you have to prove you are ill, you can't get well. The object lesson of fibromyalgia. *Spine* 1996; 21: 2397–2400.
- HALLER H., Somatoform Disorders and Medically Unexplained Symptoms in Primary Care. A Systematic Review and Meta-analysis of Prevalence. *Dtsch Ärztebl Int* 2015; 112: 279–287.
- HENNINGSEN PETER, Probleme und offene Fragen in der Beurteilung der Erwerbsfähigkeit bei Probanden mit funktionellen Körperbeschwerdesymptomen. *SZS/RSAS* 58/2014, S. 499–546.
- HILL A.B., The Environment and Disease: Association or Causation? *Proc R Soc Med* 1965; 58: 295–300.
- HILLER WOLFGANG, RIEF WINFRIED, Die Abschaffung der somatoformen Störungen durch DSM-5 – ein akademischer Schildbürgerstreich? *Psychotherapeut* 2014; 6: 448–455.
- HOFFMANN-RICHTER U., JEGER J., SCHMIDT H., Das Handwerk ärztlicher Begutachtung. Theorie, Methodik und Praxis. Kohlhammer Verlag (2012).
- HOWELL D. et al., A pan-Canadian practice guideline and algorithm: screening, assessment, and supportive care of adults with cancer-related fatigue. *Curr Oncol* 2013; 20: e233–e246.
- JEGER JÖRG, Somatoforme Schmerzstörung und Arbeitsunfähigkeit: Differenzen oder Konsens zwischen Medizin und Rechtsprechung? Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis IRP-HSG St. Gallen, Band 35 (2006), S. 155–210.
- JEGER JÖRG, Die Beurteilung der medizinischen Zumutbarkeit. In MURER E. (Hrsg.), Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen zugemutet werden? Verlag Stämpfli, (2008), S. 85–140.
- JEGER JÖRG, Wer bemisst invaliditätsfremde (soziokulturelle und psychosoziale) Ursachen der Arbeitsunfähigkeit – der Arzt oder der Jurist? Sozialversicherungsrechtstagung 2008. Schriftenreihe IRP-HSG, St. Gallen, Band 57 (2009), S. 147–174.
- JEGER JÖRG, Tatfrage oder Rechtsfrage? Abgrenzungsprobleme zwischen Medizin und Recht bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit in der Invalidenversicherung. Ein Diskussionsbeitrag aus der Sicht eines Mediziners. *SZS/RSAS* 2011; 5: 431–457 [Teil 1] und 2011; 6: 580–611 [Teil 2].
- JEGER JÖRG, Die Entwicklung der «FOERSTER-Kriterien» und ihre Übernahme in die bundesgerichtliche Rechtsprechung: Geschichte einer Evidenz. Jusletter vom 16.5.2011.
- JEGER JÖRG, Die persönlichen Ressourcen und ihre Auswirkungen auf die Arbeits- und Wiedereingliederungsfähigkeit – Eine kritische Auseinandersetzung mit der «Überwindbarkeitspraxis». In RIEMER-KAFKA G. (Hrsg.), Psyche und Sozialversicherung. Schulthess Verlag (2014), S. 131–194.
- JEGER JÖRG, Die neue Rechtsprechung zu psychosomatischen Krankheitsbildern. Eine Stellungnahme aus ärztlicher Sicht. Jusletter vom 13.07.2015.
- JEGER JÖRG, Update Schmerzrechtsprechung: Stellungnahme aus ärztlicher Sicht. *Schweiz. Ärztezeitung* 2015; 96: 1206–1208.

- JEGER J., TREZZINI B., SCHWEGLER U., Applying the ICF in Disability Evaluation: A Report Based on Clinical Experience. In ESCORPIZIO/BRAGE/HOMA/STUCKI (ed.), Handbook of Vocational Rehabilitation and Disability Evaluation, Ed. Springer (2015), Chapter 18
- KANDELL ERIC R., Das Zeitalter der Erkenntnis. Die Erforschung des Unbewussten in Kunst, Geist und Gehirn von der Wiener Moderne bis heute. Siedler Verlag (2012).
- KATER HORST: Das ärztliche Gutachten im sozialgerichtlichen Verfahren. Verlag Erich Schmidt (2008).
- KIESER UELI, Unklare Beschwerdebilder – alles klar? Schweiz. Ärztezeitung 2015; 96: 1212–1214.
- KOPP HANS GEORG, «Massgeschneidertes» vom Bundesgericht. Schweiz. Ärztezeitung 2015; 96: 1209–1211.
- LINDEN M., BARON S., MUSCHALLA B., Mini-ICF-APP. Huber Verlag (2009).
- MERSKEY H., BOGDUK N. (ed.), Classification of Chronic Pain. IASP Press (1994).
- MEYER ULRICH, Somatoforme Schmerzstörung – ein Blick zurück auf eine Dekade der Entwicklung. Sozialversicherungsrechtstagung 2010. Schriftenreihe IRP-HSG, Band 73 (2011), S. 9–35.
- MEYER ULRICH, Tatfrage – Rechtsfrage. In RIEMER-KAFKA G. (Hrsg.), Grenzfälle in der Sozialversicherung. Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 94, Schulthess Verlag (2015), S. 83–102.
- MOSIMANN HANS-JAKOB, Perspektiven der Überwindbarkeit. Zur Schmerzrechtsprechung des Bundesgerichts. SZS/RSAS 3/2014; S. 185–220.
- MÜLLER URS, Das Verwaltungsverfahren in der Invalidenversicherung. Stämpfli Verlag (2010).
- MÜLLER URS, Die natürliche Vermutung in der Invalidenversicherung. In RIEMER-KAFKA G., RUMO-JUNGO A. (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit. Stämpfli Verlag (2010), S. 549–569.
- RIEMER-KAFKA GABRIELA G., Zur Überwindung der Überwindbarkeitsvermutung. Einige Gedanken zum Bundesgerichtsurteil 9C_492/2014 vom 03. Juni 2015. SZS/RSAS 2015; Nr. 4: 373–381.
- ROMANN CHRISTINE, «Somatoforme Schmerzstörung»: Kehrtwende des Bundesgerichts. Schweiz. Ärztezeitung 2015; 96: 1205.
- RUSSELL J.I., LARSON A.A., Neurophysiopathogenesis of Fibromyalgia Syndrome: A Unified Hypothesis. Rheum Dis Clin N Am 2009; 35: 421–435.
- SCHWEIZ. GESELLSCHAFT FÜR RHEUMATOLOGIE, Leitlinien für die Begutachtung rheumatologischer Krankheiten und Unfallfolgen. Schweiz. Ärztezeitung 2007; 88: 736–742.
- SIEGRIST M. et al., Beurteilung der Weiterbildung durch Fachärztinnen und Fachärzte. Schweiz. Ärztezeitung 2015 ; 96 : 758–763.
- SOMMER C. et al., Ätiopathogenese und Pathophysiologie des Fibromyalgiesyndroms und chronischer Schmerzen in mehreren Körperregionen. Schmerz 2008; 22: 267–282.

- SPÄTH M., BRILEY M., Fibromyalgia: a complex syndrome requiring a multidisciplinary approach. *Hum Psychopharmacol Clin Exp* 2009; 24: S3–S10.
- UEXKÜLL THURE (Hrsg.), *Psychosomatische Medizin. Theoretische Modelle und klinische Praxis*. Verlag Elsevier Urban & Fischer, 7. Aufl. (2011).
- WANG X.S., Pathophysiology of Cancer-Related Fatigue. *Clin J Oncol Nurs* 2008; 12 : 12–20.
- WINFIELD JOHN, Fibromyalgia and Related Central Sensitivity Syndromes: Twenty-five Years of Progress. *Seminars of Arthritis and Rheumatism* 2007; 36: 335–338.
- WOLFE F. et al., The American College of Rheumatology 1990 Criteria for the Classification of Fibromyalgia. *Arthritis and Rheumatism* 1990; 33: 160–172.