

Rechtsprechung zum Thema Schmerz und Dauerleistungen der Invalidenversicherung (CH): Wie weiter?

Andreas Traub

**Seminar gmttb
Konstanz, 7. Juni 2013**

- I. Schmerzspezifische Rechtsprechung (IV)
- II. Zuständigkeiten von Medizin und Recht
 - Natur der «Überwindbarkeitsvermutung»?
 - Beweisrechtliche Begründbarkeit der (Sonder-)Rechtsprechung
- III. Der Weg von der Diagnose zur Arbeitsunfähigkeit
 - Diskriminierende Schmerzrechtsprechung?
 - Skizze eines verallgemeinerten Prüfungsprogramms

I. Schmerzspezifische Rechtsprechung im Überblick. Rechtsgrundlagen

- Art. 4 Abs. 1 IVG: «Die Invalidität (Art. 8 ATSG [= voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit]) kann **Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall** sein.»
- Art. 6 ATSG: «Arbeitsunfähigkeit ist die **durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte**, volle oder teilweise Unfähigkeit, (...) zumutbare Arbeit zu leisten. (...).»
- Art. 7 Abs. 2 ATSG: «Für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit sind **ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen**. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt zudem nur vor, wenn sie **aus objektiver Sicht nicht überwindbar** ist.»

I. Schmerzspezifische Rechtsprechung im Überblick. **Gesetzliche Vorgabe: Kausalzusammenhang**

Geburtsgebrechen – Krankheit – Unfall



Gesundheitsschaden
(versicherter Faktor)



Funktionsverlust



Arbeitsunfähigkeit
(erwerblich zu gewichtender Gegenstand der Entschädigung)

I. Schmerzspezifische Rechtsprechung im Überblick. **Die beiden Ebenen der Anspruchsprüfung**

- **Feststellung des Gesundheitsschadens**
 - *kausales* Element: Was trägt zur funktionellen Beeinträchtigung bei?
 - massgebendes Substrat im Hinblick auf die Folgenabschätzung
- **Abschätzung der funktionellen Auswirkungen**
 - *finaleles* Element: Wie sehen die Folgen des Gesundheitsschadens aus?
 - tatsächliche Auswirkungen der rechtlich relevanten Faktoren (→ Arbeitsunfähigkeit)

I. Schmerzspezifische Rechtsprechung im Überblick. Anwendungsbereich der «Schmerzrechtsprechung»

- «**pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage**»
 - *somatoforme Schmerzstörung* (ICD-10 Ziff. F45.4; BGE 130 V 352, 131 V 49)
 - *Fibromyalgie* (ICD-10 Ziff. M79.0; BGE 132 V 65)
 - *dissoziative Sensibilitäts- und Empfindungsstörung* (ICD-10 Ziff. F44.6; Urteil I 9/07 vom 9. Februar 2007, E. 4)
 - *Chronic Fatigue Syndrome* und *Neurasthenie* (Urteil I 70/07 vom 14. April 2008, E. 5)
 - *HWS-Beschleunigungstrauma* (BGE 136 V 279)
- **Unterscheide:** „grenzwertige Diagnosen“, z.B. *Dysthymie* (ICD-10 Ziff. F34.1), werden für sich allein genommen häufig gar nicht als Gesundheitsschaden im Rechtssinn anerkannt (Urteil I 649/06, E. 3.3.1).

I. Schmerzspezifische Rechtsprechung im Überblick. **Unterschiede somatogener / somatoformer Schmerz**

- **Somatogener** Schmerz:
 - In der Regel objektivierbare organische Prozesse
 - Ätiopathogenese und funktionelle Folgen evident
- **Somatoforme** Schmerzstörung:
 - Ätiopathogenese beruht auf psychodynamischem Erklärungsmodell
 - keine gesicherten Schlüsse («Objektivierung») bezüglich *Bestand, Ausmass und Charakteristik des Schmerzes* möglich
 - kaum verallgemeinerungsfähige Regelzusammenhänge zwischen Schmerz und *Leistungsstatus* benennbar
 - **Ausgleich dieser «Defizite» durch ein besonderes, kriteriengeleitetes Prüfungsprogramm**

I. Schmerzspezifische Rechtsprechung im Überblick. **Grundzüge der Rechtsprechung**

Ausschlusskriterien (BGE 131 V 49):

- erhebliche Diskrepanz zwischen geschilderten Schmerzen und gezeigtem Verhalten / Anamnese
 - Angabe intensiver Schmerzen, deren Charakterisierung jedoch vage bleibt
 - fehlende Inanspruchnahme medizinischer Behandlung
 - demonstrativ vorgetragene Klagen, die auf den Sachverständigen unglaubwürdig wirken
 - Behauptung schwerer Einschränkungen im Alltag, obwohl das psychosoziale Umfeld weitgehend intakt ist
- *betrifft Ebene «Feststellung des Gesundheitsschadens»*

I. Schmerzspezifische Rechtsprechung im Überblick. **Grundzüge der Rechtsprechung**

Vermutung, dass somatoforme Schmerzen (und vergleichbare Beschwerden) **überwindbar** sind:

- «Überwindbarkeit» meint:
mit einer leidensangepassten Tätigkeit (ganz oder teilweise) vereinbar
- **Ressourcen** vorhanden *und* mobilisierbar?
- Überwindbarkeit setzt **Zumutbarkeit** der hierfür erforderlichen **Willensanstrengung** voraus
- Beurteilung anhand eines **Kriterienkatalogs**

I. Schmerzspezifische Rechtsprechung im Überblick. **Grundzüge der Rechtsprechung**

- **«Überwindbarkeitskriterien» (BGE 130 V 352; in Anlehnung an FOERSTER):**
 - psychische Komorbidität von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer
 - chronische körperliche Begleiterkrankungen
 - mehrjähriger, chronifizierter Krankheitsverlauf
 - sozialer Rückzug
 - primärer Krankheitsgewinn
 - Scheitern einer konsequent durchgeführten ambulanten oder stationären Behandlung trotz kooperativer Haltung der versicherten Person
- *betrifft Ebene «Abschätzung der funktionellen Auswirkungen»*

II. Medizin und Recht: Zuständigkeiten. Natur der «Überwindbarkeitsvermutung»?

- **Zuständigkeit der Medizin:**
 - *Tatfragen*, zielen auf Antworten empirisch-naturwissenschaftlicher Art
 - geteilte Zuständigkeit:
 - Beantwortung durch Medizin
 - Bestätigung durch Rechtsanwender mittels *Beweiswürdigung* (Sachverhaltsfeststellung)
- **Zuständigkeit des Rechts:**
 - *Rechtsfragen*, zielen auf Antworten normativer Art
 - alleinige Zuständigkeit des Rechtsanwenders
 - *aber*: Beantwortung auf der Grundlage ärztlicher Feststellungen

II. Medizin und Recht: Zuständigkeiten. **Natur der «Überwindbarkeitsvermutung»?**

Einige oft vernommene Behauptungen / Thesen auf dem Prüfstand:

II. Medizin und Recht: Zuständigkeiten. Natur der «Überwindbarkeitsvermutung»?

«Überwindbarkeitsvermutung ist medizinisch-empirisch nicht abgestützt»

- Ursprünglich medizinische (Prognose-) Kriterien (FOERSTER) wurden in einen *rechtlichen Massstab* verwandelt
 - Ziele:
 - Ausschluss unversicherter Faktoren
 - Einbezug verfügbarer Ressourcen (Schadenminderung)
 - Nachvollziehende Kontrolle durch Rechtsanwender
- Also: *Kein* ungerechtfertigter Eingriff in Sphäre der Medizin

II. Medizin und Recht: Zuständigkeiten. Natur der «Überwindbarkeitsvermutung»?

«Unzulässige Übertragung einer rechtlichen Frage auf die medizinischen Sachverständigen»

- Achtung Missverständnis:
Jede Gutachterfrage ist versicherungsrechtlich determiniert
- Anfrage zuhanden der Versicherungsmedizin, ob – aus rein medizinischer Sicht – eine umschriebene Situation gegeben sei
- Gutachter wird nicht zu einer rechtlich gefärbten Aussage genötigt

II. Medizin und Recht: Zuständigkeiten. Beweisrechtlicher Grund der (Sonder-) Rechtsprechung

«Überwindbarkeitsvermutung ist Erfahrungssatz (Normhypothese), also Sache des Gesetzgebers»

- Umstrittene Vermutung ist keine tragende Säule der Rechtsprechung bei Dauerleistungen
- Stattdessen: *beweisrechtliche Fundierung* der Praxis
 - *Ausgangslage*: Bedingtheit des Funktionsausfalls durch Gesundheitsschaden ist grundsätzlich nicht beweisbar
 - Beweislastregel von Art. 8 ZGB
 - Nichtversichertsein einer ganzen Kategorie von Gesundheitsschädigungen wäre unhaltbar

II. Medizin und Recht: Zuständigkeiten. **Beweisrechtlicher Grund der (Sonder-) Rechtsprechung**

– *Lösung:*

Herabsetzung der Beweisanforderung,
im Gegenzug Kompensation des «Erkenntnisdefizits»
unter Wahrung

- des gesetzlichen Versicherungsschutzes
- der Verhältnismässigkeit
- der Rechtsgleichheit

III. Der Weg von der Diagnose zur Arbeitsunfähigkeit. Diskriminierender Krankheitsbegriff?

«Diskriminierende Sonderrechtsprechung hinsichtlich Zumutbarkeit resp. Überwindbarkeit»

- Ungleichbehandlung durch strengeren Zumutbarkeitsmassstab bei organisch nicht objektivierbaren Schmerzzuständen?
- Sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung:
 - Erfordernis eines Kausalzusammenhangs zwischen versichertem Gesundheitsschaden und Funktionsverlust (→ AUF)
 - fehlende Spezifität des Gesundheitsschadens

III. Der Weg von der Diagnose zur Arbeitsunfähigkeit. **Diskriminierender Krankheitsbegriff?**

- Streit um adäquate Bemessung der Arbeitsfähigkeit bei nicht objektivierbarem Schmerz betrifft auch die Frage nach dem **massgebenden Krankheitsmodell**:
 - bio-psychisch oder bio-psycho-sozial?
 - Gemengelage von bio-psycho-sozialen Faktoren
 - Gibt es
 - a) ein (ungerechtfertigtes) Abrücken vom medizinisch massgebenden Modell,
 - b) und dies obendrein – in diskriminierender Weise – nur bei organisch nicht objektivierbaren Schmerzen (u.Ä.)?

III. Der Weg von der Diagnose zur Arbeitsunfähigkeit. **Diskriminierender Krankheitsbegriff?**

Geltende Rechtsprechung sieht differenzierte Berücksichtigung von sozialen Faktoren vor:

1. Ebene des Gesundheitsschadens:

- Erfordernis einer Diagnose: Feststellung eines Gesundheitsschadens nach **engem** Modell
- Absicherung: Ausschlusskriterien (BGE 131 V 49)
- Für erwerbliche (Wieder-) Eingliederung evt. weiter gefassten Begriff des Gesundheitsschadens verwenden (präventiver Aspekt), das heisst Krankheitsschwelle u.U. tiefer ansetzen

III. Der Weg von der Diagnose zur Arbeitsunfähigkeit. **Diskriminierender Krankheitsbegriff?**

2. Ebene der Folgenabschätzung:

- Welches sind die Auswirkungen (allein) der anerkannten Kausalfaktoren in der effektiven Lebenssituation, anhand der individuellen Eigenschaften?
- *«**Psychosoziale und soziokulturelle Faktoren sind also mittelbar invaliditätsbegründend, wenn und soweit sie den Wirkungsgrad der – unabhängig von den invaliditätsfremden Elementen bestehenden – Folgen des Gesundheitsschadens beeinflussen**»*
(Urteil 9C_776/2010 vom 20.12.11 E. 2.3.3)

Genügt dies?

III. Der Weg von der Diagnose zur Arbeitsunfähigkeit. **Weiterer Handlungsbedarf**

Eher nein, denn:

Es bleibt das Problem einer **validen und reliablen** Trennung und Quantifizierung von versicherten («krankheitsbedingten») und nicht versicherten («psychosozialen und soziokulturellen») Faktoren

III. Der Weg von der Diagnose zur Arbeitsunfähigkeit. **Weiterer Handlungsbedarf**

Verbesserungsmöglichkeiten:

- **Beweiswürdigung:** Gutachten vermehrt im **Kontext** betrachten

- *Übriges medizinisches Dossier*

Behandlungsauftrag vs. Begutachtungsauftrag:

Berichte von *behandelnden Ärzten* sind regelmässig nicht selbständige Quelle für die Festlegung der

Arbeitsunfähigkeit (vgl. BGE 135 V 465 E. 4.5 S. 470),

können hingegen wertvoll sein zur Erfassung des

Gesundheitsschadens (vgl. etwa Urteil I 514/06 E. 2.2.1)

III. Der Weg von der Diagnose zur Arbeitsunfähigkeit. **Weiterer Handlungsbedarf**

- *Akten berufspraktischer Art*
(betreffend Arbeitsanamnese, berufliche Abklärung, berufliche Massnahmen der IV)
- *Ergebnisse berufspraktischer Tests:*
Aussagekraft von leistungsorientierten beruflichen Abklärungen (z.B. EFL) für die Beurteilung der Restarbeitsfähigkeit (Urteil 9C_833/2007 vom 4. Juli 2008 E. 3.3.2)
- Relativer Charakter des Beweiswertes eines Gutachtens

III. Der Weg von der Diagnose zur Arbeitsunfähigkeit. **Weiterer Handlungsbedarf**

- **Inhaltliche Standards:** Quellen der Begutachtung
 - Medizinische Leitlinien (wie jüngst für den Bereich der psychiatrischen Begutachtung erarbeitet)
 - Erfahrungssätze der *Evidence based Medicine* (EBM)
- **Methodik:** Rationalisierung der Folgenabschätzung
 - Strukturierte Herleitung der Arbeitsunfähigkeit:
gutachtlicher «Algorithmus»
 - Denkstrukturen nach **ICF** («*Framework*»)

III. Der Weg von der Diagnose zur Arbeitsunfähigkeit. **Skizze eines verallgemeinerten Prüfungsprogramms**

Methodik (in Anlehnung an ICF), Schritte in der Übersicht:

1. Feststellung und Beschreibung des Gesundheitsschadens
2. Bestandaufnahme der eingeschränkten Grundfunktionen
3. Abgleich mit erwerbsrelevanten Fähigkeiten
4. Anforderungsprofil für Verweisungstätigkeiten, Schluss auf mögliche Verrichtungen (*qualitativ*)
5. Festlegung der konkret anrechenbaren funktionellen Einschränkung: Arbeits(un)fähigkeit (*quantitativ*)

III. Der Weg von der Diagnose zur Arbeitsunfähigkeit. **Skizze eines verallgemeinerten Prüfungsprogramms**

ad Schritt 5. / Ausblick:

**Verallgemeinerung der normativen Vorgaben
(Kriterienkatalog):**

- **Spezifizierung nach Krankheitsbildern**
(bessere Validität der Kriterien)
- **Verallgemeinerter Kriterienraster**, der sich dem jeweiligen Gesundheitsschaden flexibel anpasst
(je nach Handlungsbedarf)
- **Generalisierung der Praxis** über die nicht objektivierbaren (Schmerz-)Leiden hinaus: Ausschluss ungerechtfertigter Ungleichbehandlungen

III. Der Weg von der Diagnose zur Arbeitsunfähigkeit. **Skizze eines verallgemeinerten Prüfungsprogramms**

Wie helfen nun die (verallgemeinerten) Kriterien bei der «Validierung» schmerzbedingter Einschränkungen?

- **Harmonisierung** der medizinischen Prüfungsparameter
- **In-sich-Konsistenz** des Leidens (Ausschlusskriterien nach BGE 131 V 49)
- **Vertikale Kongruenz** der Einschränkungen mit dem diagnostizierten Gesundheitsschaden
- **Horizontale Kongruenz** der (erwerbsbezogenen) Einschränkungen im Vergleich mit anderen Lebensbereichen

III. Der Weg von der Diagnose zur Arbeitsunfähigkeit. **Skizze eines verallgemeinerten Prüfungsprogramms**

- **Bilanzierung** der Ressourcen und Belastungsfaktoren:
Ableitung der Zumutbarkeit („Überwindbarkeit“) aus dem Saldo
 - der mobilisierbaren Ressourcen und
 - der Belastungen (persönliche Faktoren, Umwelt)

„(...) nicht die Symptome machen die Leistungseinschränkung, sondern die Behinderung, die verbleibt, wenn Kompensationsmöglichkeiten erschöpft sind“

(BOCHNIK , in: Grundsätze und begriffliche Werkzeuge zur ärztlichen Ganzheitsorientierung, in: Bochnik/Hackhausen (Hrsg.), Personenorientierte Diagnostik und Begutachtung, München 1999, S. 3)

III. Der Weg von der Diagnose zur Arbeitsunfähigkeit. **Skizze eines verallgemeinerten Prüfungsprogramms**

Zielkonformere Anwendung der Kriterien; Beispiele:

- Stellenwert der **Komorbidität**:
 - Prämisse «*keine Arbeitsunfähigkeit ohne deutliche psychiatrische Komorbidität*» ist so weitverbreitet wie unzutreffend
 - *(Teil-)Überwindbarkeit* kann ggf. auch bejaht werden, obwohl gar *keine* Komorbidität vorliegt
(Urteil 9C_148/2012 vom 17. September 2012)

III. Der Weg von der Diagnose zur Arbeitsunfähigkeit. **Skizze eines verallgemeinerten Prüfungsprogramms**

- Zum Kriterium **«sozialer Rückzug»**:
 - Vergleich der Aktivitätenniveaus erwerblich/aussererwerblich
 - «proportionale» Betrachtungsweise: Beurteilung des sozialen Rückzugs im Verhältnis zu der in Frage stehenden Arbeitsunfähigkeit
 - Beispiel aus Gutachten: *«nur teilweiser Rückzug (innerfamiliär gute Beziehungen, ehrenamtliche Tätigkeit, Ferienreisen)»*
(spricht – entgegen der Meinung der Gutachter – nicht gegen eine 40-prozentige Arbeitsunfähigkeit)

Besten Dank für Ihre Geduld!