

Jörg Jeger

## **BGE 148 V 49: Ist das Bundesgericht rückfällig geworden?**

### **Gedanken aus medizinischer Sicht**

---

Mit den Leiturteilen BGE 144 V 50, BGE 145 V 361 und BGE 148 V 49 ist viel von den Intentionen des indirekten Indizienbeweises zur sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung psychischer Erkrankungen (BGE 141 V 281) verloren gegangen. Das Bundesgericht ist rückfällig geworden: Es arbeitet wieder mit medizinisch unhaltbaren Vermutungen (generelle «Gesundheitsvermutung», Vermutung einer nicht invalidisierenden Wirkung von leicht- bis mittelgradigen Depressionen) und legitimiert schwer nachvollziehbare Eigeneinschätzungen durch medizinisch nicht geschultes Personal («Parallelüberprüfungen»). Der gute Geist von BGE 141 V 281 ist schwer bedroht.

---

Beitragsart: Urteilsbesprechungen

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht, Sozialversicherungsrecht

Zitiervorschlag: Jörg Jeger, BGE 148 V 49: Ist das Bundesgericht rückfällig geworden?, in: Jusletter 10. Oktober 2022

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Krankheitsspezifische Leiturteile in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
  - A. Schleudertraumarechtsprechung BGE 117 V 359 vom 4. Februar 1991
  - B. Überwindbarkeitspraxis BGE 130 V 352 vom 12. März 2004
  - C. Kritik an der Überwindbarkeitspraxis
  - D. Nachteile krankheitsspezifischer Rechtsprechungen
- III. Die Indikatorenrechtsprechung BGE 141 V 281 vom 3. Juni 2015
  - A. Indikatorenrechtsprechung für die anhaltende somatoforme Schmerzstörung und ähnliche psychosomatische Störungen
  - B. Ausdehnung der Indikatorenrechtsprechung auf alle psychischen Erkrankungen
  - C. Vorteile der Indikatorenrechtsprechung aus medizinischer Sicht
- IV. Präzisierende Leiturteile zur Anwendung von BGE 141 V 281
  - A. BGE 144 V 50 vom 21. März 2018
  - B. BGE 145 V 361 vom 2. Dezember 2019
  - C. BGE 148 V 49 vom 17. November 2021
- V. Empirische Daten zu den Auswirkungen von depressiven Störungen
- VI. Fazit

## I. Einleitung

[1] Das am 17. November 2021 ergangene, als BGE 148 V 49 veröffentlichte Leiturteil hält im Regeste fest: *«Eine leicht- bis mittelgradige depressive Störung ohne nennenswerte Interferenzen durch psychiatrische Komorbiditäten lässt sich im Allgemeinen nicht als schwere psychische Krankheit definieren. Besteht dazu noch ein bedeutendes therapeutisches Potential, so ist insbesondere auch die Dauerhaftigkeit des Gesundheitsschadens in Frage gestellt. Diesfalls müssen gewichtige Gründe vorliegen, damit dennoch auf eine invalidisierende Erkrankung geschlossen werden kann. Attestieren die psychiatrischen Fachpersonen bei diesen Konstellationen trotz Verneinung einer schweren psychischen Störung ohne (allenfalls auf Nachfrage hin erfolgte) schlüssige Erklärung eine namhafte Einschränkung der Arbeitsfähigkeit, besteht für die Versicherung oder das Gericht Grund dafür, der medizinisch-psychiatrischen Folgenabschätzung die rechtliche Massgeblichkeit zu versagen.»*

[2] Aus der Sicht eines Mediziners stellen sich beim Lesen dieses Leiturteils folgende Fragen:

- Entspricht die Denkweise *«leicht bis mittelschwer ist nicht schwer, also nicht invalidisierend»* der medizinischen Realität?
- Ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung konsistent im Hinblick auf die Ergebnisoffenheit der Invaliditätsprüfung und das Vermeiden von *«Parallelüberprüfungen»*<sup>1</sup>?
- Rückt das Bundesgericht zunehmend ab von einem medizinisch nachvollziehbaren indirekten Beweis der Behinderung (Indizienbeweis nach BGE 141 V 281)?
- Ist das Bundesgericht rückfällig geworden?

---

<sup>1</sup> *«Parallelüberprüfung»*, auch *«Parallelbeurteilung»* genannt: Abweichung des Rechtsanwenders von der medizinischen Leistungseinschätzung, wenn sich der Gutachter zwar an den Indikatoren nach BGE 141 V 281 orientiert, diese aber in den Augen des Rechtsanwenders *«nicht überzeugend»* interpretiert. Laut Bundesgericht ist eine *«davon losgelöste juristische Parallelbeurteilung»* rechtswidrig (BGE 141 V 281 E. 4.3), bei Vorliegen *«triftiger»* Gründe aber geboten (BGE 148 V 49).

## II. Krankheitsspezifische Leiturteile in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

### A. Schleudertraumarechtsprechung BGE 117 V 359 vom 4. Februar 1991

[3] Ab 1991 haben das frühere Eidgenössische Versicherungsgericht bzw. die sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts mehrere krankheitsspezifische Urteile erlassen im Hinblick auf die Anerkennung eines medizinischen Leidens als Invalidität oder als Unfallfolge.

[4] In BGE 117 V 359 zum «Schleudertrauma» (HWS-Distorsion) hielt das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht in der Regeste fest: *«Bei einem typischen Beschwerdebild mit einer Häufung von Beschwerden ist der natürliche Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit in der Regel anzunehmen. Ein solcher Unfall kann nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung eine Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit herbeiführen.»*

[5] Das höchste Gericht beschrieb ein *«typisches Beschwerdebild»*, das die Medizin so nie definiert hatte. Das (für die Versicherten positive, für die Versichertengemeinschaft negative) Urteil war im internationalen Vergleich einzigartig und führte zum Phänomen des *«helvetischen Schleudertraumas»*.<sup>2</sup> Aufgrund dieser Rechtsprechung konnten allein auf der Basis geklagter Beschwerden umfassende Versicherungsleistungen bis hin zu Renten ausgelöst werden. Der Leitentscheid hat falsch-positive Entscheide provoziert und die Versicherungswirtschaft viel Geld gekostet.

### B. Überwindbarkeitspraxis BGE 130 V 352 vom 12. März 2004

[6] Im Effekt völlig konträr stellte sich die Situation für die Versicherten im Leiturteil BGE 130 V 352 zur anhaltenden somatoformen Schmerzstörung dar. Hier stellte das Bundesgericht fest: *«Eine diagnostizierte anhaltende somatoforme Schmerzstörung allein vermag in der Regel keine lang dauernde, zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVG zu bewirken.»* Das Gericht ging von einer Vorannahme aus, die angeblich einer *«medizinischen Empirie»* entspreche.

[7] Im Urteil wurden Ausnahmekriterien (sog. FOERSTER-Kriterien, in Anlehnung an den deutschen Psychiater KLAUS FOERSTER) zur Anerkennung einer Schmerzstörung als Invalidität formuliert, die in der Anwendungspraxis kaum je zu erfüllen waren. Das Bundesgericht äusserte die Ansicht, die Auswirkungen dieser Krankheit seien *«in der Regel mit zumutbarer Willensanstrengung überwindbar»* (Regel mit Ausnahmen). Die Ausnahmeregelung führte in der Anwendungspraxis – aus der Sicht der Medizin – gehäuft zu falsch-negativen Entscheiden und war den Betroffenen gegenüber kaum verständlich vermittelbar.

[8] Mit Folgeurteilen wurde die *«Überwindbarkeitspraxis»* (auch *«Schmerzrechtsprechung»* genannt) auf weitere Krankheiten ausgedehnt: Fibromyalgie<sup>3</sup>, dissoziative Sensibilitäts- und Empfindungsstörung<sup>4</sup>, dissoziative Bewegungsstörung<sup>5</sup>, Neurasthenie<sup>6</sup>, Chronic Fatigue Syndrome<sup>7</sup>, HWS-

---

<sup>2</sup> GERHARD JENZER, 15 Jahre helvetisches Schleudertrauma, Schweizerische Ärztezeitung 2006; 87: 26: 1230–1233.

<sup>3</sup> BGE 132 V 65 vom 8. Februar 2006.

<sup>4</sup> Urteil des Bundesgerichts I 9/07 vom 9. Februar 2007.

<sup>5</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_903/2007 vom 30. April 2008.

<sup>6</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_662/2009 vom 17. August 2009.

<sup>7</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_662/2009 vom 17. August 2009.

Distorsion QTF Grad II<sup>8</sup> und nicht-organische Hypersomnie<sup>9</sup>. Das Bundesgericht fasste diese psychosomatischen Krankheiten zusammen unter dem Gruppenbegriff «*pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage*», was ausserhalb der Rechtsprechung gehäuft mit dem Akronym PÄUSBONOG (französisch: SPECDO) versehen wurde.

[9] Nicht der Überwindbarkeitspraxis unterworfen wurde dagegen – aus medizinischer Sicht erstaunlicherweise – die Cancer Related Fatigue (krebsassoziierte Müdigkeit).<sup>10</sup> Eine an Krebs erkrankte Person musste sich nicht mehr «*willentlich anstrengen*».

### C. Kritik an der Überwindbarkeitspraxis

[10] In der Folge wurde die «*medizinische Empirie*», auf die sich das Bundesgericht berief, von medizinischer Seite überprüft.<sup>11</sup> Dabei konnte aufgezeigt werden: Die meisten klinischen Studien, welche die Auswirkungen chronischer Schmerzen auf Aktivität und Partizipation untersucht haben, belegen das Gegenteil: chronische Schmerzen gehören weltweit zu den häufigsten Gründen, weshalb Menschen nicht die volle Arbeitsleistung erbringen können. Sie führen gehäuft zu langzeitigen Arbeitsausfällen und Berentungen.

[11] In der juristischen Lehre wurde die Schmerzrechtsprechung früh und zunehmend heftig unter den verschiedensten Gesichtspunkten kritisiert. Geltend gemacht wurden rechtsstaatliche<sup>12,13</sup> und verfahrensrechtliche<sup>14</sup> Bedenken wie auch Diskriminierung.<sup>15</sup> Im Urteil BGer 9C\_776/2010 vom 20. Dezember 2011 befasste sich das Bundesgericht mit der Rechtmässigkeit der Überwindbarkeitspraxis und lieferte eine neue Begründung: «*Die Gesamtheit der ursprünglich als fachpsychiatrische Prognosekriterien formulierten Gesichtspunkte [...] ist zu einem rechtlichen Anforderungsprofil verselbständigt worden. [...] Die einzelnen Kriterien orientieren sich zwar an medizinischen Erkenntnissen. Eine direkte Anbindung besteht aber nicht, weshalb sich die Frage der Validierung hier nicht stellt.*» (E. 2.4)

[12] Mit dieser Begründung hat das Bundesgericht wesentliche Elemente von der Ebene der Tatfragen (Evaluation der realen Leistungsfähigkeit eines konkreten Patienten mit einer bestimmten Krankheit) auf die Ebene der Rechtsfragen verschoben und dem direkten Beweis entzogen: Ein eleganter – medizinisch aber nicht überzeugender – Schachzug.

---

<sup>8</sup> BGE 136 V 279 vom 30. August 2010.

<sup>9</sup> BGE 137 V 64 vom 25. Februar 2011.

<sup>10</sup> BGE 139 V 346 vom 19. Juni 2013.

<sup>11</sup> JÖRG JEGGER, Die Entwicklung der «Foerster-Kriterien» und ihre Übernahme in die bundesgerichtliche Rechtsprechung, Geschichte einer Evidenz, in: Jusletter 16. Mai 2011.

<sup>12</sup> THOMAS GÄCHTER/TANIA TREMP, Schmerzrechtsprechung am Wendepunkt?, in: Jusletter 16. Mai 2011.

<sup>13</sup> MATTHIAS KRADOLFER, Nicht objektivierbare Gesundheitsschäden im Lichte der EMRK mit einem Vorwort von Philip Stolkin, fgr – Forum Gesundheitsrecht, Band Nr. 20, Zürich 2012.

<sup>14</sup> URS MÜLLER, Die natürliche Vermutung in der Invalidenversicherung, in: Gabriela Riemer-Kafka/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010.

<sup>15</sup> JÖRG-PAUL MÜLLER, Zur medizinischen und sozialrechtlichen Beurteilung von Personen mit andauernden somatoformen Schmerzstörungen und ähnlichen Krankheiten im Verfahren der Invalidenversicherung, in: Jusletter 28. Januar 2013.

## D. Nachteile krankheitsspezifischer Rechtsprechungen

[13] Rechtsprechungen, die nur für eine bestimmte Krankheit gelten, führen zu einer Ungleichbehandlung von Menschen, die an verschiedenen Krankheiten mit vergleichbaren Behinderungen leiden. Eklatant war der Unterschied der rechtlichen Beurteilung von Patienten mit chronischen Schmerzen aufgrund einer HWS-Distorsion und Patientinnen mit chronischen Schmerzen aufgrund einer Fibromyalgie. Entscheidend für die Anerkennung als Invalidität sollte jedoch nicht die Diagnose sein, sondern das reale Ausmass der Behinderung auf der Ebene von Aktivität und Partizipation. Aus medizinischer Sicht unverständlich war, dass eine Müdigkeit aufgrund eines «Chronic Fatigue Syndrome» willentlich überwindbar sein sollte, eine krebsassoziierte Müdigkeit dagegen nicht. Diese gravierenden Unterschiede betrafen den Zeitraum von 2004 (Erlass von BGE 130 V 352) bis 2015 (Erlass von BGE 141 V 281).

[14] Versicherte, die Rentenansprüche stellen, leiden sehr oft an Komorbiditäten. In der Altersklasse der über 50-jährigen sind Komorbiditäten die Regel, nicht die Ausnahme. Das reale Ausmass einer Behinderung ist geprägt von ungünstigen Interferenzen und Summationseffekten. Komorbiditäten sind «Ressourcenfresser». Komorbiditäten sind bedeutend schwieriger zu behandeln als einzelne Krankheiten. Es ist viel schwieriger, zuverlässige Aussagen zur Prognose zu machen, da sich Forschungsergebnisse meistens auf Menschen mit Monomorbiditäten beziehen. Das Aufteilen eines Menschen in verschiedene Krankheiten erhöht die Gefahr, dass das wahre Ausmass der Behinderung verkannt wird. Dies widerspricht dem in BGE 141 V 281 E. 3.4.2.1 aufgeführten Grundsatz: «*Arbeitsunfähigkeit leitet sich gleichsam aus dem Saldo aller wesentlichen Belastungen und Ressourcen ab.*»

[15] Medizin und Recht entwickeln sich mit unterschiedlichen Geschwindigkeiten, die Medizin eher kontinuierlich, das Recht eher diskontinuierlich (Gesetzesrevisionen, Änderungen der Rechtsprechung). Krankheitsspezifische Rechtsprechungen können das Tempo der medizinischen Entwicklung nicht adäquat mitverfolgen. So hat die ICD-11<sup>16</sup> die Diagnose der anhaltenden somatoformen Schmerzstörung (ICD-10 F 45.40) aufgegeben. Die Klassifizierung chronischer Schmerzen wurde vollkommen neu konzipiert<sup>17</sup> und aus dem Kapitel psychiatrischer Erkrankungen herausgenommen. Der chronische Schmerz wird nicht mehr als primär psychisches Leiden aufgefasst, was den Ergebnissen der modernen Schmerzforschung entspricht: Chronischer Schmerz ist ein komplexes biopsychosoziales Phänomen. Krankheitsspezifische Rechtsprechungen führen vermehrt zu Verwerfungen an der Grenzfläche von Medizin und Recht.

[16] Krankheitsspezifische Rechtsprechungen laufen Gefahr, dass sie auf Annahmen beruhen, die medizinisch nicht haltbar sind («*typisches Beschwerdebild*», «*willentliche Überwindbarkeit*», Tinnitus als psychisches Leiden<sup>18</sup>, Auswirkungen und Behandelbarkeit von Depressionen). Es ist un-

---

<sup>16</sup> Die ICD-11 wurde von der WHO per 1. Januar 2022 eingeführt. Die Mitgliedsländer können selber entscheiden, wann und in welchen Teilbereichen sie die neue Klassifikation der Krankheiten einführen wollen. Geplant ist eine Übergangsfrist von 5 Jahren. Die Schweiz hat über das Datum der Einführung noch nicht entschieden. Bisher liegt die ICD-11 in den Sprachen Englisch, Französisch, Spanisch, Arabisch und Chinesisch vor. Die deutsche Fassung ist erst als Entwurf verfügbar.

<sup>17</sup> KONRAD MAURER, Chronische Schmerzen als eigenständige Krankheit neu im ICD-11, Schweizerische Ärztezeitung 2020;101: 977–978.

<sup>18</sup> In BGE 138 V 248 hat das Bundesgericht den nicht objektivierbaren Tinnitus einseitig den psychischen Leiden zugeordnet, was so mit der medizinischen Forschung nicht vereinbar ist und weder der ICD-10 noch der ICD-11 entspricht. Vgl. JÖRG JEGGER, Tinnitus: ein psychisches Leiden?, in: Jusletter 3. Mai 2012.

wahrscheinlich, dass die Rechtsprechung den Stand der medizinischen Forschung kontinuierlich verfolgen und angemessen würdigen kann.

[17] Krankheitsspezifische Rechtsprechungen fördern das Phänomen, dass Versicherte, Ärzte, Rechtsvertreter und Versicherungen darum kämpfen, dass die «bessere» Diagnose vorliegt, damit die für sie günstigere Rechtsprechung zur Anwendung kommt. In Berichten zu Händen der Versicherung werden ungünstige Diagnosen unterdrückt, günstige Diagnosen überbewertet, die medizinische Realität wird verfälscht («Jurisdiktions-Bias»).

### III. Die Indikatorenrechtsprechung BGE 141 V 281 vom 3. Juni 2015

#### A. Indikatorenrechtsprechung für die anhaltende somatoforme Schmerzstörung und ähnliche psychosomatische Störungen

[18] Nach knapp 10-jähriger stereotyp-repetitiver Kritik an der Überwindbarkeitspraxis hat das Bundesgericht im Juni 2015 einen wegweisenden Leitentscheid (BGE 141 V 281) gefällt und die Rechtsprechung zu den psychosomatischen Erkrankungen auf eine neue Basis gestellt. Was dem direkten Beweis nicht zugänglich ist (die Behinderung mit ihren funktionellen Auswirkungen auf Aktivität und Partizipation) wird indirekt anhand von Indikatoren bewiesen. Wesentliche Elemente des indirekten Beweises sind der *funktionelle Schweregrad* der Erkrankung und die *Konsistenz*. Die beiden Beweisthemen werden anhand von festgelegten Indikatoren geprüft.

[19] Der neue Leitentscheid wurde schon bald nach Erlass in der medizinischen<sup>19</sup> und in der juristischen<sup>20</sup> Fachliteratur als wesentlicher Fortschritt begrüsst. Gelobt und bestaunt wurde auch die eingehende Selbstkritik des Bundesgerichts an seiner alten, aufgrund der Erkenntnisse nicht mehr haltbaren Überwindbarkeitspraxis. «Das Bundesgericht setzt sich im hier zu besprechenden Grundsatzentscheid eingehend und mit erstaunlicher Offenheit mit der gesamten Kritik auseinander. Es erläutert einerseits die Gründe, die zur bisherigen Rechtsprechung geführt haben, und ändert in der Folge seine eigene Praxis in zentralen Punkten.»<sup>21</sup>

[20] Was die Bedeutung medizinischer Gutachten anbelangt, so schrieben GÄCHTER/MEIER: «Die Praxisänderung hat auch Auswirkungen auf den Stellenwert medizinischer Gutachten und allgemein ärztlicher Stellungnahmen. Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung wiederholt festgehalten, dass einem Gutachten aus rechtlicher Sicht zu folgen ist, wenn der medizinische Sachverständige *lege artis* begutachtet und unter Berücksichtigung der normativen Vorgaben (damals noch Foerster-Kriterien) auf eine erhebliche Arbeitsunfähigkeit schliesst.»<sup>22</sup> Es ergab sich also Anlass zur Annahme, dass der Rechtsanwender nicht von der medizinischen Leistungseinschätzung abrückt, wenn die Gutachter ausführlich zu den Indikatoren Stellung nehmen, d.h. dass sogenannte «Parallelüberprüfungen» durch den Rechtsanwender künftig unterbleiben werden.

---

<sup>19</sup> JÖRG JEGGER, Die neue Rechtsprechung zu psychosomatischen Krankheitsbildern – eine Stellungnahme aus ärztlicher Sicht, in: Jusletter 13. Juli 2015.

<sup>20</sup> GABRIELA RIEMER KAFKA, Zur Überwindung der Überwindbarkeitsvermutung, SZS 4/2015, S. 373–381.

<sup>21</sup> THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, in: Jusletter 29. Juni 2015, [Rz 6].

<sup>22</sup> THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, in: Jusletter 29. Juni 2015, [Rz 83].

## B. Ausdehnung der Indikatorenrechtsprechung auf alle psychischen Erkrankungen

[21] BGE 141 V 281 galt vorerst für die anhaltende somatoforme Schmerzstörung (ICD-10 F45.40) und ähnliche psychosomatische Störungen. Auch nach Erlass von BGE 141 V 281 pflegte das Bundesgericht eine spezielle Rechtsprechung für Depressionen, die zunehmend heftig kritisiert wurde. So schrieb EVA SLAVIK nach sorgfältiger Analyse der gesetzlichen Grundlagen: *«Die sozialversicherungsrechtliche Gesetzgebung selber schreibt nicht vor, dass bestimmte Krankheiten aus dieser grundsätzlichen Vorgehensweise ausgenommen sein sollen. Die vom Bundesgericht entwickelte Depressionspraxis führt aber dazu, dass im Hinblick auf die Beurteilung von Rentengesuchen von versicherten Personen mit depressiven Erkrankungen erheblich von diesem an sich einheitlichen, gesetzlichen und rechtsprechungsgemässen Grundkonzept abgewichen wird.»*<sup>23</sup>

[22] Umso mehr wurde begrüsst, dass das Bundesgericht mit den Urteilen BGE 143 V 409 und 143 V 418 vom 30. November 2017 die spezielle Rechtsprechung für leicht- bis mittelgradige Depressionen aufgab und deren Beurteilung der «Indikatorenrechtsprechung» nach BGE 141 V 281 unterwarf. Gewürdigt wurde in der juristischen Lehre insbesondere auch, dass das Bundesgericht medizinische Fakten zum Verlauf von Depressionen berücksichtigte: *«Das Bundesgericht nimmt auch den medizinischen Wissensstand zur Kenntnis, wonach viele depressive Erkrankungen prinzipiell durch Antidepressiva und Psychotherapie behandelbar sind. Selbst wenn in der Mehrzahl der Fälle depressive Episoden, adäquat behandelt, günstig verlaufen und es zu einer vollständigen Remission oder Teilremission innert weniger Monate kommt, liegen dennoch, trotz lege artis durchgeführter Behandlungsmassnahmen, chronische Verläufe mit über zweijähriger Dauer vor.»*<sup>24</sup>

[23] Mit BGE 145 V 215 vom 11. Juli 2019 erfolgte die Ausdehnung des Geltungsbereichs auch auf primäre Abhängigkeitssyndrome (Suchterkrankungen). Damit gilt die Indikatorenrechtsprechung nach BGE 141 V 281 für das gesamte Spektrum psychischer Erkrankungen.

## C. Vorteile der Indikatorenrechtsprechung aus medizinischer Sicht

[24] Das strukturierte Beweisverfahren nach BGE 141 V 281 hat aus Sicht der Medizin viele Vorteile. Die empirisch leicht widerlegbare richterliche Vorannahme wird ersetzt durch ein strukturiertes indirektes Beweisverfahren. Das Urteil ist geprägt von einem modernen, ressourcenorientierten Verständnis von Behinderung, in Anlehnung an die ICF:<sup>25</sup> Behinderung resultiert aus einem Wechselspiel zwischen dem betroffenen Menschen und seiner Umwelt. Diese Sichtweise gipfelt in E. 3.4.2.1: *«Arbeitsunfähigkeit leitet sich gleichsam aus dem Saldo aller wesentlichen Belastungen und Ressourcen ab.»*

[25] BGE 141 V 281 verlegt den Hauptfokus von der Diagnose auf die zu beweisenden funktionalen Einschränkungen mit Auswirkungen auf Aktivität und Partizipation. Der Einbezug der Persönlichkeit als zu beurteilendes Element ist deshalb wertvoll, weil nicht nur beachtet wird, welche Krankheit vorliegt, sondern auch, wen die Krankheit getroffen hat. Die vom Bundesge-

---

<sup>23</sup> EVA SLAVIK, Invalidenrentenanspruch bei depressiven Erkrankungen, in: Jusletter 4. September 2017, [Rz 16].

<sup>24</sup> THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER, Praxisänderung zu Depressionen und anderen psychischen Leiden, in: Jusletter 15. Januar 2018, [Rz 12].

<sup>25</sup> ICF: International Classification of Functioning, Disability and Health, eine Klassifikation der WHO (2001).

richt genannten Indikatoren sind medizinisch verständlich und beurteilbar, selbst wenn in der Anwendungspraxis ein Interpretationsspielraum bestehen bleibt.

[26] Entscheide aufgrund der neuen Praxis sind besser kommunizierbar als das empirisch schlecht abgestützte Postulat einer «*willentlichen Überwindbarkeit*», das mit einer impliziten Beleidigung verbunden ist: «*Sie sind selber Schuld an Ihrer Misere, Sie könnten schon arbeiten und Geld verdienen, wenn Sie nur wollten.*» Die neue Rechtsprechung verzichtet auf das schwer reproduzierbare psychodynamische Konstrukt des «*primären Krankheitsgewinns*».

#### **IV. Präzisierende Leiturteile zur Anwendung von BGE 141 V 281**

##### **A. BGE 144 V 50 vom 21. März 2018**

[27] BGE 144 V 50 ist laut Regeste ein «Anwendungsbeispiel für die Indikatorenprüfung nach BGE 141 V 281 auf der Grundlage eines Gutachtens, das bereits nach den Vorgaben von BGE 141 V 281 erstellt wurde.»

[28] Dem Leiturteil lag folgender Fall zu Grunde: Der ursprünglich aus Serbien stammende Bauhilfsarbeiter erkrankte im Sommer 2001 an akuten Rückenschmerzen. Die Computertomografie zeigte eine wenig ausgeprägte Segmentdegeneration L5/S1 mit Diskusprotrusion. Anfänglich bestanden auch Ausstrahlungen ins rechte Bein, bald standen aber lumbale Rückenschmerzen im Vordergrund und es wurde früh nebst der somatischen auch eine somatoforme Schmerzkomponente vermutet. Nach längerer 100 %iger Arbeitsunfähigkeit und einem stationären Aufenthalt in einer Rehabilitationsklinik konnte Herr M. wieder eine Arbeitsfähigkeit von 50 % realisieren, wobei er von seinem Arbeitgeber – einer kleinen Firma mit vier Angestellten – leichtere Arbeiten im Magazin zugewiesen erhielt, was wohl einem klassischen Nischenarbeitsplatz entspricht. Sowohl von den Ärzten der Rehabilitationsklinik wie auch vom betreuenden Hausarzt (einem Rheumatologen) wurde eine Arbeitsfähigkeit von 50 % attestiert. Darauf abgestützt sprach die IV-Stelle dem Versicherten (ohne Begutachtung) mit Verfügung vom 29. März 2004 eine halbe Rente ab November 2002 zu. Herr M. realisierte die ihm attestierte Restarbeitsfähigkeit bei seinem entgegenkommenden Arbeitgeber, welcher ihn wegen der Qualität der Arbeit sehr schätzte. Im Oktober 2008 verletzte sich Herr M. mit einem Hammer am rechten Vorderarm. Dies führte zu einer mehrmonatigen vollständigen (von der Suva akzeptierten) Arbeitsunfähigkeit mit einer Vielzahl von ärztlichen Behandlungsversuchen wegen somatisch nicht eindeutig erklärbaren Schmerzen. Im Dezember 2008 musste eine arthroskopische Teilmeniscektomie am rechten Knie vorgenommen werden. Schliesslich erreichte Herr M. wieder eine Arbeitsfähigkeit von 50 %. Die Weiterausrichtung der halben IV-Rente wurde mit Mitteilungen vom 23. März 2005, vom 19. Januar 2009 und vom 19. Januar 2011 mehrfach bestätigt.

[29] Im Rahmen der IVG-Revision 6a leitete die IV-Stelle 2012 ein Revisionsverfahren ein. Der RAD schrieb am 30. Juli 2012: «*Die Rentenzusprache enthält mehrere Unklarheiten, die medizinische Begründung hat stark syndromale Züge.*» Im März 2013 erfolgte eine bidisziplinäre rheumatologisch-psychiatrische Begutachtung. Der rheumatologische Experte schrieb, er könne auch retrograd zu keinem Zeitpunkt relevante Einschränkungen begründen, lediglich seit einer im Dezember 2008 vorgenommenen Knie-Arthroskopie und Meniscektomie rechts bestünden Einschränkungen von maximal 20 % als Bauarbeiter, leidensangepasst bestehe eine volle Arbeitsfähigkeit. Der Psychiater diagnostizierte eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung, aus psychiatrischer Sicht bestünden keine funktionellen Einschränkungen und es könne auch keine Behand-

lung empfohlen werden. Die IV-Stelle verfügte am 6. August 2014 die Aufhebung der Rente, wonach Herr M. an das kantonale Versicherungsgericht gelangte. In seinem Urteil vom 12. Mai 2015 hiess das Gericht die Beschwerde gut und verlangte weitere Abklärungen. In einer Beschwerde an das Bundesgericht machte die Rechtsvertreterin auf die inzwischen geänderte Rechtsprechung zu den psychosomatischen Erkrankungen aufmerksam. Auf diese Beschwerde ging das Bundesgericht im Urteil vom 23. Juli 2015 nicht ein. Aufgrund des kantonalen Gerichtsurteils beauftragte die IV-Stelle die MEDAS Zentralschweiz mit einer interdisziplinären rheumatologisch-psychiatrischen Begutachtung.

[30] Seit der letzten Begutachtung kam ein Schulterleiden (subacromiales Impingement rechts) hinzu, weswegen Herr M. am 19. Dezember 2013 operiert wurde. Zudem hatte sich rechts eine leichte Gonarthrose entwickelt. Der Facharzt des RAD, ebenfalls ein Rheumatologe, schrieb am 15. Mai 2014: *«Es wäre zielführend, wenn mit dem Versicherten und dem Arbeitgeber eine einvernehmliche Lösung zur Anpassung der Arbeitsfähigkeit gesucht würde. Dass der Versicherte wenn möglich nicht aus seinem langjährigen Arbeitsumfeld genommen werden sollte, wie vom behandelnden Rheumatologen befürchtet, ist klar.»*

[31] Im Gutachten vom 27. April 2016 kamen der Rheumatologe und der Psychiater in gemeinsamer Absprache und in Anlehnung an die Indikatoren aus BGE 141 V 281 zum Schluss, die Restarbeitsfähigkeit von Herrn M. liege bei 50 %, er realisiere seine attestierte Restarbeitsfähigkeit optimal an einem Nischenarbeitsplatz, bei dem er auf die Geduld und das Entgegenkommen des langjährigen Arbeitgebers angewiesen sei. Herr M. verfüge nicht über die notwendigen Ressourcen, um im ersten Arbeitsmarkt ein volles Arbeitspensum zu bewältigen.

[32] In einer öffentlichen Verhandlung entschied das Bundesgericht am 21. März 2018 mit 3 zu 2 Stimmen: Dieser inzwischen 59-jährige Mann gilt rechtlich als voll arbeitsfähig, die seit 2002 ausgerichtete halbe Rente ist ihm zu entziehen. Ausgerechnet an diesem Beispiel eines seit Jahren teilberenteten Mannes legte das Bundesgericht zudem fest, bei der Prüfung seines Falles sei davon auszugehen, dass er rechtlich gesehen *«grundsätzlich gesund»* sei (*«Gesundheitsvermutung»*) und eine rechtsrelevante Behinderung nicht bewiesen werden könne.

[33] In E. 4.3 formulierte das Bundesgericht folgende neue richterliche Vorannahme: *«Dabei gilt, dass die versicherte Person als grundsätzlich gesund anzusehen ist und sie ihrer Erwerbstätigkeit nachgehen kann.»* Damit wurden beweisrechtliche Argumente (Validität ist die Norm, Invalidität ist zu beweisen) mit medizinischen Elementen (verallgemeinernde Aussage zum Gesundheitszustand eines Kollektivs) vermischt. Die Aussage ist nicht mit der medizinischen Datenlage zum Gesundheitszustand der Schweizer Bevölkerung vereinbar und gilt erst recht nicht für das Kollektiv der erkrankten Versicherten, die einen Rentenantrag stellen bzw. schon seit Jahren eine Rente bezogen haben.<sup>26</sup>

[34] Mit BGE 144 V 50 wurde erneut eine empirisch nicht belegte richterliche Vorannahme in die Rechtsprechung eingeführt. Zudem wurde an einem der ersten Fälle eines psychiatrischen Gutachtens, das sich an die Indikatoren nach BGE 141 V 281 anlehnte, eine *«Parallelüberprüfung»*

---

<sup>26</sup> JÖRG JEGGER, *«Der Mensch ist gesund.» Gedanken eines Mediziners zu einer richterlichen Vermutung in BGE 144 V 50*, in: Jusletter 8. Oktober 2018.

demonstriert und zum Anwendungsbeispiel deklariert. BGE 144 V 50 untergräbt die in BGE 141 V 281 angelobte Ergebnisoffenheit sowie das Verbot einer «Parallelüberprüfung».<sup>27</sup>

## **B. BGE 145 V 361 vom 2. Dezember 2019**

[35] In BGE 145 V 361 hat das Bundesgericht das Urteil der Vorinstanz bestätigt, die von einer psychiatrischen Leistungseinschätzung (Arbeitsunfähigkeit 20 %) abgewichen ist und diese als nicht rechtsrelevant beurteilt hat. Das Bundesgericht hat dies zum Anlass genommen, einige Grundsätze zur rechtlichen Würdigung von ärztlichen Leistungseinschätzungen festzuhalten.

[36] E. 3.2.1. konstatiert, dass *«eine freie ärztliche Arbeits(un)fähigkeitsschätzung <nach bestem Wissen und Gewissen> als solche den rechtlich geforderten Beweis überwiegender Wahrscheinlichkeit für das Bestehen funktioneller Einbussen und/oder verminderter Ressourcen in aller Regel nicht zu erbringen vermag, weil sie weitgehend vom Ermessen des medizinisch-psychiatrischen Sachverständigen abhängt; dieses kann vom Rechtsanwender nicht zuverlässig nachvollzogen und überprüft werden»*. E. 3.2.2 bestätigt, dass nach BGE 141 V 281 keine *«davon losgelöste Parallelüberprüfung»* stattfinden soll. *«Vielmehr ist zu fragen, ob die funktionellen Auswirkungen medizinisch im Lichte der normativen Vorgaben widerspruchsfrei und schlüssig mit (zumindest) überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sind.»*

[37] Die ärztliche Leistungseinschätzung – so das Bundesgericht – kann *«in aller Regel»* (sic!) den Beweis für das Bestehen funktioneller Einschränkungen nicht rechtsgenügend erbringen. Wer kann dies dann: Der Rechtsanwender, der ebenso einem Ermessensspielraum unterworfen ist, aber über keinen medizinischen Sachverstand verfügt? Wird das Resultat dadurch valider, zuverlässiger, reproduzierbarer? Wohl kaum.

[38] Aufschlussreich und erstaunlich ehrlich ist die in E. 4.2.3 gemachte Aussage: *«Auch bei Einschränkungen von 30 % oder weniger, die als solche nicht rentenanspruchs begründend sind, hat die Rechtsprechung an den erwähnten Grundsätzen festgehalten. Im Urteil 8C\_378/2018 vom 30. November 2018 ist das Abweichen von der medizinisch-psychiatrischen Einschätzung – was bei niederen Arbeitsunfähigkeiten eher die Ausnahme darstellt – unverändert damit begründet worden, dass die funktionellen Auswirkungen der diagnostizierten Gesundheitsstörungen unter dem Blickwinkel der Standardindikatoren nicht überwiegend wahrscheinlich nachgewiesen waren...»* [...]

[39] Dies bestätigt die subjektive Einschätzung des Schreibenden, der als Gutachter den Eindruck hat, dass bei geringgradigen Einschränkungen der attestierten Arbeitsfähigkeit viel mehr Oberflächlichkeiten der Gutachter toleriert werden als bei hochgradigen Einschränkungen, die rechtliche Kontrolle der Gutachten somit in starkem Mass ergebnisorientiert erfolgt mit dem Hauptfokus, falsch-positive Rentenzusprachen zu vermeiden. Aus Sicht der Gesetzgebung zielkonform wäre aber, wenn mit der gleichen Akribie auch falsch-negative Entscheide vermieden würden.

---

<sup>27</sup> JÖRG JEGGER, Konsonanz oder Dissonanz, Gedanken eines Mediziners zum Begriff «Parallelüberprüfung» in BGE 141 V 281, in: Miriam Lendfers/Thomas Gächter/Hans-Jakob Mosimann (Hrsg.), *Allegro con moto*. Zürich/St. Gallen 2020, S. 215–237.

### C. BGE 148 V 49 vom 17. November 2021

[40] Die Regeste dieses Leitentscheides lautet: *«Eine leicht- bis mittelgradige depressive Störung ohne nennenswerte Interferenzen durch psychiatrische Komorbiditäten lässt sich im Allgemeinen nicht als schwere psychische Krankheit definieren. Besteht dazu noch ein bedeutendes therapeutisches Potential, so ist insbesondere auch die Dauerhaftigkeit des Gesundheitsschadens in Frage gestellt. Diesfalls müssen gewichtige Gründe vorliegen, damit dennoch auf eine invalidisierende Erkrankung geschlossen werden kann. Attestieren die psychiatrischen Fachpersonen bei diesen Konstellationen trotz Verneinung einer schweren psychischen Störung ohne (allenfalls auf Nachfrage hin erfolgte) schlüssige Erklärung eine namhafte Einschränkung der Arbeitsfähigkeit, besteht für die Versicherung oder das Gericht Grund dafür, der medizinisch-psychiatrischen Folgenabschätzung die rechtliche Massgeblichkeit zu versagen.»*

[41] Das Bundesgericht beurteilte den Rentenanspruch einer 56-jährigen Frau, die 2018 an einem Brustkrebs erkrankte und – bezüglich Krebsleiden – erfolgreich behandelt werden konnte. Sie litt an einer rezidivierenden depressiven Störung, gegenwärtig mittelgradige Episode, mit somatischer Komorbidität (Zustand nach Implantation einer Teilprothese am rechten Knie, Diabetes mellitus Typ 2, Brustkrebs, Dyspepsie, linksbetontes Zervikobrachialsyndrom beidseits, rechtskonvexe zervikale Skoliose, belastungsabhängiges Thorakalsyndrom, belastungsabhängiges pseudoradikuläres Lumbalsyndrom bei links-konvexer lumbaler Skoliose). Die Explorandin wurde in einer MEDAS polydisziplinär begutachtet. Der psychiatrische Fachexperte attestierte eine 50% Arbeitsunfähigkeit, wobei noch therapeutisches Potenzial bestehe. Das Gutachten wurde vom Gericht als rechtsgenügend anerkannt. IV-Stelle, kantonales Gericht und Bundesgericht verneinten die invalidisierende Wirkung der psychischen Erkrankung.<sup>28</sup>

[42] BGE 148 V 49 ist aus medizinischer Sicht insofern ein bedenklicher Rückschritt, als es sich um ein Leiterteil vom Typus «Krankheit X führt nicht zu Effekt Y» handelt. Von der Diagnose wird eine generelle Aussage («im Allgemeinen») zur Auswirkung abgeleitet. Medizinische Tatsachen werden teilweise auf die Ebene von Rechtsfragen erhoben, was leider – einmal mehr – zu einer Vermischung von Tatfragen und Rechtsfragen führt. Das Urteil erinnert damit an die alten Leitentscheide BGE 117 V 359 zum «Schleudertrauma» und BGE 130 V 352 zur anhaltenden somatoformen Schmerzstörung. Es widerspricht der in BGE 141 V 281 angelobten Ergebnisoffenheit der Prüfung des Einzelfalles und ist auch nicht kompatibel mit medizinischen Erkenntnissen.

[43] Wie kann man sich in verallgemeinernder Form zu den Auswirkungen einer Erkrankung äussern, ohne sich auf epidemiologische Daten (die medizinische Fachliteratur) abzustützen? Einmal mehr muss festgehalten werden: Krankheiten lesen keine Gerichtsurteile!

[44] Die bundesgerichtliche Argumentation lautet in verkürzter Form: *«leicht bis mittelschwer ist nicht schwer, deshalb nicht invalidisierend»*. Das erscheint vordergründig zwar logisch, widerspricht bei näherer Prüfung aber der medizinischen Realität.

---

<sup>28</sup> Inwieweit die medizinische Leistungseinschätzung nicht voll zu überzeugen vermochte, kann hier ohne Kenntnis des Gutachtens nicht überprüft werden. Kritisiert wird die Tatsache, dass das Gericht trotz mangelhaftem Gutachten eine (eigene) Leistungseinschätzung vorgenommen hat.

## V. Empirische Daten zu den Auswirkungen von depressiven Störungen

[45] Die deutsche AWMF-Leitlinie zur Unipolaren Depression erwähnt: «Nach Angaben der Deutschen Angestellten Krankenkasse (DAK) waren depressive Episoden unter den psychischen Störungen im Jahr 2013 die häufigste Einzeldiagnose im Zusammenhang mit Arbeitsausfalltagen. [...] Frühberentungen aufgrund von eingeschränkter Erwerbsfähigkeit werden am häufigsten durch psychische Erkrankungen bedingt. Auch hier stehen depressive Erkrankungen an erster Stelle der Ursachen.»<sup>29</sup>

[46] Laut ICD-11 (Code 6A70.1) werden die Auswirkungen einer mittelgradigen depressiven Episode wie folgt beschrieben: «Der Betroffene hat in der Regel erhebliche Schwierigkeiten, in mehreren Bereichen (persönlich, familiär, sozial, schulisch, beruflich oder in anderen wichtigen Bereichen) zu funktionieren.»<sup>30</sup>

[47] ROMAN SCHLEIFER et al. stellen in ihrer Übersichtsarbeit zur bundesgerichtlichen Einschätzung von Depressionen fest: «Die unipolaren Depressionen führen in Abhängigkeit von Schweregrad und Verlauf zu Einschränkungen der psychischen und kognitiven Funktionen wie Einschränkungen der Motivation, der Affektkontrolle, der Spannweite der Emotionen, der Aufmerksamkeit und des Antriebes. [...] Die Betroffenen weisen häufig eine schlechtere Lebensqualität als die Allgemeinbevölkerung auf. Charakteristisch sind weiterhin Probleme mit interpersonellen formellen und informellen Kontakten, den Emotionen, der Aufmerksamkeit und dem Antrieb (vgl. auch ICF Core Sets), Beziehungen, bei der Freizeitgestaltung und wesentlich auch im beruflichen Kontext, insbesondere mit einer reduzierten Leistungsfähigkeit und Produktivität. Depressive Störungen gelten als eine der wichtigsten Ursachen für Invalidität weltweit. [...] Ein relevanter Teil der depressiven Störungen von ca. 20% nimmt nicht nur unbehandelt, sondern auch unter einer lege artis durchgeführten Behandlung einen chronischen Verlauf.»<sup>31</sup>

[48] Die Stellungnahme der Autoren spiegelt die Haltung der folgenden Fachgesellschaften wider: Schweizerische Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie (SGPP), Schweizerische Gesellschaft für Angst und Depression (SGAD), Schweizerische Gesellschaft für Biologische Psychiatrie (SSBP), Schweizerische Gesellschaft für Versicherungspsychiatrie (SGVP). Die Publikation erhält dadurch eine gewichtige Bedeutung.

[49] SANTOLAYA PREGO DE OLIVER et al. führen auf: «Major depressive disorder (MDD) is highly prevalent in the Spanish primary care (PC) setting and the leading cause of disability in Spain.»<sup>32</sup>

[50] FILATOVA et al. betonen: «Major depressive disorder (MDD) is a heterogeneous disease affecting one out of five individuals and is the leading cause of disability worldwide. Presently, MDD is considered a multifactorial disease with various causes such as genetic susceptibility, stress, and other pathological processes.»<sup>33</sup>

[51] In ihrer Systematic Review kommen LAGERVELD et al. zum Schluss: «Strong evidence was found for the association between a long duration of depression and more (short-term and/or long-term) work disability. Moderate evidence was obtained for a relationship between more severe types of depressive

---

<sup>29</sup> AWMF, S3-Leitlinie/Nationale Versorgungsleitlinie Unipolare Depression. Langfassung, 2. Aufl., 2015, S. 23.

<sup>30</sup> Mittelgradige depressive Episode, ICD-11 Code 6A70.1.

<sup>31</sup> ROMAN SCHLEIFER et al., Der Begriff der Therapieresistenz bei unipolaren depressiven Störungen aus medizinischer und rechtlicher Sicht. Eine Standortbestimmung im Nachgang zu BGE 9C\_13/2016, HAVE 3/2017, S. 266–274.

<sup>32</sup> JESÚS SANTOLAYA PREGO DE OLIVER et al., Disability and perceived stress in primary care patients with major depression, *Psicothema* 2020; 32:167–175.

<sup>33</sup> ELENA V. FILATOVA et al., Major Depression: One Brain, One Disease, One Set of Intertwined Processes, *Cells* 2021 Jun; 10(6): 1283 [Epub].

*disorders, presence of co-morbid mental or physical disorders, older age, history of previous sick leave, and work disability.»<sup>34</sup>*

[52] Zu den durch Depressionen bedingten Produktivitätsverlusten schreiben CLARK et al. in ihrer Review: *«Although current evidence is limited, MDD-related cognitive dysfunction may have a direct negative impact on work productivity. Presenteeism is the key outcome impacted by cognitive deficits in Major Depressive Disorder (MDD).»<sup>35</sup>* Dabei bezeichnet Präsentismus das Phänomen, dass erkrankte Betroffene zwar zur Arbeit gehen, aber krankheitsbedingt nicht die volle Leistung erbringen können. Diese Produktivitätsverluste sind in der Regel nicht versichert und gehen zu Lasten des Arbeitgebers, was entsprechend gehäuft Kündigungen durch den Arbeitgeber provoziert.

[53] Mehrere Studien machen explizit auf die Problematik der psychiatrisch-somatischen Komorbiditäten aufmerksam, welche den Grad einer Behinderung erhöhen, so etwa EGEDE aus den USA 2007: *«The 12-month prevalence and odds of major depression are high in individuals with chronic medical conditions, and major depression is associated with significant increases in utilization, lost productivity and functional disability.»<sup>36</sup>* Passend dazu VAMOS et al. 2009: *«These findings further document the association between depression and health resource utilization and lost productivity in people with diabetes.»<sup>37</sup>*

[54] Die Kombination einer depressiven Störung mit chronischen Schmerzen ist im klinischen Kontext häufig. Dazu konstatieren BAIR et al. in einer Review: *«Because depression and painful symptoms commonly occur together, we conducted a literature review to determine the prevalence of both conditions and the effects of comorbidity on diagnosis, clinical outcomes and treatment. The prevalences of pain in depressed cohorts and depression in pain cohorts are higher than when these conditions are individually examined. The presence of pain negatively affects the recognition and treatment of depression. When pain is moderate to severe, impairs function and/or is refractory to treatment, it is associated with more depressive symptoms and worse depression outcomes (e.g. lower quality of life, decreased work function and increased health care utilization). Similarly, depression in patients with pain is associated with more pain complaints and greater impairment. Depression and pain share biological pathways and neurotransmitters, which has implications for the treatment of both concurrently.»<sup>38</sup>*

[55] In einer Systematic Review konstatieren ERVASTI et al.: *«Older age, somatic comorbidity, psychiatric comorbidity and more severe depression were associated with a lower rate of return to work.»<sup>39</sup>*

---

<sup>34</sup> SUZANNE E. LAGERVELD et al., Factors Associated with Work Participation and Work Functioning in Depressed Workers: A Systematic Review, *J Occup Rehabil* 2010; 20: 275–292.

<sup>35</sup> MARCI CLARC et al., Cognitive dysfunction and work productivity in major depressive disorder, Review, *Expert Review of Pharmacoeconomics & Outcome Research* 2016; 16: 455–463.

<sup>36</sup> LEONARD E. EGEDE, Major depression in individuals with chronic medical disorders: prevalence, correlates and association with health resource utilization, lost productivity and functional disability, *General Hospital Psychiatry* 2007; 29: 409–416.

<sup>37</sup> ESZTER PANNA VAMOS et al., Comorbid depression is associated with increased healthcare utilization and lost productivity in persons with diabetes: a large nationally representative Hungarian population survey, *Psychosomatic Medicine* 2009; 71: 501–507.

<sup>38</sup> MATTHEW J. BAIR et al., Depression and pain comorbidity: a literature review, *Arch Intern Med* 2003; 163: 2433–45.

<sup>39</sup> JENNI ERVASTI et al., Prognostic factors for return to work after depression-related work disability: A systematic review and meta-analysis, *J Psychiatr Res Actions* 2017; 95: 28–36 [Epub].

## VI. Fazit

[56] Ein Blick in die medizinische Fachliteratur zeigt: Depressive Störungen gehören weltweit zu den häufigsten Gründen, warum Menschen bei der Arbeit Produktivitätsverluste erleiden. Je länger eine depressive Störung andauert, desto schwieriger ist ihre Behandelbarkeit. Zusätzliche Krankheiten (Komorbiditäten) verschlechtern den Outcome.

[57] Das Bundesgericht beurteilte in BGE 148 V 49 einen Einzelfall mit einer *rezidivierenden* depressiven Störung mit *multiplen somatischen Erkrankungen* (Komorbiditäten). Anhand dieses Einzelfalles machte es allgemeine Aussagen zur rechtlichen Beurteilung einer leicht- bis mittelgradigen depressiven Störung. Das macht die Nachvollziehbarkeit des Entscheides besonders schwierig. Der dem Entscheid zugrunde liegende Einzelfall ist ein denkbar schlechtes Beispiel, um daraus allgemeine Aussagen zu den Auswirkungen von Depressionen abzuleiten.

[58] Es ist nicht zielführend, wenn das höchste Gericht allgemeine Aussagen macht zu den Auswirkungen einer Krankheit, die den Erkenntnissen der medizinischen Forschung widersprechen.

[59] Die Sichtweise *«leicht bis mittelschwer ist nicht schwer, deshalb nicht invalidisierend»*, greift zu kurz und ist mit der medizinischen Realität nicht vereinbar. Auch leichte bis mittelgradige Erkrankungen können im Einzelfall zu berufsrelevanten funktionellen Einschränkungen führen. Als Beispiel sei eine mittelschwere neuropsychologische Funktionsstörung genannt, die gemäss den neuropsychologischen Begutachtungsleitlinien wie folgt beschrieben wird: *«Die Funktionsfähigkeit ist im Alltag und unter den meisten beruflichen Anforderungen deutlich eingeschränkt. Es können nur noch einfachere Arbeiten ausgeführt werden. Die Person fällt in ihrem sozialen Umfeld auch deutlich auf. In Berufen oder bei Aufgaben mit hohen Anforderungen ist die Funktionsfähigkeit sogar stark eingeschränkt.»*<sup>40</sup>

[60] BGE 148 V 49 verleitet dazu, eine leichte bis mittelschwere Depression – eine klar umschriebene medizinische Diagnose mit empirisch belegten funktionellen Einschränkungen – unabhängig von der ärztlich attestierten Leistungsfähigkeit als «invaliditätsfremd» zu betrachten.

[61] Krankheitsspezifische Leiturteile fördern die Ungleichbehandlung von Versicherten mit unterschiedlichen Erkrankungen. Dies widerspricht dem Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung aller Versicherten und schafft Ungerechtigkeiten. Es lohnt sich dann für die Betroffenen wie auch für die Versicherungen, darum zu kämpfen, dass die für sie «günstige» Krankheit vorliegt.

[62] Kommt hinzu, dass bei sehr vielen Versicherten, die Rentenansprüche stellen, Komorbiditäten vorliegen. Das Aufteilen der betroffenen Menschen in einzelne Krankheiten provoziert, dass ungünstige Interferenzen und somit das gesamte Ausmass einer Behinderung verkannt werden. Dies widerspricht dem Geist von BGE 141 V 281 E. 3.4.2.1: *«Arbeitsunfähigkeit leitet sich gleichsam aus dem Saldo aller wesentlichen Belastungen und Ressourcen ab.»*

[63] Empirisch schlecht abgestützte juristische Aussagen zum Effekt von Krankheiten und Behinderungen in Leiturteilen untergraben sämtliche Bemühungen der Medizin, die Qualität der medizinischen Begutachtung zu verbessern (Ausbildung, Fortbildung und Weiterbildung der Ärzteschaft, Entwicklung von Leitlinien für die Begutachtung, Entwicklung von Assessment-Instrumenten zur Evaluation von Behinderungen).

---

<sup>40</sup> ADRIAN FREI et al., Kriterien zur Bestimmung des Schweregrades einer neuropsychologischen Störung sowie Zuordnungen zur Funktions- und Arbeitsfähigkeit, *Zeitschrift für Neuropsychologie* 2016; 27: 107–119.

[64] Die ärztliche Leistungseinschätzung kann laut BGE 145 V 361 «*in aller Regel*» (sic!) den Beweis für das Bestehen funktioneller Einschränkungen nicht rechtsgenügend erbringen, weil der medizinische Sachverständige einem Ermessensspielraum unterworfen sei. Wer kann dies dann: Der Rechtsanwender, der ebenso einem Ermessensspielraum unterworfen ist, aber über keinen medizinischen Sachverstand verfügt? Wird das Resultat dadurch valider, zuverlässiger, reproduzierbarer?

[65] Richterliche Vorannahmen zu Krankheiten haben nur dann eine Berechtigung, wenn sie empirisch gut abgestützt sind. Fehlt die Evidenz, dann führen Vorannahmen in der praktischen Anwendung zu einem Bestätigungsfehler (Confirmation Bias)<sup>41</sup> Die in BGE 148 V 49 geäusserte Annahme ist nicht nur falsch und irreführend, sondern auch unnötig. BGE 141 V 281 bietet genügend Instrumente, um «invalid» von «nicht invalid» zu trennen.

[66] Solche Leiturteile fördern medizinisch unangemessene, nicht nachvollziehbare Einschätzungen von Menschen mit Behinderungen durch medizinisch nicht geschultes Personal in der Verwaltung und an den Gerichten. Diese Intention lässt sich aus der Gesetzgebung zum Schweizer Sozialversicherungsrecht nicht ableiten.

[67] Die «Parallelüberprüfung» in BGE 148 V 49 wurde in einem Kommentar von MICHAEL E. MEIER kritisch hinterfragt: «*Der kurze Überblick über die bisherige Praxis zur juristischen Parallelüberprüfung wirft viele Fragen auf. Nebst den kantonalen Unterschieden in der Beurteilungspraxis (Bern und Zürich scheinen häufiger von Parallelprüfungen Gebrauch zu machen), fallen vor allem die diametral unterschiedlichen Erwägungen des Bundesgerichts zum Gebot oder Verbot von Parallelüberprüfungen in den untersuchten Entscheiden auf. An sich müsste man meinen, dass die normativen Vorgaben an die Gutachter auch die Rechtsanwender bei ihrer nachgelagerten Betrachtung (zurück)binden, sofern die rechtlichen Vorgaben durch die Gutachter eingehalten wurden. Wenn die Gutachter ein strukturiertes normatives Beweisverfahren abhandeln und in der Folge gerade keine Parallelprüfung durch die Rechtsanwender stattfinden soll (wie es das Bundesgericht stets betont), dann ist ein juristisch begründetes Abweichen von einem solchen Gutachten nur noch in sehr engen Schranken möglich (z.B. bei rechtlichen Ausschlussgründen, die aber in der Praxis sehr selten anzutreffen sind).*»<sup>42</sup>

[68] Mit dem damals viel gelobten und breit anerkannten Grundsatzurteil BGE 141 V 281 hat sich das Bundesgericht 2015 zu einer Lösung bekannt, die auf einem modernen Verständnis von Behinderung und Rehabilitation beruht, zu einer Ergebnisoffenheit ohne richterliche Vorannahmen mahnt, für ein breites Spektrum von Krankheiten die gleichen Beurteilungskriterien vorsieht und von «Parallelüberprüfungen» medizinischer Inhalte durch den Rechtsanwender absieht, sofern sich die Gutachter an die vorgegebenen Indikatoren halten.

[69] Mit den Folgeurteilen BGE 144 V 50, BGE 145 V 361 und BGE 148 V 49 ist viel von den guten Intentionen des indirekten Indizienbeweises für die rechtliche Beurteilung psychischer Erkrankungen verloren gegangen. Das Bundesgericht ist rückfällig geworden: Es arbeitet wieder mit *medizinisch unhaltbaren Vermutungen* (generelle «Gesundheitsvermutung», Vermutung einer nicht invalidisierenden Wirkung von leicht- bis mittelgradigen Depressionen) und begünstigt schwer nachvollziehbare Eigeneinschätzungen durch medizinisch nicht geschultes Personal (legitimierte «Parallelüberprüfungen»). Der gute Geist von BGE 141 V 281 ist vom Tode bedroht

---

<sup>41</sup> Begriff der Kognitionspsychologie, der die Neigung bezeichnet, Informationen so auszuwählen, zu ermitteln und zu interpretieren, dass diese die eigenen Erwartungen erfüllen (bestätigen).

<sup>42</sup> MICHAEL E. MEIER, Nr. 24 Bundesgericht, I. sozialrechtliche Abteilung, Urteil 8C\_280/2021 vom 17. November 2021 (zur Publikation vorgesehen), SZS Nr. 3/2022, S. 172–178.

und benötigt intensive Pflege, gar eine Reanimation. Es ist dringend geboten, dass sich die betroffenen medizinischen Fachgesellschaften zu Wort melden!

---

Dr. med. JÖRG JEGER, Facharzt für Rheumatologie FMH, EMBA, MAS Versicherungsmedizin, ehem. Chefarzt der MEDAS Zentralschweiz. Mail: [jjeger@bluewin.ch](mailto:jjeger@bluewin.ch)

Ein grosser Dank gilt Dr. iur. Eva Slavik für die bereichernde Diskussion und die kritische Durchsicht des Manuskripts.