

## **Zusammenfassung von P. Stolkin:**

### **Rechtsgutachten zur Rechtslage betreffend Zusprache von IV-Renten in Fällen andauernder somatoformer Schmerzstörungen und ähnlicher Krankheiten unter Berücksichtigung der Rechtssprechung des Bundesgerichts bis Herbst 2012 und der Bundesgesetzgebung im Rahmen der 5. und 6. IV-Revision**

#### **I. Zum Verstoss gegen das faire Verfahren**

PÄUSBONOG. Jörg Jeger kürzt so den Gattungsbegriff ab, der in den Entscheiden BGE 130 V 352, 131 V 49, 132 V 165 und zuletzt 136 V 279 zu einer Rechtsprechung der sozialversicherungsrechtlichen Kammern des Bundesgerichts Anlass gab, die zu erbitterten Diskussionen in Fachkreisen führte.<sup>1</sup> Gemeint sind die sogenannten pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebilder (ein vom Bundesgericht kreierter Begriff ohne Korrelation in der medizinischen Forschung) und die vom Bundesgericht zunächst im Bereich der Invalidenversicherung angewandte Vermutung oder Normhypothese, wonach Menschen, die hierunter leiden, wieder ins Erwerbsleben einsteigen können – unter Aufbringung einer zumutbaren Willensanstrengung. Diese Rechtsprechung hatte ihren Ursprung in BGE 127 V 294 und fand ihre erste Ausformulierung als es darum ging, die Rente für einen Menschen mit anhaltender somatoformer Schmerzstörung zu beurteilen. Das Bundesgericht benutzt den linear kausalen Gesundheitsbegriff, der in der medizinischen Forschung nicht mehr gebräuchlich ist. Gültig ist der sogenannte dreiteilige Gesundheitsbegriff, der bio-psycho-soziale, der unter anderem auf dem Boden der Psychosomatik steht, also die Wechselwirkung zwischen Mensch und Umwelt berücksichtigt.

Just von dieser Psychosomatik will das Bundesgericht nichts mehr wissen, womit es die wissenschaftlich anerkannten Begrifflichkeiten schlicht negiert und nach eigenem Gutdünken den Topos Gesundheitsschaden einführt - der wiederum mit der Realität nichts gemein hat. Nun dient eine Sozialversicherung aber zum Schutze vor sozialen Risiken, vor dem Ausfall der Erwerbsfähigkeit und als dessen Voraussetzung der Arbeitsfähigkeit, die wiederum von der menschlichen Leistungsfähigkeit und damit auch von der real existierenden Gesundheit abhängt. Indem nun die wissenschaftliche Abbildung der Gesundheit in Abrede gestellt wird und Phantasiebegriffe wie den Gesundheitsschaden als Anspruchsvoraussetzung der Versicherung nimmt, verunmöglicht man dem Versicherten die Beweisführung und macht ihn von der Willkür der Versicherung und dem jeweiligen Zeitgeist abhängig. Wir gehen davon aus, diese Willkür verstösst gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens nach Art. 6 EMRK (Rechtsgutachten, Müller/Kradolfer. 1. Teil, S. 17 ff 2. Teil, S. 27 ff)..

---

<sup>1</sup> Jörg Jeger, Die Entwicklung der „Foerster-Kriterien“ und ihre Übernahme in die bundesgerichtliche Rechtsprechung: Geschichte einer Evidenz, in: Jusletter vom 16. Mai 2011, S. 2

## **II. Zum Verstoß gegen Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK, Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot**

Seit BGE 130 V 352 also werden Menschen, die an nicht „klaren“ Beschwerdebildern leiden anders behandelt als solche, deren Leiden bildgebend auf dem Röntgenschirm, in der Computertomographie oder im MRI sichtbar werden, wo die besagte Vermutung nicht gilt. Doch nicht nur im Bereich der Unfallversicherung hat der Rechtsanwender mit Ungleichbehandlungen zu leben. Auch in der Unfallversicherung werden Versicherte, gestützt auf die Diagnose, anders behandelt. So gilt für Menschen, die an einer psychischen Einschränkung oder an einer Distorsion der Halswirbelsäule leiden die Rechtsprechung entsprechend BGE 115 V 133 resp. 117 V 369 und BGE 134 V 109; die Rede ist von der sogenannten Adäquanztheorie im Sozialversicherungsrecht, die für somatische Unfallfolgen keine Anwendung findet.

Wie bereits erwähnt hat die Schweiz Staatverträge abgeschlossen, welche die soziale Absicherung der ganzen Bevölkerung zum Inhalt haben, genannt seien hier der UNO-Pakt I (über die wirtschaftlichen und sozialen Rechte), zu nennen sind hier insbesondere die Artt. 9, 10 und 12 und die Abkommen der internationalen Arbeiterorganisation (der ILO, hier insbesondere für die Unfallversicherung Nr. 102). Nun muss man wissen, dass bei den wirtschaftlich und sozialen Grundrechten keine Individualbeschwerde zulässig ist, sondern ein sogenanntes Staatenberichtsverfahren vor dem Wirtschafts- und Sozialausschuss durchgeführt wird, der wiederum in den allgemeinen Bemerkungen (General Comments) die Begrifflichkeiten der sozialen Rechte definiert. In General Comment 20 Nr. 33 wird nun festgelegt, dass in einem Sozialversicherungssystem nicht nach Gesundheitszustand unterschieden werden darf. Das Bundesgericht unterscheidet nun nach Gesundheitszustand, je nach Diagnose ob die Überwindbarkeitspraxis zur Anwendung gelangt oder nicht. Damit wird zunächst nach Gesundheitszustand unterschieden. Da sich die Diagnosen dadurch auszeichnen, dass einzelne Symptomcluster gebildet werden, also eine Gruppe von Menschen mit den gleichen Symptomen und Krankheitswert zusammengefasst werden, um sie alsdann in einen ätiologischen Katalog einzureihen (ICD-10 oder DSM-IV) und eben nach diesen Diagnosen unterschieden wird, ob nun eine Rente zugesprochen werden soll oder nicht, behandelt die Rechtsprechung auch Gruppen von Menschen unterschiedlich. Behandelt man nun Menschen unterschiedlich ohne hierfür eine sachliche (wissenschaftliche) Grundlage für sich in Anspruch nehmen zu können, so ist der Tatbestand der Diskriminierung erfüllt.

Die Strassburger Rechtsprechung erlaubt nun grundsätzlich eine Andersbehandlung einzelner Menschen, verlangt aber eine sachliche Rechtfertigung, wobei sie sich zusätzlich auf den Standpunkt stellt, die Zweck/Mittelrelation müsse erfüllt sein. Es ist das mildeste Mittel zu wählen, keine weniger einschneidende Massnahme darf zum gleichen Ziel führen, zusätzlich muss die Massnahme im öffentlichen Interesse und auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen.

Wie gesehen lässt sich für die Vermutung, man könne mit gutem Willen die Krankheitsfolgen der anhaltenden somatoformen Schmerzstörung überwinden, keine sachlich-medizinische Grundlage als Lebenserfahrung anführen, was auch für die anderen Diagnosen gilt. Da nun die „falsche Diagnose“ auch gleich den Ausschluss aus allen Sozialversicherungssystemen bewirkt, muss im vorneherein von einer unverhältnismässigen Massnahme ausgegangen werden (Beispiel:

anhaltende somatoforme Schmerzstörung: Kein „Gesundheitsschaden“, weil ja Überwindbar, kein IV Grad, keine Leistungen aus Pensionskasse, keine Leistung aus Ergänzungsleistungen: Wenn Folge eines Unfalls, Unfallereignis nach Meinung der Magistraten zu wenig Eindrücklich, daher kein adäquater Kausalzusammenhang und keine Leistungen von der Unfallversicherung) – und zwar selbst dann, wenn man die Sparinteressen des Staates als öffentliches Interesse anerkennen will.

Übrigens: Behinderte Menschen gehören zum Kreis der besonders sensiblen Personengruppen im Sinne der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, weshalb eine Schlechterbehandlung, die nur aufgrund des Gesundheitszustandes erfolgt per se unzulässig ist oder nach der Diktion des Gerichtshofs für Menschenrechte nur möglich ist, wenn zwingende Gründe angeführt werden können. Sparinteressen des Staates gehören im vorneherein nicht dazu.

Wir sind nun der Auffassung, dass das Bundesgericht in beiden Fällen gegen das Diskriminierungsverbot der Europäischen Konvention für Menschenrechte (EMRK), verstösst. Die wesentlichen Bestimmungen des schweizerischen Gesetzesrechts sind im allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrecht enthalten. Art. 3 ATSG beschreibt die Arbeitsfähigkeit. Art. 4 ATSG die Erwerbsfähigkeit und Art. 7 Abs. 2 ATSG geht davon aus, dass nur derjenige als Invalid zu gelten hat, wenn die Bitternisse aus objektiver Sicht als unüberwindbar gelten. Nun stellte sich die Rechtsprechung die Frage, was objektiv als überwindbar gilt und kam zum Schluss, neben dem medizinischen Begriff der Krankheit sei auch ein juristischer zu stellen. Aus dem historischen Kontext folge nämlich, dass man gerade bei den somatoformen Schmerzstörungen aus medizinischer Sicht verschiedene Sichtweisen zu vertreten habe, weshalb es nun an den Juristen sei das Anforderungsprofil der Versicherungen über einen eignen Krankheitsbegriff zu definieren.<sup>2</sup> Ein von den Juristen geschaffener Krankheitsbegriff sollte objektiv im Sinne des Rechts sein. Dass damit das Recht sowohl für den Sachverhalt auf den es angewandt werden soll und die Rechtsfindung selbst massgebend sein soll übersah Hans-Jakob Mosimann geflissentlich, wie auch seine Kollegen vom Bundesgericht.

Weiter führen die Anhänger dieser derzeit herrschenden Theorie aus, wohl sei es an den Medizinern die Arbeitsfähigkeit zu bestimmen, aber die Erwerbsfähigkeit (wo man mit einer entsprechenden Leistungsunfähigkeit arbeiten könne) und was dem einzelnen zugemutet werden könne, das sei wiederum juristisch. Hierbei muss man wissen, dass das Bundesgericht gleich einer Fiktion von einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt ausgeht, wo für jeden eine Stelle gefunden werden kann.

Die angeblich objektive Überwindbarkeitstheorie beruht im Wesentlichen auf der eingangs geschilderten Vermutung, man könne bei gutem Willen wieder ins Erwerbsleben einsteigen, wenn man an einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung leidet. Freilich kann diese Vermutung wissenschaftlich nicht bewiesen werden, womit sich die Frage der Objektivität stellt, weshalb sich schon allein nach schweizerischen eine Vermutung verbietet (vgl. Rechtsgutachten, Müller/Kradolfer, 1. Teil, S. 21 ff./ 2. Teil, S. 77).

---

<sup>2</sup> Vgl. Hans-Jakob Mosimann, „Objektiv nicht überwindbare Erwerbsunfähigkeit: Überlegungen zu Art. 7 Abs. 2 ATSG aus juristischer und psychiatrischer Sicht, SZS, S. 513-545

Über das Gesamte betrachtet beruht das ganze Sozialversicherungsrecht auf Phantasiebegriffen, die mit Realität nicht überstimmen, sei es dass es für behinderte Menschen schlicht keinen ausgeglichenen Arbeitsmarkt gibt, sei es dass ein allgemein gültiger und zumutbarer Wille schlicht nicht vorhanden ist (der Wille ist immer individuell zu betrachten), dass keine empirischen Grundlagen für die Annahmen vorliegen, man könne die anhaltende somatoforme Schmerzstörung mit dem wie auch immer gearteten Willen überwinden und führt dazu, dass bis zu 50 % der Leistungsbegehren der IV abgewiesen werden und nun die Sozialkassen der Gemeinden belasten, wie die jüngsten Zahlen der SKOS beweisen.

Geht man nun von den internationalen Menschenrechtsverträgen aus, so kann daraus ersehen werden, dass die von Brinkmann immer wieder angesprochene Überwindbarkeitspraxis zum einen gegen das Diskriminierungsverbot verstösst und zum anderen gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens. Dies umso mehr als er als Mediziner ausführte, die Beschwerdeführerin unterfalle der Überwindbarkeitspraxis, weshalb man der Beschwerdeführerin schon viel vorher hätte die Rente streichen. Nun, damit gibt sich der Herr Doktor auf wissenschaftlich nicht haltbaren Grund, weshalb seinem Gutachten die Objektivität abzuspochen ist. Nur schon aus diesem Grund ist das Gutachten vom 6. Dezember 2010 nicht verwertbar. Selbst wenn man der Auffassung sein wollte, das Gutachten, wie auch die Überwindbarkeitspraxis entsprächen der derzeitigen Rechtslage, bleibt zu konstatieren, dass es nicht am Mediziner sein kann anhand der „rechtlichen“ Kriterien eine Einschätzung abzugeben.