

**Manuskript**

Vortrag zum Thema  
**Schmerz und Invalidität**

Anlässlich der 2. Invaliditätstagung vom 10. März 2005

Dr. Cristina Schiavi

Vortrag zum Thema

## **Schmerz und Invalidität**

Anlässlich der 2. Invaliditätstagung vom 10. März 2005

Referat

### **0. Einleitung**

Das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) hat zur Interpretation des Invaliditätsbegriffs gemäss Art. 4 Abs. 1 IVG bzw. Art. 7 ATSG den Begriff des «guten Willens» eingeführt. Dieser Begriff wurde vom EVG weiter konkretisiert und als Abgrenzungskriterium zwischen IV-rechtlich relevanten und IV-rechtlich nicht-relevanten Beeinträchtigung der Erwerbsunfähigkeit benutzt. Es stellt sich hierzu die Frage der Methodik der Rechtsanwendung durch das EVG. Für mich stellt sich besonders die Frage, ob der «gute Wille» eine Tat oder eine Rechtsfrage darstellt und dementsprechend wie das EVG diese beurteilt hat. Ziel dieses Vortrages ist es, die Rechtsanwendung durch das EVG, namentlich den BGE 130 V 352 kritisch zu würdigen und zu versuchen, die Frage nach Tat oder Rechtsfrage des Begriffs «guter Wille» zu beantworten. Ich werde wie folgt vorgehen: Ausgehend von der **Rechtsnorm** werde ich die auslegungsbedürftigen **Tatbestandselemente** bezeichnen. Der **Sachverhalt**, den es zu subsumieren gilt, wird dargelegt. Dann werde ich näher auf den Begriff **«Schmerz»** eingehen und danach folgt ein Überblick über die **EVG-Gerichtspraxis** zum Thema Erwerbsunfähigkeit und Schmerz. Insbesondere werde ich **BGE 130 V 352 diskutieren** und kritisieren. Danach werde ich versuchen, die **Fragestellung** zu beantworten, eine **Schlussfolgerung** zu ziehen und schliesslich einen **Ausblick** zu geben.

## 1. Rechtsnormen

Art. 4 Abs. 1 IVG definiert die Invalidität wie folgt: Als «Invalidität im Sinne dieses Gesetzes gilt die, durch einen körperlichen oder geistigen Gesundheitsschaden, als Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall verursachte, voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde Erwerbsunfähigkeit.»

Art. 7 ATSG definiert die Erwerbsunfähigkeit: «Erwerbsunfähig ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende, ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten, auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt.»

Diese Definitionen enthalten einige auslegungsbedürftige Tatbestandselemente.

## 2. Auslegungsbedürftige Tatbestandselemente

*Die Ausdrücke körperlicher oder geistiger Gesundheitsschaden*

*Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit*

*bleibende oder längere Zeit dauernde*

*nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende*

*Erwerbsunfähigkeit*

*Verlust der Erwerbsfähigkeit*

*verursacht*

*verursachte*

Es stellt sich die Frage, was unter körperlichem oder geistigem Gesundheitsschaden bzw. körperlicher oder geistiger Gesundheit zu verstehen ist. Auslegungsbedürftig ist

zudem der zeitliche Aspekt des Begriffs «längere Zeit dauernde» bzw. «nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende». In Art. 7 ATSG wird die zumutbare Behandlung eingeführt, was wiederum auslegungsbedürftig ist. Der Begriff «erwerbsunfähig bzw. Verlust der Erwerbsunfähigkeit» ist ebenfalls auslegungsbedürftig und schliesslich ist das Wort «verursacht bzw. verursachte» nämlich den Kausalzusammenhang zwischen dem körperlichen oder geistigen Gesundheitsschaden und der Erwerbsunfähigkeit ebenfalls näher zu betrachten.

### **3. Sachverhalt**

Das eidgenössische Versicherungsgericht sieht sich mit dem Schmerz- insbesondere mit Schmerz konfrontiert, welcher nicht klar einem somatischen Leiden zuzuordnen ist und welcher vom Versicherten als derart stark empfunden wird, dass er die Arbeits- bzw. Erwerbsfähigkeit einschränkt, wenn nicht ganz ausschliesst. Da der Schmerz zentral für den zu diskutierenden Bundesgerichtsentscheid ist, werde ich im Folgenden näher auf den Begriff «Schmerz» eingehen.

#### **3.1. Schmerz / Somatoforme Schmerzstörung**

Gemäss Brockhaus wird der Schmerz medizinisch folgendermassen definiert: «Schmerz, auf physischer und/oder psychischer Ebene als leidvoll erlebter Zustand. In der Regel auf den physischen bzw. psychosomatischen Bereich bezogen, wird Schmerz definiert als ein "unangenehmes Sinnes- und Gefühlserlebnis, das mit aktueller oder potentieller Gewebsschädigung verknüpft ist oder mit Begriffen einer solchen Schädigung beschrieben wird" (Definition der Internationalen Gesellschaft zum Studium des Schmerzes; 1979).»

Matthias Rieber begann seinen Vortrag vom 25. Juni 2003 in Luzern wie folgt: «Schmerz - was ist das? - Schmerz ist - neben der Liebe - die fundamentale menschliche Erfahrung. - Schmerz ist der eigentliche Gradmesser für menschliches Wohl oder Missbefinden. - Schmerz ist der gewichtigste Ursprung der Medizin, seine Überwindung das untrüglichsche Zeichen ihres Erfolgs. - Schmerz ist das universale Mittel der Gewalt; er ist Instrument der Drohung, Strafe oder Busse. - Schmerz wird mit

dem Körper erfahren, mit der Seele erlitten, mit dem Geist gedeutet: Schmerz ist Natur und Schmerz ist Kultur.»<sup>1</sup>

### **3.1.1. Aspekte des Schmerzes**

Liest man den Vortrag von Matthias Rieber, so wird schnell klar, dass Schmerz nicht nur ein medizinischer Begriff ist, nein es ist auch ein philosophischer Begriff. So hat sich René Descartes mit der Deutung von Schmerz auseinandergesetzt und in der Literatur wird der Schmerz, der sich ja bekanntlich auf Herz reimt, in Zusammenhang mit unerfüllter Liebe genannt, also ein umfassender Begriff. Das EVG hat keine Mühe mit dem erklärbaren Schmerz, bzw. mit demjenigen Schmerz, welcher durch eine somatische Diagnose ohne weiteres erklärbar ist und auch nach der allgemeinen Lebenserfahrung (der Richter) ohne weiteres nachempfindbar ist. Schwieriger ist es mit dem unerklärbaren Schmerz, mit jenem Schmerz, welcher kein somatisches Korrelat hat, also mit dem psychisch bedingten oder nennen wir ihn «seelischen» Schmerz. Gemäss Matthias Rieber versuchen die Ärzte den Schmerz unter verschiedenen Aspekten darzustellen:

### **3.1.2. Entstehung von Schmerz**

Es handelt sich dabei um den Ort, wo der Schmerz ursprünglich hervorgerufen und bemerkt wurde.

### **3.1.3. Wahrnehmung**

Hier geht es um die bewusste Registrierung der Empfindung, um Ort, Art und Zeit der Wahrnehmung.

### **3.1.4. Erleben des Schmerzes**

Damit ist das Erleben des Denkens und Fühlens unter Schmerzen und allenfalls des Erleidens anhaltender Schmerzen gemeint.

---

<sup>1</sup> Matthias Rieber; in René Schaffhauser/Franz Schlauri: Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen 2003, S. 10

### 3.1.5. Schmerzverhalten / -verarbeitung

Die Aspekte der Wahrnehmung und des Erlebens des Schmerzes sowie des Schmerzverhaltens ist sowohl individuell als auch kulturell bedingt. Eindrücklich wird dies im Artikel «Mein Nabel ist gefallen»<sup>2</sup> geschildert. In jenem Artikel geht es um Psychiatrie in Deutschland. Eindrucksvoll wird geschildert, wie Türkinnen und Türken auf psychische Probleme anders reagieren als Deutsche. So verursachen zum Beispiel Depressionen bei Türken Schmerzen, wohingegen die Deutschen Depressiven keine Schmerzen angeben. Eindrücklich wird geschildert wie eine Türkin erst von Schwindelgefühlen geplagt wurde, dann von Schmerzen an Kopf, Bauch, Schulter, Rücken und Beinen. Die Ärzte fanden keine organische Ursache, die Diagnose Depression schien nicht zu passen. Erst in Marburg, in einer der deutsch-türkischen Modellstationen, welche für psychische Krankheiten in Deutschland zuständig sind, konnte die kulturelle Interpretation einer psychischen Krankheit durch das Ausdrucksmittel des Schmerzes interpretiert werden.

Die Frage nach den kulturspezifischen Besonderheiten des Schmerzes hat sich auch Dr. med. Hans Georg Kopp<sup>3</sup> gestellt. Aus seinen Ausführungen geht hervor, dass zur Bewältigung des Schmerzes es eine kognitive Ebene, eine Vorstellung und Überzeugung braucht, auf einer emotionalen Ebene die Möglichkeit stabil und aktiv zu bleiben und nicht zuzulassen, dass der Schmerz die ganze Lebenssituation regiert. Und schliesslich auf einer Verhaltensebene dies auch umzusetzen nötig ist. Aufgrund der von ihm vorgestellten Studie wurden bei Migranten die kulturell unterschiedlichen Schmerzempfindungen und Schmerzbewältigungsstrategien untersucht. Kopp weist darauf hin, dass es zwischen Schweizern und anderen Nationalitäten Unterschiede in der Schmerzbewältigung gibt, welche kulturell bedingt sind. Offensichtlich konnte sowohl in einer Nationalfonds-Studie als auch in Studien in der Reha-Klinik Bellikon und im Universitätsspital Zürich die unterschiedliche Schmerzbewältigung der diversen Nationalitäten aufgezeigt werden. Andererseits ist es aber nicht nur eine Frage der Nationalität, sondern auch der Bildung. So haben Hilfsarbeiter die schwierigere Schmerzverarbeitung als gelernte Arbeiter und nicht zuletzt weist Kopp daraufhin, dass wer berufliche Zukunftsperspektiven, beispielsweise einen

---

<sup>2</sup> In: Der Spiegel 2/2004, S. 120ff

<sup>3</sup> Hans Georg Kopp: Umständehalber krank - kulturspezifische Besonderheiten der Schmerzbewältigung in ihren Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit; in René Schaffhauser/Franz Schlauri: a.a.O., S. 213ff

gesicherten Arbeitsplatz hat, den Schmerz auch anders erträgt und verarbeitet, als wenn keinerlei ökonomische Zukunftsperspektiven mehr bestehen und sich die soziale Realität auf den Schmerz auswirkt.<sup>4</sup>

#### 4. Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit durch den Schmerz

Nach diesem kurzen Ausflug in die Welt der Medizin, der sozialen und kulturellen Verschiedenheiten, ja gar der Philosophie, kommen wir nun zurück auf die Arbeit der Richter, welche die Beeinträchtigung der Erwerbsunfähigkeit durch den Schmerz zu entscheiden haben.

##### 4.1. Übersicht über die EVG Praxis

###### 4.1.1. BGE 102 V 165

Bereits im Jahre 1976 hat sich das EVG in Sachen *Fabbri* gegen Ausgleichskasse der Schweizerischen Maschinen- und Metall-Industrie bei der Auslegung von Art. 4 Abs. 1 IVG mit der Frage auseinandergesetzt, wann Schmerz IV-rechtlich relevant ist und wann nicht. Es führt dabei aus, es gehöre neben den eigentlichen Geisteskrankheiten auch seelische Abwegigkeiten mit Krankheitswert zu den geistigen Gesundheitsschäden, welche in gleicher Weise wie die körperlichen eine Invalidität im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVG zu bewirken vermögen. Hingegen: «Nicht als Auswirkungen einer krankhaften seelischen Verfassung und damit als IV-rechtlich nicht relevant gelten Beeinträchtigungen der Erwerbsfähigkeit, welche der Versicherte bei Aufbietung **allen guten Willens** Arbeit in ausreichendem Masse zu verrichten, vermeiden vermöchte, wobei namentlich bei Psychopathen das Mass des Erforderlichen weitgehend objektiv bestimmt werden muss.»

###### 4.1.2. BGE 127 V 294

Auch in diesem Urteil geht es um den so genannten geistigen Gesundheitsschaden oder psychisches Leiden. In Präzisierung der Rechtsprechung werden hier nun

---

<sup>4</sup> Kopp: a.a.O. S. 221f

neben der psychischen Störung die **psychosozialen und psychokulturellen Faktoren** der Invalidität eingeführt oder weiter präzisiert. In diesem BGE wird insbesondere auf das soziokulturelle Umfeld eingegangen. Es wird ausgeführt, dass das soziokulturelle Umfeld, welches gemäss Verwaltungsgerichtsbeschwerde zur Verschlimmerung des psychischen Zustandes beigetragen habe, dass sich diese Umstände (nämlich die soziokulturellen) «unter dem Gesichtspunkt zumutbarer Willensanstrengung zu ihrer Überwindung regelmässig nicht klar vom medizinischen Leiden trennen lassen.» In Präzisierung von BGE 102 V 165 seien soziokulturelle Umstände nicht unter den Begriff des zur Erwerbsunfähigkeit führenden Gesundheitsschadens zu begreifen. Es wird im Weiteren ausgeführt, dass «je stärker, psychosoziale oder soziokulturelle Faktoren im Einzelfall in den Vordergrund treten und das Beschwerdebild mitbestimmen, desto ausgeprägter muss eine fachärztlich festgelegte psychische Störung von Krankheitswert vorhanden sein», damit von einer invaliditätsbegründenden Krankheit gesprochen werden kann. Weiter: «Solche von der soziokulturellen Belastungssituation zu unterscheidende und in diesem Sinne verselbständigte psychische Störungen mit Auswirkungen auf die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit sind unabdingbar, damit überhaupt von Invalidität gesprochen werden kann». Weiter entwickelt wurde dann die Praxis am 12. März 2004 in BGE 130 V 352, den ich nach einem kurzen Exkurs diskutieren werde.

#### 4.1.3. Exkurs Parallelen zur HWS-Praxis

Allen jenen unter Ihnen, welche sich auch mit Schleudertraumata der Halswirbelsäule befassen, sind die BGE's 115 V 133 und 117 V 359 geläufig. In BGE 115 V 133 führt das EVG aus, «der Versicherte, der von seiner Arbeitsfähigkeit keinen Gebrauch macht, obwohl er hierzu nach seinen persönlichen Verhältnissen und gegebenenfalls nach einer gewissen Anpassungszeit in der Lage wäre, ist nach der Tätigkeit zu beurteilen, die er bei **guten Willen** ausüben könnte.» - «Fehlt es an der erforderlichen Willensanstrengung, so kann nur dann eine für die Unfallversicherung relevante - psychisch bedingte - Arbeitsfähigkeit vorliegen, **wenn der Willensmangel bzw. die Willensschwäche auf einen unfallbedingten geistigen Gesundheitsschaden mit Krankheitswert zurückzuführen ist**, nicht aber, wenn die fehlende Ausnützung der Arbeitsfähigkeit auf anderen Gründen beruht.» In Erwägung 4 dieses Entscheides wird darauf eingegangen, dass die Kausalität auch dann gegeben ist, wenn es sich

nur um eine Teilursache handelt. Bei der Frage der konstitutionellen Prädisposition wird ausgeführt, dass bei der Adäquanzbeurteilung auch jene Versicherten einbezogen werden müssen, mit erhöhtem Risiko, auf einen Unfall nicht optimal zu reagieren. Dabei sei kein allzu strenger Massstab anzulegen. Bei der Frage nach der Eignung eines Unfallereignisses eine psychisch bedingte Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit zu bewirken, wird die vortraumatische Persönlichkeit des Versicherten, d.h. der psychische Zustand vor dem Unfall der Entwicklung nach dem Unfall gegenübergestellt. Das EVG muss sich in dieser Entscheidung nicht darum kümmern, ob allenfalls ein psychischer Vorzustand betreffend die Willensanstrengung gewertet wird.

In BGE 115 V 138 und 117 V 359 werden die Adäquanzkriterien für Schleudertraumaunfälle ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle bzw. mit psychischen Störungen dargelegt. Es werden hier die Kriterien entwickelt, bei Unfällen im mittleren Bereich, anhand derer geradezu im Sinne einer Checkliste nachvollzogen werden kann, ob nun die Kausalität gegeben ist oder nicht. Dieser Entscheidung ist meines Erachtens insofern ein Vorläufer des im folgenden diskutierten BGE 130 V 352, da auch hier mit einer Art Checkliste versucht wird, ein Problem in den Griff zu bekommen, welches sicherlich nicht einfach zu bewältigen ist. Es fragt sich aber und somit leite ich zum BGE 130 V 352 über, inwiefern solche Kriterien den juristischen Auslegungsregeln, welche das Bundesgericht natürlich zu befolgen hat, standhalten.

#### **4.1.4. BGE 130 V 352**

In BGE 130 V 352 erfolgt wiederum eine Präzisierung der Frage, ob und inwiefern Schmerz eine Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit im Sinne des Gesetzes bedingt. In concreto geht es hier um eine somatoforme Schmerzstörung sowie eine rezidivierende depressive Störung bei histrionisch strukturierter Persönlichkeit. Das Bundesgericht führt nun aus, dass ein psychisches Leiden mit Krankheitswert, z.B. eine somatoforme Schmerzstörung, die Voraussetzung, **nicht aber** eine hinreichende Basis für die Annahme einer invalidisierenden Einschränkung der Arbeitsfähigkeit ist. Das EVG geht davon aus, dass in der Regel eine somatoforme Schmerzstörung keine langdauernde, zu einer Invalidität führende, Einschränkung der Arbeitsfähigkeit im

Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVG bewirkt. Sollte aber - und dies nur in Ausnahmefällen - die Unzumutbarkeit einer willentlichen Schmerzüberwindung vorliegen, so nur falls zusätzlich eine psychisch ausgewiesene Co-Morbidität von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer mitwirkt **oder** aber die weiteren folgenden Kriterien in einer gewissen Intensität und Konstanz erfüllt sind. Nämlich:

1. Chronische körperliche Begleiterkrankungen und mehrjähriger Krankheitsverlauf bei unveränderter oder progredierender Symptomatik ohne längerfristige Remission;
2. ein ausgewiesener sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens;
3. ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr angehbarer, innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung (primärer Krankheitsgewinn);

oder

4. unbefriedigende Behandlungsergebnisse, trotz konsequent durchgeführter ambulanter und oder stationärer Behandlungsbemühungen (auch mit unterschiedlichem therapeutischem Ansatz) und gescheiterte Rehabilitationsmassnahmen bei vorhandener Motivation und Eigenanstrengung der versicherten Person.

Sind also diese Kriterien erfüllt, so geht das EVG ausnahmsweise von einer Unüberwindlichkeit der somatoformen Schmerzstörung aus.

Bei diesem Bundesgerichtsentscheid stützt sich das EVG vor allem auf die Meinung des Bundesrichters Prof. Dr. iur. Ulrich Meyer-Blaser: «Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung namentlich für den Einkommensvergleich in der Invaliditätsbemessung<sup>5</sup>. Wie Meyer-Blaser ausführt, beantwortet die Medizin die Frage, ob eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit vorliegt anders, als die Rechtssprechung. Während die Medizin

---

<sup>5</sup> In: René Schaffhauser: a.a.O. S.27 ff

von einem bio-psycho-sozialen Krankheitsmodell ausgeht, geht die Rechtssprechung lediglich von einem bio-psychischen Krankheitsverständnis aus und lässt die sozialen Faktoren ausser Acht. Diese unterschiedliche Betrachtungsweise liegt diesem Bundesgerichtsentscheid zugrunde. Die Medizin definiert die anhaltende somatoforme Schmerzstörung wie folgt: «Die vorherrschende Beschwerde ist ein andauernder, schwerer und quälender Schmerz, der durch einen physiologischen Prozess oder eine körperliche Störung nicht vollständig erklärt werden kann. Er tritt in Verbindung mit emotionalen Konflikten oder psychosozialen Belastungen auf, die schwerwiegend genug sein sollten, um als entscheidende ursächliche Faktoren gelten zu können. Die Folge ist meist eine beträchtlich gesteigerte persönliche oder medizinische Unterstützung. Schmerzzustände mit vermutlich psychogenem Ursprung, die im Verlauf depressiver Störungen oder einer Schizophrenie auftreten, sollten hier nicht berücksichtigt werden.»<sup>6</sup>

Wie Sie aus dieser Definition ersehen, ist bei der anhaltenden somatoformen Schmerzstörung die psychosoziale Belastung definiert als Merkmal der Krankheit. Die Rechtssprechung andererseits klammert den psychosozialen Aspekt als invaliditätsfremd aus. Andererseits haben die sogenannten «Foersterschen Kriterien» ins Bundesgericht Einzug gehalten. Es handelt sich hier um Kriterien, welche Klaus Foerster, psychiatrischer Begutachter im Sozialrecht aus psychiatrischer Sicht zur Diagnostizierung einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung herauskristallisiert hat. Er ist der Begründer der Beurteilung der zumutbaren Willensanstrengung, bzw. im deutschen Recht Willensanspannung genannt. Der Sozialversicherungsrichter Hans-Jakob Mosimann hat dann diese Kriterien ins schweizerische juristische Schrifttum eingeführt.<sup>7</sup>

Schliesslich wurden sie als Kriterien der Rechtssprechung des eidgenössischen Versicherungsgerichts übernommen.

Es stellt sich nun die Frage, wie tauglich und methodisch zulässig diese Kriterien im Sinne eine Checkliste bei der Anwendung durch den Richter sind.

---

<sup>6</sup> ICD-10 Internationale Statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, Band 1, Version 1.3, Bern 1999

<sup>7</sup> Ulrich Meyer-Blaser: in René Schaffhauser: a.a.O., S.76f

## 5. Diskussion von BGE 130 V 352

### 5.1. Syllogismus

Der juristische Syllogismus bedeutet eine konditional formulierte Rechtsregel auf einen bestimmten Sachverhalt anzuwenden, d.h. der Rechtssatz ist der Obersatz, der Untersatz ist der gesetzliche Tatbestand. Dazu muss in erster Linie der Sachverhalt, im vorliegenden Fall lautet der Obersatz «wer durch einen körperlichen oder geistigen Gesundheitsschaden voraussichtlich bleibend oder längere Zeit dauernd erwerbsunfähig ist, hat Anspruch auf eine Invalidenrente».

Die Tatfrage besteht nun darin, den Sachverhalt festzustellen, nämlich die Frage: Ist im konkreten Fall ein **körperlicher oder geistiger Gesundheitsschaden vorhanden**? Dies ist eine Tatfrage und muss durch ein medizinisches Gutachten bewiesen werden. Wird diese Tatfrage mit Ja beantwortet, so besteht der körperliche oder geistige Gesundheitsschaden. Es stellt sich nun die zweite Frage, ob eine Erwerbsunfähigkeit gegeben ist. Um diese Frage abzuklären, muss geklärt werden, was kann der oder die Versicherte noch für Tätigkeiten ausführen. Dies allenfalls anhand der Funktionsmessungen gemäss der Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit EFL.<sup>8</sup> Erst wenn die möglichen Tätigkeiten klar sind, kann der Rechtsbegriff der Erwerbsfähigkeit angewandt werden. Die möglichen Tätigkeiten müssen in mögliche verwertbare Arbeitstätigkeiten umgemünzt werden, was konkret oder statistisch erfolgt.

Als nächstes stellt sich noch die Frage nach der **Dauer** dieser Erwerbsunfähigkeit. Es handelt sich dabei um eine Rechtsfrage, da im IVG bereits geklärt ist, dass eine Erwerbsunfähigkeit mindestens ein Jahr gedauert haben muss, um eine Invalidität zu begründen. Schliesslich ist die Frage zu beantworten, ob der Gesundheitsschaden, welcher als Tatfrage festgestellt wurde, die Erwerbsunfähigkeit, welche eine auf eine Tatfrage basierenden Rechtsfrage hervorgerufen hat. Es handelt sich hier aber nicht um eine Kausalität im Sinne einer adäquaten Kausalität, sondern es geht nur um die natürliche Kausalität, da es sich beim IVG um eine finale und nicht um eine kausale

---

<sup>8</sup> Dr. med. Michael Olivieri: Was sollen wir messen: Schmerz oder Funktion - Die Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit als Mittel für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit; in Schaffhauser/Schlauri: a.a.O.: S. 389ff

Versicherung handelt. Im Gegensatz zur Unfallversicherung, wo der Gesundheitszustand kausal zu den Unfallfolgen sein muss, ist im IVG ein bewiesener Gesundheitszustand genug begründet, um die Folgen der Leistungspflicht des IVG zu bewirken.<sup>9</sup>

## 5.2. Auslegung

Wurde nun gemäss den Regeln des Syllogismus der Sachverhalt abgeklärt und bewiesen und stellt sich die Frage, ob nun das Gesetz unklar ist, so müsste anhand der Auslegungsregeln der Gesetzeswortlaut ausgelegt werden. Die Auslegung erfolgt in erster Linie nach dem Wortlaut. Dieser ist meines Erachtens klar. Danach folgt die systematische Auslegung, dann die Materialien, schliesslich die teleologische Auslegung. Meiner Ansicht nach ist hier die Auslegung schon aufgrund des Wortlautes bzw. der grammatikalischen Auslegung klar. Geistiger oder körperlicher Gesundheitsschaden sind nicht auslegungsbedürftige Begriffe sondern betreffen einen medizinischen Sachverhalt, welcher vom entsprechenden medizinischen Sachverständigen beantwortet werden muss. Die Erwerbsunfähigkeit ist auch nicht auslegungsbedürftig, sowie auch die lange Dauer bereits aufgrund der Voraussetzungen für die Beantragung einer IV-Rente gegeben sind. Es erscheint nun aber so, als habe das EVG zur teleologischen Auslegungsmethode gegriffen, indem der Wortlaut des geistigen Gesundheitsschadens ausgelegt wird, ja entgegen der medizinischen Definition neu definiert wird, mit der Zielsetzung die in den letzten Jahren immer öfter zur Invalidität führenden psychischen Gesundheitsschaden zu relativieren, um die IV finanziell nicht zu überlasten. Eine teleologische Auslegung heisst aber nicht, dass alle beliebigen Zwecke herangezogen werden dürfen, um politisch Wünschenswertes herbeizuführen.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Vgl. hierzu: Alexandra Rumo-Jungo: Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, [Universitätsverlag] Fribourg 1998, S. 90f

<sup>10</sup> Hans-Jürg Seiler: Einführung in das Recht, 2. Aufl. [Ort] 2004, S. 210

### 5.3. Ermessen / Abwägung

Sind die Rechtsfolgen nicht eindeutig, so hat der Richter aufgrund seines Ermessensspielraums die Ermessensausübung und Abwägung vorzunehmen. Dieses Ermessen erfolgt gemäss Abwägungsregeln. Das Ermessen muss dem Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Prinzip von Treu und Glauben entsprechen. Es muss auch verfassungsmässig sein, d.h. es darf den höherrangigen Prinzipien nicht widersprechen. Mögliche Fehler bei der Auslegung sind Sachverhaltsfehler, wenn nicht alle rechtserheblichen Sachverhaltselemente festgestellt werden, andererseits die Rechtsanwendungsfehler, wenn die Anwendung einer Norm einer höherrangigen Norm widerspricht.

### 6. Kritik an der EVG-Praxis

Im Lichte dieser Rechtsanwendungsregeln ist festzustellen, dass das Gericht die Tatfrage nach dem Gesundheitszustand zwar den Experten, im konkreten Fall den Psychiater, befragt, auch eine medizinische Antwort erhält. Es besteht eine klare Diagnose «anhaltende somatoforme Schmerzstörung», diese ist definiert. Die Erwerbsunfähigkeit ist aufgrund der möglichen Tests festgelegt. Aufgrund des Schmerzes ist der Versicherte nicht fähig einen bestimmten Grad an Erwerbsfähigkeit zu erlangen. Nun führt das EVG das Zusatzkriterium des «guten Willens» ein. Dieses Zusatzkriterium wird ausschliesslich bei den psychischen Gesundheitsschäden eingeführt. Zu Recht kritisiert Ueli Kieser die einseitige Einführung des Kriteriums des guten Willens nur für psychische und nicht für physische Gesundheitszustände, als verfassungsrechtlich nicht haltbar, da dies ein der Rechtsgleichheit zuwiderlaufendes Kriterium sei.<sup>11</sup>

Somit wäre das Ermessen hier überschritten. Ein anderer Auslegungsfehler besteht meines Erachtens als Sachverhaltsfehler; dadurch, dass ein klar definierter Sachverhalt, welcher in der Definition psychosoziale Elemente enthält, von den Richtern nur teilweise anerkannt wird. Der Richter ändert den medizinischen Sachbegriff ab, indem er einen wesentlichen Bestandteil (den psychosozialen)

---

<sup>11</sup> Ueli Kieser: ATSG-Kommentar, [Ort / Jahr], S. 96, Randziff. 9 zu Art. 7 ATSG

ausklammert. Zudem legt er fest, dass falls diese Krankheit bestehe, sie mit gutem Willen überwunden werden könnte, ausser:

«Es bestehe noch eine andere Komorbidität von erheblicher Schwere, Intensität oder Ausprägung.»

Der Richter entscheidet hier also aus mir unerklärlichen Gründen betreffend eine Krankheit, es müsse noch eine zweite bestehen, bei allen anderen Krankheiten ist dies nicht Voraussetzung. Auch hier besteht eine klare Rechtsungleichheit bezüglich jener Krankheiten, welche Schmerzkrankheiten sind, gegenüber den somatischen Krankheiten.

Oder aber es sind die folgenden Bedingungen erfüllt, dies wohl kumulativ:

3. Es müsse eine verfestigte therapeutisch nicht mehr angehbare Konfliktbewältigung erfolgt sein.

Auch dies ein medizinisch, ich würde sagen psychiatrischer Begriff, welcher meines Erachtens sowieso Voraussetzung für eine Invalidität ist. Denn solange ein Krankheitsverlauf therapeutisch noch angegangen werden kann, ist der Endzustand im Sinne des IVG nicht erfüllt.

2. Ein ausgewiesener sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens muss gegeben sein.

Dieser Punkt erscheint mir besonders heikel. Es ist offensichtlich, dass hiermit geprüft werden will, ob der Schmerz auch wirklich besteht und nicht vorgegeben wird, es geht also hier eigentlich darum, Simulanten zu entlarven, was meiner Ansicht nach systematisch nicht bei der Rechtsanwendung erfolgen darf und kann. Es handelt sich auch nicht um eine Rechtsfrage oder um eine Auslegungsfrage, es handelt sich um eine Tatfrage. Liegt überhaupt ein Schmerz bzw. eine Schmerzkrankheit vor oder wird sie durch den Betrüger nur vorgegeben.

1. Chronische körperliche Begleitscheinungen und mehrjähriger Krankheitsverlauf bei unveränderter oder progredierender Symptomatik ohne längerfristige Remission.

Auch hier wird eine zusätzliche Krankheit vorausgesetzt, welche invalidisierend ist.

Diese drei Kriterien sind demnach:

Das erste Kriterium: Verfassungswidrig, da es als Zusatzkriterium bei einer Schmerzkrankheit benutzt wird und wie das Dritte unnötig;

Das zweite Kriterium: Eine Tatfrage, welche allenfalls von der Verwaltung nachgewiesen werden muss, dass der Schmerz nicht so gross sein kann, da der Versicherte ein normales soziales Leben führt und den Schmerz offensichtlich nur bei der Arbeit verspürt;

Das dritte Kriterium: Unnötig, da bereits im Gesetz vorgesehener Endzustand erreicht sein muss, es handelt sich hier um eine Art Repetition.

Auch das nächste Kriterium, welches wieder **alternativ** zu den drei genannten Kriterien zur Schmerzstörung hinzukommen muss, ist das unbefriedigende Behandlungsergebnis, trotz konsequent durchgeführten ambulanten und/oder stationären Behandlungsbemühungen und gescheiterten Rehabilitationsmassnahmen bei vorhandener Motivation und Eigenanstrengung der versicherten Person.

Hier besteht meines Erachtens eine Kombination zweier Elemente. Das erste Element ist das unbefriedigende Behandlungsergebnis, welches wiederum meines Erachtens Voraussetzung ist für die Invalidität. Wäre das Behandlungsergebnis befriedigend gewesen, wäre der Patient wieder gesund. Das zweite Element ist die vorhandene Motivation und Eigenanstrengung. Der gute Wille ist ein Synonym für Motivation. Somit unterliegt hier die Argumentation einem Zirkelschluss. Wenn der gute Wille eingesetzt wurde, dann geht das EVG davon aus, dass die Schmerzüberwindung nun nicht mehr durch guten Willen entgegnet werden kann.

Wir kommen somit zum Begriff des guten Willens, bzw. der vorhandenen Motivation. Ich möchte hier nochmals zurückkommen auf den Vortrag von Hans Georg Kopp, welcher Schmerzbewältigung so definiert, dass eine Bewältigung auf gedanklicher bzw. kognitiver Ebene, emotionaler Verarbeitung sowie der Umgang auf der konkreten Verhaltensebene die Elemente der Schmerzbewältigung ausmachen. Für mich bedeutet dies, dass in der Schmerzverarbeitung die Frage des guten Willens bzw. der Motivation enthalten ist. Der Patient muss sich auf einer gedanklichen und auch auf der emotionalen Verarbeitungsebene motivieren den guten Willen aufzubringen, im Rahmen des medizinisch möglichen. Das Mögliche wird ja von der Motivationsforschung untersucht. Es handelt sich hier wohl um eine psychologisch-psychiatrische Disziplin. Auch Kopp weist darauf hin, dass gewisse seelische aber auch gedankliche Voraussetzungen nicht bei allen Leuten gleich vorhanden sind, sei dies aufgrund des Bildungsstandes oder des kulturellen Hintergrundes.

## **7. Ergebnis**

Die in der Einleitung gestellt Hauptfrage, handelt es sich beim Begriff des «guten Willens» um eine Tat- oder um eine Rechtsfrage, ist meines Erachtens durch das Gesagte geklärt. Es handelt sich um eine Tatfrage aus dem Gebiet der Psychologie, insbesondere der Motivationsforschung. Es ist eine Frage, welche der medizinische/psychologisch-psychiatrisch Gutachter in seine Überlegungen einbeziehen muss Er kann abklären, ob der Explorand fähig ist, aufgrund seiner Persönlichkeit, (welche natürlich auch kulturelle, bildungsmässige und emotionale Elemente umfasst) und seiner Krankheit die Motivation aufbringen kann, den Schmerz zu überwinden bzw. einen gewissen Anteil dieses Schmerzes zu überwinden. Meines Erachtens ist somit der Begriff des guten Willens nicht geeignet, die bundesgerichtliche Rechtssprechung zu Art 4 IVG bzw. Art 7 ATSG zu präzisieren. Aufgrund des dargelegten bin ich auch der Ansicht, dass diese Foersterschen Kriterien teilweise medizinische Kriterien sind, welche der medizinische Experte allenfalls zu berücksichtigen und in sein Gutachten einzubeziehen hat, andererseits insofern irrelevant sind, als dass der Rechtsanwender aufgrund des Gesetzes sowieso die Vorgaben der Dauer und des erfolgten medizinischen Endzustandes vom Gesetz

vorgegeben hat. Zudem erscheint diese «Checkliste» nicht zuletzt auch unter dem Blickwinkel der Verfassungsmässigkeit als mehr als problematisch.

## **8. Schlussfolgerungen**

Es bestehen immer mehr Invaliditätsfälle aus psychischen Gesundheitsschäden. Es besteht das legitime Bestreben, die IV nicht allzu sehr zu belasten, insbesondere nicht überzubelasten. Der Weg über die Auslegung der Schmerzkrankheiten erscheint mir nicht geeignet. Hingegen scheint mir der beste Weg um die IV zu entlasten, sei dies betreffend psychischer als auch somatischer Invaliditätsfälle, die von verschiedenen Seiten angestrebte und versuchte Politik der Beibehaltung der Kranken und Verletzten im Arbeitsprozess und der Eingliederung vor Rente. Dies ist meines Erachtens der richtige, erfolgversprechende Weg, der mit der fünften IV-Revision, so hoffe ich, dann so richtig zum Tragen kommen wird.

## **9. Ausblick**

Mein Vortrag konnte natürlich nicht alle Fragen beantworten. Für mich ist insbesondere die Frage noch offen, mit welchen Mitteln ausser der EFL die Leistungsfähigkeit gemessen werden kann. Ich denke hier sind die Mediziner, Ergonomen und Psychologen gefordert. Eine weitere interessante Frage ist meines Erachtens die der Motivationspsychologie. Mit welchen Mitteln können welche Personengruppen motiviert werden, um ihren Schmerz besser verarbeiten zu können. Und vielleicht schliesslich noch, wie muss das Zusammenspiel zwischen dem Arzt, welcher eine Krankheit oder einen Gesundheitsschaden feststellt und demjenigen Wissenschaftler, welcher aufgrund der Krankheitssymptome und -Befunde testen kann, was der Erkrankte noch für Tätigkeiten ausführen kann. Wichtig sind diese offenen Fragen meines Erachtens für die Richter, denn sie müssen sich mit gutem Gewissen auf die Abklärungen und Antworten der Wissenschaftler verlassen können, um die Tatfragen als bewiesen oder unbewiesen zu bewerten und dann zu den Rechtsfragen schreiten zu können.