

Christian Haag

## **Rechtsprechung lässt Unfallopfer und Patienten im Regen stehen**

### **Zur zunehmend eingeschränkten Versicherungsdeckung und erschwerten Anspruchsdurchsetzung im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht**

---

Vor gut zehn Jahren habe ich mich als frischgebackener Anwalt entschieden, Unfallopfer und Patienten zu vertreten: Vom Schicksal Getroffene gegen finanzstarke, mächtige Versicherungen zu vertreten, und im Idealfall etwas mehr Gleichgewicht und Gerechtigkeit zu bewirken, das waren Motivation und sinnvolle Arbeit. Die Entwicklung der letzten Jahre weckt Zweifel, ob Versicherungsdeckung und Rechtsschutz für diese Personengruppe – zu der wir potenziell alle zählen – noch gewährleistet sind. Verantwortlich dafür ist grossenteils die jüngere Rechtsprechung. Nachstehend werden einige problematische Urteile dargelegt.

---

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Privatversicherungsrecht; Sozialversicherungsrecht

Zitiervorschlag: Christian Haag, Rechtsprechung lässt Unfallopfer und Patienten im Regen stehen, in: Jusletter 20. August 2018

## Inhaltsübersicht

1. Bedürftigkeit behindert Rechtsdurchsetzung
2. Zulässige negative Feststellungswiderklage killt Teilklage
3. Beweisvorteil für Ärzteschaft im Arzthaftpflichtprozess
4. Illegale Observation durch Sozialversicherung verwertbar
5. Faktisch keine Ergebnisoffenheit trotz BGE 141 V 281
6. UVG-Adäquanz bei HWS-Distorsionstrauma und psychischen Unfallfolgen praktisch nie erfüllt
7. Fiktion des ausgeglichenen Arbeitsmarkts verhindert Renten
8. Prozessuale Bevorzugung der Sozialversicherung
9. Strenge Gerichtspraxis betreffend Ausstand von Sozialversicherungs-Gutachtern
10. Fazit

### 1. Bedürftigkeit behindert Rechtsdurchsetzung

[Rz 1] Gemäss Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV) hat «jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand». Analoges sollen im Zivilprozess Art. 117 der Zivilprozessordnung (ZPO) und im Verwaltungsverfahren der Sozialversicherung Art. 37 Abs. 4 des Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) sicherstellen; soweit die Theorie.

[Rz 2] Damit ist in der Praxis aber keineswegs garantiert, dass bedürftige Geschädigte ihre Ansprüche auch effektiv mit einem Anwalt durchsetzen können:

[Rz 3] Wer mit unentgeltlicher Rechtspflege (URP) prozessiert, hat im Zivilprozess keinen Anspruch auf eine vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO.<sup>1</sup> Darin sieht das Bundesgericht keine Diskriminierung gegenüber Selbstzahlern, weil Bedürftige die Möglichkeit einer Hauptklage mit beschränktem Kostenrisiko im Rahmen der URP hätten. Verglichen mit Vermögenden seien Bedürftige daher weniger darauf angewiesen, die Prozessrisiken durch ein Verfahren nach Art. 158 ZPO abschätzen zu können. Bedürftige können damit laut Bundesgericht direkt – ohne vorsorgliche Klärung z.B. der Haftung via Art. 158 ZPO – den Hauptprozess einleiten. Diese Rechtsprechung blendet aus, dass Gegenanwaltskosten nicht unter die Unentgeltliche Rechtspflege fallen. Bedürftige werden damit zur Haftungsklä rung in den Hauptprozess gezwungen, mit dem Risiko der Tragung der Gegenanwaltskosten.

[Rz 4] Zudem ist ein UR-Prozess ja nicht definitiv «gratis», sondern bei späterer finanzieller Verbesserung<sup>2</sup> besteht eine Rückzahlungspflicht. Dies untermauert das Interesse an einer vorprozessualen Klärung der Prozessrisiken via Art. 158 ZPO auch seitens Bedürftiger.

[Rz 5] Immerhin soll die bezüglich Art. 158 ZPO seitens Rechtsprechung vorgenommene Ungleichbehandlung Bedürftiger mit der bevorstehenden ZPO-Revision abgeschafft werden.<sup>3</sup>

[Rz 6] Aber auch wenn grundsätzlich Anspruch auf URP besteht, garantiert dies die Rechtsdurchsetzung noch keineswegs. Als grosse Hürde erweist sich zunehmend die Aussichtslosigkeit:

---

<sup>1</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_334/2015 vom 22. September 2015, E. 3. f.

<sup>2</sup> Z.B. infolge Erbschaft.

<sup>3</sup> BRIGITTE HÜRLIMANN / MICHAEL KRAMPF, Barriere Prozesskosten soll tiefer gelegt werden, in: Plädoyer 2/18, S. 16.

[Rz 7] Theoretisch gilt ein Verfahren erst als aussichtslos, wenn die Gewinnaussichten kaum mehr als ernsthaft bezeichnet werden können und eine Anhebung eines Verfahrens geradezu rechtsmissbräuchlich wäre.<sup>4</sup>

[Rz 8] Die jüngere Gerichtspraxis im Sozialversicherungsrecht zeigt indessen teilweise eine andere Realität: In einem IV-Urteil vom 6. November 2017<sup>5</sup> ging es um die Statusfrage und wieviel die versicherte Person im Gesundheitsfalle arbeiten würde. Das Bundesgericht hat die Beschwerde und mit ihr das Gesuch UP/URB wegen Aussichtslosigkeit abgewiesen. Letzteres erstaunt, zumal es sich um einen 5er Entscheid handelt. Einen solchen gibt es nur, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Raume steht, oder aber wenn ein Richter dies beantragt (Art. 20 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG]). Der Entscheid beschlägt die gemischte Methode und den Di Trizio Entscheid. Hinweise auf eine Grundsatzfrage fehlen. E contrario hat ein Richter eine 5er Besetzung beantragt – was eine Aussichtslosigkeit ausschliessen sollte.

[Rz 9] Und auch im Haftpflichtprozess ist die Darlegung der Nichtaussichtslosigkeit für Laien eine grosse Hürde:

[Rz 10] Will eine mittellose Person einen Schadenersatz einklagen, so muss sie behaupten und unter Bezeichnung der Beweismittel soweit möglich und zumutbar belegen, welchen Schaden sie einklagen wolle. Dies bedingt laut Bundesgericht die *Substanziierung* der gesundheitlichen Beschwerden und deren Auswirkung auf die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit. Nur so könne das über die URP entscheidende Gericht die Erfolgsaussichten der Begehren summarisch beurteilen.<sup>6</sup>

[Rz 11] Diese Rechtsprechung zwingt Geschädigte faktisch, von Beginn an einen Anwalt zu mandatieren. Sie lässt aber ausser Acht, dass im Zeitpunkt der Ausarbeitung des UR-Gesuchs naturgemäss noch nicht über die URP entschieden ist. Und selbst wenn die URP bewilligt und der Aufwand entschädigt wird, ist der Ansatz massiv unter dem üblichen Stundenansatz eines privaten Mandats, seit rund 20 Jahren gleich tief und nur wenig höher als die durchschnittlichen Infrastruktur-Fixkosten einer Anwaltskanzlei.<sup>7</sup>

[Rz 12] Zudem gilt im Bereich der URP die *Offizialmaxime*. Die richterliche Fragepflicht<sup>8</sup> erlaubt dem Gericht an einer UR-Verhandlung durchaus klärende richterliche Fragen mit der Gelegenheit zur allfälligen Ergänzung und Erläuterung der geplanten Klage und Schadenersatzbegründung. Es ist zudem enorm aufwändig, *die Beweismittel soweit möglich zu bezeichnen und zu belegen sowie die gesundheitlichen Beschwerden und deren Auswirkungen auf die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit zu substantizieren*, und all dies bevor sicher ist, ob der anwaltliche Aufwand dafür je bezahlt wird.

[Rz 13] All dies erschwert es Unfallopfern und Patienten enorm, zu einer UR-Rechtsvertretung zu kommen, welche diesen vorprozessualen, bei unklarer Haftung oder Kausalität mit einem erheblichen Kostenrisiko behafteten Aufwand nicht scheut.<sup>9</sup>

[Rz 14] Im Verwaltungsverfahren der Sozialversicherung ist zudem die Voraussetzung der Notwendigkeit des unentgeltlichen Rechtsbeistands regelmässig der Stolperstein. Exemplarisch ist

---

<sup>4</sup> BGE 98 V 119.

<sup>5</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_157/2017 vom 6. November 2017.

<sup>6</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_274/2016 vom 19. Oktober 2016, E. 2.4.3.

<sup>7</sup> Vgl. BGE 132 I 201, E. 7 f.; vgl. auch Zusammenfassung der Praxiskostenanalyse SAV 2005, S. 2, auf: <https://goo.gl/PQ8iWn> (alle Websites zuletzt besucht am 12. Juli 2018). Es ist ein offenes Geheimnis, dass viele Anwälte deswegen trotz standesrechtlicher Pflicht keine UR-Mandate führen.

<sup>8</sup> Art. 56 der Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272).

<sup>9</sup> Vgl. dazu: PIERRE HEUSSER, Die unentgeltliche Vertretung ist klarer zu regeln, in: plädoyer 6/11, Rz. 55–57.

das Urteil des Bundesgerichts 9C\_224/2018 vom 7. Juni 2018: Für das Vorbescheidsverfahren der IV hat das Bundesgericht einen Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand verneint. Dieser sei sachlich nicht notwendig, denn die Prüfung des Beweiswerts des medizinischen Gutachtens sei regelmässig noch keine schwierige Fragestellung, genauso wenig wie die Anwendung der Rechtsprechung zu den Standardindikatoren.<sup>10</sup> Wenn das Gutachten die Arbeitsfähigkeit bejahe, könne ja auf ein strukturiertes Beweisverfahren verzichtet werden. Dies überzeugt in keiner Weise: Wer regelmässig gegen die IV prozessiert, der weiss, dass die Beweiswürdigung medizinischer Gutachten und die Prüfung der Indikatoren juristisch und medizinisch sehr anspruchsvoll sind und eine gutachterliche Aussage zur Arbeitsfähigkeit häufig nicht mit dem juristischen Entscheid über die Invalidität korreliert.<sup>11</sup>

## 2. Zulässige negative Feststellungswiderklage killt Teilklage

[Rz 15] Art. 86 ZPO erlaubt eine Teilklage, wenn ein Anspruch teilbar ist. Mit diesem Instrument sollten gemäss Botschaft unter anderem Geschädigte die Möglichkeit erhalten, z.B. die Haftung oder Kausalität dank tieferen Streitwerts mit reduziertem Kostenrisiko zu klären.<sup>12</sup>

[Rz 16] Seit dem Bundesgerichtsurteil 4A\_576/2016 vom 13. Juni 2017<sup>13</sup> ist diese Zielsetzung der ZPO nicht mehr erreichbar: Laut Bundesgericht ist die negative Feststellungswiderklage gegen eine echte Teilklage auf CHF 30'000 zulässig, obschon der Gesetzeswortlaut (Art. 224 Abs. 1 ZPO) dies wegen der unterschiedlichen Verfahrensart (vereinfachtes vs. ordentliches Verfahren) ausschliesst.

[Rz 17] Seit dieser Praxisänderung hat sich folgende Befürchtung der Geschädigtenvertreter bewahrheitet: Haftpflichtversicherungen reagieren auf Teilklagen vermehrt mit negativen Feststellungswiderklagen. Damit explodiert der Streitwert und mit ihm das Prozesskostenrisiko. Dies hat seitens Klägerschaft Präventiv- und Prohibitivwirkung – insbesondere bei Privatpersonen wie Geschädigte nach einem Unfall oder einer medizinischen Fehlbehandlung. Im Ergebnis können damit Geschädigte heute die Haftung oder Kausalität nicht mehr teilklageweise klären, ohne das ruinöse Kostenrisiko einer negativen Feststellungswiderklage einzugehen.

[Rz 18] Davor ist nicht einmal gefeit, wer eine Rechtsschutzversicherung hat: Deren übliche Deckungssumme von CHF 250'000 reicht bei einem schweren Personenschaden kaum, um bei einem siebenstelligen Streitwert über drei Gerichtsstufen inkl. Gerichtsgutachten zu prozessieren:<sup>14</sup> Bei einem Streitwert von CHF 845'000 drohen Gerichts- und Anwaltskosten von CHF 590'000 für alle Instanzen. Solche enormen Kosten führen zunehmend dazu, dass sich mittelständische Bürger den Gang vor das Gericht zur Durchsetzung ihrer berechtigten Ansprüche nicht mehr leisten können. Im Gegensatz zur Situation vor 10 bis 15 Jahren nutzen gewisse Ver-

---

<sup>10</sup> BGE 141 V 281.

<sup>11</sup> Vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts 9C\_701/2013 vom 12. Juni 2014 oder Urteil des Bundesgerichts 9C\_850/2013 vom 12. Juni 2018.

<sup>12</sup> Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, in BBl 2006 7221, S. 7288; Schweizerische Zivilprozessordnung, Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission im Juni 2003, S. 43, [www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/vn-ber-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/vn-ber-d.pdf).

<sup>13</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_576/2016 vom 13. Juni 2017.

<sup>14</sup> RENÉ SCHUMACHER, Hohe Kosten vereiteln Zugang zum Gericht, in: Plädoyer 1/16, S. 15 ff.

sicherungsgesellschaften diesen Umstand gnadenlos aus und verweisen den Geschädigten regelmässig auf den Prozessweg.<sup>15</sup>

[Rz 19] Mit seinem Verdikt zur Zulässigkeit der negativen Feststellungswiderklage trotz unterschiedlicher Verfahrensart hat das Bundesgericht die echte Teilklage faktisch abgeschafft und die Rechtsdurchsetzung bei streitiger Haftung oder Kausalität massivst erschwert.

[Rz 20] Das Urteil zur Zulässigkeit der negativen Feststellungswiderklage auf eine Teilklage widerspricht im Ergebnis auch der Rechtsprechung, wonach beim Prozessieren mit URP zur Reduktion des Kostenrisikos statt einer Vollklage lediglich eine Teilklage einzureichen sei.<sup>16</sup>

[Rz 21] Noch nicht entschieden ist, ob diese Gerichtspraxis zur Zulässigkeit der negativen Feststellungswiderklage als Reaktion auf eine Teilklage auch bei einer *unechten* Teilklage gilt – wobei auch die Abgrenzung echte vs. unechte Teilklage umstritten ist. Die Assekuranz bejaht die Anwendbarkeit dieser Rechtsprechung auch auf unechte Teilklagen, da auch dort ein Feststellungsinteresse bestehe. Bislang hat sich kein Geschädigter getraut, das mit einer höchstrichterlichen Klärung verbundene Kostenrisiko über drei Instanzen in Kauf zu nehmen.

### 3. Beweisvorteil für Ärzteschaft im Arzthaftpflichtprozess

[Rz 22] Vor kurzem<sup>17</sup> äusserte sich das Bundesgericht im Urteil 4A\_137/2015 vom 19. August 2015 zum Zweck der medizinischen Dokumentationspflicht. Diese diene der Behandlungssicherheit wie auch der Beweissicherung. Zu dokumentieren sei das medizinisch Notwendige. Kontrolluntersuchungen seien dann nicht dokumentationspflichtig, wenn es medizinisch üblich sei, bei Ausbleiben eines positiven Befundes keine Aufzeichnung vorzunehmen. Diesfalls könne aus einer fehlenden Dokumentation nicht auf das Unterlassen einer entsprechenden Untersuchung geschlossen werden (E. 5.1). Zwar müsse die Krankengeschichte vollständig sein, um ihren Zweck zu erfüllen (E. 5.2). Da jedoch die Dokumentation des zu beurteilenden medizinischen Vorgangs medizinisch weder notwendig noch üblich sei, könne mit deren Fehlen nicht eine Beweiserleichterung begründet werden (E. 5.3).

[Rz 23] Damit verschlechtert das Bundesgericht die beweisrechtliche Position von Patienten massiv: Ist die medizinische Dokumentation für den Nachweis einer Sorgfaltspflichtverletzung ungenügend, so ist dies rechtlich nur relevant, wenn die Dokumentation notwendig und üblich gewesen wäre.<sup>18</sup> Bei angeblich unauffälligen Kontrolluntersuchungen bleibt daher eine Verletzung der Dokumentationspflicht ohne Konsequenz. Dies erlaubt es einem potentiell Haftpflichtigen, die Dokumentation (ursprünglich oder nachträglich) zu reduzieren und mit dem Argument eine Haftung zu verneinen, *er habe einen Untersuchungsfolge unauffälligen Resultats nicht dokumentiert*. Im Ergebnis führt das Bundesgericht damit die Vermutung ein, dass Ärzte diejenigen Untersuchun-

---

<sup>15</sup> MARKUS SCHMID, Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung, in: Haftpflichtprozess 2015, S. 14–16. Der Aufsatz von MARKUS SCHMID illustriert, dass zum Streitwert unverhältnismässig hohe Prozesskosten kein Einzelfall, sondern vielmehr die Regel sind (S. 16–22). Die Schweizer Justiz ist massiv teurer als anderswo in Europa. Professoren beurteilen die heutige Situation für Kläger als prohibitiv: Wie die Justiz Normalbürger ausschliesst: [www.beobachter.ch/gesetze-recht/kaum-chancen-auf-recht-wie-die-justiz-normalburger-ausschliesst?](http://www.beobachter.ch/gesetze-recht/kaum-chancen-auf-recht-wie-die-justiz-normalburger-ausschliesst?)

<sup>16</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_274/2016 vom 19. Oktober 2016, E. 3.

<sup>17</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_137/2015 vom 19. August 2015.

<sup>18</sup> Was medizinisch notwendig und üblich und daher dokumentationspflichtig ist, muss im Streitfall ein medizinischer Experte festlegen (ROGER KÖNIG, Der Umfang der ärztlichen Dokumentationspflicht, in: SAEZ 46/2015, S. 20).

gen vorgenommen haben, die normalerweise vorzunehmen sind. Dadurch auferlegt es dem Patienten eine Beweislast für die Nichtvornahme von Untersuchungen, die er kaum erfüllen kann.<sup>19</sup> Zudem ist es für den klägerischen (medizinischen) Laien ein kaum abschätzbares Prozessrisiko, ob das Gericht der beklagten Medizinalperson für die Kontrolluntersuchung eine Dokumentationspflicht auferlegt oder nicht.

[Rz 24] Damit wird es für Patienten zusätzlich zur Konstruktion der praktisch immer vermuteten hypothetischen Einwilligung in ein nicht aufgeklärtes Eingriffsrisiko<sup>20</sup> noch schwieriger, eine Haftung prozessual durchzusetzen.

#### 4. Illegale Observation durch Sozialversicherung verwertbar

[Rz 25] Gemäss jüngster Rechtsprechung des EGMR in Strassburg<sup>21</sup> verstossen Überwachungs-massnahmen einer gesetzlichen Unfall (UVG)-Versicherung mangels gesetzlicher Grundlage gegen das Recht auf Privatleben in Art. 8 EMRK. Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung auf die IV übertragen. Die Ergebnisse einer Observation seien jedoch je nach Güter- und Interessenabwägung gleichwohl beachtlich.<sup>22</sup>

[Rz 26] In der Lehre wird das erwähnte Bundesgerichtsurteil als «ziemlich freie Rechtsfindung» stark kritisiert.<sup>23</sup> Zudem erfolgte soweit ersichtlich in *allen* seither ergangenen Bundesgerichtsentscheiden<sup>24</sup> die Güter- und Interessenabwägung zugunsten der Sozialversicherung. Damit verkommt die Anforderung einer detaillierten Gesetzesgrundlage als Voraussetzung der Observation zum Lippenbekenntnis.

[Rz 27] Rechtsstaatlich fraglich bleibt sodann angesichts der gefährdeten Rechtsgüter, wieso mutmassliche Terroristen bezüglich Observation besser geschützt sind als mutmassliche Versicherungsbetrüger.<sup>25</sup>

#### 5. Faktisch keine Ergebnisoffenheit trotz BGE 141 V 281

[Rz 28] Seit BGE 131 V 49 E. 1.2 vermutete die IV-Rechtsprechung, der versicherten Person sei eine Willensanstrengung zuzumuten, mit welcher die Folgen einer somatoformen Schmerzstörung überwunden werden könnten. Diese Überwindbarkeitspraxis weitete die Rechtsprechung zunehmend auf weitere Krankheitsbilder aus (Fibromyalgie, dissoziative Sensibilitäts- und Empfindungsstörung, dissoziative Bewegungsstörung, Chronic Fatigue Syndrom, Neurasthenie,

---

<sup>19</sup> DANIEL WYSSMANN, Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, in: Anwaltsrevue 10/2015, S. 417.

<sup>20</sup> BGE 133 III 121, E. 4.

<sup>21</sup> Urteil des EGMR *Vukota – Bojić* vom 18. Januar 2017.

<sup>22</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_806/2016 vom 14. Juli 2017, E. 5.

<sup>23</sup> THOMAS GÄCHTER / MICHAEL E. MEIER, Rechtswidrige Observationen in der IV – Verwertbarkeit der Observationserkenntnisse, in: Jusletter 14. August 2017; vgl. dazu auch Fehlurteil 2017: «Bedenkliche Signalwirkung», in: Plädoyer 1/18, S. 81 f.

<sup>24</sup> Stand 24. Mai 2018.

<sup>25</sup> Peilsender & Co: Was bei Terrorverdacht verboten ist, soll bei IV-Betrügern erlaubt sein: [www.watson.ch/Schweiz/Wirtschaft/513361443-Peilsender—Co—Was-bei-Terrorverdacht-verboten-ist-soll-bei-IV-Betr%C3%BCgern-erlaubt-sein](http://www.watson.ch/Schweiz/Wirtschaft/513361443-Peilsender-Co-Was-bei-Terrorverdacht-verboten-ist-soll-bei-IV-Betr%C3%BCgern-erlaubt-sein).

HWS-Distorsion, nichtorganische Hypersomnie, leichte Persönlichkeitsveränderung bei chronischem Schmerzsyndrom, posttraumatische Belastungsstörung).<sup>26</sup> Mit BGE 141 V 574 übertrug das Bundesgericht diese Praxis auf die obligatorische Unfallversicherung. Dieser Rechtsprechung erwuchs zunehmend Kritik. Schliesslich gab das Bundesgericht mit BGE 141 V 281 die Überwindbarkeitsvermutung auf: Künftig erfolge stattdessen anhand eines Kataloges von Indikatoren eine ergebnisoffene Beurteilung des tatsächlich erreichbaren Leistungsvermögens (E. 3.6). Diese Praxis weitete das Bundesgericht in der Folge<sup>27</sup> auf praktisch sämtliche psychischen Erkrankungen aus.

[Rz 29] Zunächst erhielt diese Praxisänderung Zuspruch in der Lehre: Das Urteil sei ein Zeichen einer hohen Justizkultur.<sup>28</sup> Die neue Gerichtspraxis sei wegweisend, medizinisch modern und ein «grosser Wurf».<sup>29</sup> Versicherte erhofften sich durch das neue Urteil eine einzelfallgerechte Beurteilung (ergebnisoffene Einzelfallprüfung). Diese Hoffnung hat sich zwischenzeitlich allerdings zerschlagen:

[Rz 30] Bis Ende November 2017 sind rund 280 Urteile ergangen. In einem einzigen Fall sprach das Bundesgericht eine Rente zu, in 9 Urteilen schützte es eine vorinstanzliche (Teil-)Rentenzusage. In ca. 16 Fällen wies das Bundesgericht zur Neubegutachtung zurück. In ca. 250 Fällen lehnte das Bundesgericht eine Rente ab – somit in ca. 90%.<sup>30</sup>

[Rz 31] Von einer Ergebnisoffenheit der Prüfung kann angesichts dieser Zahlen derzeit kaum die Rede sein. Vielmehr sind diese Erkrankungen von Langzeitleistungen der IV, UV und PK Stand heute faktisch regelmässig ausgeschlossen.

[Rz 32] Dieses Fazit deckt sich im Ergebnis mit einem kürzlichen Abschluss-Votum einer Bundesrichterin der I. Sozialrechtlichen Abteilung in einer Publikation:<sup>31</sup> *Der Mensch sei gesund, was bei gesamthafter Betrachtung nicht nur der Realität entspreche, sondern auch einem positiven Weltbild unserer Gesellschaft.* Diese Auffassung erinnert an die strafrechtliche «Unschuldsvermutung». Sie führt dazu, dass «in dubio für Gesundheit» und damit die Versicherung entschieden wird. Ob dafür mit Art. 7 Abs. 2 ATSG allerdings eine genügende gesetzliche Grundlage besteht, darf im Vergleich zu Art. 10 Abs. 1 und 3 der Strafprozessordnung (StPO) (in dubio pro reo) bezweifelt werden.

## **6. UVG-Adäquanz bei HWS-Distorsionstrauma und psychischen Unfallfolgen praktisch nie erfüllt**

[Rz 33] Ein Unfall mit Schleudertrauma der Halswirbelsäule ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle kann nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfah-

---

<sup>26</sup> BGE 140 V 8, E. 2.2.1.3; Urteil des Bundesgerichts 8C\_676/2015 vom 7. Juli 2016.

<sup>27</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_130/2016 vom 16. August 2016, E. 7.2.

<sup>28</sup> THOMAS GÄCHTER / MICHAEL E. MEIER, Schmerzrechtsprechung 2.0, in: Jusletter 29. Juni 2015.

<sup>29</sup> JÖRG JEGGER, Die neue Rechtsprechung zu psychosomatischen Krankheitsbildern, in: Jusletter 13. Juli 2015, Rz. 41 und 54.

<sup>30</sup> MICHAEL E. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, in: HAVE, Personen-Schaden-Forum 2018, S. 64.

<sup>31</sup> ALEXIA HEINE / BEATRICE POLLA, Das Bundesgericht im Spannungsverhältnis von Medizin und Recht, in: Kieser/Lendfers (Hrsg.), Jahrbuch Sozialversicherungsrecht 2018, S. 133 f., S. 146.

rung eine Erwerbsunfähigkeit herbeiführen.<sup>32</sup> Bei leichten Unfällen wird die Adäquanz in der Regel verneint, bei schweren Unfällen bejaht. Bei Unfällen im «mittleren Bereich» ist indessen eine gesonderte Adäquanzprüfung nötig: Berücksichtigt werden besonders dramatische Begleitumstände oder die besondere Eindrücklichkeit des Unfalls, Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzungen, eine fortgesetzt spezifische belastende ärztliche Behandlung, erhebliche Beschwerden, eine ärztliche Fehlbehandlung, welche die Unfallfolgen erheblich verschlimmert, ein schwieriger Heilungsverlauf und erhebliche Komplikationen, sowie erhebliche Arbeitsunfähigkeit trotz ausgewiesener Anstrengungen.<sup>33</sup> Diese Rechtsprechung gilt auch für ein Schädel-Hirntrauma ohne nachweisbare organische Verletzung.<sup>34</sup>

[Rz 34] Man könnte meinen, im Einzelfall folge damit eine besondere Adäquanzprüfung, was eine ergebnisoffene Beurteilung indiziere. Dem ist in der jüngeren Gerichtspraxis aber nicht so. Vielmehr ist die unfallversicherungsrechtliche adäquate Kausalität nur bei rund 10% aller Schleudertrauma-Patienten erfüllt.<sup>35</sup>

[Rz 35] Trotz erfolgreichen Passierens dieses Nadelöhrs sind Langzeitleistungen allerdings noch keineswegs sicher: Selbst wenn die adäquate Kausalität ganz ausnahmsweise bejaht wird, so schliesst die sodann zu bewältigende<sup>36</sup> zusätzliche Hürde der Überwindbarkeit (vorne Ziff. 5) Langzeitleistungen der Unfallversicherung faktisch fast immer aus.<sup>37</sup>

[Rz 36] Prof. Dr. iur. UELI KIESER kritisiert, eine eigentlich notwendige Einzelfallprüfung sei angesichts der Analyse der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts effektiv obsolet: Zwischen dem 6. September 2010 bis zum 4. Juli 2013 habe das Bundesgericht in 157 ihm unterbreiteten Sachverhalten eine invalidisierende Wirkung verneint, in einem einzigen Fall eine Invalidität bejaht.<sup>38</sup>

[Rz 37] Und nicht nur bei «neuen» Fällen werden solche Ansprüche praktisch kategorisch verneint. Die strenge Praxis findet auch auf laufende Rentenfälle Anwendung, sobald eine erwerbliche oder gesundheitliche Veränderung i.S.v. Art. 17 ATSG eintritt: Diesfalls ist auch bei jahrzehntealten Fällen eine umfassende, «allseitige» Prüfung des Rentenanspruchs vorzunehmen.<sup>39</sup> Dies erlaubt auch eine Neuüberprüfung der Adäquanz und der Indikatoren.<sup>40</sup> Keine Rolle spielt, wenn die Sozialversicherung von der Haftpflichtversicherung vor vielen Jahren das ganze Regresssubstrat für künftige, kapitalisierte Leistungen erhalten hat (zufolge Subrogation<sup>41</sup> zulasten der versicherten Person). Eine neue strengere Beurteilung mit Rentenkürzung oder -Aufhebung ist durch Bejahung eines Revisionsgrundes sogar möglich, wenn sich der Gesundheitszustand ob-

---

<sup>32</sup> BGE 117 V 359, E. 5d/aa.

<sup>33</sup> BGE 134 V 109, E. 6 und E. 10.3.

<sup>34</sup> BGE 117 V 369.

<sup>35</sup> MARKUS HÜSLER, BGE 136 V 279: Auswirkungen auf die Unfallversicherung, in: HAVE 2011, S. 59 ff.

<sup>36</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_10/2015 vom 5. September 2015.

<sup>37</sup> DAVID HUSMANN / SILVIO RYSEN, Unklare Beschwerdebilder: Geschädigtenperspektive, in: HAVE, Personenschaden-Forum 2015, S. 44 und 49; UELI KIESER, Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht, in: HAVE, Personenschaden-Forum 2015, S. 203.

<sup>38</sup> UELI KIESER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, in: Jahrbuch Sozialversicherungsrecht 2014, S. 28.

<sup>39</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_407/2016 vom 12. September 2016, E. 2.2.3 und Urteil des Bundesgerichts 8C\_237/2014 vom 21. Januar 2015, E. 5 f.; BGE 141 V 9, E. 2.3.

<sup>40</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_147/2017 vom 2. August 2017.

<sup>41</sup> Art. 72 Abs. 1 des Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1).



*ktiv verschlechtert, oder wenn – trotz fehlender gesundheitlicher Verbesserung – neue Diagnosen hinzugekommen sind.*<sup>42</sup>

## 7. Fiktion des ausgeglichenen Arbeitsmarkts verhindert Renten

[Rz 38] Im Bereich der Sozialversicherung gilt das Konstrukt des «ausgeglichenen Arbeitsmarktes»:<sup>43</sup> Dies ist ein abstrakter Begriff, der die konkrete Arbeitsmarktlage nicht berücksichtigt. Diese Fiktion hat nichts mit der heutigen Arbeitswelt zu tun. Vielmehr dient sie dazu, den Leistungsbereich der Invaliden- und obligatorischen Unfallversicherung von jenem der Arbeitslosenversicherung abzugrenzen. Der «ausgeglichene Arbeitsmarkt» beinhaltet einerseits ein Gleichgewicht zwischen dem Angebot von Stellen und der Nachfrage nach solchen. Andererseits bezeichnet er einen Arbeitsmarkt, der von seiner Struktur her einen Fächer verschiedenartiger Stellen offenhält, und zwar sowohl bezüglich der dafür verlangten beruflichen und intellektuellen Voraussetzungen wie auch hinsichtlich des körperlichen Einsatzes.<sup>44</sup> Der ausgeglichene Arbeitsmarkt umfasst auch sogenannte Nischenarbeitsplätze, also Stellen- und Arbeitsangebote, bei welchen Behinderter mit einem sozialen Entgegenkommen von Seiten des Arbeitgebers rechnen können.<sup>45</sup>

[Rz 39] Gemäss Bundesgerichtspraxis werden leichte Überwachungs-, Prüf- und Kontrollarbeiten in der Industrie oder die Bedienung und Überwachung von (halb-) automatischen Maschinen oder Produktionseinheiten, Sortierarbeiten, eine Beschäftigung an einem Empfang oder als Telefonistin auf dem massgebenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt auch *vorwiegend sitzend* angeboten.<sup>46</sup>

[Rz 40] Soweit die Theorie. Die Realität ist eine andere:

[Rz 41] In den vergangenen Jahren kam es weitgehend zu einer Automatisierung und Digitalisierung der verarbeitenden und produzierenden Industrie. Damit fielen zahlreiche «anforderungsärmere» Arbeitsplätze weg<sup>47</sup> oder wurden ins Ausland ausgelagert.<sup>48</sup> Es ist unwahrscheinlich, dass diese Entwicklung umgekehrt wird und diese Arbeitsplätze zurückkehren. Im Einzelfall gleichwohl auf die dort erzielbaren Einkommen abzustellen bedeutet, eine unrealistische Fiktion als Massstab des zumutbaren Invalideneinkommens und damit Gradmesser der Invalidität zu verwenden. Genau dies tut aber das Konstrukt des ausgeglichenen Arbeitsmarktes.

[Rz 42] So kommt es denn auch täglich in der Schadenerledigungspraxis vor, dass z.B. ungelernete Handwerker, Bauarbeiter oder Reinigungspersonen vor einem Unfall oder einer Erkrankung

---

<sup>42</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_506/2016 vom 27. Oktober 2016, besprochen in: MICHAEL E. MEIER, Revisionsweise Aufhebung einer Invalidenrente aufgrund einer Verschlechterung des Gesundheitszustands – ein Kommentar zum Urteil des Bundesgerichts, in: SZS 05/2015, S. 473 ff.; weiter Urteil des Bundesgerichts 8C\_237/2014 vom 21. Januar 2015.

<sup>43</sup> Art. 16 ATSG.

<sup>44</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_192/2014 vom 23. September 2014, E. 3.1, mit weiteren Hinweisen.

<sup>45</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_1050/2009 vom 28. April 2010, E. 3.3

<sup>46</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_599/2015 vom 22. Dezember 2015, E. 5.1 und 5.2.4.

<sup>47</sup> Das Schlagwort «Industrie 4.0» beispielsweise bezeichnet die Forschungsunion der deutschen Bundesregierung und ein gleichnamiges Projekt in der Hightech-Strategie der Bundesregierung sowie eine Forschungsplattform. Mit intelligenten und digital vernetzten Systemen soll die Informations- und Kommunikationstechnik industrieller Produktion verzahnt und eine weitestgehend selbstorganisierte Produktion möglich werden: [https://de.wikipedia.org/wiki/Industrie\\_4.0](https://de.wikipedia.org/wiki/Industrie_4.0).

<sup>48</sup> Schweizer Industrie steht vor einer Welle von Produktionsverlagerungen: [www.nzz.ch/wirtschaft/schweizer-industrie-steht-vor-einer-welle-von-produktionsverlagerungen-1.18473347](http://www.nzz.ch/wirtschaft/schweizer-industrie-steht-vor-einer-welle-von-produktionsverlagerungen-1.18473347).

ein Bruttojahreseinkommen von um die Fr. 60'000 oder weniger erzielen. Für das Invalideneinkommen stützt sich die IV dann auf die LSE<sup>49</sup> und ermittelt ein für diese Personen in der realen Wirtschaft völlig unrealistisches höheres Einkommen als vor dem Unfall oder der Erkrankung. Nicht besser ergeht es SUVA-Versicherten: Dort ermittelt die SUVA das zumutbare Invalideneinkommen meist aus ihrer eigenen Datensammlung DAP<sup>50</sup>. Es verletzt die Rechtsgleichheit nicht, dass nur die SUVA diese Zahlen verwendet, während andere UVG-Gesellschaften ihre Versicherten mittels LSE beurteilen, wo (im Gegensatz zur DAP) ein Leidensabzug möglich ist. Es spielt auch keine Rolle, dass weder Versicherte noch das Gericht das der SUVA-DAP-Sammlung zugrunde liegende Zahlenmaterial einsehen können.<sup>51</sup> Zeigt sich im Gerichtsverfahren, dass ein bestimmter Arbeitsplatz der DAP-Sammlung gar nicht mehr existiert, darf die SUVA diesen auch «austauschen».<sup>52</sup>

[Rz 43] Aus dem Bezug solch illusorischer statistischer Einkommen resultiert dann für «Tiefflöhner» nicht selten ein «negativer» Invaliditätsgrad<sup>53</sup> – auch wenn die teilweise mehrere Jahrzehnte ausgeübte, angestammte Tätigkeit gesundheitlich nicht mehr möglich ist.<sup>54</sup>

[Rz 44] Die statistischen Invalidenlöhne werden hauptsächlich bei gesunden Arbeitskräften erhoben.<sup>55</sup> Bei der Beurteilung der Invalidität geht es allerdings gerade nicht um gesunde Arbeitskräfte. Daher will die Bundesgerichtspraxis durch einen «Leidensabzug» beim zumutbaren Invalideneinkommen jene Nachteile ausgleichen, welche die versicherte Person bei der statistischen Erhebung des Invalideneinkommens erleidet.

[Rz 45] Die heute zunehmend strenge Gerichtspraxis zum «Leidensabzug» entfernt sich aber zunehmend von der Realität der Arbeitswelt:

[Rz 46] Die gesundheitlich bedingte Unmöglichkeit, weiterhin körperlich schwere Arbeit zu verrichten, erlaubt noch keinen Abzug vom Invalideneinkommen.<sup>56</sup> Auch dass eine grundsätzlich vollzeitleich arbeitsfähige versicherte Person gesundheitlich bedingt lediglich reduziert leistungsfähig ist, rechtfertigt noch keinen Abzug vom Tabellenlohn.<sup>57</sup> Und auch die gesundheitliche Notwendigkeit, ausserordentlichen Zeitdruck zu meiden, führt zu keinem Abzug vom Tabellenlohn.<sup>58</sup> Die psychisch bedingte Rücksichtnahme des Arbeitgebers für rasche Ermüdbarkeit, Unmöglichkeit Überstunden zu leisten sowie schwankende Leistungsfähigkeit erlaubt ebenso wenig einen Abzug vom Tabellenlohn.<sup>59</sup>

[Rz 47] Für einen Arbeitgeber ist eine Teilzeitanstellung in der Regel weniger attraktiv, weil der Arbeitsplatz so nicht 100% ausgelastet wird, und wenn doch (bei mehreren Teilzeit-Mitarbeitenden), weil administrativer Mehraufwand entsteht. Frühere Urteile gewährten daher für Teilar-

---

<sup>49</sup> Schweizerische Lohnstrukturhebung.

<sup>50</sup> Dokumentation von Arbeitsplätzen.

<sup>51</sup> BGE 139 V 592, E. 7.

<sup>52</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_182/2017 vom 10. April 2017, E. 4.3.

<sup>53</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_384/2016 vom 13. September 2016, E. 5.2.

<sup>54</sup> Vgl. dazu THOMAS GÄCHTER / MICHAEL MEIER, Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich der Invalidenversicherung, in: SZS 2017, S. 289 ff., 310.

<sup>55</sup> BGE 126 V 75.

<sup>56</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_61/2018 vom 23. März 2018.

<sup>57</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_558/2017 vom 1. Februar 2018, E. 5.3.1.

<sup>58</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_693/2014 vom 22. Januar 2015, E. 4.2.2.

<sup>59</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_711/2012 vom 16. November 2012, E. 4.2.2.

beitsfähigkeit einen Teilzeitabzug.<sup>60</sup> Auch hier hat die Rechtsprechung die Schraube angezogen: Gemäss einem Urteil des Bundesgerichts vom April 2018<sup>61</sup> sei eine teilzeitbedingte Lohneinbusse von 5,85% (Teilzeitpensum auf Vollzeitpensum hochgerechnet und mit Vollzeitpensum verglichen) «noch keine überproportionale Lohneinbusse» und gebe daher keinen Anspruch auf einen zwingend zu berücksichtigenden Abzug.

[Rz 48] Ja nicht einmal Einäugigkeit ist ein wirtschaftlicher Nachteil im ausgeglichenen Arbeitsmarkt.<sup>62</sup> Und auch das fortgeschrittene Alter ist praktisch kaum je ein Hindernis, eine medizinisch mögliche Restarbeitsfähigkeit wirtschaftlich zu verwerten: Bisweilen ist sogar mit Alter 62 3/4 noch eine berufliche Umstellung zumutbar.<sup>63</sup>

[Rz 49] Zur strengen Gerichtspraxis beim Leidensabzug und der Zumutbarkeit der beruflichen Umstellung kommt für «Versicherte» in der Realität eine weitere Tatsache hinzu, welche die Fiktion des «ausgeglichenen Arbeitsmarktes» ausblendet: Chancen auf eine Anstellung in angepasster Tätigkeit und die effektive Erzielung des Invalideneinkommens haben diese Berufsumsteiger selten. Sie landen dann oft in der Sozialhilfe.

[Rz 50] Irrelevant ist auch, wenn die versicherte Person trotz Krankschreibung durch die behandelnden Ärzte erst *viele Monate nach* Erstellung eines IV-Gutachtens erfährt, gemäss diesem sei sie in angepasster Tätigkeit arbeitsfähig und könne ein Invalideneinkommen erzielen. Diesfalls wird ihr teilweise hypothetisch rückwirkend ein Invalideneinkommen angerechnet und ein genügender Erwerbsausfall für eine IV-Rente verneint.<sup>64</sup>

[Rz 51] Der «ausgeglichene Arbeitsmarkt» ist damit von der Realität weiter entfernt denn je.<sup>65</sup>

## 8. Prozessuale Bevorzugung der Sozialversicherung

[Rz 52] Die Sozialversicherung handelt im *Verwaltungsverfahren* nicht als Partei, sondern *als zur Neutralität und Objektivität verpflichtetes Organ des Gesetzesvollzugs*.<sup>66</sup>

[Rz 53] Ein erheblicher Teil der gesetzlichen Unfallversicherungen wird heute durch privatrechtlich organisierte Aktiengesellschaften internationaler, börsenkotierter, gewinnorientierter Konzerne durchgeführt.<sup>67</sup> Es ist fraglich, ob die Fiktion des zur Neutralität und Objektivität verpflichteten Organs des Gesetzesvollzugs für solche Firmen heute noch zeitgemäss ist.

---

<sup>60</sup> Z.B. BGE 124 V 321; Urteil des Bundesgerichts 9C\_833/2007 vom 4. Juli 2008, oder auch Urteil des Bundesgerichts 9C\_126/2011 vom 8. Juli 2011.

<sup>61</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_699/2017 vom 26. April 2018, E. 3.1, mit Verweis auf zwei andere jüngere Urteile.

<sup>62</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_683/2009 vom 26. Februar 2010 sowie Urteil des Bundesgerichts 343/04 vom 10. August 2005.

<sup>63</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C 345/2013 vom 10. September 2013, E. 4.3.

<sup>64</sup> CHRISTIAN HAAG, Berufliche Umstellung im Alter: Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit bei der IV, iusNet AR-SVR 8. Februar 2018.

<sup>65</sup> ULRICH MEYER schreibt in «Vom Vierwaldstättersee an den Lac Léman – Wegmarken einer juristischen Reise», in: ZBJV 154/2018 S. 332 von einem sich «oft vollem Schadenausgleich nähernden Leistungsumfang der Sozialversicherungen». Davon kann jedenfalls für Versicherte mit tiefem Valideneinkommen und erheblicher medizinisch-theoretischer Restarbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit nicht die Rede sein.

<sup>66</sup> BGE 136 V 376, E. 2.2.

<sup>67</sup> Art. 58 und 68 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (UVG; SR 832.20); Liste der Unfallversicherer, Stand 1. Januar 2018: <https://bit.ly/2si0lmH>.

[Rz 54] Jedenfalls werden Sozialversicherungen im *Gerichtsverfahren* prozessual Partei.<sup>68</sup> Damit einhergehen sollte eine Gleichbehandlung gegenüber Versicherten. Teilweise kann man sich allerdings des Eindrucks nicht erwehren, es gälten für versicherte Personen strengere Massstäbe als für Versicherungen:

[Rz 55] Bezieht eine versicherte Person eine Rente einer Sozialversicherung und hebt diese die zugesprochene Rente z.B. infolge medizinischer Veränderung<sup>69</sup> auf, erfolgt dies in Form einer Verfügung («Rentenaufhebungsverfügung»). Eine dagegen gerichtete Beschwerde hat gemäss Gerichtspraxis regelmässig keine aufschiebende Wirkung. Damit landen Versicherte während der jahrelangen Sozialversicherungsverfahren oft in der Sozialhilfe. Daran ändert sich nicht einmal dann etwas, wenn die gerichtliche Anfechtung erfolgreich ist, das Gericht die Rentenaufhebungsverfügung aufhebt und den Fall zu neuer medizinischer Abklärung an die Verwaltung zurückweist.<sup>70</sup> Zwar würde damit rechtlich die bisherige Verfügung weitergelten, mit welcher die Rente zugesprochen wurde.<sup>71</sup> Praxisgemäss indessen dauert der mit der revisionsweise verfükten Herabsetzung oder Aufhebung einer Rente verbundene Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde bei Rückweisung der Sache an die Verwaltung zu weiteren Abklärungen auch noch für den Zeitraum dieses Abklärungsverfahrens bis zum Erlass der neuen Verfügungsverfügung an.<sup>72</sup> Dieser Zeitraum umfasst nicht selten mehrere Jahre, in denen trotz aufgehobener Rentenaufhebungsverfügung keine Sozialversicherungsleistungen mehr fliessen.

[Rz 56] Auch beim Leidensabzug gewinnt man zuweilen den Eindruck, die Sozialversicherung werde im Gerichtsverfahren bevorzugt:

[Rz 57] Als Beispiel diene ein Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahre 2017.<sup>73</sup> Dort bemass das kantonale Gericht den leidensbedingten Abzug beim zumutbaren Invalideneinkommen mit 25%, nachdem die SUVA einen solchen von lediglich 20% gewährt hatte. Dies korrigierte das Bundesgericht: Das kantonale Gericht habe eine Rechtsverletzung begangen.

[Rz 58] Dieses bundesgerichtliche Eingreifen erstaunt, weil die Festlegung der Höhe eines Leidensabzugs eine typische Ermessensfrage ist, welche angesichts der dem Bundesgericht zukommenden Überprüfungsbefugnis letztinstanzlicher Korrektur nur mehr dort zugänglich ist, wo das kantonale Gericht sein Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat, also bei Ermessensüberschreitung oder -unterschreitung bzw. bei Ermessensmissbrauch als Formen rechtsfehlerhafter Ermessensbetätigung.<sup>74</sup> Das Bundesgericht rechtfertigte seinen Ermessenseingriff jedoch mit der Begründung, das kantonale Gericht habe keinen triftigen Grund aufgezeigt, der es erlaubt hätte, sein Ermessen an die Stelle desjenigen der Versicherung zu setzen. Indem es ohne nachvollziehbare Begründung den leidensbedingten Abzug auf den Maximalwert von 25% festlegte, habe es

---

<sup>68</sup> BGE 137 V 210, E. 2.2.2.

<sup>69</sup> Vgl. Art. 17 ATSG.

<sup>70</sup> In der Praxis eine häufige Konstellation; laut Jahresbericht 2016 der IV-Stelle Luzern erfolgte in 26% aller kantonalen Gerichtsverfahren eine Rückweisung zur weiteren Abklärung, vor Bundesgericht waren es nochmals 6% (S. 37): [www.iv-luzern.ch/ueber-uns/jahresberichte/](http://www.iv-luzern.ch/ueber-uns/jahresberichte/).

<sup>71</sup> Zufolge «Aufhebung der Rentenaufhebungsverfügung».

<sup>72</sup> BGE 129 V 370. Vorbehalten bleibt einzig der seltene Fall, dass die IV-Stelle die angefochtene Revisionsverfügung, ohne hinreichende Abklärung der Revisionsvoraussetzungen, nur deshalb erliess, um rechtsmissbräuchlich einen möglichst frühen Revisionszeitpunkt zu provozieren. Dies ist jedoch noch nicht der Fall, wenn die IV die Rückweisung durch ungenügende Abklärung zu verantworten hat (Urteil des Bundesgerichts 9C\_567/2017 vom 21. November 2017, E. 2.2.1).

<sup>73</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_552/2017 vom 18 Januar 2018.

<sup>74</sup> BGE 132 V 393, E. 2.2 S. 396 und E. 3.3 S. 399.

sein Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt, was einer Bundesrechtsverletzung gleichkomme.<sup>75</sup> Dabei blendet das Bundesgericht aus, dass das kantonale Gericht volle Kognition hat und auch die Angemessenheit prüfen darf.<sup>76</sup>

[Rz 59] Das Bundesgericht korrigierte damit das kantonale ausgeübte Ermessen und reduzierte den Leidensabzug von 25% auf 20%, ohne dass 25% auch im Ergebnis willkürlich wären. Wenn indessen statt der Versicherung die versicherte Person vor Bundesgericht den leidensbedingten Abzug rügt, welchen das kantonale Gericht von der Verwaltung übernommen hat, kann sie nur Willkür geltend machen, was voraussetzt, dass auch die Höhe des Abzugs im Ergebnis willkürlich wäre.

## **9. Strenge Gerichtspraxis betreffend Ausstand von Sozialversicherungs-Gutachtern**

[Rz 60] Laut Art. 36 Abs. 1 ATSG treten Personen in Ausstand, welche befangen sein könnten. Für medizinische Gutachter gelten die gleichen Ausstands- und Ablehnungsgründe, wie sie für Richter vorgesehen sind. Befangenheit ist anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit zu erwecken. Bei der Befangenheit handelt es sich um einen inneren Zustand, der nur schwer bewiesen werden kann. Es braucht daher für die Ablehnung nicht nachgewiesen zu werden, dass die sachverständige Person tatsächlich befangen ist. Es genügt vielmehr, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen.<sup>77</sup>

[Rz 61] Als Ausfluss der Verfahrenshoheit wählt die Sozialversicherung (ausserhalb des Zufallsgenerators der IV für polydisziplinäre Gutachten<sup>78</sup>) die Gutachterperson/en selber aus.

[Rz 62] Die erwähnten theoretisch hohen Anforderungen an die Neutralität medizinischer Gutachter sind daher im Sozialversicherungsrecht unabdingbar für eine korrekte Leistungsbeurteilung: Medizinische Administrativgutachten sind häufig die wichtigste Entscheidungsgrundlage. Das Überprüfungsvermögen der rechtsanwendenden Behörde ist naturgemäss begrenzt. Das medizinische Sachverständigengutachten ist im Gerichtsverfahren mit Blick auf die fachfremde Materie faktisch nur beschränkt überprüfbar. Der Rechtsanwender sieht sich manchmal mangels ausreichender Fachkenntnisse kaum in der Lage, in formal korrekt abgefassten Gutachten objektiv-fachliche Mängel zur erkennen. Zugleich steht die faktisch vorentscheidende Bedeutung der medizinischen Gutachten für den Leistungsentscheid in einem Spannungsverhältnis zur grossen Streubreite der Möglichkeiten, einen Fall medizinisch zu beurteilen, und zur entsprechenden geringen Vorbestimmtheit der Ergebnisse.<sup>79</sup> Das Gericht ist an die Feststellungen eines beweistauglichen Gutachtens gebunden.<sup>80</sup> Im Hinblick auf die fallentscheidende Bedeu-

---

<sup>75</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_114/2017 vom 11. Juli 2017, E. 3.3.

<sup>76</sup> BGE 137 V 71.

<sup>77</sup> BGE 132 V 93, E. 7.1.

<sup>78</sup> Art. 72bis der Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV; SR 831.201): ab drei Fachdisziplinen.

<sup>79</sup> BGE 138 V 271, E. 1.2.1. f.

<sup>80</sup> BGE 136 II 304, E. 4.3.

tion, welche den medizinischen Gutachten im Sozialversicherungsrecht zukommt, ist an die Unparteilichkeit des Gutachters ein strenger Massstab anzusetzen.<sup>81</sup>

[Rz 63] Soweit die Theorie. Die jüngere Gerichtspraxis indessen macht es Versicherten kaum je möglich, erfolgreich einen Ausstandsgrund geltend zu machen:

- Ein Ausstandsbegehren ist nur gegen Personen möglich, nicht indessen gegen Institutionen. Gegen eine MEDAS kann kein Ausstand verlangt werden, auch wenn dessen rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer regelmässig an der Begutachtung mitwirkt und die ihm gehörende MEDAS überdurchschnittlich streng ist bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit.<sup>82</sup> Zwar ist nicht völlig ausgeschlossen, dass der Anscheinsbeweis einer systematischen Voreingenommenheit eines Experten mittels verlässlicher Statistiken über die Gutachtenstätigkeit geführt werden könnte.<sup>83</sup> Dies setzte jedoch voraus, dass das BSV als Aufsichtsbehörde über die Gutachterstellen Daten betreffend den attestierten Arbeitsunfähigkeiten verlangt. Gerade dies ist aber bis heute nicht der Fall.<sup>84</sup> Grundsätzlich kann eine Befangenheit eines Gutachters nicht mittels Schilderung einzelner angeblich negativer Erfahrungen anderer versicherter Personen mit diesem Gutachter in früheren Fällen begründet werden.<sup>85</sup> Damit können Versicherte trotz theoretisch hohem Massstab an die Unabhängigkeit nicht «beweisen», dass eine Gutachterperson oder eine MEDAS überdurchschnittlich streng ist bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit.
- Ein Auftrags- und Honorarvolumen einer Gutachterperson von 392 Gutachten einer einzigen IV-Stelle während drei Jahren, somit 130 Gutachten pro Jahr, begründet noch keine Abhängigkeit.<sup>86</sup>
- Wenn ein Gutachter seine persönliche Meinung zur Vermeidbarkeit von ungerechtfertigten Versicherungsleistungen öffentlich bekannt macht oder im Rahmen einer Publikation eine von der Rechtsprechung abweichende Meinung vertritt, begründet dies noch nicht den Anschein der Voreingenommenheit.<sup>87</sup>
- Es spielt auch keine Rolle, wenn der Gerichtsgutachter früher RAD der prozessierenden IV-Stelle war.<sup>88</sup>

---

<sup>81</sup> BGE 120 V 357, E. 3.

<sup>82</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_106/2017 vom 12. April 2017; vgl. auch MASSIMO ALIOTTA, Begutachtungen im Bundessozialversicherungsrecht, 2017, S. 321 f.

<sup>83</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_599/2014 vom 18. Dezember 2015, E. 6.5.

<sup>84</sup> MASSIMO ALIOTTA, Fn. 82, S. 318 ff.

<sup>85</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_599/2014 vom 18. Dezember 2015, E. 6.2.

<sup>86</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_740/2015 vom 11. Februar 2016, E. 4.2. Bei diesem Urteil ging es um den Zeitraum 2012 bis 2014. Ein Arbeitsjahr hat etwas weniger als 260 Arbeitstage: Schlechte News für 2015: Es gibt mehr Arbeitstage: [www.srf.ch/news/schweiz/schlechte-news-fuer-2015-es-gibt-mehr-arbeitstage](http://www.srf.ch/news/schweiz/schlechte-news-fuer-2015-es-gibt-mehr-arbeitstage). Ein monodisziplinäres Gutachten kostet mindestens CHF 3'000 (Vgl. Plädoyer 02/2016, Gutachten immer teurer). Bei einem Stundenansatz von CHF 300 dürfte die Erstellung eines Gutachtens rund 10 Stunden dauern. Erstellt eine Gutachterperson jährlich 130 Gutachten bei 260 Arbeitstagen, so ist sie wirtschaftlich zu mindestens 50% vom Auftraggeber abhängig. Dies anders zu beurteilen, blendet die marktwirtschaftliche Realität des privaten Gutachtermarktes aus. Die Statistik der IV-Stelle Zürich des Jahres 2015 zeigt, dass sich an dieser krass einseitigen Auftragsvergabe mit der Folge einer wirtschaftlichen Abhängigkeit nichts geändert hat: Noch immer ist die betroffene Gutachterin Spitzenreiterin; sie war im Jahr 2015 mit 110 Gutachten bei 10,2% aller mono- und bidisziplinären Gutachten der IV-Stelle Zürich beteiligt (Jahre 2012–2014: 10,66%).

<sup>87</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_106/2017 vom 12. April 2017, E. 4.2.

<sup>88</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_257/2016 vom 29. Juni 2016, E. 4.2.2.

- Kein Befangenheitsgrund ist, wenn der Gutachter im gleichen Institut arbeitet wie der Kollege, dessen Meinungsäusserung er beurteilen muss.<sup>89</sup>

[Rz 64] Diese strenge Gerichtspraxis ist deshalb für IV-Versicherte verheerend, weil bis heute bei mono- und bidisziplinären Verwaltungsgutachten die Verfahrensfairness nicht gewährleistet ist. Zudem fehlt es bis heute weitgehend<sup>90</sup> an Transparenz bezüglich finanzieller und institutioneller Abhängigkeit der Gutachter.<sup>91</sup> Von den BGE 137 V 210 vorschwebenden «gleich langen Spiesen» bei matchentscheidenden medizinischen Begutachtungen sind Versicherte gegenüber Versicherungen bis heute weit entfernt. Forderungen der Lehre sind ungehört verhallt, im Falle von ungenügender administrativer Sachverhaltsabklärung bei der Vergabe mono- und bidisziplinärer Gutachten in IV-Gerichtsverfahren ein grundsätzliches Rückweisungsverbot einzuführen.<sup>92</sup>

## 10. Fazit

[Rz 65] Im Bereich der Prozessfinanzierung und Unentgeltlichen Rechtspflege droht immer mehr eine Zweiklassen-Gesellschaft: Die heute strenge Rechtsprechung zu den UR-Voraussetzungen stellt nicht mehr sicher, dass ein Laie seine Ansprüche gerichtlich beurteilen lassen kann. Im Haftpflichtrecht bestehen sodann immer höhere prozessuale Hürden für die Klägerschaft.

[Rz 66] Im Sozialversicherungsrecht versagen eine verschärfte Rechtsprechung zur Überwindbarkeit, Adäquanz und zum Ausstand sowie die Realitätsferne des ausgeglichenen Arbeitsmarktes einer Vielzahl von Versicherten den dringend nötigen Schutz.

[Rz 67] Glücklicherweise kann sich, wer ein hohes Valideneinkommen hat, und wer rechtsschutzversichert ist für den Fall einer rechtlichen Auseinandersetzung.

[Rz 68] Angesichts der dargelegten Entwicklung der Rechtsprechung ist wohl aber am besten, man bleibt gemäss dem Dogma der zitierten Bundesrichterin<sup>93</sup> gesund, so dass man nicht zwischen die Maschen des Versicherungs- und Rechtsschutzes fällt.

---

RA lic. iur. CHRISTIAN HAAG, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Häfliger Haag Häfliger AG, Luzern.

Dank gebührt engagierten Anwaltskolleginnen und Kollegen für zahlreiche Hinweise auf Praxisprobleme sowie RA Dr. iur. Stephanie Zehnder für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

---

<sup>89</sup> Urteil des Bundesgerichts 1P.630/2002 vom 3. April 2003, E. 2.2.

<sup>90</sup> Die wenigsten Kantone veröffentlichen Zahlen zu Anzahl Gutachteraufträge und ausgewählten Gutachterpersonen.

<sup>91</sup> CHRISTIAN HAAG, Durchgezogene Bilanz viereinhalb Jahre nach dem MEDAS-Urteil, in: Jusletter 12. Oktober 2015.

<sup>92</sup> PHILIPP EGLI, Pflicht zur Herstellung der Spruchreihe durch das Gericht?, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2016/4.

<sup>93</sup> Vorne Ziff. 6.