

Aktuelle Fragen rund um die Begutachtung: Invaliditätsfremde Faktoren, Digitalisierung, Observation

Referat

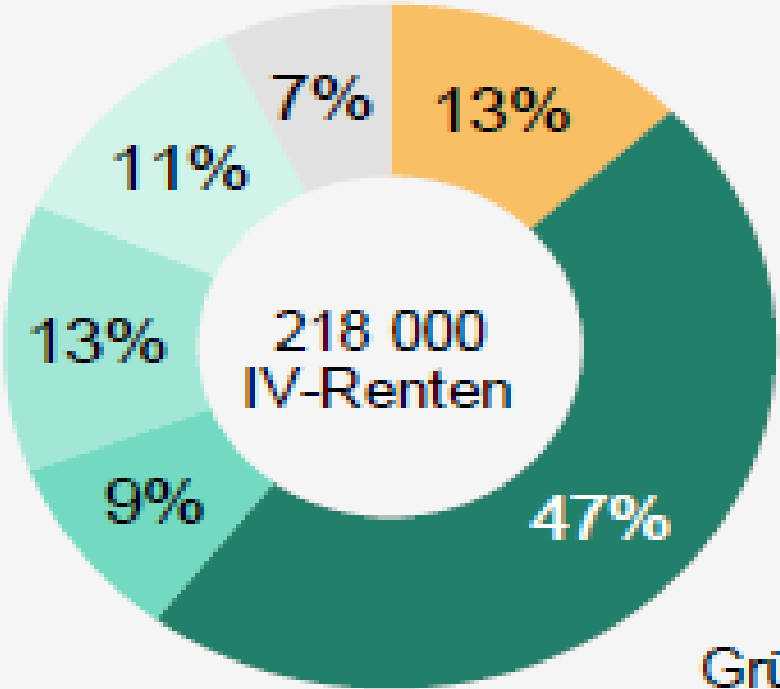
**vom 16. Oktober 2019, 18.15 Uhr
asim, Universitätsspital Basel**

Prof. em. Dr. iur. Gabriela Riemer-Kafka

- 1. Einleitung**
- 2. Betrachtungen zum Begriff der Invalidität**
- 3. Aktuelle Herausforderungen bei der Begutachtung**
 - A. Invaliditätsfremde Faktoren: Verhältnis zwischen Art. 7 Abs. 2 ATSG und BGE 141 V 281**
 - B. Digitalisierung**
 - a. Chancen für die Versicherten?**
 - b. Gefahren für die Versicherten?**
 - c. Chancen für den Gutachter?**
 - C. Observation: Problem oder Lösung eines Problems?**
- 4. Schlusswort**

1. Einleitung

nach Invaliditätsursache (im Jahr 2018)



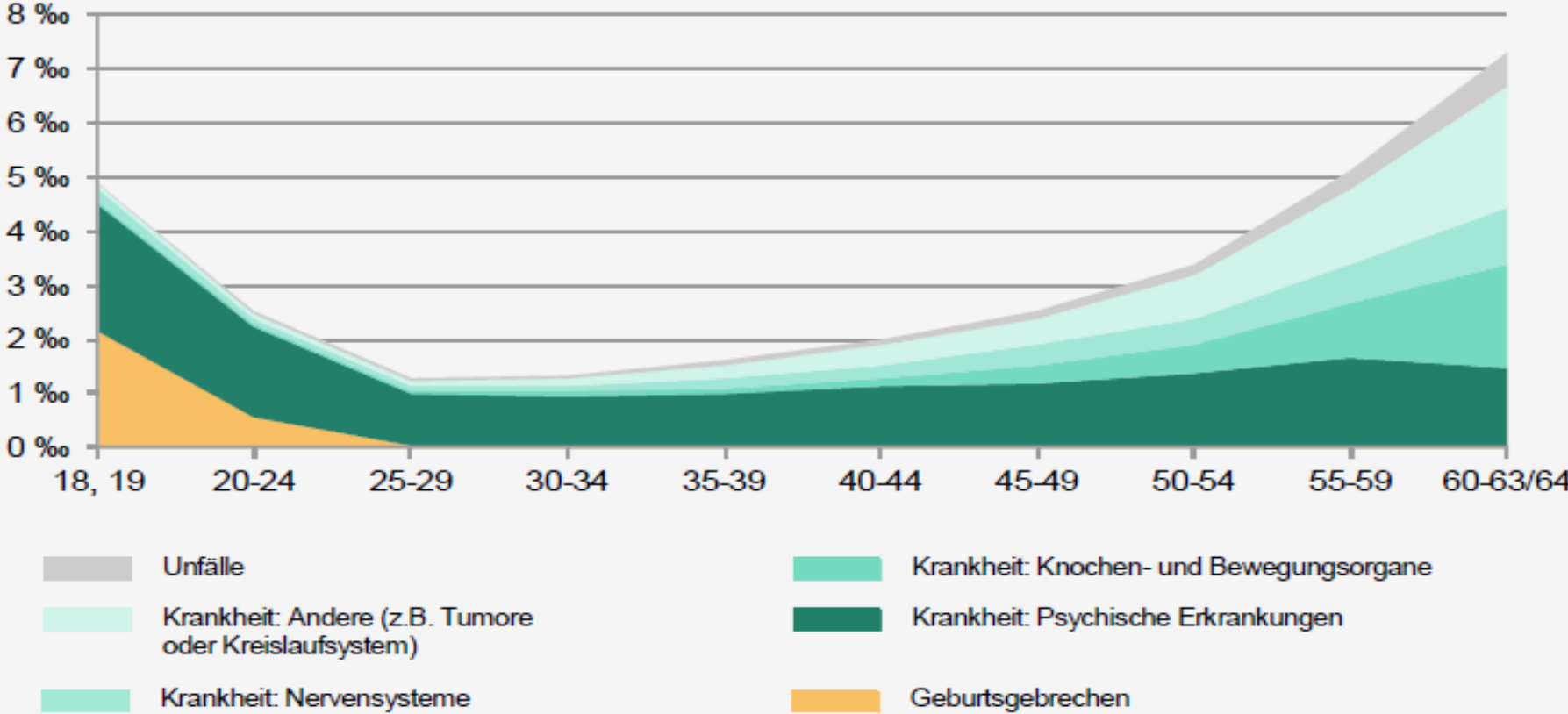
- Geburtsgebrechen
- Psychische Erkrankungen
- Nerven system
- Knochen-/Bewegungsorgan
- Andere Krankheit
- Unfall

Grüntöne: Unterscheidung innerhalb der Invaliditätsursache "Krankheit"

total Leistungen an 433'000 Personen

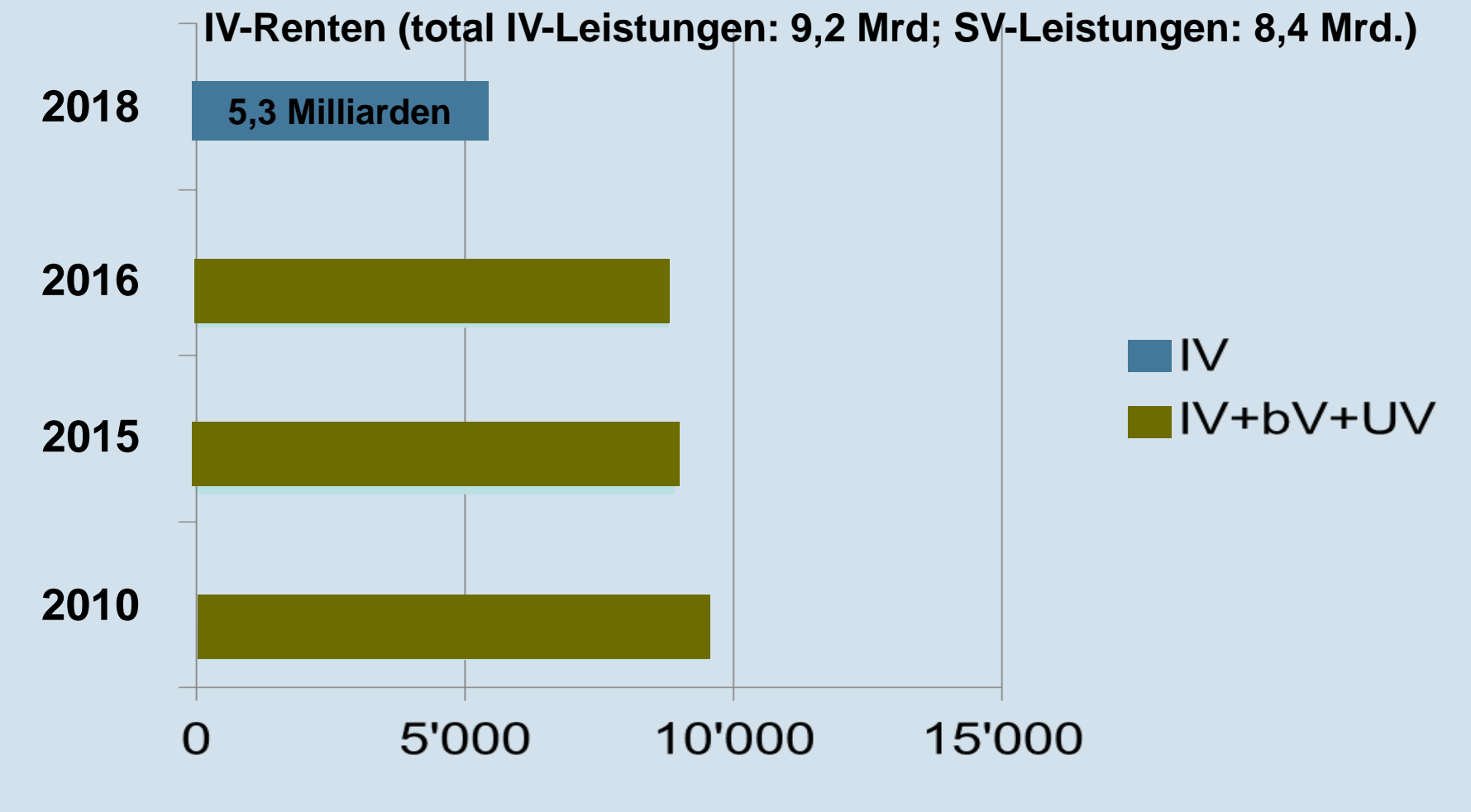
1. Einleitung

G9 Neurentenquote in der Schweiz nach Invaliditätsursache und Alter, 2018



Quelle: Zentrales Rentenregister der AHV/IV

1. Einleitung



2. Betrachtungen zum Begriff der Invalidität

Rechtliche Sphäre

Gesundheitsstörung

iv-fremde Faktoren

Leistungseinbusse?

gutachterliche
Einschätzung?

hyp. VE, IE?

Zumutbarkeit?

Gesellschaftliche Sphäre

Arbeitsmarkt

Arbeitgeberbereitschaft

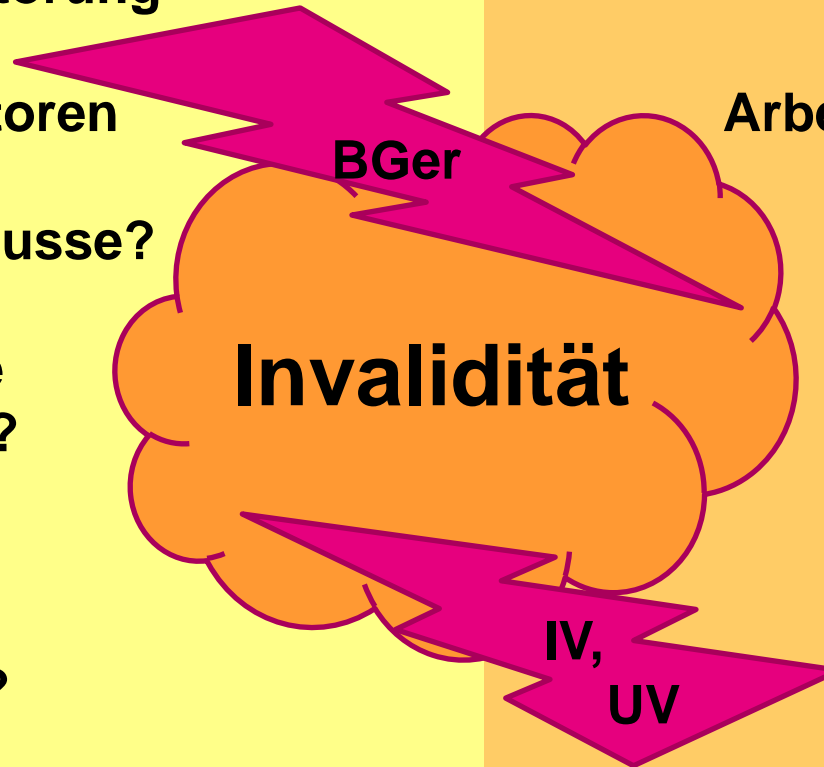
Digitalisierung

Bildungsangebot

Mobilität

Familienstruktur

Armut



3. Aktuelle Herausforderungen bei der Begutachtung

A. Die invaliditätsfremden Faktoren

a) *Gesundheitsfremde Faktoren mit **keinem** oder höchstens nur indirektem Einfluss auf die Gesundheit bzw. Erwerbsunfähigkeit:*

- (Alter),
- Sprache,
- Bildungsniveau,
- soziale Herkunft/Milieu
- ausländerrechtlicher Aufenthaltsstatus,
- längere Arbeitsmarktabwesenheit z.B. Anstaltsaufenthalt, Landesabwesenheit, Betreuungszeiten, Arbeitsverhinderung,
- Arbeitsmarkt- und Wirtschaftslage.

**personenbezogene
Faktoren,
persönliche
Ressourcen**

3. Aktuelle Herausforderungen

b) **Gesundheitsfremde Faktoren, welche Auswirkungen auf das subjektive Empfinden oder Wahrnehmen von Leistungsfähigkeit haben können (aber nicht müssen), jedoch nicht direkt auf die Gesundheit bzw. Erwerbsunfähigkeit :**

Sog. soziokulturelle Faktoren, wie z.B.

- (fremdländische) Kultur ,
- (religiöse) Traditionen und Verhaltensweisen, Ethik, Stellung des Individuums innerhalb der Familie und Gesellschaft ,
- Staatsverständnis,
- Arbeitshaltung, Verständnis von Eigenverantwortung.

Personenbezogene Faktoren bzw. die Handlungsbereitschaft (Frage der Zumutbarkeit) beeinflussende Faktoren

3. Aktuelle Herausforderungen

c) **Gesundheitsbeeinflussende Faktoren, die *kausal bzw. mitkausal* für Gesundheit (auch ein selbständiges Krankheitsbild verstärkend oder sogar auslösend) und Erwerbsunfähigkeit sein können:**

Sog. psychosoziale Faktoren, wie z.B.

- familienbezogene Konstellationen,
- arbeitsplatzbezogene Konstellationen (psych. Gewalt, Überlastung, -forderung), Arbeitslosigkeit, prekäre Arbeitsverhältnisse, Stellenverlustängste etc.,
- Einsamkeit und soziale Isolation, (vgl. Studie Oliver Hämmig, 2019),
- Armut,
- Migrationshintergrund, Entwurzelung, gesellschaftliche Isolation.

**Umweltfaktoren,
soziale Ressourcen**

3. Aktuelle Herausforderungen

Verhältnis zwischen Art. 7 Abs. 2 ATSG und BGE 141 V 281:

- **Art. 7 Abs. 2 ATSG (Ausscheiden gesundheitsfremder Faktoren) steht *im Widerspruch* sowohl zu BGE 141 V 281 mit seiner Indikatorenprüfung (Gesundheitsstörung und deren Schweregrad, Persönlichkeitsstruktur sowie persönliche und soziale Kontextfaktoren) als auch zu BGE 127 V 294 E. 5.a, wonach bei einem ausgewiesenen verselbständigten Krankheitsbild die Ätiologie grds. irrelevant ist.**
- **Persönliche und soziale Kontextfaktoren sind keine «Ausschlussgründe» (BGer 8C_703/2018 v. 13.6.2019, E. 3.1), sondern *erklären*, weshalb die AUF vom Gutachter so und nicht anders eingeschätzt wird (Transparenz, Nachvollziehbarkeit).**
- ***Fördernde* Kontextfaktoren sind nicht mit der «Überwindbarkeit» der AUF gleichzusetzen: Sie finden im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung und beim Evaluieren von Verweistätigkeiten Beachtung. *Hemmende* Kontextfaktoren dürfen nicht per se als invaliditätsfremde Faktoren ausgeschieden werden.**

3. Aktuelle Herausforderungen

Folgerungen:

- Aufgabe des Rechtsanwenders: **1. Kontrolle der Befolgung des normativ vorgegebenen Rahmens der Begutachtung. 2. In Anwendung von Art. 7 Abs. 2 ATSG Ausscheiden – anhand der Indikatoren «persönlicher und sozialer Kontext» – von iv-fremden Faktoren, soweit sie *nicht Teil der (verselbständigten) Gesundheitsstörung sind* (BGE 141 V 281, E. 4.3.3: keine Spaltung des medizinischen Substrats, da gemäss dem bio-psycho-sozialen Modell nicht objektiv möglich (vgl. ICD-11): IV-versichert ist «der Mensch in seiner Gesamtheit» [Meyer], keine Überschreitung der Fachkompetenz durch Rechtsanwender [vgl. BGer 9C_658/2018 v. 11.1. 2019, E. 5 betr. Rückweisung]) und die sich *unabhängig von der Gesundheitsstörung* auf die Leistungsfähigkeit belastend wirken: keine «Parallelüberprüfung» der korrekt anhand der Indikatoren vollzogenen medizinisch begründeten Leistung (BGer 9C_611/2018 v. 28.3.2019, E. 4.3.3): Bei Unvollständigkeit oder Diskrepanzen: Rückweisung bzw. Nachfrage beim Gutachter (in BGE 144 V 50, E. 5.2.1 oder BGer 9C_163/2019 v. 13.8.2019, E. 4.3.2 unterlassen).**

3. Aktuelle Herausforderungen

Folgerungen:

- **Festhalten an der Prozentgenauigkeit bei der Einstufung der Arbeitsunfähigkeit durch den Gutachter, dies trotz fehlender absoluter Genauigkeit der Einschätzung. Andernfalls wäre der Spielraum für den Rechtsanwender zu gross: Rechtsunsicherheit, Rechtsungleichheit, fehlende Fachkompetenz.**
- **Der Gutachter sollte die funktionale Leistungseinbusse (AUF = rechtlicher Begriff) und deren Quantifizierung aber näher zu begründen versuchen, indem er die ressourcenhemmenden und ressourcenfördernden Faktoren positiv bzw. negativ quantifiziert (z.B. mit leicht/mittel/schwer) und zur Leistung in Beziehung setzt: Reduktion subjektiver Einschätzungen (bessere Objektivierbarkeit) sowie für den Rechtsanwender bessere Nachvollziehbarkeit von Wechselwirkungen (vgl. BGE 144 V 50, E. 5.2.1).**

3. Aktuelle Herausforderungen

Folgerungen:

- Anstatt von «invalidisierendem Gesundheitsschaden» zu sprechen, sollte von «rentenbegründendem Gesundheitsschaden» die Rede sein, denn die Invalidität tritt nach Ablauf der Wartefrist und den übrigen Voraussetzungen (mind. 40% AUF) von Gesetzes wegen ein.
- Die IV hat *ihre Funktion als Eingliederungsversicherung* besser wahrzunehmen, und zwar durch Förderung der Eingliederungsmassnahmen, Begleitung bzw. Beratung (vgl. Revision «Weiterentwicklung der IV»), auch gegenüber ressourcenstarken Versicherten: keine Ungleichbehandlung zwischen psychisch und somatischen Leiden, keine Ungleichbehandlung von ressourcenstarken und -armen Versicherten.
- Differenziertere Konsistenzprüfung: Nur *vergleichbare* Tätigkeiten und Belastungen. Z.B. darf Freizeit/Haushalt, insbesondere bei psych. Störungen, nicht 1:1 mit Erwerbsarbeit, wo Zeit- und Leistungsdruck herrschen, verglichen werden.
- Keine «Alles-oder-Nichts»-Folgerungen; ergebnisoffen auch für Zuspreehung von mehr AUF.

3. Aktuelle Herausforderungen

B. Digitalisierung

a. Chancen für die Versicherten

- **Home-Office, kein Arbeitsweg,**
- **flexiblere Arbeitszeiten, flexible Pausen,**
- **für gewisse psychische Störungsbilder, die sich im sozialen Kontext negativ auswirken, geeigneter,**
- **für wenig anspruchsvolle, repetitive Tätigkeiten,**
- **körperlich nicht belastende Arbeitstätigkeit, Möglichkeiten von Unterbrüchen, Sitzen, Stehen,**
- **Wegen technischer Erleichterungen auch für bestimmte Behinderungen (z.B. Sehbehinderung) geeignet ,**
- **Verbesserung der Altersvorsorge.**

b. Gefahren für die Versicherten

- **Wegfall von repetitiven, einfacheren Tätigkeitsprofilen: Verschwinden von einfacheren Jobprofilen,**
- **fehlende intellektuelle Ressourcen bzgl. Umstellung von manueller Arbeit auf intellektuelle Arbeit,**
- **Existenzängste, Arbeitslosigkeit, psych. Störungen,**
- **für gewisse psychische bzw. kognitive Defizite weniger geeignet,**
- **Isolation am Arbeitsplatz bzw. bei bei Home-Office.**

3. Aktuelle Herausforderungen

c. Chancen für den Gutachter?

- **Evidenz** auch bei Einschätzung von funktioneller Leistungseinbusse erforderlich, aber abhängig von subjektiver Wertung und fachlicher Erfahrung des Gutachters,
- **Möglichkeit des Einsatzes von *Algorithmen*** in dem Sinne, dass bei jeweiliger Gesundheitsstörung die durchschnittliche (Modell) funktionelle Leistungseinbusse ermittelt wird und diese in Berücksichtigung der persönlichen und sozialen Kontextfaktoren ajustiert wird?
—————→ Kein Ersatz der gutachterlichen Tätigkeit und Einschätzung, sondern Kontrollfunktion des Algorithmus.
- **Internetrecherchen?** Art. 17 Abs. 2 lit. a DSGVO: notwendige gesetzliche Grundlage sowie ultima ratio für Abklärungserfolg; ohne gesetzliche Grundlage (Art. 17 Abs. 2 lit. c DSGVO): nur im allgemein zugänglichen Internetbereich.

3. Aktuelle Herausforderungen

C. Observation: Problem oder Lösung eines Problems?

- **Information des Versicherten vor erneuter Begutachtung und nicht erst vor Erlass der Verfügung: Anspruch auf rechtliches Gehör,**
- **M.E. Erlass einer Zwischenverfügung, wenn der Einwand der Widerrechtlichkeit oder ein allfälliger Ausstandsgrund erhoben wird. Das Gericht und nicht der Gutachter hat über geltend gemachte Widerrechtlichkeit der Observation zu befinden.**
- **Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Observationen im nun geltenden neuen Recht nicht geregelt. Da der Schutz der Privatsphäre formell-gesetzlich geregelt, wäre ein Verwertungsverbot zu begrüssen (dies im Unterschied zu Art. 141 Abs. 2 StPO).**
- **Differenzierte Beurteilung der Observationsergebnisse, speziell im Zusammenhang mit den persönlichen und sozialen Kontextfaktoren: Freizeit/Haushalt ≠ Erwerbsarbeit unter Zeit- und Leistungsdruck. Aktivitäten können auch verordnete «Therapie» sein.**

3. Aktuelle Herausforderungen

- **Problem der «confirmation bias», indem von der (nicht ergebnis-offenen) Vermutung des Gesundseins des Versicherten und der Arbeitsfähigkeit (vgl. BGE 144 V 50) ausgegangen wird.**
- **Problem der Reliabilität, d.h. eine nur einmalige Aufnahme einer Situation genügt für die zuverlässige Aussagekraft m.E. nicht.**
- **Bei psychischen Gesundheitsstörungen ist eine konkrete Auftragserteilung mit Bezug auf die zu kontrollierenden möglichen Diskrepanzen nötig (z.B. bei Angstzuständen): keine Observation der allgemeinen «Gemütslage».**
- **«Vier- bzw. Sechsaugenprinzip» (Jurist, Mediziner) bei Anordnung der Observation durch Person mit Direktionsfunktion.**
- **Ausbildung der Spezialisten und der Gutachter hinsichtlich möglicher Fehlinterpretationen von Observationsmaterial: Erfordernis einer Datenbank erfolgter Observationen und deren Ergebnisse.**

4. Schlusswort

Aufgaben und Stellung des Gutachters gewinnen zunehmend an Bedeutung, weil:

- **die Herleitung (bzw. die Wechselwirkungen) der aus medizinischer Sicht festgestellten AUF sorgfältig zu begründen und mit Hilfe der ressourcenhemmenden und -fördernden Kontextfaktoren zu quantifizieren ist.**
- **für das Ziel der Wiedereingliederung die sich neu bietenden digitalen Arbeitsformen nicht ausser Acht gelassen und insbesondere mit Bezug auf die *Zumutbarkeit* einer möglichen Resterwerbsfähigkeitverwertung geprüft werden sollten.**
- **der Gutachter nur rechtmässig erlangtes Observationsmaterial in seine Gesamtbeurteilung einbeziehen darf,**
- **die Aussagekraft des Observationsmaterials/-berichts kritisch hinterfragt und gewürdigt werden muss.**

4. Schlusswort



© monkey business images / iStock.com