

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

Referat

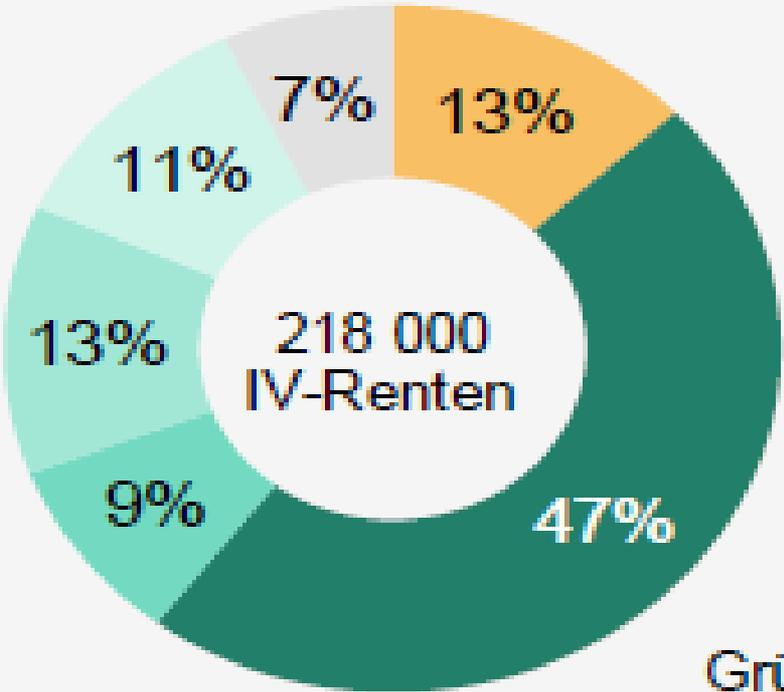
**vom 16. Oktober 2019, 18.15 Uhr
asim, Universitätsspital Basel**

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)



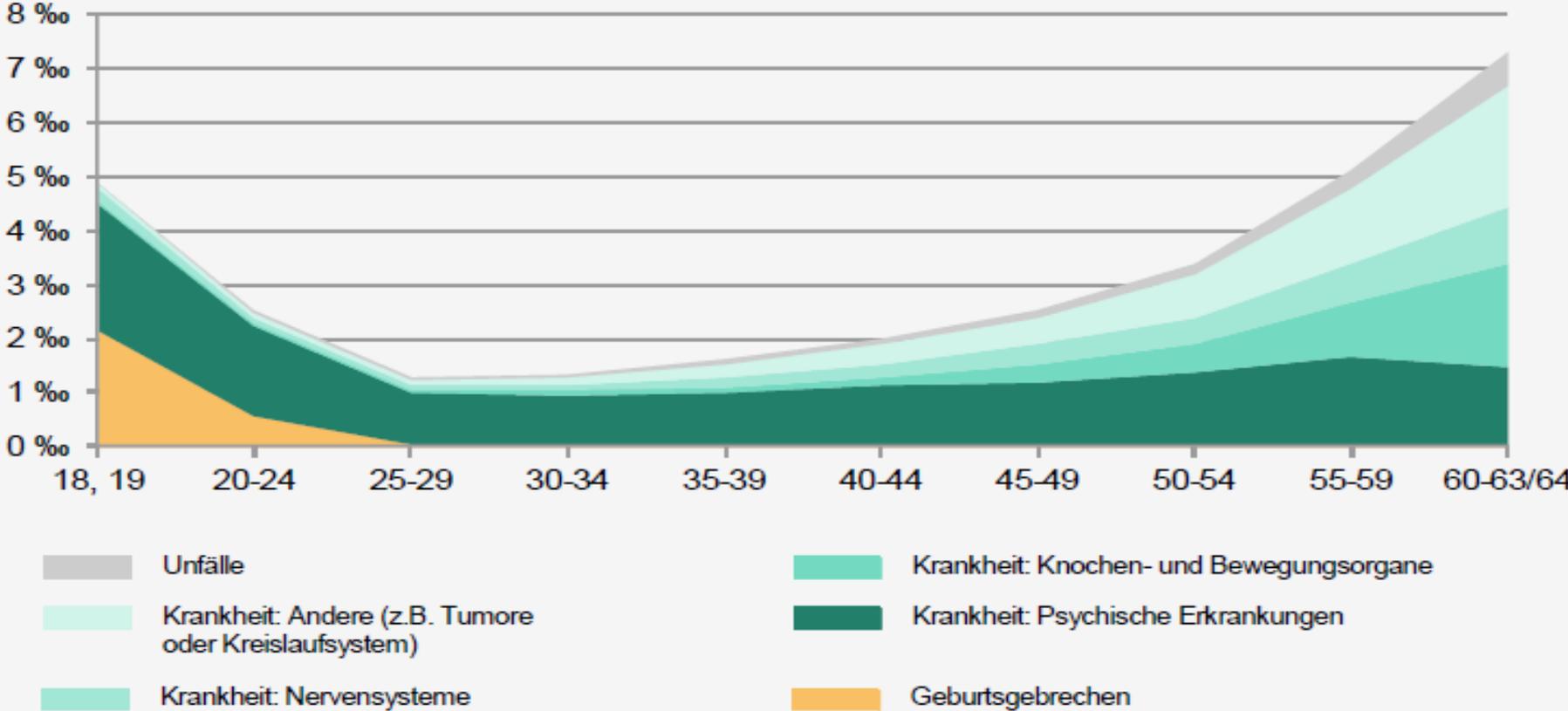
- Geburtsgebrechen
- Psychische Erkrankungen
- Nerven system
- Knochen-/Bewegungsorgan
- Andere Krankheit
- Unfall

Grüntöne: Unterscheidung innerhalb der Invaliditätsursache "Krankheit"

total Leistungen an 433'000 Personen

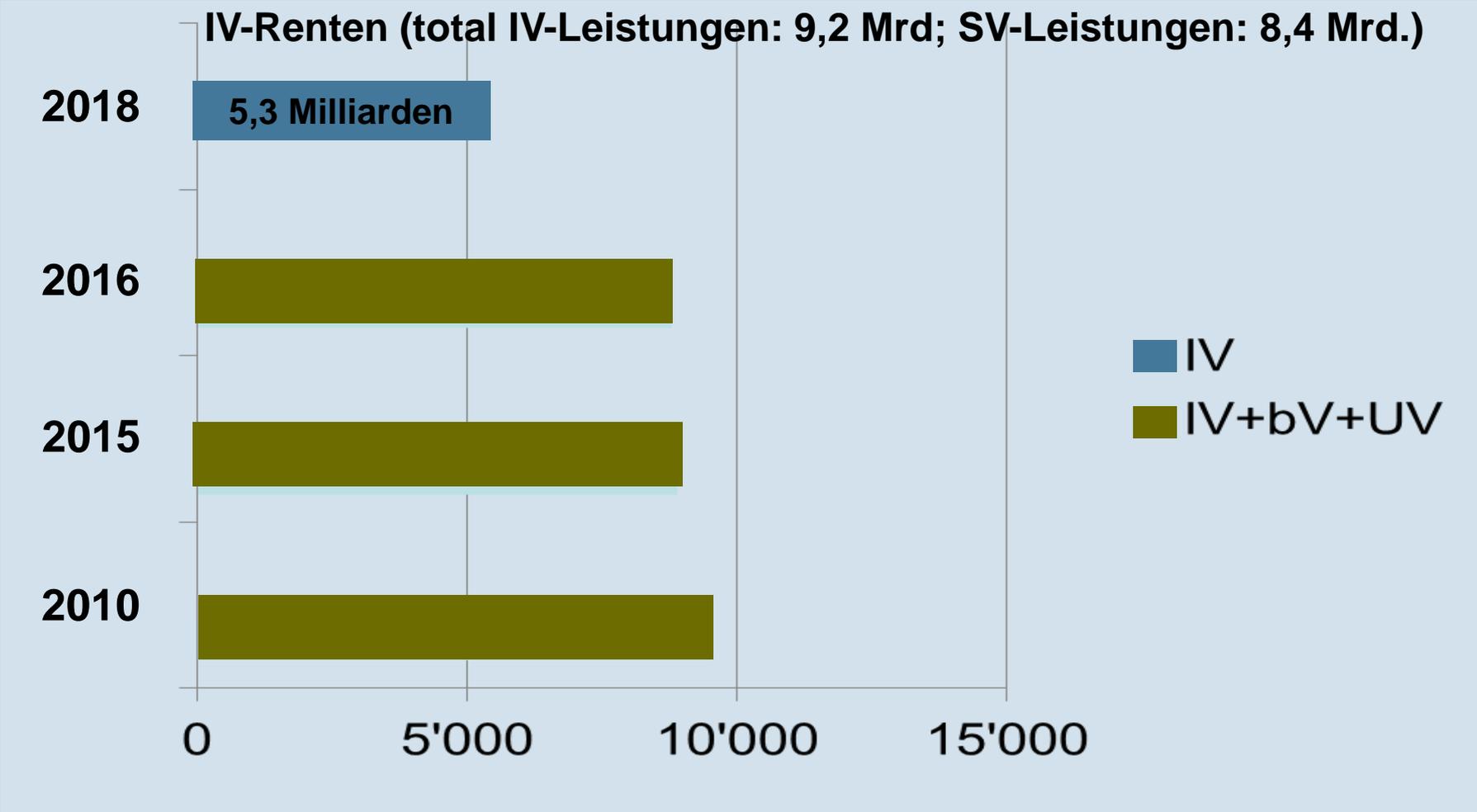
1. Einleitung

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

Invalidität

BGer

IV,
UV

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