

## Behinderung und Recht 4/11

### Impressum

„Behinderung und Recht“ erscheint vierteljährlich als Beilage zum Mitteilungsblatt von *Integration Handicap*

Herausgeber: Rechtsdienst *Integration Handicap*

Zweigstelle Zürich, Bürglistrasse 11, 8002 Zürich  
Tel. 044 201 58 27

Zweigstelle Bern, Schützenweg 10, 3014 Bern  
Tel. 031 331 26 25

Unentgeltliche Beratung in invaliditätsbedingten Rechtsfragen,  
insbesondere Sozialversicherungen

„Behinderung und Recht“ kann auf  
[www.integrationhandicap.ch](http://www.integrationhandicap.ch) (Publikationen)  
heruntergeladen werden.

Edition française: „Droit et handicap“

### IV-Revision 6a (1. Teil): Überprüfung von Renten im Rahmen der Schlussbestimmungen

Das erste Massnahmenpaket zur 6. IV-Revision (IV-Revision 6a) ist vom Parlament am 18.3.2010 verabschiedet worden. Der Bundesrat will es auf den 1.1.2012 in Kraft setzen. Die Erarbeitung der umfangreichen Verordnungsbestimmungen ist allerdings noch im Gang, der Bundesrat wird wohl erst im Laufe des Novembers darüber Beschluss fassen. Deshalb ist es noch etwas früh, diese Revision bereits vorzustellen. Immerhin: Über jene Bestimmung, welche die Gemüter am meisten erregt hat und welche im Zentrum der Revision steht, die Überprüfung bisheriger Renten, kann bereits jetzt berichtet werden. Die restlichen Revisionsbestimmungen werden wir in der Januar- und der April-Nummer von „Behinderung und Recht“ präsentieren.

Ganz allgemein lässt sich feststellen, dass das erste Massnahmenpaket zur 6. IVG-Revision wie schon die 5. IVG-Revision in aller Schnelle durch die parlamentarische Beratung durchgepeitscht worden ist. Auf eine minimale seriöse Auswertung der vorgängigen Revision hinsichtlich der Wirkungen der neu eingeführten Eingliederungsmassnahmen ist verzichtet worden. Und kritische Rückmeldungen seitens der Behindertenorganisationen haben nur in den wenigsten Punkten Beachtung gefunden. Umso mehr wird wohl die Rechtsprechung im einen oder anderen Punkt die nötige Klärung schaffen müssen.

### Vorgeschichte

Um die Schlussbestimmung a der Revisionsvorlage zu verstehen, muss ein kurzer Blick zurück auf die letzten 10 Jahre geworfen werden. Währenddem noch bis ins Jahr 2004 die IV-Stellen in jedem Fall individuell (oft gestützt auf Gutachten) geprüft haben, ob eine Person als erwerbsunfähig und damit als invalid betrachtet werden muss und allenfalls in welchem Ausmass, hat das Bundesgericht mit seinem Urteil vom 12.3.2004 (130 V 352) eine entscheidende Änderung der Praxis eingeleitet: Seither gilt die Vermutung, dass es Menschen mit einer somatoformen Schmerzstörung in aller Regel objektiv zumutbar ist, diese zu überwinden, weshalb eine solche Störung keine Invalidität mehr zu begründen vermag. Nur in wenigen Ausnahmefällen, wenn die sog. Förster-Kriterien erfüllt sind, trifft diese Vermutung nicht zu. Seither erhalten Menschen aufgrund einer somatoformen Schmerzstörung nur noch höchst selten eine IV-Rente.

Das Bundesgericht hat in der Folge seine Rechtsprechung auf eine ganze Reihe weiterer Beschwerdebilder ausgedehnt: Auch für Personen mit einer Fibromyalgie, mit einem Chronic Fatigue Syndrom, mit einem Schleudertrauma ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle und (als neuestes) mit einer Hypersomnie gilt die Vermutung der objektiven Überwindbarkeit. Personen, die an diesen Beschwerdebildern leiden, erhalten seit den entsprechenden Urteilen des Bundesgerichts kaum noch eine Invalidenrente. Umgekehrt hat das Bundesgericht festgehalten, dass jenen Personen, welchen früher (vor Einführung der neuen Praxis) eine Rente zugesprochen worden ist, weder gestützt auf die Änderung der Rechtsprechung, noch gestützt auf die Bestimmungen der 5. IVG-Revision diese Rente entzogen werden könne, solange sich ihr Gesundheitszustand nicht verändere (vgl. „Behinderung und Recht“ 3/09).

Ziel der Verwaltung und des Parlaments ist es nun gewesen, im Rahmen einer Übergangsbestimmung die nötige rechtliche Grundlage dafür zu schaffen, dass diese Altrenten aufgrund der neuen Kriterien der Rechtsprechung

systematisch überprüft werden können, und die Rentengewährung aufgrund der neueren strengerer Kriterien zu vereinheitlichen.

### Welche Beschwerdebilder sind betroffen?

Mitten während der parlamentarischen Debatte hat das Bundesgericht sein Urteil zur Invalidität bei Folgen eines Schleudertraumas gefällt. In diesem Urteil vom 30.8.2010 (136 V 279) hat das Bundesgericht einen Oberbegriff gewählt, um all jene Beschwerdebilder zu bezeichnen, bei welchen es die Vermutung einer objektiven Überwindbarkeit des Leidens anzuwenden gedenkt: Es handelt sich nach Ansicht des Bundesgerichts um „pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage“.

Das Parlament hat gestützt auf dieses Urteil den in der Botschaft vorgesehenen Text kurzfristig abgeändert: Die vorgesehene systematische Überprüfung im Rahmen der Schlussbestimmung betrifft nun alle Renten, die aufgrund solcher

„pathogenetisch-ätiologisch unklarer syndromaler Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage“ in früheren Jahren zugesprochen worden sind.

Mit diesem Begriff ist eine erste wesentliche Unklarheit geschaffen worden: In der parlamentarischen Debatte haben verschiedenste Nationalräte darauf hingewiesen, dass der Begriff höchst unglücklich gewählt sei, da im Grunde aus medizinischer Sicht praktisch alle psychischen Krankheitsbilder darunter subsumiert werden könnten. Bundesrat Burkhalter hat in der Folge wiederholt festgehalten, dass dies nicht der Fall sei: Weder depressive Störungen, noch Persönlichkeitsstörungen oder Angst- und Zwangsstörungen seien gemeint, diese seien nicht betroffen. Diese Zusicherungen haben in der Folge eine Mehrheit der Parlamentarier bewogen, der vorgeschlagenen Umschreibung zuzustimmen. Letztlich wird nun das Bundesgericht entscheiden müssen, ob es den von ihm kreierte Wortlaut, der aus rein medizinischer Sicht eine extensive Auslegung erlaubt, oder dem parlamentarischen Willen folgen will.

Die Verwaltung hat geschätzt, dass mit der Schlussbestimmung rund 4500 „gewichtete“ Renten aufgehoben werden könnten, was ungefähr 6000 Rentner und Rentnerinnen betreffen würde. Bereits diese Schätzung ist sehr vage. Sollte der gewählte neue Begriff der betroffenen Beschwerdebilder extensiv ausgelegt werden, so könnten rasch einmal doppelt oder gar dreimal so viele Rentner und Rentnerinnen betroffen sein.

Eine weitere Unklarheit verbleibt: Es stellt sich nämlich die Frage, ob auch solche Renten im Rahmen der Schlussbestimmung überprüft werden können, welche bereits nach erfolgter Änderung der Rechtsprechung zugesprochen worden sind. Ist einer Person beispielsweise aufgrund einer somatoformen Schmerzstörung im Jahre 2008 in Kenntnis der Bundesgerichtspraxis eine Invalidenrente gewährt worden, so ist nicht ganz einzusehen, weshalb diese Verfügung nun erneut überprüft werden können sollte, auch wenn sich der Gesundheitszustand nicht verändert hat; denn es hat sich seither weder in der Rechtsprechung noch im Gesetz irgendetwas geändert, was eine erneute Überprüfung legitimieren könnte. Weil das Parlament es unterlassen hat, irgendein Stichdatum in die Schlussbestimmung aufzunehmen, sind entsprechende Auseinandersetzungen vorprogrammiert.

### **Ausnahmen von der Überprüfung**

Von der Überprüfung sind zwei Gruppen von Rentnern und Rentnerinnen ausgenommen: Es sind jene Personen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision, d.h. also am 1.1.2012, bereits das 55. Altersjahr überschritten haben. Und es sind jene, die im Zeitpunkt, in welchem die Überprüfung eingeleitet wird, bereits seit mehr als 15 Jahren eine IV-Rente beziehen (Übergangsbestimmung a, Ziffer 4). Dass diese beiden Gruppen von einem gewissen Besitzstand profitieren sollen, ist damit zu begründen, dass eine Eingliederung in diesem Alter resp. nach einer derart langen Rentenbezugsdauer erfahrungsgemäss kaum noch zu erreichen ist.

### **Das Überprüfungsverfahren**

Die Überprüfung der Renten muss innerhalb von 3 Jahren erfolgen, d.h. in den Jahren 2012, 2013 und 2014 (Übergangsbestimmung a, Ziff. 1). Die IV-Stellen werden in jedem Einzelfall klären müssen, ob eine Person ihre Rente wirklich nur aufgrund eines „pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebildes ohne nachweisbare organische Ursache“ bezieht. Ist dies nicht der Fall, so müssen sie prüfen, in welchem Ausmass die übrigen Leiden für sich allein eine Erwerbsunfähigkeit zu begründen vermögen. Ansonsten werden sie zusätzlich klären müssen, ob gemäss den Förster-Kriterien die Voraussetzungen allenfalls erfüllt sind, um ausnahmsweise die Überwindbarkeit des Leidens zu verneinen. Dieses Prozedere ist anspruchsvoll und wird sicher auch im einen oder anderen Fall die Einholung eines externen Gutachtens bedingen. Gewisse Engpässe sind insbesondere bei den RAD zu befürchten, unter denen auch die übrigen Verfahren leiden könnten.

Wird eine Rente gestützt auf die erfolgte Überprüfung aufgehoben oder herabgesetzt, so hat die betroffene Person Anspruch auf Massnahmen zur Wiedereingliederung nach dem neuen Art. 8a IVG (Übergangsbestimmung a, Ziff. 2), und zwar unabhängig davon, ob die üblichen gesetzlichen Voraussetzungen hierfür erfüllt sind. In Frage kommen alle Massnahmen, die den Fähigkeiten der betroffenen Person entsprechen und als verhältnismässig erscheinen. Solche Massnahmen werden andererseits auch nur solange gewährt, als eine Person ernsthaft mitwirkt.

### **Limitierte Weiterausrichtung der Rente**

Werden Massnahmen zur Wiedereingliederung durchgeführt, so wird die bisherige Rente bis zum Abschluss der Massnahmen weiter ausgerichtet, längstens aber während 2 Jahren seit dem Entscheid über die Aufhebung resp. Herabsetzung der Rente (Übergangsbestimmung a, Ziff. 3). Damit wird die Wirkung des Aufhebungs- oder Herabsetzungsentscheids etwas abgemildert.

Diese Weiterausrichtung der Rente während maximal 2 Jahren ist an die Durchführung von Eingliederungsmassnahmen geknüpft. Die Betroffenen werden darauf zu achten haben, dass die IV-Stellen nicht versuchen, die Eingliederungsmassnahmen nur für kurze Zeit (z.B. 6 Monate) zu gewähren, um die Weitergewährung der Rente zu verhindern. All jene, die den Rentenaufhebungsentcheid nicht akzeptieren, sondern gerichtlich anfechten wollen, befinden sich im Übrigen in einem Dilemma: Sie müssen, wenn sie die Weitergewährung der Rente während 2 Jahren nicht gefährden wollen, an Wiedereingliederungsmassnahmen teilnehmen, auch wenn sie überzeugt sind, erwerbsunfähig zu sein und die bisherige Rente zu Recht zu erhalten.

### **Auswirkungen auf die übrigen Versicherungen**

Was die Renten aus beruflicher Vorsorge betrifft, so hat der Gesetzgeber eine entsprechende Schlussbestimmung im BVG vorgesehen: Wird eine Rente der IV in Anwendung der Schlussbestimmungen herabgesetzt oder aufgehoben, so vermindert sich oder endet der Leistungsanspruch der versicherten Person auf Invalidenleistungen der beruflichen Vorsorge auf denselben Zeitpunkt, und die betroffene Person hat im Zeitpunkt der Aufhebung oder Herabsetzung Anspruch auf eine Austrittsleistung. Wird die IV-Rente während der Dauer von Wiedereingliederungsmassnahmen (bis zu maximal 2 Jahren) weiter ausgerichtet, so sind auch die BVG-Invalidenleistungen weiter auszurichten.

Keine entsprechenden Schlussbestimmungen hat der Gesetzgeber für die Unfall- und Militärversicherung vorgesehen. Deren Renten können somit nicht ebenfalls herabgesetzt oder aufgehoben werden. Im letzten Moment hat das Parlament aber auf Antrag von Nationalrätin Humbel noch einen weiteren Artikel in die Schlussbestimmungen a (Ziff. 5) aufgenommen, der alles andere als klar ist: Danach sollen Änderungen von IV-Rentenansprüchen weder eine Anpassung der Rentenansprüche nach dem UVG (Komplementärrente) noch andere Ausgleichsansprüche der Versicherten bewirken.

Mit dieser Bestimmung sollte verhindert werden, dass die Herabsetzung einer IV-Rente einfach mit höheren UVG-Komplementärrenten kompensiert wird. Allerdings kann die Bestimmung in Einzelfällen zum absurden und kaum zu rechtfertigenden Ergebnis führen, dass eine von einer Herabsetzung ihrer IV-Rente betroffene Person im Ergebnis weniger an Leistungen erhält wie wenn sie z.B. von Anfang an von der IV immer nur eine halbe Rente erhalten hätte. Hierauf ist in der Nationalratsdebatte zwar aufmerksam gemacht worden, das Parlament war jedoch bezeichnenderweise nicht bereit, sich mit der Problematik vertieft auseinanderzusetzen.

Was unter den „anderen Ausgleichsansprüchen“ zu verstehen ist, weiss derzeit niemand. Wohl kaum sind die Ergänzungsleistungen gemeint, welche das Existenzminimum zu decken haben. Das hat Bundesrat Burkhalter im Nationalrat bereits angetönt. Wird also eine IV-Rente herabgesetzt und findet eine Person trotz Bemühungen keine Stelle, so wird sich unter Umständen ihr EL-Anspruch erhöhen.

Georges Pestalozzi-Seger

### Krankenversicherung: Neuregelung der Folgen von Prämienausständen

Seit dem 1.1.2006 können die Krankenkassen die Übernahme von Leistungen unter bestimmten Voraussetzungen aufschieben, wenn eine versicherte Person mit der Bezahlung von Prämien oder Kostenbeteiligungen (Franchise, Selbstbehalt) im Verzug ist. Diese gesetzliche Regelung hat zu höchst unbefriedigenden Folgen einerseits für die medizinische Versorgung der Betroffenen, andererseits aber auch für die Leistungserbringer (Spitäler, Ärzte, Apotheken usw.) geführt, deren Rechnungen zu einem nicht unerheblichen Teil ungedeckt geblieben sind. Das Parlament hat deshalb bereits am 19.3.2010 eine erneute Revision der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen beschlossen. Nun hat auch noch der Bundesrat die nötigen Verordnungsänderungen verabschiedet und die Revision auf den 1.1.2012 in Kraft gesetzt.

#### Mahnung und Betreuung

Bezahlt eine Person die fälligen Prämien und Kostenbeteiligungen nicht, so hat die Krankenkasse ihr, nach mindestens einer schriftlichen Mahnung, spätestens 3 Monate nach Fälligkeit eine Zahlungsaufforderung zuzustellen, ihr eine Nachfrist zu gewähren und sie auf die Folgen des Zahlungsverzugs hinzuweisen (Art. 64a Abs. 1 KVG, Art. 105b KW). Bleibt die Zahlung (inkl. Verzugszins) innert der gesetzten Frist aus, so hat die Krankenkasse die Betreuung einzuleiten (Art. 64a Abs. 2 KVG). Resultiert aus dieser Betreuung schliesslich ein Verlustschein oder ein gleichwertiger Rechtstitel, so hat die Krankenkasse den Kanton hierüber zu informieren (Art. 64a Abs. 3 KVG).

#### Kein Leistungsaufschub mehr

Im Gegensatz zur heutigen Regelung führt die Einleitung einer Betreuung von Gesetzes wegen nicht mehr zum Aufschub der Leistungspflicht. Die Kassen müssen somit die gesetzlichen Leistungen weiter erbringen. Dafür werden sie vom Kanton entschädigt, welcher 85% der

mittels Verlustscheinen nachgewiesenen ungedeckten Beträge übernimmt (Art. 64a Abs. 4 KVG). Die Krankenkasse ihrerseits trägt die restlichen 15%. Sie bewahrt die Verlustscheine bis zur vollständigen Bezahlung der ausstehenden Forderungen auf. Begleicht die versicherte Person nachträglich ihre Schuld ganz oder teilweise, so hat die Krankenkasse 50% dieses Betrags wiederum an den Kanton zu überweisen (Art. 64a Abs. 5 KVG).

Solange eine Person die ausstehenden Prämien, Kostenbeteiligungen, Verzugszinse und Betreuungskosten nicht vollständig bezahlt hat, kann sie (wie heute) weiterhin nicht die Kasse wechseln (Art. 64a Abs. 6 KVG, Art. 105l KW). Damit verbleibt den Betroffenen doch noch ein gewisser Anreiz zur Begleichung ihrer Schulden, auch wenn die Konsequenz des Leistungsaufschubs entfällt.

#### Kantonale Kompetenz zur Führung von Listen

Das Parlament hat diesen erfreulichen Systemwechsel schliesslich aber doch nicht ganz durchgezogen. Es hat den Kantonen die Möglichkeit eingeräumt, Personen auf einer Liste zu erfassen, welche ihrer Prämienpflicht trotz Betreuung nicht nachkommen. Sieht die kantonale Gesetzgebung dies vor, so führt die Aufnahme auf dieser Liste wieder dazu, dass die Krankenkassen die Kostenübernahme von Leistungen (mit Ausnahme der Notfallbehandlungen) aufschieben dürfen. Erst wenn die ausstehenden Forderungen beglichen sind, wird der Leistungsaufschub wieder aufgehoben (Art. 64a Abs. 7 KVG).

Es steht noch nicht fest, welche Kantone von solchen Listen nach welchen Kriterien Gebrauch machen und welche davon absehen werden. Zu befürchten ist, dass es wieder zu einem Flickenteppich kantonaler Lösungen kommen wird, wie dies bereits bei der Pflegefinanzierung geschehen ist.

#### Übergangsregelung

Der Gesetzgeber hat den Kantonen auch im Rahmen der Übergangsbestimmungen gewichtige Kompetenzen eingeräumt: Übernimmt ein Kanton die ausstehenden,

bis zum 31.12.2011 fälligen Prämien und Kostenbeteiligungen, die zur Ausstellung eines Verlustscheins geführt haben, sowie die angefallenen Verzugszinsen und Betriebskosten, so hat die Krankenkasse die bis zu diesem Zeitpunkt angefallenen Leistungen zu vergüten. Ob in diesem Fall die Vergütung an die Versicherten, die Leistungserbringer oder den Kanton erfolgt, regelt der jeweilige Kanton (Übergangsbestimmung, Ziffer 1).

Verzichtet der Kanton auf die Übernahme der bis zum 31.12.2011 fälligen Prämien und Kostenbeteiligungen, so bleiben die Aufschübe, welche gestützt auf bisheriges Recht verfügt worden sind, bestehen, und die bis 31.12.2011 erbrachten Leistungen werden nicht zurückerstattet, bis alle Ausstände vollständig bezahlt worden sind (Übergangsbestimmung, Ziffer 2). Auch hier steht zum Teil noch nicht fest, welche Lösung die einzelnen Kantone wählen werden.

### **Prämienverbilligung und Ergänzungsleistungen: Direkte Auszahlung an die Krankenkasse**

Eine gewisse Vereinheitlichung hat der Gesetzgeber immerhin im Bereich der Prämienverbilligungen beschlossen. Diese sollen künftig überall direkt an die Krankenkasse und nicht mehr an die Versicherten ausbezahlt werden (Art. 65 Abs. 1 KVG). Die Kantone haben dabei den Krankenkassen die Anspruchsberechtigten und die Höhe der Verbilligung so früh zu melden, dass diese die Verbilligung bei der Prämienfakturierung von Beginn weg berücksichtigen können.

Jene Kantone, welche dieses System noch nicht kennen, haben es innerhalb von 2 Jahren, d.h. spätestens auf den 1.1.2014, einzuführen. Solange sie dies noch nicht getan haben, müssen sie in Abweichung der allgemeinen Regel 87% (statt 85%) der ungedeckten Prämien und Kostenbeteiligungen übernehmen. Es bleibt zu hoffen, dass der Systemwechsel, welcher die Zweckentfremdung öffentlicher Leistungen verhindert, möglichst überall rasch eingeführt wird.

Schliesslich ist auch noch im ELG ein neuer Artikel eingefügt worden (Art. 21a ELG): Danach wird künftig ein Teil der jährlichen Ergänzungsleistung, und zwar in der Höhe des Pauschalbetrags für die obligatorische Krankenversicherung (durchschnittliche kantonale Prämie), nicht mehr der versicherten Person, sondern der Krankenkasse direkt ausbezahlt. Ist die effektive Prämie tiefer als dieser Pauschalbetrag, so bezahlt die Krankenkasse der versicherten Person die Differenz zurück (Art. 106c Abs. 5 KV). Kantone, die den Systemwechsel bei der Prämienverbilligung erst 2013 oder 2014 einführen, können dies bei den Ergänzungsleistungen ebenfalls erst dann tun.

Georges Pestalozzi-Seger



### Grundsatzurteil des Bundesgerichts zu Waffengleichheit und Fairness im IV-Verfahren

Kritik an der IV-Praxis im Zusammenhang mit der Einholung von Gutachten ist seit längerer Zeit von verschiedensten Seiten geäussert worden. Auch die Behindertenorganisationen haben im Februar 2010 ein gemeinsames Positionspapier verfasst und darin einerseits die faktische Abhängigkeit der Gutachterstellen (namentlich der MEDAS) von der Verwaltung und andererseits das Fehlen einer konsequenten unabhängigen Qualitätskontrolle bemängelt und eine Reihe von Vorschlägen im Hinblick auf die Garantie eines fairen Verfahrens entwickelt.

Schliesslich ist ein Rechtsgutachten der Professoren Müller und Reich zum Ergebnis gelangt, dass die von den IV-Stellen in Auftrag gegebenen MEDAS-Gutachten als Beweismittel einer Partei zu betrachten seien, womit dem gesamten Abklärungsverfahren der Anschein der Einseitigkeit anhafte. Dies wiederum stelle die von der EMRK geforderte Fairness und Waffengleichheit im Verfahren in Frage, zumal die externen Gutachterstellen von der Invalidenversicherung wirtschaftlich abhängig seien. Das Bundesgericht selber hat die Kritik der Rechtsgutachter zwar bei verschiedener Gelegenheit als unzutreffend taxiert, aber selber immer wieder festgestellt, dass die Spiesse im Verfahren zur Ermittlung des Leistungsanspruchs in der Invalidenversicherung ungleich lang seien, weshalb im Hinblick auf ein faires Verfahren gewisse Korrekturen zu prüfen seien. Im Jahresbericht 2009 hat das Bundesgericht das BSV explizit aufgefordert, sich der Thematik anzunehmen und Verbesserungsvorschläge auszuarbeiten.

Die Verwaltung konnte lange Zeit nicht von der Notwendigkeit von ernsthaften Verfahrenskorrekturen bei der Einholung von Gutachten und der Qualitätskontrolle überzeugt werden. Erst in letzter Zeit hat sie gewisse Vorschläge zu diskutieren begonnen. Die Richter sind angesichts dieses Reformunwillens nun aber zunehmend ungeduldig geworden und haben schliesslich die Gelegenheit ergriffen, in einem Grundsatzurteil vom 28.6.2011 (9C\_243/2010) gewisse Korrekturen bei der

bisherigen Praxis vorzunehmen. Das ungewöhnlich lange und äusserst umfassende Urteil, welches die bisherige Praxis erläutert und viele rechtsvergleichende Überlegungen enthält, soll hier nicht in allen Details wiedergegeben werden. Die wesentlichen Schlussfolgerungen wollen wir jedoch zusammenfassen und kurz kommentieren.

### Verstärkung der Gehörs- und Partizipationsrechte bei der Einholung von Administrativgutachten

Das Bundesgericht hat als erstes festgehalten, dass der Grundsatz eines fairen Verfahrens zunächst von der IV-Stelle verlangt, dass die im allgemeinen Verwaltungsverfahren üblichen Befugnisse unter dem Titel der Garantie des rechtlichen Gehörs gewährleistet sind. Dies schliesst namentlich die Abnahme rechtserheblicher Beweisträger und die Mitwirkung an der Beweiserhebung ein. Die Mitwirkungsrechte müssen durchsetzbar sein, bevor präjudizierende Effekte eintreten.

Nach Auffassung des Bundesgerichts ist das Bestreben um eine einvernehmliche Gutachtenseinholung in den Vordergrund zu stellen. IV-Stelle und versicherte Person sollen sich im Hinblick auf die Gutachterstelle und die zu beantwortenden Fragen wenn immer möglich einigen, da eine auf beidseitigem Einverständnis beruhende Begutachtung zu tragfähigeren Beweisergebnissen führt und in aller Regel bei der betroffenen Person auf grössere Akzeptanz stösst.

Kommt es nicht zur Einigung, so ist die Anordnung einer Expertise anders als bisher von der IV-Stelle in Form einer Verfügung zu kleiden. Es handelt sich dabei rechtlich um eine Zwischenverfügung, die im Falle der Bejahung eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils anfechtbar ist. Nach Ansicht des Bundesgerichts soll künftig nebst den eigentlichen personenbezogenen Ausstandsgründen z.B. auch die fehlende Fachkompetenz des Gutachters gerügt werden können. Auch soll es möglich sein geltend zu machen, dass die in Aussicht genommene Begutachtung nicht nötig sei, weil der Sachverhalt bereits umfassend abgeklärt sei und die Zusatzbegutachtung nur einer

„second opinion“ entspräche. Bei diesen Rügen ist nach Auffassung des Bundesgerichts der nicht wieder gutzumachende Nachteil grundsätzlich zu bejahen.

Weiter hat das Bundesgericht festgehalten, dass die IV-Stellen künftig der versicherten Person Gelegenheit zu geben haben, sich zu den Gutachterfragen zu äussern und ergänzende Fragen vorzuschlagen, entsprechend der heutigen Praxis im Bereich der Unfallversicherung. Damit wird einer alten Forderung, welche von Behindertenorganisationen und Versichertenanwälten immer wieder gestellt worden war, entsprochen.

### **Verfahren vor kantonalem Versicherungsgericht: Gerichtliche Expertise statt Rückweisung**

Wenn die kantonalen Versicherungsgerichte heute zum Schluss gelangen, es seien weitere Abklärungen durchzuführen, weil ein von der Verwaltung eingeholtes Administrativgutachten im Kontext der gesamten Aktenlage zu viele Zweifel erweckt, so pflegen sie in aller Regel die Angelegenheit an die Verwaltung zu ergänzender Abklärung zurückzuweisen. Nur ganz wenige Richter von einigen kantonalen Gerichten pflegen regelmässig selber Gutachten in Auftrag zu geben.

Auch in dieser Hinsicht hat das Bundesgericht neue Grundsätze entwickelt. In der Regel sollen die kantonalen Gerichte künftig selber eine gerichtliche Expertise in Auftrag geben, wenn sie einen medizinischen Sachverhalt für gutachterlich abklärungsbedürftig halten oder wenn sie eine Administrativexpertise in einem rechtserheblichen Punkt nicht für beweiskräftig halten. Die Versicherungsgerichte haben somit nicht mehr die freie Wahl zwischen Rückweisung und eigener Sachverhaltsklärung. Eine Rückweisung an die IV-Stelle bleibt jedoch möglich, wenn sie allein in der notwendigen Erhebung einer bisher völlig ungeklärten Frage begründet ist. Eine Rückweisung soll zudem weiterhin möglich sein, wenn lediglich eine Klarstellung, Präzisierung oder Ergänzung von gutachterlichen Ausführungen erforderlich ist.

Das Bundesgericht hat weiter festgehalten, dass für diese gerichtlichen Expertisen die heutigen MEDAS-Stellen weiterhin im Vordergrund stehen, wenn ein interdisziplinäres Gutachten notwendig ist. Für die Kosten solcher nötig gewordener gerichtlicher Expertisen sollen die IV-Stellen aufkommen.

Die vom Bundesgericht entwickelten neuen Grundsätze sind aus der Sicht der Versicherten vorerst sicher zu begrüssen. Nicht nur dürfte das Vorgehen rascher zu einem Ergebnis zu führen, wenn das Gericht eine Expertise in Auftrag gibt und gestützt auf diese gleich selber den materiellen Entscheid fällt; die Partizipationsrechte sind in einem solchen Fall im Sinne der Waffengleichheit auch besser gewährleistet. Die kantonalen Gerichte werden durch diese Praxisänderung andererseits aber auch zusätzlich belastet. Es muss deshalb unbedingt dafür gesorgt werden, dass sie personell genügend dotiert sind, um den neuen Aufgaben gerecht zu werden. Ansonsten besteht die Gefahr, dass sich entweder die Verfahren in die Länge ziehen oder dass die Gerichte zur Vermeidung zusätzlichen Aufwandes die Verfügungen der Verwaltung nicht mehr mit der nötigen kritischen Haltung beurteilen, sondern vermehrt durchwinken.

### **Appell an die Verwaltung für weitere Reformen**

Nebst den eigentlichen Praxisänderungen enthält das Urteil des Bundesgerichts auch eine Reihe von Anregungen an den Verordnungsgeber und die Aufsichtsbehörde (BSV) zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens. In diesen Punkten handelt es sich vorderhand um einen Appellentscheid. Nur wenn die zuständigen Behörden die betreffenden Fragen nicht binnen angemessener Frist prüfen sollten, behält sich das Bundesgericht vor, gestützt auf die einschlägigen konventionsrechtlichen Garantien, weitergehende verbindliche Korrekturen vorzunehmen.

Eine erste Anregung betrifft die Zuweisungspraxis: Das Bundesgericht schliesst sich der von verschiedenster Seite (auch von den Behindertenorganisationen) geäusserten Überzeugung an, dass dem Erfordernis einer



möglichst unabhängigen Begutachtung am besten entsprochen wird, wenn die Wahl einer Gutachterstelle auf dem Zufallsprinzip beruht. Dies zumindest bezüglich polydisziplinärer Gutachten durch MEDAS-Einrichtungen. Das Bundesgericht fordert deshalb das BSV auf, den Aufbau einer IT-Plattform zwecks besserer und gleichmässigerer Zuteilung von Gutachteraufträgen ohne Verzug weiterzuführen, zumal eine solche Plattform auch als Instrument zur Evaluation einzelner Gutachten dienen könnte.

Weiter hält das Bundesgericht fest, dass eine Vorgabe an den Gutachter, seine Ergebnisse mit dem von der versicherten Person bezeichneten Mediziner (in der Regel dem behandelnden Arzt) zu diskutieren, der Idee einer paritätischen Begutachtung, wie sie im italienischen und französischen Modell vorgesehen ist, wenigstens etwas entgegenkommen würde. Deshalb soll auch diese Möglichkeit ernsthaft geprüft werden.

Was die Bezahlung der Gutachtertätigkeit betrifft, so hält das Bundesgericht das heutige System von Pauschalentschädigungen (zurzeit 9000 Franken für jedes MEDAS-Gutachten) für verfehlt und fordert das BSV auf, ein neues Entschädigungssystem auszuarbeiten, welches dem Schwierigkeitsgrad und Untersuchungsumfang Rechnung trägt.

Ganz generell stellt sich das Bundesgericht auf den Standpunkt, dass das BSV dafür zu sorgen hätte, dass eine Qualitätskontrolle nach objektiven Gesichtspunkten gefördert wird. Dazu könnte z.B. die Anweisung gehören, dass bei einfacher Ergänzungsbedürftigkeit eines externen Gutachtens zufolge von Unklarheiten grundsätzlich kein Wechsel des Gutachters erfolgen darf, sondern dass diese Unklarheiten mit den Verfassern des Gutachtens zu klären sind. Nur bei schwerwiegenden Mängeln eines Gutachtens, die eine unbefangene medizinische Stellungnahme nicht mehr erwarten lassen, kann ein Zweitgutachten gerechtfertigt sein.

Weiter betrachtet es das Bundesgericht als Aufgabe der Aufsichtsbehörde, Mindeststandards für die Abwicklung

von Gutachten zu etablieren, indem die MEDAS-Stellen etwa verpflichtet werden, die Konsiliarsachverständigen im Rahmen von Konsensbesprechungen bei der Formulierung der gutachterlichen Schlussfolgerungen mitwirken zu lassen. Allfällige „dissenting opinions“ sollten dabei transparent gemacht werden. Geregelt werden müsste ferner das Problem, welches mit dem Beizug ausländischer Konsiliarärzte einhergeht, welche mit den hiesigen versicherungsmedizinischen Anforderungen nicht vertraut sind. Und schliesslich regt das Bundesgericht auch an, eine Instanz zu schaffen, welche die fachspezifischen Begutachtungsleitlinien sammelt, koordiniert, aufbereitet, für die Begutachtung verbindlich erklärt und dafür sorgt, dass der aktuelle Stand von medizinischer Forschung und Lehre berücksichtigt wird.

Viel Arbeit also für die Aufsichtsbehörde! Es kann nur gehofft werden, dass das BSV die richterlichen Aufforderungen ernst nimmt und aktiv ein neues System erarbeitet, welches dem Grundgedanken eines fairen Verfahrens gerecht wird. Die Behindertenorganisationen sind bereit, bei dieser Aufgabe kooperativ mitzuwirken.

Georges Pestalozzi-Seger

### Beschwerderückzug muss bei Rückweisungsentscheiden ermöglicht werden

Art. 61 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) hält bezüglich des erstinstanzlichen Verfahrens fest, dass das kantonale Versicherungsgericht nicht an die Begehren der Parteien gebunden ist. Es kann eine Verfügung oder einen Einspracheentscheid zu Ungunsten der Beschwerde führenden Person ändern (sog. „reformatio in peius“), wobei es ihr in diesem Fall vorher Gelegenheit zur Stellungnahme sowie zum Rückzug der Beschwerde zu geben hat.

Die Möglichkeit eines Beschwerderückzugs bei drohender reformatio in peius ist nach bisheriger Praxis nur in jenen Fällen gewährt worden, in denen das Gericht tatsächlich beabsichtigt, einen Entscheid zu Ungunsten einer Person zu ändern: So etwa dann, wenn die IV-Stelle einer Person eine halbe Rente gewährt hat, diese Person beschwerdeweise eine ganze Rente fordert, das Gericht jedoch zum Schluss gelangt, dass gar kein Rentenanspruch ausgewiesen ist.

Solche Konstellationen sind allerdings eher selten. Viel häufiger ist der Fall, bei welchem das Gericht die Verfügung oder den Einspracheentscheid aufhebt und die Angelegenheit zu ergänzender Abklärung an die Verwaltung zurückweist. Oft liegen solchen Rückweisungsentscheiden Erwägungen zugrunde, aus denen die Verwaltung ableiten kann, dass sie die Rechtslage zu grosszügig ausgelegt hat. Ein Beschwerdeführer riskiert auch in solchen Fällen, dass er am Schluss schlechter dasteht als zuvor, so etwa wenn die Verwaltung aufgrund ergänzender medizinischer Untersuchungen schliesslich zur Erkenntnis gelangt, dass überhaupt kein Rentenanspruch ausgewiesen ist.

Das Bundesgericht hat in einem Urteil vom 18.7.2011 (9C\_310/2011) nun entschieden, dass in Abweichung zur bisherigen Rechtsprechung auch im Falle eines bevorstehenden Rückweisungsentscheids der Beschwerde führenden Partei Gelegenheit zum Rückzug ihrer Beschwerde zu geben ist, wenn mit diesem Rückweisungsentscheid eine

rentenzusprechende Verfügung aufgehoben werden soll. Dieser Schluss drängt sich – so das Bundesgericht – aus Gründen der Gleichbehandlung auf. Nicht von der neuen Praxis betroffen sind jedoch kantonale Rückweisungsentscheide, welche auf rentenablehnende Verfügungen hin ergehen. Auch kann sich die Hinweispflicht erübrigen, wenn das kantonale Gericht in den Erwägungen des Rückweisungsentscheids die von der IV-Stelle verfügte oder von ihm selber bejahte Teilrente abschliessend als ausgewiesen und begründet erklärt.

Aus Sicht der betroffenen Beschwerdeführer ist dieses Urteil in der Tat erfreulich. Es erlaubt ihnen im Falle einer bevorstehenden Rückweisung nochmals eine Beurteilung von Chancen und Risiken, auch wenn die Einschätzung oft schwierig sein dürfte und zudem die Gefahr besteht, dass im einen oder anderen Fall aus lauter Angst vor einer Verschlechterung der Rechtslage eine Beschwerde allzu voreilig zurückgezogen wird. Manchmal ist jedoch der Spatz in der Hand der Taube auf dem Dach tatsächlich vorzuziehen...

Georges Pestalozzi-Seger

### Grundpflege bei Kindern mit einer Geburtsbehinderung: Subsidiäre Leistungspflicht der Krankenversicherung

Noch vor kurzem hat das Bundesgericht entschieden, dass die Invalidenversicherung bei geburtsbehinderten Kindern nur insoweit für die Pflegekosten aufzukommen hat, als es sich um Behandlungspflege handelt und diese von den Eltern aus medizinischen Gründen nicht selber ausgeführt werden kann; keine Leistungspflicht der IV bestehe jedoch, wenn eine Spitex-Organisation die Eltern bei der Grundpflege entlastet (Urteil vom 7. Juli 2010, 8C\_81/2010). Wir haben dieses Urteil in „Behinderung und Recht 4/10“ kritisch kommentiert und die Frage aufgeworfen, ob unter den gegebenen Umständen allenfalls die Krankenversicherung subsidiär für die Kosten der Grundpflege aufzukommen habe.

Das Bundesgericht hat nun in einem neueren Entscheid vom 10. Juni 2011 (9C\_886/2010) diese Frage überraschend schnell geklärt. Es ist gestützt auf eine systematische Auslegung des IV- und KV-Rechts zum Schluss gelangt, dass tatsächlich eine solche subsidiäre Leistungspflicht des Krankenversicherers besteht. Dieser Entscheid ist für Familien mit geburtsbehinderten Kindern sehr erfreulich: Soweit die IV nicht für die Kosten der Spitex-Pflege aufkommt, können sie sich an ihre Krankenkasse wenden. Damit besteht die befürchtete Ungleichbehandlung von Kindern mit einem Geburtsgebrechen und solchen mit einer erworbenen Krankheit im Ergebnis nicht mehr.

Mit diesem Urteil sind allerdings für die betroffenen Familien nicht alle finanziellen Probleme gelöst. Wohl können sie den Aufwand für die von Spitex-Organisationen übernommenen Massnahmen der Grundpflege (und der Behandlungspflege, soweit von der IV nicht übernommen) der Krankenkasse in Rechnung stellen. Der Aufwand für die (oft noch intensivere) Überwachung des behinderten Kindes stellt demgegenüber keine Pflichtleistung der Krankenversicherung dar, wie das Bundesgericht in seinem Urteil präzisiert hat. Diese Leistung muss

aus dem Betrag der Hilflosenentschädigung und des Intensivpflegezuschlags finanziert werden, der hierfür bei Schwerstbehinderungen oft nicht genügt. Es bleibt deshalb zu hoffen, dass der Bundesrat den Familien solcher Kinder im Rahmen der 6. IVG-Revision einen Anspruch auf den neu vorgesehenen Assistenzbeitrag eröffnet, wie dies in den Medien bereits in Aussicht gestellt worden ist.

Sodann stellt sich in jedem einzelnen Fall die Frage, ob die Krankenkasse ihre Leistungen an die Grundpflege mit dem Hinweis auf eine Überentschädigung kürzen kann. Dies ist grundsätzlich dann denkbar, wenn von der IV eine Hilflosenentschädigung und ein Intensivpflegezuschlag gewährt worden sind. Das Bundesgericht hat zwar festgehalten, dass nicht die gesamte Hilflosenentschädigung angerechnet werden kann, da nur ein Teil davon der Finanzierung der Grundpflege dient (127 V 94; vgl. auch „Behinderung und Recht 3/01“). Dennoch: Ein wesentlicher Teil der Hilflosenentschädigung ist als Leistung zur Vergütung der Grundpflege anrechenbar. Andererseits stellt sich die Frage, wie der zu vergütende Pflegeaufwand in Zahlen ermittelt werden kann, wenn der grösste Teil der Arbeit von den Eltern selber und nicht von Dritten erbracht wird. Es bleibt zu hoffen, dass die Krankenversicherer in solchen Fällen auf die Geltendmachung einer Überentschädigung verzichten. Nicht ausgeschlossen ist, dass die Gerichte in dieser Hinsicht noch den einen oder anderen klärenden Entscheid fällen werden müssen.

Georges Pestalozzi-Seger