

# **Stolpersteine im Sozialversicherungsrecht**

Referat von Daniel Tschopp, Sebastian Laubscher und André Baur (Mitautor), Advokaten in Basel, gehalten am 30. September 2022 im Rahmen des Lehrgangs Advokatur der Basler Advokatenkammer und des Basellandschaftlichen Anwaltsverbands.

Unsere Ausführungen beanspruchen keine Vollständigkeit hinsichtlich des behandelten Themas. Im Übrigen bringen wir eine Haftungsausschlussklausel an.

## **Inhaltsverzeichnis**

1.	Einleitung	3
2.	Mandatsverhältnis	4
2.1	Klientengespräch, Sorgfalts- und Aufklärungspflicht	5
2.1.1	Verständigung und Beizug einer Übersetzungshilfe	5
2.1.2	Sorgfalts- und Aufklärungspflicht	5
2.2	Mandat	6
2.2.1	Vollmacht mit klarer Umschreibung des Mandats	6
2.2.2	Klientenbrief	7
2.2.3	Haftpflicht für mangelhafte Erfüllung	7
3.	Aktive Fallführung inkl. Begutachtung / Beweiserhebung	7
3.1	Sachverhaltserhebung	7
3.2	Fallbeispiele	14
3.3	Case Management	18
4.	Bundesgesetz über den Allg. Teil des Sozialversicherungsrechts	23
5.	Versicherungen nach VVG	24
5.1	Allgemeines	24
5.2	Lohnfortzahlung und Krankentaggeld	25
6.	Verfahrensrechtliche Grundsätze	29
6.1	Allgemeines	29
6.2	Vertretung und Verbeiständung	29
6.3	Formelle Anforderungen an ein Rechtsmittel	31

6.4	Rechtliches Gehör / Einspracheverfahren / Vorbescheidverfahren	33
6.5	Verfahrenskosten	35
6.6	Parteientschädigungen	36
6.7	Berufliche Vorsorge	36
6.8	Krankentaggeldversicherung	37
7.	Versicherte mit Wohnsitz im Ausland	40
8.	Versicherungsfälle	44
8.1	Invaliden- und Arbeitslosenversicherung	44
8.2	Krankentaggeld und Invalidenleistungen nach IVG, BVG und UVG	51
8.4	Revision und Wiedererwägung	54

## 1. Einleitung

Das Schweizerische Sozialversicherungsrecht ist ein Konglomerat aus vielen Einzelgesetzen, die zu unterschiedlichen Zeiten Teilaspekte der sozialen Sicherheit regelten. Dieses historische Wachstum hat auch die Notwendigkeit einer ständigen gegenseitigen Anpassung der verschiedenen Sozialversicherungsbereiche mit sich gebracht. Etliche Unzulänglichkeiten sind aber geblieben. Mit dem Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, in Kraft getreten am 1. Januar 2003 (SR 830.1), sollte dem entgegen gewirkt werden.

Im Gegensatz zum Zivilrecht und auch zum Strafrecht, wo mit grossen und umfassenden gesetzgeberischen Würfen (ZGB/OR resp. StGB) von Anfang an eine relativ starke systematische Klarheit bewirkt wurde, ist das Schweizerische Sozialversicherungsrecht zersplittert. Elf Bundesgesetze decken die sozialen Risiken Alter, Tod, Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Invalidität, Familienlasten, Erwerbsausfall wegen Dienstleistung und Mutterschaft sowie unzureichende Existenzmittel ab.

Trotz des ständigen Bestrebens der Angleichung und Vereinheitlichung im Schweizerischen Sozialversicherungssystem besteht noch immer eine grosse Unübersichtlichkeit. Dieses weite Feld ist übersät mit Stolpersteinen und es ist im Rahmen des heutigen Referates daher nur punktuell möglich auf einzelne hinzuweisen. Zudem lässt sich die angesprochene Problematik nicht sinnvollerweise auf das Gebiet des Sozialversicherungsrechts eingrenzen, da in den konkret zu bearbeitenden Fällen meist auch Fragestellungen angrenzender Rechtsgebiete im Privatrecht, wie dem Haftpflichtrecht, Arbeitsvertragsrecht, Versicherungsvertragsrecht oder im Öffentlichen Recht, z.B. Strafrecht und Opferhilferecht eine Rolle spielen.

Da sich einerseits die Rechtssystematik nicht als Anknüpfungspunkt für die Erörterungen dieses Referates anbietet und andererseits der Rahmen derjenige einer Veranstaltung der Advokatenkammer ist und daher praxisbezo-

gen sein soll, haben wir uns entschieden, die anwaltliche Tätigkeit in diesem Rechtsgebiet ins Zentrum der Betrachtungen zu stellen. Wir beginnen mit der Mandatsübernahme, denn schon dort erweist es sich nicht zuletzt zum Selbstschutz des Anwaltes bzw. der Anwältin als sinnvoll, die versteckten Stolpersteine frühzeitig zu erkennen und mit der Klientschaft zu thematisieren.

## **2. Mandatsverhältnis**

So sind bei Mandatsübernahme Eingangs die Wünsche und Bedürfnisse sowie die finanziellen Verhältnisse (Voraussetzungen für ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung zu klären) der Klientschaft und ihre Ansprüche gegenüber den einzelnen Versicherungsträgern und allenfalls auch gegenüber dem ehemaligen Arbeitgeber zu klären. Zwar hat der Gesetzgeber in Art. 27 ATSG eine weiterreichende unentgeltliche Aufklärungs-, Informations- und Beratungsverpflichtung des Versicherers aufgenommen, welche auch eine Hinweispflicht auf weitere Sozialversicherungsleistungen anderer Versicherer enthält, doch wird diese von den Leistungsträgern oft nicht wahrgenommen. Grundsätzlich handelt es sich bei der erwähnten Norm um eine Konkretisierung des in Art. 9 BV verankerten Grundsatzes des Anspruchs auf richtiges behördliches Verhalten, so dass nicht nur das Handeln sondern auch das Unterlassen darunter fällt (Urteil des EVG vom 27.8.2003, K 87/01).

So muss der Arbeitgeber bzw. sein Unfallversicherer den ausscheidenden Arbeitnehmer auf die Möglichkeit des Abschlusses einer Abredeversicherung gemäss Art. 72 UVG hinweisen. Aufgrund des öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutzes trifft den diese Information unterlassenden Unfallversicherer eine Haftung. Als Folge hat er für ein etwaiges Unfallereignis gleichwohl zu leisten (Urteil des EVG vom 25.8.2003, U 263/02). Im Übrigen trifft auch den privatrechtlichen Versicherer nach VVG eine Aufklärungs- und Beratungspflicht, so beispielsweise die Anzeigepflicht zur Übertrittsmöglichkeit von der Kollektiv- in die Einzeltaggeldversicherung

(zur Teilrevision des VVG siehe bspw. Franz Hasenböhler in AJP 7/2006, S. 833 ff.).

Auch Ansprüche des Klienten aus dem Fehlverhalten Dritter sind bei der Mandatsübernahme zu beachten und im Auftrag zwischen Klient und Anwalt zu regeln und anzusprechen. Beispiel: Zeigt sich im Rahmen eines Erstgesprächs, dass allenfalls ein Fehlverhalten Dritter (OR Art. 41 ff.) zum Unfallereignis geführt hat/haben könnte, so ist dies anzusprechen und der Klient ist darüber – wie auch über allfällige Möglichkeiten und Folgen – aufzuklären.

Schliesslich erweist es sich als ratsam bei der Mandatsübernahme im Rahmen der Kostenprüfung gleichzeitig auch abzuklären, ob der einzelne Rechtsfall über eine Rechtsschutzversicherung gedeckt ist. Wird eine entsprechende Prüfung unterlassen/vergessen, besteht die Gefahr – insbesondere bei lang andauernden Fällen – dass der Anspruch auf Rechtsschutz rund 5 Jahre nach Anspruchsbeginn (Rechtsschutzanspruch) verjährt (vgl. Art. 46 VVG) und die betroffene Rechtsschutzversicherung dies auch geltend macht (bspw. Urteil 5C.250/2000 vom 23. Januar 2001), wenn der Fall verspätet doch noch angemeldet wird.

## **2.1 Klientengespräch, Sorgfalts- und Aufklärungspflicht**

### **2.1.1 Verständigung und Beizug einer Übersetzungshilfe**

Damit das Klientengespräch lege artis geschehen kann, müssen vorgängig zum ersten Termin oft eventuelle Verständigungsschwierigkeiten zwischen Rechtsvertreter und Klient geklärt werden. Im Zweifelsfalle ist der Rechtssuchende aufzufordern einen Übersetzer beizuziehen oder der Anwalt zieht diesen zulasten des Klienten selbst bei. Letzterenfalls ist die Kostenfolge zu vereinbaren.

### **2.1.2 Sorgfalts- und Aufklärungspflicht**

Das Bundesgericht (BGE 106 Ia 104) umschreibt die Aufgabe des Anwaltes wie folgt: „Der Anwalt ist nicht staatliches Organ und auch nicht Gehilfe des

Richters, sondern Verfechter von Parteiinteressen und als solcher einseitig für seinen jeweiligen Mandanten tätig. Der Anwalt genießt somit im Rahmen der prozess- und standesrechtlich zulässigen Schranken ein hohes Mass an Entscheidungsfreiheit“. Sie sollen ihren Beruf im Einklang mit der Rechtsordnung sorgfältig und gewissenhaft ausüben. Die Umschreibung und das Mass der Sorgfalt ergeben sich im Wesentlichen aus dem Auftragsrecht (Art. 397 OR). Ein Mandat soll folglich nur übernehmen, wer dafür die erforderlichen Kenntnisse besitzt und über die notwendige Infrastruktur verfügt, so dass dieses fachlich korrekt und innert der geforderten Zeit bearbeitet werden kann. Was die Informationspflicht gegenüber dem Mandanten anbetrifft, so muss er über alle Vorgänge ins Bild gesetzt werden. Selbstverständlich liegt es im psychologischen Geschick eines Rechtsanwaltes, seinen Mandanten „angemessen“ über die Position der Gegenpartei im Rahmen heikler Verhandlungen zu orientieren, um den Erfolg nicht zu gefährden. So ist es auch in Haftpflichtprozessen nicht in jedem Falle angezeigt, aus taktischen Gründen relativ hoch angesetzte Schadenersatzforderungen dem Klienten umgehend mitzuteilen, kann doch dadurch eine unrealistische Erwartungshaltung geweckt werden.

## **2.2 Mandat**

### **2.2.1 Vollmacht mit klarer Umschreibung des Mandats**

Die Vollmacht soll Umfang und Inhalt eines Auftrags klar umschreiben. Offene Formulierungen, sofern sie nicht gewünscht werden, können zu unliebsamen Folgen führen. So darf beispielsweise die Umschreibung des Mandats mit „Auftrag und Mandat betreffend den Unfall vom 1.1.2013“ vom Klienten ohne weiteres dahingehend verstanden werden, dass der beauftragte Rechtsanwalt seine Interessen bezüglich dieses Ereignisses vollumfänglich wahrnimmt, also sämtliche sozialversicherungsrechtlichen sowie die eventuellen opferrechtlichen, arbeits-, haftpflicht- und privatversicherungsrechtlichen Ansprüche regelt. Soll die Vertretung aber nur den unfallversicherungsrechtlichen Aspekt beschlagen, so ist dies durch eine unzweideutige Umschreibung entsprechend kenntlich zu machen.

### **2.2.2 Klientenbrief**

Zum eigenen Schutze und nicht zuletzt zur Information des Klienten erachten wir es gerade in komplexen Fällen sowie im Falle eines eingeschränkten Mandats als wichtig, dem Klienten nicht nur die zu erwartenden Kosten und die Erfolgsaussichten in einem Klientenbrief darzulegen, sondern diesen nochmals über den Umfang des Mandats aufzuklären.

Der Klient soll vor jedem relevanten Verfahrensschritt (z.B. vor einer Beschwerdeerhebung) rechtzeitig über die Erfolgsaussichten und die Kosten orientiert werden. Der Anwalt soll aus seiner fachlichen Sicht die Erfolgsaussichten und die damit verbundenen Risiken (Kosten, Probleme aus sachverhaltlicher Sicht, u.s.w.) nachvollziehbar und begründet darlegen und zwar dermassen, dass der Klient im Anschluss daran in der Lage ist – auf der Basis einer vollständigen Beurteilungsgrundlage, d.h. in Kenntnis sämtlicher massgebender Faktoren – eine Entscheidung über das weitere Vorgehen zu treffen. Vorzugsweise sollten die einzelnen Schritte jeweils schriftlich festgehalten werden. In komplexen Fällen oder bspw. bei bekannten Verständigungsschwierigkeiten bietet sich auch ein zusätzliches klärendes Klientengespräch an.

### **2.2.3 Haftpflicht für mangelhafte Erfüllung**

Für den durch eine mangelhafte Mandatserfüllung entstandenen Schaden haftet der Rechtsvertreter seinem Mandanten gemäss Auftragsrecht (vgl. Art. 398 Abs. 1 OR i.V. mit Art. 321e OR).

## **3. Aktive Fallführung inkl. Begutachtung / Beweiserhebung**

### **3.1 Sachverhaltserhebung**

Nach Art. 43 Abs. 1 ATSG (Untersuchungspflicht – “Abklärung von Amtes wegen“) prüft der Versicherungsträger die Begehren, nimmt die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen vor und holt die erforderlichen Auskünfte ein. Nach dem damit statuierten Untersuchungsgrundsatz hat also primär die Behörde den rechterheblichen Sachverhalt abzuklären. Sie hat dabei aus eigener Initiative vorzugehen und darf Parteivorbringen nicht

mit der Begründung abtun, diese seien nicht belegt worden. Dieser Grundsatz wird ergänzt durch die Mitwirkungspflicht der Parteien (vgl. Kieser, ATSG-Kommentar zu Art. 43 Rz 9, 2. Aufl., 2009).

In der Praxis zeigen sich oft gute Gründe dafür, im Interesse des Versicherten schon vor der Antragstellung an die Behörde durch ihn selbst resp. seinen Rechtsvertreter Vorabklärungen vorzunehmen. Der Grund dafür liegt in der aus Gründen des Spardrucks zunehmend restriktiveren Haltung der Sozialversicherungsträger bei der Zusprache von Leistungen. Diese Haltung schlägt sich oftmals schon in der Art und Weise der Abklärungshandlungen nieder. Das äussert sich in einer teilweise selektiven Wahrnehmung des relevanten Sachverhaltes aber auch in der Wahl der zugezogenen medizinischen Sachverständigen und der Formulierung der Expertenfragen.

Praxisgemäss ziehen die IV-Stellen im Bereich von mono und bidisziplinären Begutachtungen regelmässig dieselben Gutachter bei. Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ist in diesen Fällen aufgrund verschiedener Faktoren objektiv äusserst zweifelhaft. Im Bereich von polydisziplinären Gutachten (mindestens drei medizinische Fachdisziplinen) wurde mit der Einführung des «Zufallsprinzips» (vgl. Art. 72<sup>bis</sup> IVV) bei der Vergabe des Begutachtungsauftrags an eine Gutachterstelle in der Zwischenzeit ein gewisses Korrektiv geschaffen. Im Bereich von mono- und bi- disziplinären Gutachten wurde das «Zufallsprinzip» gesetzlich hingegen nicht verankert. Ab 1. 1. 2022 wurden aber unter dem Titel «Weiterentwicklung der IV» verschiedene Massnahmen zur Verbesserung der Verfahrensrechte der Versicherten sowie zur Qualitätssicherung eingeführt:

- Zwingendes Einigungsverfahren vor einer mono- oder bidisziplinären Begutachtung (vgl. Art. 7j ff. ATSV; vgl. BGE 139 V 349)
- Tonaufnahmen der Explorationsgespräche (Art. 44 Abs. 6 ATSG i.V. mit Art. 7k ATSV)
- Anforderungen an Sachverständige (Art. 7m ATSV)

- Bildung einer eidgenössischen Kommission zur Qualitätssicherung (Art. 70 ff. ATSV)

Problem: Auch wenn die gutachterliche Tätigkeit nicht weisungsgebunden ist, so besteht doch durch die faktische wirtschaftliche Interessenslage der Anschein der Parteilichkeit. Die Gutachter stehen zu den IV-Stellen und dem Bundesamt in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis (regelmässige Auftragserteilung). Aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung ist davon auszugehen, dass die Gutachter ihr Verhalten (auch) nach den Gesetzen wirtschaftlicher Rationalitäten ausrichten (starkes Indiz: Gutachten-Erstellung innert 3 Monaten vorgesehen, jedoch meist länger, weil Gutachter Aufträge annehmen, obwohl sie die Kapazitäten eigentlich nicht haben).

Für den Bereich der medizinisch-theoretischen Sachverhaltsfeststellung (Begutachtungen) ist festzuhalten: Der Grundsatz der Waffengleichheit nach der Rechtsprechung des EGMR ist bereits dann verletzt, wenn eine verfahrensrechtliche Bevorteilung einer Partei bloss abstrakt besteht und es daher nicht darauf ankommt, ob dieser Vorteil tatsächlich ausgenutzt wird. Sie ist daher im Sozialversicherungsverfahren nicht genügend verwirklicht. Das Recht auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 EMRK ist verletzt (aus dem Rechtsgutachten von Prof. Dr. J. P. Müller, LL.M. und Dr. J. Reich, LL.M., Rechtsanwalt, vom 11. Februar 2010 zur Vereinbarkeit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur medizinischen Begutachtung durch Medizinische Abklärungsstellen der Invalidenversicherung mit Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundrechte zum Schutze der Menschenrechte und Grundrechte).

Ausgehend davon, dass das sozialversicherungsrechtliche Abklärungsverfahren in Rentenfällen vornehmlich der Erhebung der Arbeitsunfähigkeit nach Art. 6 ATSG und der Leistungsfähigkeit dient und die Konkretisierung dieses Rechtsbegriffs im Einzelfall im Wesentlichen auf der Grundlage einer gesundheitlich-medizinischen Komponente erfolgt, kommt der Tatfrage nach den gesundheitlichen Verhältnissen und Zusammenhängen eine grosse Bedeutung zu (BGE 132 V 393 E. 3.2 S. 397 und weitere Hinweise). Deren Grundlage – die ärztliche Einschätzung – ist abhängig vom beurteilenden Arzt und von den Umständen der Beurteilung

und kann eine grosse Varianz aufweisen. Dies rührt unter anderem daher, dass sowohl die versicherungsmedizinischen Prämissen als auch die fachmedizinischen Beurteilungsparameter überaus offen gefasst sind (vgl. etwa BGE 130 V 352 E. 2.2.4 S. 355, 396 E. 6.2.2 S. 401). Die Steuerungsfähigkeit des massgebenden materiellen Rechts ist also notgedrungen begrenzt. Je offener und unbestimmter die gesetzliche Grundlage ist, desto stärker ausgebaut soll der verfahrensrechtliche Schutz vor unrichtiger Anwendung des unbestimmten Rechtssatzes sein. Das Bundesgericht erklärte dazu in BGE 137 V 210, dass der Grundsatz der prozessualen Chancengleichheit Ausdruck des Fairnessgebots ist. Dieses formale Prinzip sei schon dann verletzt, wenn eine Partei bevorteilt wird; nicht notwendig sei es, dass die Gegenpartei dadurch tatsächlich einen Nachteil erleidet (Urteil 1P.14/2005 vom 28. Februar 2005 E. 3.4, mit Hinweis). Im Verfahren um Sozialversicherungsleistungen bestehe ein relativ hohes Mass an Ungleichheit der Beteiligten (zu Gunsten der Verwaltung), indem einer versicherten Person mit oftmals nur geringen finanziellen Mitteln eine spezialisierte Fachverwaltung mit erheblichen Ressourcen, besonders ausgebildeten Sachbearbeitern und juristischen und medizinischen Fachpersonen gegenüberstehe (Erw. 2.1.2.2). Das aus der Bundesverfassung und aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK fließende Gebot des fairen Verfahrens müsse aber im Verlauf des funktionellen Instanzenzuges insgesamt eingehalten werden (Erw. 2.1.2.4). Das Bundesgericht hat daher die Versicherung angehalten, polydisziplinäre Gutachten ab drei involvierten medizinischen Fachbereichen nach dem Zufallsprinzip zu verteilen, im Begutachtungsverfahren erweiterte Parteirechte zu beachten und letztlich den Begutachtungsauftrag zu verfügen.

BGE 8C\_336/2012 hält zwar fest, dass BGE 137 V 210 grundsätzlich auch im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung gilt. Das Bundesgericht hat jedoch bis heute die wichtige Frage offengelassen, ob das Zufallsprinzip bei der Frage der Vergabe von polydisziplinären Gutachten auch in der obligatorischen Unfallversicherung zwingend angewendet werden muss oder nicht (vgl. Urteil BGer 8C\_860/2015 vom 30. Juni 2016 E. 3.3). In diesem Punkt besteht aktuell noch ein Verfahrens-Unterschied zwischen dem

Verfahren der eidgenössischen Invalidenversicherung und demjenigen der obligatorischen Unfallversicherung, wo auch im Bereich von polydisziplinären Begutachtungen noch konsensorientiert vorgegangen werden kann.

Auch schreibt das Bundesgericht vor, dass die Fairness-Grundsätze im gesamten ATSG-Bereich gelten. Folglich müssen sie auch bei monodisziplinären Gutachten Anwendung finden. Dazu ist auf das ergangene Urteil des Bundesgerichts 9C\_207/2012 vom 3. Juli 2013 hinzuweisen. Das Bundesgericht hat das Vorgehen bei der Vergabe von Gutachten wie folgt beschrieben (BGE 139 V 349):

“Gemäss Rz. 2080 ff. KSVI teilt die IV-Stelle der versicherten Person in einem ersten Schritt mit, dass eine Expertise eingeholt werden soll; zugleich gibt sie ihr die Art der vorgesehenen Begutachtung (poly- oder mono- bzw. bidisziplinär) sowie die vorgesehenen Fachdisziplinen und Gutachterfragen bekannt (zur Frage der Letztverantwortung der Gutachterstellen für die Auswahl der Fachdisziplinen vgl. oben E. 3.3). In diesem Stadium kann die versicherte Person erst einmal (nicht personenbezogene) materielle Einwendungen gegen eine Begutachtung an sich oder gegen Art oder Umfang der Begutachtung vorbringen (Beispiele: unnötige second opinion; unzutreffende Wahl der medizinischen Disziplinen). In einem zweiten Verfahrensschritt teilt die IV-Stelle der versicherten Person die durch SuisseMED@P zugeteilte Gutachterstelle (bzw. bei mono- und bidisziplinären Expertisen die von ihr ausgewählten Gutachter) und die Namen der Sachverständigen mit jeweiligem Facharztstitel mit. Mit der Bezeichnung der Sachverständigen kommt die Möglichkeit (materieller oder formeller) personenbezogener Einwendungen hinzu (bspw.: Die begutachtende Person hat in der Sache ein persönliches Interesse oder ist mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, Verlobung oder Kindesannahme verbunden oder sie ist aus anderen Gründen in der Sache befangen. Weiter kann eingewendet werden, dass es der begutachtenden Person an der nötigen Fachkompetenz fehlt).

Bei mono- und bidisziplinären Begutachtungen ist im Falle aller zulässigen Einwendungen konsensorientiert vorzugehen. Erst wenn eine Einigung ausbleibt, ergeht eine (einheitliche) Zwischenverfügung über die Beweisvorkehr an sich (Notwendigkeit einer Begutachtung, Beschränkung auf eine oder zwei Fachdisziplinen, Bezeichnung der Disziplinen) und die Person der Gutachter (vgl. Rz. 2081.1, 2082.1, 2083, 2083.1 KSVI)“.

Die von der kantonalen IV-Stelle erlassene Zwischenverfügung wiederum kann gemäss Art. 69 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG) vom 19. Juni 1959 direkt vor dem zuständigen Versicherungsgericht am Ort der IV-Stelle angefochten werden. Das Bundesgericht hat in BGE 137 V 2010 (E. 3.4.2.7 ff.) schliesslich festgehalten, dass das kantonale Urteil über Gutachtensanordnungen – bis auf die Frage von Ausstandsgründen – nicht mehr ans Bundesgericht weitergezogen werden können, weil – so die Begründung – ein nicht anfechtbarer Zwischenentscheid vorliegt (vgl. BGE 138 V 271) und ein allfälliger Mangel mit dem Endentscheid (dann zumal bei Vorliegen einer vollständig abgeklärten medizinischen Sachlage) immer noch höchstrichterlich angefochten werden könne.

Mit Blick auf die zuvor dargelegten Grundsätze im Rahmen der Sachverhaltserhebung erscheint es wichtig, dass der Anwalt schon in einem möglichst frühen Stadium darauf achtet, dass nicht durch falsche Weichenstellungen in der Sachverhaltserhebung die Ansprüche des Mandanten ungünstig präjudiziert werden. Nicht immer ist es jedoch ratsam, den Mandanten bereits von allem Anfang an offiziell (d.h. gegen aussen) zu vertreten. Situationsbedingt ist dies im Einzelfall zu klären. Konkret kann der Anwalt durch nachfolgende (beispielhafte) Punkte wirksam Einfluss nehmen:

- Wahrnehmung des «rechtlichen Gehörs» in sämtlichen Belangen und Zeitstadien des Verfahrens: Das Bundesgericht hält in ständiger Rechtsprechung fest, dass die sogenannten spontanen "Aussagen der ersten Stunde" in der Regel unbefangener und zuverlässiger als spätere Darstellungen sind, die bewusst oder unbewusst von nachträglichen Überlegungen versicherungsrechtlicher oder anderer

Art beeinflusst sein können. Wenn der Versicherte seine Darstellung im Laufe der Zeit wechselt, kommt den Angaben, die er kurz nach dem Unfall gemacht hat, meistens grösseres Gewicht zu als jenen nach Kenntnis einer Ablehnungsverfügung des Versicherers (BGE 115 V 143 Erw. 8c; RKUV 1988 Nr. U 55 S. 363 Erw. 3b/aa mit Hinweisen). b). Im Rahmen eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens handelt es sich um einen wichtigen Aspekt bei der Gewichtung von Beweismitteln.

- Wahrnehmung der Partizipationsrechte bei polydisziplinären Begutachtungen (Prüfung Ausstandsgründe gegenüber Gutachtern, Möglichkeit zu Zusatzfragen, Antrag auf Beizug fremdanamnestischer Aussagen, u.s.w.)
- Wahrnehmung der Möglichkeit, bei mono- und bidisziplinären Begutachtungen im Rahmen des "Einigungsverfahren" (Art. 7j ATSV) auf bekannte positiv in Erinnerung gebliebene Gutachter zurück zu greifen und diese als «Gegenvorschlag» für eine Begutachtung aufzulisten, bzw. negativ in Erinnerung gebliebene Gutachter abzulehnen (es besteht kein eigentlicher Rechtsanspruch, lediglich rechtliches Gehör).
- Prüfung von «Ausstands- und Befangenheitsgründen» bei der Bekanntgabe der Gutachter: Personen, die Entscheidungen über Rechte und Pflichten zu treffen oder vorzubereiten haben, darunter auch Sachverständige, müssen im Verwaltungsverfahren in den Ausstand treten, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben oder aus anderen Gründen befangen sein könnten (Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 36 Abs. 1 ATSG; BGE 137 V 210): «Für Sachverständige gelten rechtsprechungsgemäss grundsätzlich die gleichen Ausstands- und Ablehnungsgründe, wie sie für Richter vorgesehen sind. Danach ist Befangenheit anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit zu erwecken. Da es bei der Befangenheit um einen nur schwer beweisbaren inneren Zustand geht, erfordert die Ablehnung keinen Nachweis tatsächlicher Befangenheit. Vielmehr genügt es, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen

vermögen. Bei der Beurteilung des Befangenheitsanscheins und der Gewichtung solcher Umstände kann jedoch nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden, sondern das Misstrauen muss in objektiver Weise als begründet erscheinen. Angesichts der erheblichen Bedeutung, die den medizinischen Gutachten im Sozialversicherungsrecht zukommt, ist an die Unparteilichkeit des Gutachters ein strenger Massstab anzusetzen (BGE 132 V 93 E. 7.1; Urteil 8C\_62/2019 vom 9. August 2019 E. 5.2 mit Hinweisen).

- Wahrnehmung der ab 1. 1. 2022 gültigen neuen «Instrumente» zur Überprüfung der Exploration. Die Tonaufnahmen (Art. 7k ATSV) helfen zur Verifizierung des Ablaufs anlässlich der Begutachtungen. Im Zweifelsfall (v.a. wenn die Klientin bzw. der Klient bestimmte Ausführungen im schriftlichen Gutachten bestreitet) kann dadurch ein Abgleich der effektiv getätigten Aussagen der Versicherten Person mit den schriftlichen gutachterlichen Ausführungen erfolgen. Sollte keine Übereinstimmung bestehen (oder wichtige Äusserungen im schriftlichen Gutachten fehlen), ist dies ein erheblicher Grund, Zweifel am Beweiswert des Gutachtens hervorzurufen.
- Wahrnehmung der Möglichkeit, den massgebenden Sachverhalt korrekt durch die Beibringung eigener geeigneter Beweismittel zu belegen und zu ergänzen (bspw. durch Beibringung eigener ergänzender Arztberichte, durch Beibringung ergänzender fremdanamnestischer Aussagen, durch Fragen an die Mediziner, u.s.w.).
- Beratung des Mandanten aus dem Hintergrund bezüglich entscheidender Faktoren, d.h. (noch) keine offizielle Vertretung nach aussen. Diese Vorgehensweise drängt sich insbesondere auf, wenn die Leistungspflicht des Versicherers aufgrund sachverhaltlicher Unklarheiten (bspw. Kausalität, Unfallbegriff, u.s.w.) noch nicht feststeht (s. nachfolgendes Beispiel).

### **3.2 Fallbeispiele**

Diese Problematik lässt sich gut am Beispiel des dem Bundesgerichtsurteil vom 16. Januar 2006 (U 227/05) zugrunde liegenden Falles erläutern:

Es geht um die Abgrenzung zwischen Krankheits- und Unfallfolgen, was deshalb so wichtig ist, weil das Schweizerische Sozialversicherungsrecht diese beiden Risiken unterschiedlich absichert mit wesentlichen Vorteilen des Unfallopfers gegenüber dem Kranken insb. bei den Geldleistungen (Taggelder, Invalidenrenten etc., vgl. Art. 67 ff. KVG betreffend die freiwillige Taggeldversicherung und Art. 15 ff. UVG, 2. Kapitel: Geldleistungen): Rechtlich ging es im Bundesgerichtsentscheid zentral um den Unfallbegriff in Art. 4 ATSG wonach „Unfall die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat“ ist. Sachverhaltlich handelte es sich um einen Versicherten, der mit dem Aufräumen eines überschwemmten Tennisplatzes beschäftigt war und dabei Sand und Schlamm in einen Motorkarren lud und diesen anschliessend in eine Mulde kippte. Gemäss einem ärztlichen Formularbericht hat er dann beim Kippen der Mulde des Motorkarrens einen stechenden Schmerz in der Schulter verspürt und es fragte sich, wo dabei das für die Qualifikation des Vorganges als Unfall notwendige Sachverhaltselement eines «ungewöhnlichen äusseren Faktors» im Sinne von Art. 4 ATSG liege. Zum Zwecke der Klärung dieser Frage hat gemäss Bundesgericht ein Mitarbeiter der Basler Versicherung den Beschwerdeführer besucht und mit ihm den Vorfall besprochen. In einer Aktennotiz vom 23. Oktober hat der Inspektor den Inhalt des Gespräches wiedergegeben: „Beim Kippvorgang des Räummaterials betätigte ich das Pedal des Motorkarrens und zog gleichzeitig mit beiden Händen an der Kipphebelvorrichtung, um die Mulde des Motorkarrens zu kippen. Dabei verspürte ich einen Schmerz in der rechten Schulter und musste den Arbeitsvorgang abbrechen. Im Verlaufe des Nachmittages haben die Schmerzen im Schulterbereich zugenommen und abends habe ich deswegen den Hausarzt aufsuchen müssen.“ Der besagte Mitarbeiter der UVG-Versicherung hat diese von ihm verfasste Aktennotiz anschliessend dem Versicherten zugesandt mit der Bitte, sie unterzeichnet zurückzuschicken.

„Änderungen oder Ergänzungen seien unter der entsprechenden Rubrik des Formulars anzubringen. Der Versicherte hat die Aktennotiz unterzeichnet und ohne Änderungen oder Ergänzungen an die Basler Versicherung zurück geschickt. Diese hat in der Folge die Leistungspflicht aus dem UVG abgelehnt, da nichts Ungewöhnliches passiert sei, das dem Unfallbegriff gemäss Art. 4 ATSG entsprechen würde. Im erstinstanzlichen Verfahren hat der Versicherte das Gutachten eines Unfallphysikers zu den Akten gereicht, der erstmals eine detaillierte Analyse des Unfallherganges vornahm. Aufgrund dieser Sachverhaltsdarstellung sei die Mulde des Motorkarrens unvermittelt und heftig zurückgekippt, wodurch die Verletzungen im rechten Schulterbereich verursacht worden seien. Im unvermittelten und heftigen Zurückkippen der Mulde sei allenfalls eine Ungewöhnlichkeit im Sinne von Art. 4 ATSG zu erblicken. Das Bundesgericht hat dann festgehalten, dass bei den zwei sich widersprechenden Schilderungen zum Geschehensablauf den früheren Angaben des Versicherten gegenüber dem Schadeninspektor der Basler höheres Gewicht zukommt als seinen detaillierteren späteren Angaben gegenüber dem Unfallphysiker. Beim unterzeichneten Gesprächsprotokoll des Schadeninspektors der Basler handelt es sich nach dem Bundesgericht um ein „Dokument mit echtzeitlichem Charakter, das eine hohe Beweiskraft aufweist“. Zudem seien die „spontanen Aussagen der ersten Stunde in der Regel unbefangener und zuverlässiger als spätere Darstellungen, die bewusst oder unbewusst von nachträglichen Überlegungen versicherungsrechtlicher oder anderer Art beeinflusst sein können“. Infolge Nichterfüllung des Unfallbegriffs wurden die Ansprüche des Versicherten gegenüber dem UVG-Versicherer vom Bundesgericht abgelehnt. Das Pech des unterlegenen Anspruchstellers lag wahrscheinlich auch darin, dass er nicht frühzeitig genug die Dienste eines im Sozialversicherungsrecht versierten Anwaltes in Anspruch genommen hat. Dieser hätte ihn über die in seinem Fall relevanten Fragen rechtzeitig aufklären können, sodass er auch vermeintlich unwichtige Sachverhaltselemente schon frühzeitig gegenüber der Versicherung hätte bekannt geben können. Zudem wäre es auch möglich gewesen, den behandelnden Arzt über diese Problematik zu informieren, sodass auch er

in einem ausführlicheren Bericht auf die detaillierteren Vorgänge des Geschehensablaufes hätte hinweisen können und dadurch möglicherweise die Unfallqualität des Vorganges bereits zu diesem Zeitpunkt hätte bewiesen werden können.

Wenn dieser Fall exemplarisch zeigt, wie wichtig im Sozialversicherungsrecht der Beizug eines spezialisierten Anwalts schon im frühesten Stadium der Anspruchsabklärungen ist, dann zeigt er aber auch den Trend zur „Medizinalisierung und Verrechtlichung“ bei der Fragestellung, welchem Zweig des Sozialversicherungssystems ein Sachverhalt zuzuweisen ist (vgl. Andreas Dummermuth, Direktor Ausgleichskasse/IV-Stelle Nidwalden, Präsident der IV Stellen-Konferenz „Von IIZ zu IIZ-plus, Interinstitutionelle Zusammenarbeit: Hintergründe-Formen-Perspektiven, Tagungsband „Case-Management und Arbeitsunfähigkeit“, S. 125 ff., Gabriela Riemer-Kafka Hrsg., Schulthess Verlag 2006).

Weitere Fälle zum Unfallbegriff (Exkurs):

- Ungewöhnlichkeit bejaht: Stolpern, Ausgleiten oder Anstossen. (vgl. Urteil 8C\_783/2013 vom 10. 4. 2014). Der äussere Faktor ist ungewöhnlich, "wenn er - nach einem objektiven Massstab - nicht mehr im Rahmen dessen liegt, was für den jeweiligen Lebensbereich alltäglich und üblich ist" (BGE 134 V 72E. 4.1 S. 76, 129 V 402 E. 2.1 S. 404 mit Hinweisen). Bei Körperbewegungen gilt dabei der Grundsatz, dass das Erfordernis der äusseren Einwirkung lediglich dann erfüllt ist, wenn ein in der Aussenwelt begründeter Umstand den natürlichen Ablauf einer Körperbewegung gleichsam "programmwidrig" beeinflusst hat (BGE 130 V 117 E. 2.1 S. 118).
- Schreck- und Schockereignisse: Damit ein solches Ereignis als Unfall anerkannt wird, muss es sich um ein qualifiziertes Ereignis handeln, welches überraschend heftig einwirkt – bspw. Brand-Erdbebenkatastrophe, Eisenbahn- od. Flugzeugunglück, schwere Autokollision.

- Infektionen/Vergiftungen: Damit der Faktor der Ungewöhnlichkeit bejaht werden kann, muss erstellt sein, dass der Erreger der Infektion bzw. das Gift in untypischerweise Weise in den Körper gelangt ist (bspw. bei Stichen und Bissen von Tieren). Bei Infektionen wird die Einwirkung eines ungewöhnlichen Faktors üblicherweise abgelehnt (ausser Wundinfektionen).
- Suizid: in der Regel kein Unfall, da das Kriterium der Unfreiwilligkeit nicht erfüllt ist. Achtung Ausnahme: Nachweis der aufgehobenen Urteilsfähigkeit (nach Art. 16 ZGB) zum Zeitpunkt der Tat nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.
- Harte Landung eines Passagierflugzeugs: Unfallbegriff nicht erfüllt.
- Verletzungen infolge Vollbremsung: Unfallbegriff nicht erfüllt, da die wirkenden Kräfte nicht als ungewöhnliches Ereignis betrachtet werden (8C\_325/2008 vom 17. 12. 2008).
- Sonnenbrand, Sonnenstich, Hitzschlag: Unfallbegriff in der Regel verneint, da nicht ungewöhnlich.

### 3.3 Case Management

Bei den Sozialversicherungen ist die Erkenntnis gereift, dass eine verstärkte Zusammenarbeit über die Institutionengrenze hinweg zur Verbesserung der Ergebnisse unbedingt notwendig ist. Diese Erkenntnis wurde in den Begriff der "Interinstitutionellen Zusammenarbeit" (IIZ) gekleidet. Innerhalb der IIZ ist das primäre Steuerungs- und Arbeitsinstrument das sog. Case Management. Nach der Definition des Netzwerkes Case Management Schweiz ([www.netzwerk-cm.ch](http://www.netzwerk-cm.ch)) ist „Case Management ein spezifisches Verfahren zur koordinierten Bearbeitung komplexer Fragestellungen im Sozial-, Gesundheits- und Versicherungsbereich. In einem systematisch geführten, kooperativen Prozess wird eine auf den individuellen Bedarf (d.h. unter Respektierung der Autonomie des Klienten) abgestimmte Dienstleistung erbracht bzw. unterstützt, um gemeinsam vereinbarte Ziele und Wirkungen mit hoher Qualität effizient zu erreichen. Die IIZ verfolgt das übergeordnete Ziel, die Eingliederungschancen von Personen in den

regulären Arbeitsmarkt zu verbessern und die verschiedenen Systeme optimal aufeinander abzustimmen.

Im Rahmen der IIZ wurden der Datenaustausch sowie der Zugang der Institutionen zu den Eingliederungsmassnahmen der IV-Stellen, der kantonalen Arbeitsämter und der Kantone erleichtert. Zu den Partner-Institutionen der IV-Stellen gehören:

- Die kantonalen Arbeitsämter,
- die Durchführungsorgane der kantonalen Sozialhilfegesetze,
- private Versicherungseinrichtungen,
- Einrichtungen der beruflichen Vorsorge,
- andere öffentliche und private Institutionen, die für die Eingliederung der versicherten Personen wichtig sind.

Im Bereich der Sozialversicherungen stellen sich v.a. bei unklaren Sachverhalten (Unfall, Krankheit, Arbeitsunfähigkeit/Arbeitsfähigkeit, Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt, u.s.w.) praktisch regelmässig Fragen der Kompetenzen und Zuständigkeiten. Art. 85f AVIG (Förderung der interinstitutionellen Zusammenarbeit), enthält eine explizite Bestimmung für die Zusammenarbeit «für arbeitsmarktliche Massnahmen». Ein Rechtsgutachten von Prof. Dr. iur. Kieser vom 24. Mai 2017 hat sich zur Zuständigkeit und Koordination der einzelnen Institutionen bei überschneidendem Sachverhalt geäussert.

Die SUVA hat als Reaktion auf die rasanten Kostensteigerungen im Gesundheits- und Versicherungsmarkt sowie auf eine Kundenzufriedenheitsmessung ihr Schadenmanagement neu überdacht und das Konzept „New Case Management“ (NCM) eingeführt. Konkret bedeutet dies vor allem eine Unterstützung bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt nach Unfallereignissen durch qualifizierte Fachleute oder eigene „Case-Manager“.

In der Praxis – und auch von Gesetzes wegen (vgl. bspw. Art. 7d IVG „Massnahmen der Frühintervention“; Art. 8 IVG ff.

„Eingliederungsmassnahmen“) – ist heute die IV im Rahmen eines „Case-Managements“ sozialversicherungsrechtlich übergreifend (UVG, AIV, u.s.w.) fallführend und zuständig. In Art. 7 IVG sieht das Gesetz hierbei auch eine Mitwirkungspflicht der Versicherten vor: „Die versicherte Person muss an allen zumutbaren Massnahmen, die zur Erhaltung des bestehenden Arbeitsplatzes oder zu ihrer Eingliederung ins Erwerbsleben oder in einen dem Erwerbsleben gleichgestellten Aufgabenbereich (Aufgabenbereich) dienen, aktiv teilnehmen“.

Mit der 5. IVG-Revision sollte alles anders werden. Mit den Frühinterventionsmassnahmen erhalte der Grundsatz „Eingliederung vor Rente“ mehr Gewicht, denn eine wirksame IV müsse der „Verrentungstendenz“ nicht nur aus finanziellen, sondern auch aus sozialen Gründen verstärkt entgegenzutreten (aus Mediendokumentation des BSV zur 5. IV-Revision vom Juni 2005, S. 2).

Ab 1. Januar 2012 trat die 6. IV-Revision in Kraft. Insbesondere die IV-Revision 6a hat zu Reden gegeben: Die beabsichtigte Wiedereingliederung von rund 17'000 Personen in die Arbeitswelt muss heute als illusorisch betrachtet werden. Obwohl durchaus unterstützende Massnahmen geschaffen wurden (bspw. namhafte Beiträge an Arbeitgeber, Assistenzbeitrag, u.s.w.), erweist sich die Vorgabe als nicht realisierbar. Die Gründe dafür dürften vielseitig sein: Fehlende Arbeitsplätze, fehlende Bereitschaft der Arbeitgeberschaft „invalide Personen“ einzustellen, u.s.w..

«Die Weiterentwicklung der IV» (WEIV: 7. IV-Revision) trat am 1. Januar 2022 in Kraft. Die WEIV hat zum Ziel, insbesondere Kinder und Jugendliche mit gesundheitlichen Einschränkungen und psychisch erkrankte Versicherte noch gezielter zu unterstützen, um ihr Eingliederungspotential zu stärken und die Vermittlungsfähigkeit weiter zu verbessern. Unter anderem intensiviert die IV dazu die Zusammenarbeit insbesondere mit den behandelnden Ärztinnen und Ärzten sowie den Arbeitgebenden als beteiligten Akteuren. Weiter werden die Massnahmen für Jugendliche aufeinander abgestimmt und näher am ersten Arbeitsmarkt ausgerichtet. Die Beratung und Begleitung von jungen Versicherten wie auch von Fachpersonen aus Schule und Ausbildung wird ausgebaut und verstärkt.

Die bei Erwachsenen bewährten Instrumente der Früherfassung und der sozialberuflichen Integrationsmassnahmen werden auf Jugendliche ausgeweitet.

Im Rahmen der WEIV wurden auch die Abklärungsmassnahmen und das Verfahren im Zusammenhang mit medizinischen Begutachtungen für alle Sozialversicherungen einheitlich geregelt. Bei der Vergabe von Gutachtensaufträgen sollen sich Versicherung und versicherte Person einvernehmlich auf einen Auftragnehmer einigen. Zudem wird bei den Begutachtungen mehr Transparenz geschaffen, indem die Interviews der Sachverständigen mit den versicherten Personen neu mit einer Tonaufnahme erfasst und zu den Akten genommen werden. Spezifisch für die IV ist vorgesehen, dass die IV-Stellen eine öffentlich zugängliche Liste mit Angaben zu den von ihnen beauftragten Sachverständigen führen (Anzahl der getätigten Gutachten, Vergütungen, attestierte Arbeitsunfähigkeiten, Beurteilung der Gutachten in Gerichtsentscheiden).

Damit der Anreiz besteht, die Erwerbstätigkeit zu erhöhen, wird für Neurenten ab 1. Januar 2022 ein stufenloses System eingeführt. Im bisherigen Rentensystem mit vier Stufen ist es für viele IV-Rentnerinnen und -Rentner nicht attraktiv, mehr zu arbeiten, weil sich wegen Schwelleneffekten ihr verfügbares Einkommen nicht erhöht. Ab einem IV-Grad von 70 Prozent bleibt eine ganze Rente zugesprochen.

In vielen Fällen lohnt sich eine frühzeitige aktive Beteiligung des Anwalts (bzw. des Versicherten) an gemeinsamen Überlegungsprozessen mit den verschiedenen Sozialversicherungsträgern. Gerade wenn der Mandant infolge gesundheitlicher Probleme von Invalidität bedroht ist und gegebenenfalls bereits seine Arbeitsstelle verloren hat, kommt der Schadensvermeidung resp. -minderung effektiv eminente Bedeutung zu. In diesem Zusammenhang wird häufig vergessen, dass die eidgenössische Invalidenversicherung weit mehr als nur "Rentenleistungen" für den Invaliditätsfall vorsieht. Wie dem IVG zu entnehmen ist, hat der Gesetzgeber eine Vielzahl von Massnahmen zur Verhinderung der "Invalidität" vorgesehen. Grundsätzlich ist dies in Art. 8 IVG festgehalten:

“Invalide oder von einer Invalidität bedrohte Versicherte haben Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen“. Die abschliessende Aufzählung von Art. 8 Abs. 3 IVG, verdeutlicht die zusätzlichen Möglichkeiten:

- a. medizinische Massnahmen
- a<sup>bis</sup> Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung
- a<sup>ter</sup> Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung
- b. Massnahmen beruflicher Art (Berufsberatung, erstmalige berufliche Ausbildung, Umschulung, Arbeitsvermittlung, Kapitalhilfe).
- B. der Abgabe von Hilfsmitteln

Die Eingliederungsmassnahmen sind aus Sicht des Versicherten/Klienten als Rechtsanspruch zu betrachten, sofern die Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen. Schliesslich sind die IV-Wiedereingliederungs-Massnahmen nicht auf potenziell von Invalidität bedrohte Versicherte begrenzt: Art. 8a IVG hält fest, dass auch Rentenbezüger und Rentenbezügerinnen einen Anspruch auf Wiedereingliederung haben, sofern «die Massnahmen geeignet sind, die Erwerbsfähigkeit zu verbessern». Werden beantragte berufliche Massnahmen von der zuständigen IV-Stelle abgelehnt, können diese mittels Beschwerde vor dem zuständigen Versicherungsgericht auch “eingeklagt“ werden.

Mit Blick auf das vorliegend behandelnde Case Management sei abschliessend (beispielhaft) noch auf die Massnahmen beruflicher Art hingewiesen, welche in den Art. 15 IVG ff. geregelt werden:

- Berufsberatung (Art. 15 IVG)
- Erstmalige berufliche Ausbildung (Art. 16 IVG: Voraussetzungen – noch nicht erwerbstätig gewesen, zusätzliche Kosten infolge Invalidität)
- Umschulung (Art. 17 IVG: Voraussetzungen – 20%-ige Erwerbseinbusse infolge Invalidität, Gleichwertigkeit des neuen Berufs, d.h. bspw. keine Gleichwertigkeit bei Hilfsarbeiter/Automonteur)

- Arbeitsvermittlung (Art. 18 IVG: Voraussetzungen – erheblich behindernde Arbeitsunfähigkeit)
- Arbeitsversuch (Art. 18a IVG: Voraussetzungen – max. 180 Tage Testung der effektiven Leistungsfähigkeit im Arbeitsmarkt)
- Einarbeitungszuschuss (Art. 18b IVG: Voraussetzungen – neuer Arbeitsplatz, jedoch noch nicht volle Leistung)
- Kapitalhilfe (Art. 18d IVG: Voraussetzungen – bei Tätigkeit als Selbständigerwerbende)

Die Sozialversicherer (v.a. die Invalidenversicherung) – bzw. die mit der Wiedereingliederung betrauten externen Firmen – verfügen mittlerweile über ein breit gefächertes Netz zu Arbeitgebern. Eine Inanspruchnahme der weitergehenden IV-Ansprüche – welche wie dargelegt Grundzüge eines umfassenden Case-Managements beinhalten – erweist sich gerade in Fällen von motivierten Versicherten Personen auf jeden Fall als hilfreiche zusätzliche Möglichkeit, den Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess zu schaffen. Das Instrument des Case Managements sollte auf jeden Fall immer optional vom Anwalt geprüft werden und – falls der Klient dies wünscht – in die Diskussion mit den Versicherungen eingebracht werden.

#### **4. Bundesgesetz über den Allg. Teil des Sozialversicherungsrechts**

Das ATSG hält in Art. 1 grundsätzlich fest, dass es das Sozialversicherungsrecht des Bundes koordinieren soll. Es soll dem Flickenteppich des Sozialversicherungsrechts entgegenwirken. Zu einem Grossteil ist eine Vereinheitlichung und Koordination sicherlich auch gelungen. Weiterhin lässt es jedoch Fragen insbesondere im Bereich des Koordinations- und Überentschädigungsrechts, der Begriffsdefinitionen (z.B. Tod, Nichterwerbstätigkeit, Schadenminderungspflicht, Zumutbarkeit, Kausalzusammenhang) und des Beweisverfahrens offen (vgl. Kieser, ATSG-Kommentar, Vorbemerkungen S.1 ff., 2. Aufl., 2009). Teils wurden die offenen Fragen in der Zwischenzeit höchstrichterlich beantwortet, teils bestehen sie jedoch weiter an. Der Gesetzgeber hat, der politischen

Machbarkeit folgend, verschiedene im Gesetzesentwurf noch enthaltene Regelungen nicht in das Gesetz aufgenommen: Umschreibung der Heilbehandlung, Wirtschaftlichkeit der Leistungen, Vereinheitlichung der Tarifstruktur, Festlegung des massgeblichen Verdienstes, Verrechnung, Koordination der Taggelder, u.a.m.. Das kann unter anderem dazu führen, dass sich die einzelnen Sozialversicherungsträger für nicht zuständig erklären.

Die Bestimmungen des ATSG – und damit auch der ATSV – sind nur insoweit anwendbar als dies in den einzelnen Sozialversicherungsgesetzen so vorgesehen ist. So ist der ATSG in der beruflichen Vorsorge grundsätzlich nicht anwendbar. Die Versicherungslobby hat sich hier gegen ihre Einbindung erfolgreich zur Wehr gesetzt. Das Einspracheverfahren gilt so dann nicht im IV-rechtlichen Verfahren. Hier wurde kurz nach der Inkraftsetzung des ATSG wieder das altrechtliche Vorbescheidverfahren mit dem Argument der Verfahrensbeschleunigung eingeführt. In der Praxis ist dieses Ziel jedoch nicht erreicht worden. Die Verfahren können immer noch Jahre dauern. Ferner sind die IV-rechtlichen Verfahren vor den kantonalen gerichtlichen Instanzen nicht kostenlos.

## **5. Versicherungen nach VVG**

### **5.1 Allgemeines**

Hier ist insbesondere an folgende Versicherungen zu denken: Motorfahrzeugversicherung und darin enthaltene Invaliditäts- und Todesfallversicherungen, versicherte Taggelder und Heilungskosten, Lebensversicherungen mit Erwerbsausfallrente und Befreiung von der Prämienzahlung, kollektive und Einzeltaggeldversicherungen etc., Bei diesen Versicherungen gelten neu ab 1. Januar 2022 Verjährungsfristen von grundsätzlich 5 Jahren (Art. 46 VVG; Ausführungen zum Beginn der Verjährungsfrist etc. siehe beispielsweise in Basler Kommentar zum Schweiz. Privatrecht, VVG, zu Art. 45 N 5 ff., BGE 127 III 268, 5C.78/2005, 5C.61/2003, 118 II 447 und 111II 501). Einzige explizite Ausnahme bilden Forderungen aus dem Vertrag der kollektiven Krankentaggeldversicherung.

Diese verjähren nach Art. 46 Abs. 3 VVG bereits nach zwei Jahren. Der Klient ist deshalb möglichst bereits beim ersten Gespräch auf allfällige Versicherungen anzusprechen (exemplarische Liste vorlegen) und soll gebeten werden, sämtliche Policen und Allgemeine Vertragsbedingungen vorzulegen (ev. Vollständigkeitserklärung verlangen). Wird ein entsprechendes Mandat mit/übernommen, so hat der Rechtsvertreter bis zur definitiven Anspruchsregelung – wenn sich diese hinauszieht – bei den allenfalls leistungspflichtigen Versicherern rechtzeitig Verjährungsverzichtserklärungen einzuholen oder die Verjährung auf geeignete Weise zu unterbrechen.

## **5.2 Krankentaggeld bzw. Lohnfortzahlung**

Art. 324a OR statuiert die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Unfall, Krankheit und Erfüllung gesetzlicher Pflichten des Arbeitnehmers. Nach Abs.4 der genannten Bestimmung hat er die Möglichkeit eine abweichende Regelung zu den praxismässig geltenden Lohnfortzahlungsskalen (z.B. der Basler Skala) zu treffen, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist. Normalerweise tut der Arbeitgeber dies, indem er eine Kollektivtaggeldversicherung entweder nach KVG (Art. 67 Abs.3 KVG) oder nach VVG abschliesst. Gleichwertig bedeutet nach der Praxis eine Versicherungslösung, die 720 Leistungstage zu 80% bei drei Karenztagen, welche der Arbeitgeber selbst zu decken hat, und hälftiger Prämienbeteiligung garantiert. Da der maximale Kündigungsschutz nach Art. 336 c OR bei Krankheit nur 180 Tage beträgt (vorbehältlich abweichender gesamtarbeitsvertraglicher Regelungen) kommt es häufig zur Situation, dass die Taggeldberechtigung über das gekündigte Arbeitsverhältnis hinaus andauert (vgl. BGE 127 III 106 ff.).

Die Versicherer ziehen es vor, Taggeldversicherungen nach VVG abzuschliessen. Dort existieren weniger Schutznormen zu Gunsten der Versicherten, also mehr Vertragsfreiheit. Es herrscht kein Kontrahierungszwang wie im KVG (Art. 67 Abs. 1 und Art. 68 KVG), womit eine Anhäufung schlechter Risiken vermieden werden kann. Diese

Vorgehensweise ist auch deshalb möglich, weil wir uns hier nicht in einem obligatorischen, zur Sozialversicherung gehörenden Rechtsbereich befinden. Der Gesetzgeber hat zu Lasten der Krankentaggeldversicherer immerhin im Bereich des KVG eine Vorleistungspflicht statuiert (vgl. Art. 70 Abs. 2 lit. a ATSG / im Bereich der VVG-Versicherungen zählt der Versicherungsvertrag bzw. die AVB's). Der KVG-Krankentaggeldversicherer ist also bei Eintritt einer Arbeitsunfähigkeit vor der Invalidenversicherung, der Unfallversicherung oder der Vorsorgeeinrichtung leistungspflichtig.

Der Schutz des Arbeitnehmers nach Art. 324a OR bleibt immer bestehen, auch für über den gesetzlichen Mindestschutz hinausgehende Leistungen, die der Arbeitgeber vertraglich zugesichert hat. Kommt er diesen Verpflichtungen nicht nach, haftet er für den Schaden, welcher dem Arbeitnehmenden daraus entsteht. So gab das Bundesgericht einem Arbeitnehmer Recht, der sich auf die Bestimmung im Landesmantelvertrag für das Schweizerische Bauhauptgewerbe berief, womit ihm während der Krankheit Prämienbefreiung zugesichert wurde. Nach der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses bei fortdauernder Krankheit trat der Arbeitnehmer in die Einzelversicherung der Krankenkasse über, musste dann aber für den Zeitraum von vierzehn Monaten über CHF 10'000.00 Prämien bezahlen, die sich der Arbeitgeber zu übernehmen weigerte (BGE 127 III 318 ff.). Es handelt sich um eine Haftung wegen Verletzung vertraglicher Pflichten resp. Nichterfüllung im Sinne von Art. 97 OR (vgl. BGE 124 III 126 ff.).

Trotz der Tatsache, dass der kollektive Krankentaggeldversicherungsvertrag vom Arbeitgeber abgeschlossen worden ist, steht der anspruchsberechtigten Person gemäss Art. 95a VVG ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Versicherer zu, das nicht zu Ungunsten der anspruchsberechtigten Person abgeändert werden darf (Art. 98 VVG). Als Anwalt ihres Klienten können Sie sich also direkt an den Versicherer halten und diesen nötigenfalls auch als Partei einklagen.

Schliesslich ist noch auf die Übertrittsmöglichkeit von der Kollektiv- in die Einzelversicherung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinzuweisen. Im Bereich des KVG (Art. 71 KVG) ist der Taggeldversicherer von Gesetzes wegen verpflichtet, den Versicherten über dieses Recht aufzuklären, der so dann innert drei Monaten vom Übertrittsrecht Gebrauch machen kann. Diese Bestimmung wird mit Art. 100 Abs. 2 VVG auch für den Privatversicherungsbereich als anwendbar erklärt. Der grosse Unterschied besteht jedoch darin, dass in den VVG-Versicherungen eine sog. «Nachdeckung» zugesichert ist. In diesen Fällen werden die vertraglichen Leistungen bis zum Anspruchsende – auch über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus – gewährt. Demgegenüber tritt ein im Bereich des KVG Versicherter Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses automatisch auch aus dem Kollektiv-Versichertenkreis aus (vgl. Art. 71 Abs. 1 KVG). Die Leistungspflicht des bis dahin zuständigen KVG-Kollektivversicherers endet mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses ebenso (vgl. BGer 4A\_236/2008 vom 29. 10. 2008, E. 6.3). Er hat diesfalls jedoch ein Übertritts-Recht, innert 3 Monaten in die Einzelversicherung des Versicherers überzutreten (Art. 71 Abs. 1 KVG), dies jedoch meist zu schlechteren Konditionen (höhere Prämienpflicht in Einzelversicherung).

Unterbleibt die Aufklärung, bleibt der Versicherte kollektiv versichert. Wird der Übertritt in die Einzelversicherung vollzogen, so darf der Versicherer keine neuen Vorbehalte anbringen und es sind die gleichen Leistungen, wie in der Kollektivversicherung anzubieten. Jedenfalls muss aber vorgängig anhand der Übertrittsofferte geprüft werden, ob sich dieser Schritt überhaupt lohnt, da die Prämien der Einzelversicherung wie der Fall von BGE 127 III 318 ff. zeigt, prohibitiv hoch sind.

Die Frage der Überentschädigung ist für die KVG-Krankentaggeldversicherungen in Art. 69 ATSG und Art. 122 KVV geregelt. Die Überentschädigungsgrenze ist “der mutmasslich entgangene Verdienst“ [derjenige Verdienst, den die versicherte Person ohne das schädigende Ereignis wahrscheinlich erzielt hätte (BGE 126 V 471)]. Dabei ist auf denjenigen

Zeitpunkt abzustellen, in dem die Überentschädigungsberechnung vorgenommen wird (BGE 123 V 197)] zuzüglich Diagnose- und Behandlungskosten, Pflegekosten und ungedeckte Krankheitskosten. Bei den Taggeldversicherungen nach VVG existieren keine gesetzlichen Bestimmungen, meist aber enthalten die AVB entsprechende Klauseln (z.B. häufig 80% des zuletzt versicherten Verdienstes), wobei eine eventuelle Unklarheit nach der Unklarheitsregel zulasten des Versicherers auszulegen ist (vgl. Plädoyer 5/1995, S. 75).

Erwähnt werden soll noch die Frage der Anrechenbarkeit der Leistungen der Krankentaggeldversicherung nach VVG an die Haftpflichtentschädigung. Es geht hier um die Unterscheidung zwischen sog. Summen- und Schadenversicherung. Erstere ist nicht, letztere ist anrechenbar (vgl. dazu auch Urteil 4A\_563/2019 vom 14. Juli 2020). Während die KVG-Taggeldversicherungen von Gesetzes wegen Schadenversicherungen sind (Art. 64 ATSG und Art. 122 KVV), hängt es bei den VVG-Versicherungen von der vertraglichen Ausgestaltung resp. von der Bestimmung des versicherten Verdienstes ab.

- Die Summenversicherung bezweckt bei Eintreten eines bestimmten, eine Person betreffenden Ereignisses nicht eine "konkrete", sondern eine "abstrakte Bedarfsdeckung": Ob und inwieweit das befürchtete Ereignis den Anspruchsberechtigten schädige, beeinflusst die Leistungspflicht des Versicherers nicht. Vielmehr ist er zur Bezahlung der im Voraus festgelegten Summe verpflichtet, sobald der Versicherungsfall eintritt.
- Verpflichtet sich ein Versicherer für einen Schaden infolge einer Körperverletzung aufzukommen, so handelt es sich dabei um eine Schadensversicherung, bei der im Umfange der erbrachten Versicherungsleistungen Subrogation gemäss Art. 72 VVG eintritt; eine Versicherung, die den tatsächlichen Verdienstaufschlag ausgleichen soll, ist eine solche Schadensversicherung (BGE 104 II 44: Änderung der Rechtsprechung; E. 4)

## **6. Verfahrensrechtliche Grundsätze**

### **6.1 Allgemeines:**

Der ATSG regelt das Verfahren im Sozialversicherungsrecht ab Art. 34 ff. in grundsätzlicher Weise. Nachfolgend sei auf einige ausgewählte Praxisbeispiele einzugehen, welche im verwaltungsinternen und erstinstanzlichen gerichtlichen Rechtsmittelverfahren regelmässig auftauchen und auch immer wieder Fragen aufwerfen. Zu beachten gilt es, dass im kantonalen Beschwerdeverfahren gemäss Art. 61 ATSG weiterhin zusätzlich/ergänzend kantonale Vorschriften zur Anwendung gelangen können (etwa die Gerichtsorganisation, Verhandlungssprache, Kriterien zur Bemessung der Parteientschädigung und der Honorierung des unentgeltlichen Rechtsvertreters).

### **6.2 Vertretung und Verbeiständung:**

Art. 37 Abs. 1. bis 3. ATSG hält zunächst den hier nicht weiter zu erörternden Grundsatz der Vertretungs- bzw. Verbeiständungsmöglichkeit fest. Dieser gilt grundsätzlich und uneingeschränkt in allen verwaltungsinternen und gerichtlichen Verfahren.

Gemäss Art. 37 Abs. 4 ATSG wird der gesuchstellenden Person unter bestimmten Voraussetzungen auch ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt. Gerade in diesem Bereich ist es nun aber im verwaltungsinternen Verfahren in den letzten Jahren zu einer erheblichen Einschränkung der Parteirechte (bzw. des rechtlichen Gehörs) gekommen. Das Bundesgericht definiert die Voraussetzungen aktuell wie folgt (vgl. bspw. Urteil 8C\_760/2016 vom 3. 3. 2017):

“Kumulative Voraussetzungen für die unentgeltliche Verbeiständung im Rahmen von Art. 37 Abs. 4 ATSG sind Bedürftigkeit, Nichtaussichtslosigkeit der Rechtsbegehren sowie sachliche Gebotenheit der Vertretung (BGE 132 V 200 E. 4.1 S. 200 f.). Die Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung im Besonderen ist auch Voraussetzung des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren (BGE 132 V 200 E. 4.1 S. 201; SVR 2009 IV Nr. 3 S.

4, I 415/06 E. 4.2). Sie ist namentlich mit Blick darauf, dass der Untersuchungsgrundsatz gilt, die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen also den rechtserheblichen Sachverhalt unter Mitwirkung der Parteien nach den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Objektivität, Neutralität und Gesetzesgebundenheit (BGE 136 V 376) zu ermitteln haben (Art. 43 ATSG), nur in Ausnahmefällen zu bejahen. Es müssen sich schwierige rechtliche oder tatsächliche Fragen stellen und eine Interessenwahrung durch Dritte (Verbandsvertreter, Fürsorgestellen oder andere Fach- und Vertrauensleute sozialer Institutionen) muss ausser Betracht fallen (BGE 132 V 200 E. 4.1 in fine S. 201). Zu berücksichtigen sind die Umstände des Einzelfalles, die Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften sowie die Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens (Urteil [des Eidg. Versicherungsgerichts, heute: sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] I 228/06 vom 5. Dezember 2006 E. 8.2). Dabei fallen neben der Komplexität der Rechtsfragen und der Unübersichtlichkeit des Sachverhalts auch in der Person des Betroffenen liegende Gründe in Betracht, wie etwa seine Fähigkeit, sich im Verfahren zurechtzufinden (SVR 2015 IV Nr. 18 S. 53, 8C\_557/2014 E. 4.2 mit Hinweisen).

Wie den Ausführungen des Bundesgerichts zu entnehmen ist, bedeutet dies im Ergebnis, dass im verwaltungsinternen Verfahren (z.Bsp. im IV-Vorbescheidverfahren gemäss Art. 73<sup>ter</sup> IVV) die Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung die Ausnahme bilden soll. Dies wiederum bedeutet, dass in diesen Fällen die Kostenfrage vor Mandatsübernahme auf jeden Fall eingehender zu prüfen ist (Kostenvorschuss oder Garantie eines Kostenträgers).

In der Praxis zeigt sich eine völlig uneinheitliche Handhabung der unentgeltlichen Rechtspflege im verwaltungsinternen Verfahren, was ganz zu Lasten der Versicherten und der Rechtssicherheit geht: So ist festzustellen, dass gewisse IV-Stellen und UVG-Versicherer lediglich die «Bedürftigkeit» überprüfen, während andere Versicherungsträger den Anspruch auf «unentgeltliche Verbeiständung» praktisch durchwegs mit dem Hinweis ablehnen, dass «kein Ausnahmefall» vorliege und sich keine

«rechtlich schwierigen Fragen» stellen würden. Sofern lediglich/ausschliesslich ein unvollständiger Sachverhalt zu rügen ist, wird dem Versicherten auch zugemutet, die Rüge selbständig (ohne Beizug eines Anwalts) anzubringen und den Sachverhalt entsprechend zu ergänzen. In diesen Fällen wird eine unentgeltliche Verbeiständung im verwaltungsinternen Verfahren regelmässig abgelehnt.

### **6.3 formelle Anforderungen an ein Rechtsmittel:**

Die Fristenregelung ist in Art. 38 ff. ATSG festgehalten, wobei diesbezüglich keine Abweichungen bspw. gegenüber den gängigen Regelungen der ZPO und StPO ersichtlich sind. In der Praxis wichtig erscheint hingegen Art. 40 ATSG "Fristerstreckung und Säumnisfolgen". Es wird in Abs. 1 grundsätzlich festgehalten, "dass eine gesetzliche Frist nicht erstreckt werden kann". Zweifelsohne handelt es sich bei der Einsprachefrist von 30 Tagen nach Art. 52 ATSG sowie der Beschwerdefrist nach Art. 60 ATSG um gesetzliche Fristen, d.h. diese müssen zwingend eingehalten werden, um die entsprechenden Rechte der Klientschaft wahren zu können. Neu handelt es sich ab 1. Januar 2021 nun auch bei der 30-tägigen Einwandfrist im Rahmen des IV-Vorbescheidverfahrens um eine gesetzliche Frist. Zuvor war diese Frist vom Bundesgericht noch als eine behördliche behandelt worden (vgl. hierzu BGE 143 V 71 E. 4.3.5.).

Wichtig erscheint die Frage, ob das Rechtsmittel gleichzeitig mit der fristgerechten Eingabe auch begründet werden muss. Diesbezüglich existiert eine klare Regelung im Bereich des gerichtlichen Beschwerdeverfahrens: Nach Art. 60 i.V. mit Art. 61 lit. b ATSG ist eine Beschwerde innert 30 Tagen mit einer mindestens kurzen Begründung sowie unter Einhaltung der weiteren Formvorschriften einzureichen. Für das Einspracheverfahren regelt Art. 10 ATSV ebenfalls unmissverständlich, dass die Einsprache eine Begründung zu enthalten hat. In der Praxis zeigt sich schliesslich eine unterschiedliche Handhabung der "Fristenregelung"/Gewährung einer Nachfrist zur Begründung.

- Im Bereich des gerichtlichen Beschwerdeverfahrens empfiehlt es sich, die Beschwerde fristgerecht und auch vollumfänglich begründet einzureichen. Eine “Nachfrist zur Verbesserung der Beschwerde“ gemäss Art. 61 lit. b ATSG wird gerade bei anwaltlich vertretenen Personen nur äusserst zurückhaltend gewährt – die fatale Folge: Nichteintreten.
- Im Bereich des Einspracheverfahrens ist die Gewährung einer Nachfrist zur Begründung der Einsprache (bzw. Konkretisierung der Rechtsbegehren) im Rahmen von Art. 10 Abs. 5 ATSV (Behebung von Mängeln) die Regel. Wichtig ist auf jeden Fall die Formulierung eines korrekten und vollständigen Rechtsbegehrens.
- Im IV-Vorbescheidverfahren existiert keine gesetzliche Regelung wie zu verfahren ist, wenn sich ein «Einwand» nicht klar äussert. Eine Nachfrist zur Verbesserung über die 30-tägige Einwandfrist hinaus (Art. 57a Abs. 3 IVG) ist nicht vorgesehen.

In all den zuvor genannten Fällen verhält es sich selbstverständlich so, dass die Gewährung einer angemessenen Nachfrist zur Begründung/Verbesserung eines Rechtsmittels (in der Regel: 30 Tage) schriftlich beantragt werden muss. Es empfiehlt sich in diesen Fällen eigentlich – zur eigenen Absicherung – auch immer eine kurze “umgehende schriftliche Rückbestätigung“ vor Ablauf der aktuell geltenden Frist zu verlangen.

Das Bundesgericht hat mit Urteil BGE 142 V 152 vom 24.02.2016 entschieden, dass eine per E-Mail erhobene Einsprache gegen eine Verfügung des Unfallversicherers mangels der gemäss Art. 10 Abs. 4 Satz 1 ATSV bei schriftlich erhobenen Einsprachen erforderlichen Unterschrift nicht zulässig sei (E. 2.4 und 4.6). In besagtem Urteil wurde auch festgehalten, dass in einem solchen Fall kein Anspruch auf eine Nachfristansetzung bestehe (E. 4.5 und 4.6).

#### **6.4 Rechtliches Gehör / Einspracheverfahren / Vorbescheidverfahren:**

Der im 4. Kapitel im 2. Abschnitt "Sozialversicherungsverfahren" unter der Überschrift "Rechtliches Gehör" stehende Art. 42 ATSG hat folgenden Wortlaut: "Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör. Sie müssen nicht angehört werden vor Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind." Es soll an dieser Stelle auf einen nicht unwesentlichen Unterschied zwischen dem «Einspracheverfahren» und dem «Vorbescheidverfahren» der eidgenössischen Invalidenversicherung hingewiesen werden. Während einer Einsprache bereits die «Verfügung» zugrunde liegt, ist dies im IV-Verfahren der «Vorbescheid». Beiden Erlassen gemeinsam ist, dass darin den Versicherten (spätestens) das erste Mal von Gesetzes wegen das rechtliche Gehör gewährt werden muss.

Das Einspracheverfahren wird der nachträglichen verwaltungsinternen Rechtspflege zugerechnet (KIESER, a.a.O., N 2 zu Art. 52) und nicht der eigentlichen streitigen Verwaltungsrechtspflege. Daran ändert nichts, dass verfügende Stelle und Einspracheinstanz oftmals organisatorisch getrennt sind. Dies ergibt sich auch aus der Systematik des ATSG, welche das Einspracheverfahren im 2. Abschnitt "Sozialversicherungsverfahren" einordnet. Das Einspracheverfahren zielt darauf ab, ungenügende Abklärungen oder Fehlbeurteilungen, aber auch Missverständnisse, die den angefochtenen Verfügungen zugrunde liegen, in einem kostenlosen und weitgehend formlosen Verfahren auszuräumen, ohne dass die übergeordneten Gerichte angerufen werden müssen (BGE 131 V 412 Erw. 2.1.2.1 mit Hinweisen; Urteil vom 17. Juni 2005, I 3/05). Bei Erhebung einer Einsprache wird das Verwaltungsverfahren durch den Einspracheentscheid abgeschlossen, welcher die ursprüngliche Verfügung ersetzt (RKUV 1992 Nr. U 152 S. 199 Erw. 3b). Mit dem Einspracheverfahren wird also zweifellos auch das rechtliche Gehör berücksichtigt.

Das rechtliche Gehör ist im Verfahren der eidgenössischen Invalidenversicherung grundsätzlich (jedoch nicht immer zwingend) durch das «Vorbescheidverfahren» gewährleistet (vgl. Art. 57a IVG; Art. 73<sup>bis</sup> Abs. 1 ff. IVV).

Ein erheblicher Unterschied besteht in den Anforderungen an die beiden Verfahren: Während im Rahmen des IV-Vorbescheidverfahrens praktisch sämtliche Einwände ohne Bindung an formelle Anforderungen geltend gemacht werden können (vgl. Art. 73<sup>ter</sup> Abs. 3 IVV) und auch keine «Rechtsbegehren» gestellt werden müssen, muss im Rahmen des Einspracheverfahrens zwingend ein «Rechtsbegehren» gestellt sowie eine Begründung abgegeben werden (vgl. Art. 10 Abs. 1 ATSV). Wird im Einspracheverfahren kein korrektes und vor allem umfassendes Rechtsbegehren gestellt, besteht die Gefahr, dass «Teilrechtskraft» eintritt. Werden hingegen im Vorbescheidverfahren Vorbringen und Rügen unterlassen/vergessen, so zieht dies keine Rechtsfolgen nach sich. Bindend und relevant ist im IV-Verfahren das auf das Vorbescheidverfahren folgende kantonale Beschwerdeverfahren gegen IV-Verfügungen.

Im Urteil 8C\_819/2017 vom 25. September 2018 unterliess es der Versicherte, sich gegen das formlose Schreiben einer Ankündigung von rückwirkenden Taggeldeinstellungen zur Wehr zu setzen. Gegen den rund 1 ½ Monate später separat erlassenen Rentenentscheid erhob er zwar Einsprache, jedoch verspätet. Als der Versicherte zu einem späteren Zeitpunkt den Erlass einer separat anfechtbaren Verfügung bezüglich der Einstellung der Taggeldleistungen verlangte, wurde ihm dies höchstrichterlich nicht mehr gewährt: «Folglich hängen die Einstellung der vorübergehenden Leistungen und der Fallabschluss mit Prüfung der Rentenfrage und der Integritätsentschädigung derart eng zusammen, dass von einem einheitlichen Streitgegenstand auszugehen ist (Urteil 8C\_170/2015 vom 29. September 2015, e. 4.2).». Der Versicherte hätte sich diesfalls im Rahmen der Einsprache gegen den Rentenentscheid gleichzeitig auch zur Taggeldeinstellung äussern müssen.

Mit Urteil 8C\_43/2017 vom 1. Juni 2017 hat das Bundesgericht bestätigt, dass wenn der Rentenanspruch streitig ist, die Frage, ob der Fallabschluss korrekt erfolgt ist oder nicht (medizinischer Endzustand), nicht gesondert in Rechtskraft erwachsen kann. In besagtem Urteil stellte sich das kantonale Versicherungsgericht auf den Standpunkt, dass lediglich noch über die Rentenhöhe zu befinden sei, nicht mehr hingegen auf die Frage, ob die

UVG-Versicherung ihre Leistungen zu Recht eingestellt habe (medizinischer Endzustand). Das Versicherungsgericht machte geltend, dass der Versicherte seiner «Rügepflicht» im Einspracheverfahren nicht nachgekommen sei (keine Ausführungen zur verfrühten Leistungseinstellung bzw. zum medizinischen Endzustand), sondern sich lediglich zur Rentenhöhe geäussert habe. weshalb bezüglich der Frage des «medizinischen Endzustands» eine Teilrechtskraft eingetreten sei. Das Bundesgericht korrigierte: «Gemäss Art. 19 UVG entsteht der Rentenanspruch erst, wenn von der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung keine namhafte Besserung des Gesundheitszustands mehr erreicht werden kann und allfällige Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung abgeschlossen sind». Da der Rentenanspruch sachverhältnissmässig eng mit der Frage des medizinischen Endzustands zusammenhängt, kann keine Teilrechtskraft entstehen, so die Argumentation. In diesem Punkt hatte der Versicherte also Glück: Obwohl er im Einspracheverfahren den «medizinischen Endzustand» nicht explizit angefochten hatte, sondern erst später, vor dem kantonalen Versicherungsgericht, konnte er diese Frage letztlich doch noch gerichtlich beurteilen lassen.

Die Differenzierung zwischen einem «materiellen Rechtsanspruch» (Teilrechtskraft möglich) und einem einzelnen «Begründungselement des Streitgegenstands» (Teilrechtskraft nicht möglich) ist nicht immer klar (vgl. dazu BGE 125 V 413, E. 2b und d).

Teilrechtskraft tritt beispielsweise immer ein, wenn die Höhe oder der Bestand einer Integritätsentschädigung nicht explizit angefochten wird (Urteil 8C\_623/2007 vom 22. August 2008, E. 3.2; BGE 144 V 354 E. 4.3 mit Hinweisen).

Fazit: Es empfiehlt sich, spätestens im Rahmen des Rechtsmittels gegen eine Verfügung, sowohl die Rechtsbegehren als auch die Begründung für das Rechtsmittel vollständig und fristgerecht darzulegen.

## **6.5 Verfahrenskosten:**

Hinsichtlich der Kosten des sozialversicherungsrechtlichen Verfahrens ist festzuhalten, dass dieses grundsätzlich kostenlos ist, d.h. die versicherten

Personen tragen weder im verwaltungsinternen Verfahren (IV-Vorbescheidverfahren, Einspracheverfahren, u.s.w.) noch im (gerichtlichen) Rechtsmittelverfahren (vgl. Art. 61 lit. a ATSG) Verfahrenskosten (Abklärung, Gerichtsgutachten, u.s.w.), dies mit einer entscheidenden Ausnahme: Gemäss Art. 69 Abs. 1<sup>bis</sup> IVG sind im Bereich von Leistungen der eidgenössischen Invalidenversicherung “die Verfahrenskosten nach dem Verfahrensaufwand und unabhängig vom Streitwert im Rahmen von Fr. 200.— 1`000.— festzusetzen“. Im Bereich der beruflichen Vorsorge ist das Klageverfahren schliesslich genauso kostenlos (Art. 73 Abs. 2 BVG), wie dies bei der Geltendmachung von Krankentaggeldansprüchen (vgl. Art. 113 und 114 ZPO) vorgesehen ist. Schliesslich kann bei mutwilligem und leichtsinnigem Verhalten von der Kostenlosigkeit abgewichen werden.

#### **6.6 Parteientschädigungen:**

Grundsätzlich bestimmt Art. 52 Abs. 3 ATSG, dass Parteientschädigungen im Rahmen des Einspracheverfahren «in der Regel nicht ausgerichtet werden». Das Bundesgericht hat bis heute lediglich eine Ausnahme zugelassen (BGE 130 V 570): «Der Einsprecher, der nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um die Anwaltskosten selbst zu tragen, und der im Fall des Unterliegens die unentgeltliche Verbeiständung (Art. 37 Abs. 4 ATSG) hätte beanspruchen können, soll bei Obsiegen vom unterliegenden Versicherungsträger entschädigt werden». im nichtstreitigen IV-rechtlichen Vorbescheidverfahren liegt kein Obsiegen oder Unterliegen der versicherten Person vor, weshalb sich keine analoge Anwendung des Art. 52 Abs. 3 ATSG hinsichtlich der rechtsprechungsgemässen «ausnahmsweisen Zusprechung einer Parteientschädigung» rechtfertigt.

#### **6.7 Berufliche Vorsorge:**

Für den Bereich der Beruflichen Vorsorge ist festzuhalten, dass kein “Vorverfahren“ existiert, welches einem Äquivalent des rechtlichen Gehörs im Bereich der Sozialversicherungen (Einspracheverfahren, Vorbescheidverfahren) entsprechen würde. Der ATSG ist nicht anwendbar: Weder sieht das Gesetz (BVG, BVV) ein Einspracheverfahren noch sonst

eine Möglichkeit vor, sich zu einem angekündigten (Leistungs-)Entscheid der zuständigen Pensionskasse zu äussern. Der Anwalt hat in diesem Bereich – wie bei zivilrechtlichen Ansprüchen – die BVG-Ansprüche der Klienten mit der bzw. den zuständigen BVG-Versicherern (Pensionskassen) quasi vorprozessual zu bereinigen. Kann keine Einigung getroffen werden, steht es den Versicherten offen, ihre Ansprüche gerichtlich einzuklagen. Art. 73 BVG bestimmt, dass jeder Kanton ein Gericht bezeichnet, welches als letzte kantonale Instanz im Rahmen “eines raschen, einfachen und kostenlosen Verfahrens“ (§16 SVGG) u.a. über Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen und Anspruchsberechtigten entscheidet. Damit ist wiederum klar, dass zumindest im prozessualen Bereich die Grundsätze des ASTG übernommen worden sind. Gemäss §1 Abs. 1 des baselstädtischen Sozialversicherungsgesetzes (SVGG) ist das Sozialversicherungsgericht Basel-Stadt zur Beurteilung einer Klage zuständig.

#### **6.8 Krankentaggeldversicherung:**

Krankentaggeldansprüche nehmen eine spezielle und eigene rechtliche Stellung ein. Das Bundesgericht qualifiziert in ständiger Rechtsprechung alle (sowohl Einzel- wie Kollektiv-) Krankentaggeldversicherungen nach VVG und KVG als privatrechtlicher Natur und unter den Begriff der “Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung“ i.S. von Art. 7 ZPO (BGE 138 III 2 E. 1.1 S. 3 f.; Urteile 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 2; 4A\_47/2012 vom 12. März 2012 E. 2; 4A\_118/2011 vom 11. Oktober 2011 E. 1.3; je mit Hinweisen). Selbstverständlich sind Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung zivilrechtlicher Natur (BGE 138 III 558, E. 3.2), die Bestimmungen der ZPO sind somit vor allen Instanzen von Bundesrechts wegen direkt und nicht nur sinngemäss anwendbar ((BGer 110/2017, E. 3).

Eine Eigenheit existiert bei der gerichtlichen Geltendmachung von Krankentaggeldansprüchen. Kann keine Einigung zwischen Versicherer und Klienten erzielt werden (was wiederum auf anwaltlichen Verhandlungen

basiert), müssen die Ansprüche eingeklagt werden. Hierbei fällt in die Kompetenz der Kantone:

- die Regelung der Prozesskosten: [keine Gerichtskosten (Art. 113/114 ZPO) / Parteikosten entweder nach sozialversicherungsrechtlichen Tarifen oder Streitwerttarif]
- die sachliche Zuständigkeit: Art. 7 ZPO hält fest: «Die Kantone können ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung zuständig ist». 19 Kantone haben von der «Kann»-Vorschrift Gebrauch gemacht und entweder das kantonale Sozialversicherungsgericht oder dann das kantonale Obergericht als einzige Instanz zur Beurteilung der Krankentaggeldfälle bestimmt. In den restlichen 7 Kantonen ist der ordentliche zivilrechtliche Instanzenzug zu durchlaufen (Schlichtungsverfahren/erstinstanzliches Zivilgericht/Obergericht).
- die funktionelle Zuständigkeit: Die Kantone können die ordentlichen Zivilgerichte oder das jeweilige Sozialversicherungsgericht mit der Beurteilung der Fälle beauftragen.

Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen werden – unabhängig vom Streitwert – immer im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 Abs. 2 lit. f. ZPO geführt. Anwendbar sind grundsätzlich auch die allgemeinen Verfahrensgrundsätze nach Art. 52 ff. ZPO.

Trotz Geltung der sog. sozialen Untersuchungsmaxime im vereinfachten Verfahren (vgl. Art. 55 Abs. 2 ZPO i.V. mit Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO) wird der Prozess in aller Regel wie ein ordentliches Verfahren geführt. Daraus ergeben sich folgende Merkmale:

- Das Gericht ist nicht verpflichtet, nicht beantragte Beweismittel wie bspw. ein Gerichtsgutachten von sich aus abzunehmen (BGer 432/2015, E. 4.2.). Es empfiehlt sich entsprechend, über sämtliche relevanten Tatsachen Beweis zu führen und die entsprechenden Anträge zu stellen.

- Wichtig: Auch in diesen Prozessen ist der Rechtsvertreter gut beraten, seiner Behauptungs- und Substantiierungslast vollumfänglich nachzukommen.
- Neue Tatsachen und Beweismittel können bis zum Urteilszeitpunkt in das Verfahren eingebracht werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO)
- Im vereinfachten Verfahren sind grundsätzlich alle Beweismittel zulässig (Art. 168 ZPO).
- Selbst wenn es sich bei vertrauensärztlichen Berichten der Versicherungen um Privatgutachten handelt, welche praxisgemäss lediglich als «Parteibehauptung» qualifiziert werden (jedoch weder als Urkunde noch als Gutachten i.S. von Art. 168 ZPO), so ist doch darauf hinzuweisen, dass deren Inhalt durch die Gegenpartei substantiiert zu bestreiten ist. Andernfalls dem Privatgutachten Beweiswert zuerkannt werden muss (vgl. BGE 141 III 433, E. 2.6), da es unbestritten geblieben ist.

Als Rechtsmittel gegen den kantonalen Entscheid ist schliesslich die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht gemäss Art. 72 ff. BGG vorgesehen (BGE 138 III 2 E. 1.1; 133 III 439E. 2.1 S. 441 f. mit Hinweis).

Wichtig ist in diesen Verfahren, dass man sich darüber bewusst ist, dass es sich um einen “modifizierten Zivilprozess“ handelt – selbst bei einer Zuständigkeit des jeweiligen kantonalen Versicherungsgerichts (und nicht des Zivilgerichts). Als Folge davon obliegt es also dem Versicherten/Klienten, seine Ansprüche gemäss der Beweislastverteilung sowie unter Berücksichtigung der gesetzlich statuierten Untersuchungsmaxime zu beweisen. Man kann sich also bspw. nicht darauf berufen, dass der Versicherer den massgebenden Sachverhalt wie in einem Sozialversicherungsprozess nach Art. 43 ATSG (das ATSG findet keine Anwendung) nicht richtig abgeklärt habe. Vielmehr müssen die den Ansprüchen zugrunde liegenden Sachverhaltselemente (anhaltende Arbeitsunfähigkeit, bestrittene Arztberichte der Versicherer, u.s.w.) behauptet und bewiesen werden. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Klage abgewiesen wird.

Schliesslich erweist es sich als ratsam, bei Krankentaggeldansprüchen dem Kostenrisiko Beachtung zu schenken: Das Verfahren bei Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung ist zwar gemäss Art. 114 lit. e ZPO kostenlos und auch die unentgeltliche Rechtspflege kann nach Art. 117 und 118 ZPO beantragt werden. Unterliegt ein Versicherter bzw. eine Versicherte, welcher/welche in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege kommt, so ist er/sie jedoch trotzdem nicht automatisch auch davon entbunden, im Unterliegensfall für die Anwalts-Kosten der Gegenpartei aufzukommen. (vgl. Art. 118 ZPO). Im Unterschied zum Sozialversicherungsprozess ist unter Umständen eine Parteientschädigung an den Versicherer bzw. dessen anwaltliche Vertretung, geschuldet: "Im Bereich der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung besteht ein Anspruch des obsiegenden Versicherungsträgers unter der Voraussetzung, dass der Versicherungsträger durch einen externen Anwalt vertreten ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 9. Januar 2001, 5C.244/2000, E. 5 mit Hinweisen, zur Geltung dieser Rechtsprechung unter der ZPO: Urteil des Bundesgerichts vom 17. November 2010, 4A\_194/2010, E. 2.2.1 mit Hinweisen)".

Fazit: Es lohnt sich auf jeden Fall, das Kostenrisiko im Bereich von Krankentaggeld-Klagen vorab gut abzuwägen.

## **7. Versicherte mit Wohnsitz im Ausland:**

Nicht wenige Versicherte haben Ihren Wohnsitz im grenznahen Ausland. Da die Leistungspflicht vieler Sozialversicherungen an einen Wohnort in der Schweiz gebunden ist, müssen die Fälle mit Auslandsbezug jeweils gut abgeklärt werden. Es kann sein, dass die Leistungspflicht bzw. der Leistungsbezug durch einen Wohnort des Versicherten im Ausland eingeschränkt oder gar verwehrt ist. Als gesetzliche Grundlagen zur Bestimmung der anwendbaren Normen steht bei EU/EFTA-Bürgern das «Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU FZA» (inkl. Verordnungen; v.a. EU-Verordnung 883/2004) im Vordergrund, welches insbesondere ein Diskriminierungsverbot enthält und eine Gleichstellung zwischen den

EU/EFTA-Bürgern und Schweizerischen Staatsangehörigen anstrebt. Darüber hat die Schweiz diverse Sozialversicherungsabkommen mit anderen (Dritt-) Staaten abgeschlossen, welche ebenfalls Regelungen in Bezug auf Sozialversicherungsleistungen enthalten. Nachfolgend sei kurz auf die wichtigsten Praxisbeispiele hingewiesen:

Als Grenzgängerin bzw. Grenzgänger wird eine Person bezeichnet, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union (EU) oder der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) eine Beschäftigung oder eine selbstständige Tätigkeit ausübt und in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, in den sie in der Regel täglich, mindestens jedoch einmal wöchentlich zurückkehrt. Drittstaatsangehörige Grenzgänger müssen im Besitz eines unbefristeten Aufenthaltstitels in einem der Nachbarländer der Schweiz sein und mindestens 6 Monate in der Grenzzone wohnhaft sein. Grenzgänger sind grundsätzlich im Beschäftigungsstaat sozialversichert. Ausnahme: Grenzgängerinnen und Grenzgänger sind bei Arbeitslosigkeit in ihrem Wohnsitzstaat versichert (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. c AIVG). Bei Kurzarbeit, wetterbedingten Arbeitsausfällen oder bei Insolvenz des Arbeitgebers, ist jedoch das Beschäftigungsland zuständig. Ebenfalls steht den Grenzgängern die in Art. 59 AViG geregelten «arbeitsmarktlichen Massnahmen» zu, jedoch nur sehr eingeschränkt (vgl. dazu AVIG-Praxis). Auch diesbezüglich müssen sie sich grundsätzlich an den Wohnsitzstaat halten.

Leistungen der eidgenössischen Invalidenversicherung werden unterschiedlich ins Ausland (Wohnort im Ausland) ausgerichtet:

- Bei einem Invaliditätsgrad von 40%-49% behalten Schweizerische Staatsangehörige, EU/EFTA-Bürger oder Bürger von Ländern mit einem Sozialversicherungsabkommen mit der Schweiz ihren Rentenanspruch beim Verlassen der Schweiz nur innerhalb der Gemeinschaftsgrenzen (EU/EFTA). Drittstaatsangehörige haben keinen Anspruch auf einen «Rententransfer».

- Bei einem Invaliditätsgrad ab 50% behalten Schweizerische Staatsangehörige, EU/EFTA-Bürger oder Bürger von Ländern mit einem Sozialversicherungsabkommen mit der Schweiz ihren Rentenanspruch beim Verlassen der Schweiz ins Ausland.
- Eine Hilflosenentschädigung wird nicht ins Ausland ausbezahlt.

Eine spezielle Regelung, welche es zu beachten gilt, besteht bei «beruflichen Massnahmen» der eidgenössischen Invalidenversicherung: Während diese bei Versicherten mit Wohnsitz in der Schweiz gewährleistet sind, ist bei Versicherten mit Wohnsitz im Ausland zu differenzieren:

Mit Ende der Versicherungsunterstellung, zum Beispiel aufgrund der Aufgabe des Wohnsitzes in der Schweiz, endet auch der Anspruch auf berufliche Eingliederungsmassnahmen. Dies gilt auch für Personen, die in der Schweiz ohne Wohnsitz zu haben eine Erwerbstätigkeit ausgeübt haben und diese aufgeben. Erfolgte die Aufgabe der Erwerbstätigkeit jedoch gesundheitsbedingt und handelt es sich um schweizerische Staatsangehörige oder Personen im Geltungsbereich des FZA oder des EFTA-Übereinkommens, so sind diese in Bezug auf den Anspruch von beruflichen Eingliederungsmassnahmen unter bestimmten Bedingungen weiterhin versichert (Nachversicherung).

Schweizerische Staatsangehörige oder Personen mit der Staatsangehörigkeit eines EU-Landes, die in der Schweiz ohne Wohnsitz zu haben eine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmende oder Selbständigerwerbende ausgeübt haben und den schweizerischen Rechtsvorschriften über die IV nicht mehr unterliegen, weil sie ihre existenzsichernde Erwerbstätigkeit in der Schweiz in Folge Unfalls oder Krankheit aufgeben mussten, gelten in Bezug auf den Anspruch von Eingliederungsmassnahmen als versichert. Dies gilt auch während der Durchführung dieser Massnahmen, sofern sie keine anderweitige Erwerbstätigkeit ausserhalb der Schweiz aufnehmen. Der Nachversicherungsschutz endet hingegen beim Bezug einer IV-Rente (ganze Rente oder prozentualer Anteil einer ganzen IV-Rente), bei

abgeschlossener erstmaliger Eingliederung oder beim Bezug einer Leistung der Arbeitslosenversicherung des Wohnlandes.

Fazit: Versicherten, welche nach Krankheit oder Unfall zwingend eine Wiedereingliederung in den hiesigen Arbeitsmarkt anstreben, ist zwingend dazu zu raten, sich nicht bereits während einem IV-Verfahren im Heimatland zu Sozialversicherungsleistungen anzumelden. Vielmehr ist in diesen Fällen bei den hiesigen IV-Stellen anhaltend um Unterstützung (Wiedereingliederung) zu ersuchen, andernfalls der Versicherte ohne weiteres auf die (meist schlechteren) Versicherungsleistungen seines Heimatlandes verwiesen wird und in der Schweiz keine Leistungen mehr beanspruchen kann (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C4737/2012; C3465/2013).

Während bei Versicherungsnehmern mit Wohnsitz in der Schweiz bei Verfügungen oder Einspracheentscheiden immer eine Beschwerde an das zuständige (Wohnort) kantonale Versicherungsgericht vorgesehen ist (vgl. Art. 56 ff. ATSG), müssen sich Versicherte mit ausländischem Wohnsitz – je nach Konstellation – an verschiedene Rechtsmittelinstanzen wenden:

- Gestützt auf Art. 69 Abs. 1 lit. b IVG sind Verfügungen der IV-Stelle für Versicherte im Ausland – in Abweichung des ATSG direkt vor dem Bundesverwaltungsgericht anzufechten.
- Alle anderen Verfügungen oder Einspracheentscheide können nach Art. 58 ATSG wahlweise angefochten werden: «...so ist das Versicherungsgericht desjenigen Kantons zuständig, in dem sich ihr letzter schweizerischer Wohnsitz befand oder in dem ihr letzter schweizerischer Arbeitgeber Wohnsitz hat; lässt sich keiner dieser Orte ermitteln, so ist das Versicherungsgericht desjenigen Kantons zuständig, in dem das Durchführungsorgan seinen Sitz hat»
- Abschliessend beurteilende Instanz ist in allen Fällen das Bundesgericht.

## **8. Fallbeispiele / Versicherungsfälle**

### **8.1 Invaliden- und Arbeitslosenversicherung**

Die Invalidenversicherung und die Arbeitslosenversicherung stehen den Versicherten grundsätzlich nicht alternativ zu Verfügung. Es handelt sich nicht um komplementäre Versicherungszweige. Hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen bestehen neben den zweigspezifischen Regelungen erhebliche Differenzen. Im Hinblick auf einen zu prüfenden Gesundheitsschaden und die daraus folgende Einschätzung der Restarbeitsfähigkeit resp. der Vermittelbarkeit folgt daher, dass wegen oder trotz ein und desselben Gesundheitsschadens nicht in jedem Fall entweder Leistungen der Invalidenversicherung oder aber der Arbeitslosenversicherung geschuldet sind. Vielmehr kann auch der Fall eintreten, dass kein Anspruch oder aber Ansprüche gegenüber beiden Sozialversicherungszweigen bestehen (Urteil des EVG vom 3.3.2006, C282/05). So stützt sich die Invalidenversicherung für die Prüfung eines Leistungsanspruches auf die Arbeitsfähigkeit, während in der Arbeitslosenversicherung die Vermittlungsfähigkeit massgebend ist. Danach muss der Versicherte bereit und in der Lage und berechtigt sein, eine zumutbare Arbeit anzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG). In der IV dürfen nicht versicherte, invaliditätsfremde Gründe, wie mangelnde Schulbildung oder Sprachkenntnisse, im Rahmen der Arbeitsunfähigkeit nicht berücksichtigt werden (vgl. BGE 130 V 356 Erw. 2.2.5). Zu prüfen ist vielmehr, welche Erwerbstätigkeiten dem Versicherten unter Beachtung seines Gesundheitszustandes hypothetisch noch zumutbar sind. Die Arbeitslosenversicherung muss dagegen gewisse invaliditätsfremde Gesichtspunkte berücksichtigen, um überhaupt die zumutbare Arbeit gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. c AVIG bestimmen zu können. Somit stellt die IV - weil invaliditätsfremde Gründe unmassgeblich sind - an die Voraussetzung einer zumutbaren Arbeit geringere Anforderungen als die Arbeitslosenversicherung (Urteil des EVG vom 16. Juli 2003, I 758/02, Erw. 3.3). Die beiden Zweige der Sozialversicherung prüfen also die Voraussetzungen der Arbeits- resp. Vermittlungsfähigkeit jeweils ihren eigenen spezifischen Bedürfnissen entsprechend, auch wenn die Organe der Arbeitslosenversicherung dabei mit denjenigen der Invalidenversicherung zusammenzuwirken müssen (Art. 15 Abs. 1 Satz 1 AVIV).

Es kann folglich keine Bindungswirkung der Organe der Arbeitslosenversicherung an die Beurteilung der Organe der Invalidenversicherung geben (ARV 1998 Nr. 5 S. 34 Erw. 5c).

Der folgende Fall - Urteil des EVG vom 8.5.2006, C 238/05 – soll nun zeigen, dass die Klientschaft, aufgrund der unterschiedlichen Rahmenbedingungen in den beiden Versicherungszweigen, rechtzeitig über die Konsequenzen von Arztzeugnissen und darin enthaltenen Wertungen der Arbeitsunfähigkeit zu informieren ist.

Sachverhalt: Die Versicherte, gelernte Krankenschwester, war zuletzt bis Ende April 2000 in einem Vollpensum als Arztsekretärin berufstätig. Der Hausarzt attestierte ihr ab Oktober 1999 eine volle Arbeitsunfähigkeit. Ein später erstelltes ZMB-Gutachten mutete ihr eine 50%-ige Arbeitsfähigkeit als Bürofachkraft zu. Das Eidgenössische Versicherungsgericht bestätigte am 17. November 2003 die Verfügung der IV-Stelle, welche gestützt auf das Gutachten mit Wirkung ab 1. Oktober 2000 eine halbe Invalidenrente zugesprochen hatte. Auf Grund eines unveränderten Invaliditätsgrades von 61% erhöhte sich mit In-Kraft-Treten der 4. IV-Revision der Anspruch ab 1. Januar 2004 auf eine Dreiviertelrente.

Nach dem EVG-Urteil in der IV-Sache vom 2. Dezember 2003 meldete sich die Versicherte zur Arbeitsvermittlung für eine Bürotätigkeit mit einem 50%-Pensum an. Die Arbeitslosenkasse verneinte einen Anspruch ab 2. Dezember 2003 wegen Nichterfüllens der Beitragszeit. Das EVG führte dazu aus, dass die vom Erwerbsleben ausgeschlossene Versicherte sich nicht in jedem Fall entweder auf Invalidität oder Arbeitslosigkeit berufen könne (BGE 109 V 29 Erw. 3d). Fest stehe und unbestritten sei vorliegend, dass die Versicherte innerhalb der für die Erfüllung der Beitragszeit massgebenden Rahmenfrist vom 2. Dezember 2001 bis 1. Dezember 2003 (Art. 9 Abs. 3 AVIG) nicht während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt habe (Art. 13 Abs. 1 AVIG). Streitig war einzig, ob sie wegen Krankheit nach Art. 14 Abs. 1 lit. b AVIG von der Erfüllung der Beitragszeit zu befreien ist. Danach muss die Versicherte durch einen der gesetzlichen Gründe an der Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäfti-

gung gehindert worden sein. Zwischen dem Befreiungsgrund und der Nichterfüllung der Beitragszeit muss ein Kausalzusammenhang bestehen und das Hindernis muss während mehr als zwölf Monaten bestanden haben. Denn bei kürzerer Verhinderung bleibe ihr während der zweijährigen Rahmenfrist genügend Zeit, um eine ausreichende beitragspflichtige Beschäftigung auszuüben. Da eine Teilzeitbeschäftigung mit Bezug auf die Erfüllung der Beitragszeit einer Vollzeitbeschäftigung gleichgestellt ist (Art. 11 Abs. 4 Satz 1 AVIV), liegt die erforderliche Kausalität zudem nur vor, wenn es der Versicherten (aus einem der in Art. 14 Abs. 1 lit. a-c AVIG genannten Gründe) auch nicht möglich und zumutbar ist, ein Teilzeitarbeitsverhältnis einzugehen (Hinweise im Urteil: BGE 121 V 342 Erw. 5b; ARV 1 995 Nr. 29 S. 167 Erw. 3b mit Hinweisen; Urteile des EVG vom 29.11.2005, C 153/05, Erw. 4 und vom 14.9.2004, C 284/03, Erw. 2.1; BGE 130 V 231 f. Erw. 1.2.3 mit Hinweisen (= Pra 2005 Nr. 81 S. 610 Erw. 1.2.3)). Die Versicherte machte geltend, ihr Hausarzt habe sie vom 1. Oktober 1999 bis zum 5. Dezember 2003 zu 100% arbeitsunfähig geschrieben. Sie sei "in dieser Zeit subjektiv der Ansicht gewesen, nicht arbeitsfähig zu sein, und diese subjektive Meinung sei durch die Beurteilung eines medizinischen Fachmannes, ihres Vertrauensarztes, gestützt und somit objektiviert" worden. Es wäre "fahrlässig", wenn sie "vom Gesetzgeber geradezu dazu aufgefordert" würde, sich gesundheitlichen Risiken aussetzen zu müssen, nur weil "sie sich während ihrer Krankheit aus irgendwelchen Gründen plötzlich mit sich widersprechenden Arztzeugnissen" und Gutachten konfrontiert sehe.

Das Bundesgericht führte aus, dass obwohl die Versicherte zutreffend bemerkte, dass Krankheit nicht mit Invalidität gleichzusetzen ist, sie diese beiden Begriffe vermischt habe. Sie scheine aktenkundig zu glauben, bei einem Invaliditätsgrad von 61% nur zu 39% arbeitsfähig zu sein. Demgegenüber stehe gestützt auf das ZMB-Gutachten fest, dass ihr bei Aufbietung allen guten Willens (Hinweis im Urteil: BGE 102 V 165; AHl 2001 S. 228 Erw. 2b mit Hinweisen) und in Nachachtung des im Sozialversicherungsrecht allgemein geltenden Grundsatzes der Schadenminderungspflicht (BGE 123 V 233 Erw. 3c) die Tätigkeit als Bürofachkraft mit einer 50%igen Leistungsfähigkeit ohne weitere Einschränkungen zumutbar sei (Urteil des

EVG vom 17. November 2003, I 314/03, Erw. 4.2). Der Versicherten sei das spätestens mit Kenntnisnahme der Rentenverfügung der IV-Stelle vom 18. Oktober 2002 bekannt gewesen. Wenn sie es dessen ungeachtet unterlassen habe, sich bei der Arbeitslosenversicherung zur Vermittlung einer Teilzeitbeschäftigung zu melden, so habe sie dies selbst zu vertreten. Dabei bleibe es, auch wenn ihr der Hausarzt im Verfahren betreffend IV-Leistungen zur Begründung eines Anspruchs auf eine ganze Invalidenrente weiterhin eine volle Arbeitsunfähigkeit attestiert habe. Andererseits habe ihr derselbe Arzt gleichzeitig eine Arbeitsleistung von täglich zwei Stunden zugemutet. Angesichts dieser - im Gegensatz zum ZMB-Gutachten - widersprüchlichen Angaben, sei auch mit Blick auf seine auftragsrechtliche Vertrauensstellung gegenüber der Patientin (BGE 125 V 353 Erw. 3b/cc mit Hinweisen), nicht auf seine Einschätzungen der Arbeitsfähigkeit abzustellen. Massgebend sei, was objektiv zumutbar war, wobei nicht auf die Arbeitsfähigkeit im bisherigen Beruf, sondern in allen (ohne vorgängige Eingliederungsmassnahmen) in Betracht fallenden zumutbaren Tätigkeiten abzustellen sei (Hinweise im Urteil: Urteile des EVG vom 29.11.2005, C 153/05, Erw. 4 und vom 14.9.2004, C 284/03, Erw. 2.2, mit Hinweisen). Weil laut ZMB-Gutachten in Bezug auf eine Tätigkeit als Bürofachkraft eine Arbeitsfähigkeit von 50% bestanden habe, sei die Beschwerdeführerin nicht im Sinne von Art. 14 Abs. 1 AVIG daran gehindert gewesen, ein Teilarbeitsverhältnis einzugehen, eine beitragspflichtige Beschäftigung auszuüben und dadurch die erforderliche Beitragszeit innerhalb der massgebenden Rahmenfrist zu erfüllen. Der geltend gemachte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist folglich zu Recht verneint worden.

Fazit: Der Beschwerdeführerin hätte also mit dem Vorliegen des ZMB-Gutachtens empfohlen werden müssen, sich bei der Arbeitslosenversicherung im Rahmen der Restarbeitsfähigkeit zur Stellenvermittlung anzumelden. Keinesfalls darf damit bis zur Klärung des Umfangs der Restarbeitsfähigkeit und damit des rechtskräftigen Abschlusses des IV-Verfahrens zugewartet werden. Andernfalls, so denn die Klärung dieser Frage längere Zeit in Anspruch nimmt, wird riskiert, dass die Beitragsvoraussetzungen unter Umständen nicht mehr erfüllt werden können.

In BGE 136 V 95 vom 2. März 2010 erklärte das Gericht zudem, dass eine bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug angemeldete, ganz arbeitslose, aber aus gesundheitlichen Gründen nur teilzeitlich arbeitsfähige Person, die bereit ist, im Umfang der ärztlich attestierten Arbeitsfähigkeit eine Stelle anzunehmen, aufgrund der Vorleistungspflicht der Arbeitslosenversicherung gemäss Art. 70 Abs. 1 ATSG (gemäss Art. 70 Abs. 2 lit. b ATSG ist die Arbeitslosenversicherung für Leistungen, deren Übernahme durch die Arbeitslosenversicherung, die Krankenversicherung, die Unfallversicherung oder die Invalidenversicherung umstritten ist, vorleistungspflichtig) Anspruch auf eine volle Arbeitslosenentschädigung habe (Erw. 5-7). Denn entweder sei die versicherte Person vermittlungsfähig, insbesondere bereit, eine zumutbare Arbeit (im Umfang von mindestens 20 % eines Normalarbeitspensums; vgl. Art. 5 AVIV [SR 837.02] und BGE 120 V 385 E. 4c/aa S. 390) anzunehmen, oder nicht (BGE 126 V 124 E. 2 S. 126; BGE 125 V 51 E. 6a S. 58). Die Vermittlungsfähigkeit könne sich dabei beispielsweise auf ein kleineres Pensum beziehen, während sie für ein höheres Pensum nicht gegeben sein könne. Im Rahmen eines bestimmten (mindestens 20%igen) Pensums könne die Vermittlungsfähigkeit indessen nur erfüllt oder nicht erfüllt sein. Zur Höhe des Taggeldes seien die Weisungen des SECO zu Art. 15 Abs. 3 AVIV klar. Nach Ziffer B254 des Kreisreibens des SECO über die Arbeitslosenentschädigung (KS ALE), gültig ab Januar 2007, sei bei Neuinvaliden, für welche die IV ihre Abklärungen noch nicht abgeschlossen habe, das Taggeld auf der Basis eines 100%igen Arbeitsausfalls festzulegen, falls nicht von offensichtlicher Vermittlungsunfähigkeit auszugehen und die versicherte Person grundsätzlich bereit sei, im Umfang der allenfalls ärztlich festgestellten Arbeitsfähigkeit eine als zumutbar erachtete Arbeit anzunehmen.

Das Bundesgericht hält in ständiger Rechtsprechung fest, dass die Vorleistungspflicht auf die Dauer des Schwebezustands zu beschränken ist, weshalb sie endet, sobald das Ausmass der Erwerbsunfähigkeit feststeht (vgl. BGE 142 V 380 E. 3.2 S. 382). Bei der Frage, wann dies der Fall ist, hat das Bundesgericht wiederholt klärend festgehalten: «bildet grundsätzlich erst die (noch nicht rechtskräftige) Verfügung der Invalidenversicherung

oder einer anderen Sozialversicherung hinreichende Grundlage für die Anpassung des versicherten Verdienstes an den damit erkannten Grad der Erwerbsunfähigkeit oder zumindest an den nicht umstrittenen Prozentsatz des errechneten Invaliditätsgrades (BGE 145 V 399 E. 4.1.3 S. 405). Ein Ende des Schwebezustands wird weiter dann angenommen, wenn bereits im Vorbescheid eine vollständige Erwerbsunfähigkeit (und damit eine offensichtliche Vermittlungsunfähigkeit) feststeht (Urteil 8C\_53/2014 E. 4.2). Wird der Vorbescheid jedoch bestritten, so dauert der Schwebezustand weiter an.

Fazit: Dem behandelnden Arzt ist zu empfehlen, eine Arbeitsunfähigkeit von maximal 80% zu attestieren, wenn diese nicht offensichtlich und objektiv höher ist.

Bemessung des Invaliditätsgrades: Die Gesetzesrevision «Weiterentwicklung der IV» (WE IV) ist auf den 1.1.2022 in Kraft getreten. Eines der zentralen Revisionsthemen ist der Wechsel zu einem neuen, stufenlosen Rentensystem. Dieses gilt grundsätzlich für alle neuen Rentenansprüche, welche ab dem 1. 1. 2022 entstehen. Rentenansprüche, die vor dem 1.1.2022 entstanden sind, werden noch nach altem Recht zugesprochen. Laufende Ansprüche werden jedoch unter bestimmten Umständen ebenfalls ins stufenlose Rentensystem überführt.

Damit ist darauf hinzuweisen, dass aktuell – je nach Fallkonstellation – eine unterschiedliche Bemessung des Invaliditätsgrades zu erfolgen hat: Entweder kommt das bisherige «Stufensystem» zur Anwendung oder dann das neue «stufenlose Rentensystem», wie es bereits im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung angewendet wird.

Zusätzlich zur Änderung des Rentensystems wurden mit der «Weiterentwicklung der IV» weitere Anpassungen vorgenommen, welche nicht unwesentlich sind. Nachfolgend wird kurz auf die wichtigsten in der Praxis relevanten Änderungen eingegangen:

- Stufenloses Rentensystem: Die neuen Renten bemessen sich prozentgenau. Neu resultieren keine «Viertels- (ab 40% Invalidität), Halbe- (ab 50% Invalidität), Dreiviertels- (ab 60% Invalidität) Renten

mehr. Beim stufenlosen Rentensystem kommt es für die Rentenhöhe neu auf jedes Prozent IV-Grad an. Anspruch auf eine Rente entsteht wie schon heute ab einem IV-Grad von 40 Prozent, eine ganze Rente wird weiterhin ab einem Invaliditätsgrad von 70 Prozent ausgerichtet. Bei einem Invaliditätsgrad von 50–69 Prozent entspricht der prozentuale Anteil neu genau dem Invaliditätsgrad. Bei einem Invaliditätsgrad von 40 bis 49 Prozent gilt eine Abstufung des Rentenanteils von 25 bis 47,5 Prozent.

- Die neuen prozentgenauen Abstufungen des Rentenanspruchs gelten sowohl in der Invalidenversicherung wie auch in der obligatorischen beruflichen Vorsorge.
- Eine inhaltliche Änderung im Bereich der Statusbestimmung wird bei der Regelung der Teilerwerbstätigen vorgenommen. Der vom Bundesgericht in einigen Urteilen geschaffene Sonderfall der Teilerwerbstätigen ohne Aufgabenbereich wird neu ausgeschlossen. Neu ist somit bei einer Teilerwerbstätigkeit für den verbleibenden Teil immer von einem komplementären Aufgabenbereich (Haushalt) auszugehen.
- Liegt ein vor der Invalidität tatsächlich erzieltetes Erwerbseinkommen mehr als 5 Prozent unterhalb des branchenüblichen Lohnes, so erfolgt eine Parallelisierung des Einkommens. Auf diese Weise werden Faktoren, die sich bereits vor dem Eintritt der Invalidität negativ auf den Lohn ausgewirkt haben, ausgeglichen. Zu denken ist dabei an Faktoren wie etwa ein regional tiefes Lohnniveau oder der Aufenthaltsstatus (inkl. Grenzgänger) und die Nationalität, oder auch persönliche Faktoren wie fehlende Sprachkenntnisse, fehlende Ausbildung oder das Alter. Neu erfolgt die Parallelisierung automatisch, sobald eine Unterdurchschnittlichkeit von mehr als 5 Prozent vorliegt. Es spielt keine Rolle mehr, ob sich die versicherte Person allenfalls aus freien Stücken mit einem bescheideneren Einkommen begnügt hat.
- Die leidensbedingten Einschränkungen, das heisst jegliche durch die Invalidität bedingte quantitative und qualitative Einschränkungen bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit (wie etwa vermehrter Pausenbedarf,

Belastungslimiten, Verlangsamung im Vergleich zu einer gesunden Person etc.) sollen neu konsequent im Rahmen der Festlegung der verbleibenden funktionellen Leistungsfähigkeit berücksichtigt werden. Zusammen mit der konsequenteren Parallelisierung, die ihrerseits bereits diverse invaliditätsfremde Faktoren ausgleicht, führt dies dazu, dass neu beim Einkommen mit Invalidität nur mehr ein einzelner Korrekturfaktor zu berücksichtigen bleibt, nämlich ein allfälliger Teilzeitabzug. Ein Teilzeitabzug kommt dann in Frage, wenn die versicherte Person invaliditätsbedingt nur noch eine funktionelle Leistungsfähigkeit von 50 Prozent oder weniger aufweist. Der Teilzeitabzug beträgt pauschal 10 Prozent.

#### Beispiel (Invaliditätsbemessung)

- Mann, Automobil-Mechatroniker EFZ
- Erzielter Lohn vor Eintritt der gesundheitlichen Beeinträchtigung: CHF 75'000.--
- Weil der tatsächliche Verdienst über dem branchenüblichen Lohn gemäss LSE (CHF 72'003.-) liegt, erfolgt keine Parallelisierung.
- Der RAD legt die funktionelle Leistungsfähigkeit nach dem Eintritt des Gesundheitsschadens auf 55% (bezogen auf ein Vollpensum) als Automobil-Mechatroniker und auf 60% (bezogen auf ein Vollpensum) für jegliche leichten bis mittelschweren Tätigkeiten fest.
- Weil die versicherte Person ihre Stelle verloren hat, muss das Invalideneinkommen anhand statistischer Werte festgelegt werden. Da sie mit einer Leistung von 55% in der angestammten Tätigkeit als Automobil-Mechatroniker (CHF 39'602.-) weniger verdienen kann als mit einer Leistung von 60% bei leichten bis mittelschweren Hilfstätigkeiten (CHF 40'660.-), wird letzterer Lohn beigezogen.
- Weil die funktionelle Leistungsfähigkeit über 50% liegt, wird kein Teilzeitabzug vorgenommen.  
Invaliditätsgradbemessung: Valideneinkommen = CHF 75'000.-  
Invalideneinkommen = CHF 40'660.-  
Erwerbseinbusse = CHF 34'340.-  
**Invaliditätsgrad gerundet = 46%**

## 8.2 Krankentaggeld und Invalidenleistungen nach IVG, BVG und UVG

Die Vorsorgeeinrichtung des letzten Arbeitgebers gewährte dem Versicherten unter Hinweis auf die Taggeldleistungen nach 24 Monaten ab Unfalltag

eine ganze Invalidenrente. Dieser Leistungsaufschub ist angesichts der auf das IVG Bezug nehmenden Bestimmung von Art. 23 und Art. 24 Abs. 1 BVG nur unter den Voraussetzungen von Art. 26 Abs. BVG i.V.m. Art. 26 BVV2 zulässig, wobei damit nichts über den Zeitpunkt der Entstehung des Rentenanspruchs gesagt wird (BGE 129 V 26 Erw. 5b). Zu untersuchen ist sodann, ob beispielsweise, gemäss Reglement eine überobligatorische Überbrückungsrente bis zur Ausrichtung der Rente der Invalidenversicherung versichert ist, so dass eine Einkommenslücke zwischen dem Ende der Leistungspflicht des Taggeldversicherers und der Verfügung der Invalidenrente überbrückt werden kann. Jedenfalls ist die obligatorische Vorsorgeeinrichtung gegenüber dem Unfallversicherer vorleistungspflichtig (Art. 70 Abs. 2 ATSG; im überobligatorischen Bereich kann sie die Ausrichtung einer Rente bei gleichzeitiger Leistung der Unfallversicherung ausschliessen [BGE 123 V 123 Erw. 3a]). Mit der rückwirkenden Renten- bzw. Taggeldzusprechung der Invaliden- und der Unfallversicherung wird für die gleichzeitigen Leistungsperioden des Krankentaggeldversicherers und der Vorsorgeeinrichtung (Überbrückungsrente) oft eine Überentschädigung entstehen. Dabei gilt es zu beachten, dass Art. 69 ATSG in der beruflichen Vorsorge nicht anwendbar ist (BGE 123 V 95 Erw. 4b). Die Überentschädigung bemisst sich in der obligatorischen Vorsorge allein nach Art. 24 BVV2 (BGE 122 V 314 Erw. 6b zur Gesetzmässigkeit dieser Bestimmung). Es gilt folglich eine Überentschädigungsgrenze von 90% des entgangenen Verdienstes zu berücksichtigen, wenn eine solche Grenze reglementarisch vorgesehen ist. Ohne Regelung beträgt die Leistungsgrenze aufgrund der als Kann-Vorschrift konzipierten Verordnungsregelung von Art. 24 BBV2 100% des entgangenen Verdienstes. In Fällen, in welchen Invaliden- und Unfallversicherung eine Gesamrente (IV-Rente und Komplementärrente des Unfallversicherers) von 90% des versicherten Verdienstes gewähren, wird die Vorsorgeeinrichtung eine, wenn auch oft kleine Invalidenrente ausrichten müssen, liegt doch der entgangene Verdienst (BGE 126 V 96 Erw. 3, 102 Erw. 6 und 471 Erw. 4a) in der Regel höher als der versicherte Verdienst (Art. 15 und Art. 20 Abs. 2 UVG). Die BVG-Invalidenrente wird sodann lebenslänglich ausgerichtet (bei

überobligatorischen Renten kann das reglementarisch anders geregelt sein). Es erfolgt im Obligatoriumsbereich keine Umwandlung in eine Altersrente (BGE 130 V 369 ff.). Seit der per 1. Januar 2005 in Kraft getretenen ersten BVG-Revision darf nun bei der Überentschädigungsberechnung bei Teilinvalidität auch das zumutbarerweise noch erzielbare Resterwerbseinkommen berücksichtigt werden (die Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 94 ff. Erw. 4 gilt seither nicht mehr). Was als unter diesem Einkommen zu verstehen ist, hat das BGE unter anderem in BGE 134 V 64 E. 4.1.3 und 9C\_592/2009 definiert. Es erkannte, dass eine Vermutung bestehe, wonach das zumutbarerweise noch erzielbare Erwerbseinkommen mit dem von der IV-Stelle ermittelten Invalideneinkommen übereinstimmt. Die Vorsorgeeinrichtung, welche eine Kürzung ihrer obligatorischen Invalidenleistungen beabsichtigt, hat dem teilinvaliden Versicherten vorgängig das rechtliche Gehör hinsichtlich jener arbeitsmarktbezogenen und persönlichen Umstände zu gewähren, die ihm die Erzielung eines Resterwerbseinkommens in der Höhe des Invalideneinkommens erschweren oder verunmöglichen. Solche subjektiven Gegebenheiten, denen unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten Rechnung zu tragen ist, sind alle Umstände, welche - im Rahmen einer objektivierenden Prüfung - für die effektiven Chancen des betreffenden Versicherten, auf dem jeweiligen tatsächlichen Arbeitsmarkt eine geeignete und zumutbare Arbeitsstelle zu finden, von wesentlicher Bedeutung sind.

Wie bereits erwähnt, schieben Vorsorgeeinrichtungen in der Regel die Invalidenleistungen während 24 Monaten auf. Das ist zulässig, wenn das Vorsorgereglement eine entsprechende Bestimmung enthält, handelt es sich doch bei der entsprechenden Verordnungsbestimmung um eine Kann-Vorschrift. Ferner müssen für diese Zeit Krankentaggeldleistungen (oder auch Unfalltaggelder) zur Auszahlung gelangen, die gemäss Art. 26 BVV2 mindestens 80 Prozent des entgangenen Lohnes betragen, und die vom Arbeitgeber mindestens zur Hälfte mitfinanziert wurden. Das trifft aber häufig nicht zu. So hielt das Bundesgericht im Urteil 9C\_1026/2008 vom 24. August 2009 fest, dass bei Krankentaggeldleistungen ein Aufschub

grundsätzlich möglich sei, wenn die Taggelder auf Grundlage eines Vertrages sowohl nach KVG als auch nach VVG geleistet würden und zudem einen Lohnersatz darstellten (Art. 27 lit. a BVV 2; heute Art. 26 lit. a BVV 2) und vom Arbeitgeber mindestens zur Hälfte mitfinanziert wurden (Art. 27 lit. b BVV 2; heute Art. 26 lit. b BVV 2). Da der Versicherte im beschriebenen Fall jedoch nach der erfolgten Kündigung des Arbeitsverhältnisses in die Einzeltaggeldversicherung übertreten musste und hierbei die Versicherungsprämien selber bezahlt hat, seien die Voraussetzungen von Art. 27 lit. b BVV 2 (in der bis zum 31. Dezember 2004 gültig gewesenen Fassung; heute: Art. 26 BVV 2) nicht erfüllt. Durch die volle Prämienfinanzierung durch den Versicherten könnten die Taggelder deshalb nicht mehr als Lohnersatz betrachtet werden. Im vorliegenden Fall kam demzufolge der 24-monatige Aufschub der Leistungen aus der beruflichen Vorsorge nicht zum Tragen. Der Versicherte hatte somit ab dem 1. August 2003 (12 Monate nach Beginn der dauernden Arbeitsunfähigkeit, die zur Invalidität geführt hat; vgl. Art. 26 Abs. 1 BVG in Verbindung mit Art. 29 Abs. 1 lit. b IVG) nebst den Taggeldern der VVG-Taggeldversicherung auch Anspruch auf Invalidenleistungen der beruflichen Vorsorge.

### **8.3 Revision bzw. Wiedererwägung**

Der Versicherte hatte 1996 einen Autounfall wobei er schwerste Verletzungen erlitt, insbesondere eine Querschnittlähmung und ein schweres geschlossenes Schädel-Hirn-Trauma. Nach Abschluss der Heilbehandlung absolvierte er im Rahmen einer Eingliederungsmassnahme der IV die Umschulung zum technischen Kaufmann, die er erfolgreich abschloss. Infolge dessen sprach ihm die IV eine halbe Rente basierend auf einem IV-Grad von 62% zu. Die IV und dann auch die SUVA gingen davon aus, dass dem Versicherten gemäss ärztlicher Beurteilung eine den Unfallfolgen angepasste Tätigkeit während 5 Stunden pro Tag zumutbar sei. Die Verfügung vom 23. November 2000 erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

In der Realität zeigte sich jedoch bald, dass diese Annahmen zu optimistisch waren, weil sie neben den Folgen der Paraplegie zu wenig die zusätzlichen hirnverletzungsbedingten Einschränkungen berücksichtigten. Tatsächlich konnte der Versicherte an einem Arbeitsplatz in der freien Wirtschaft nicht bestehen. Dies wurde mit Arztbericht vom April 2003 bestätigt. In der Folge liess die SUVA zunächst mit Schreiben vom Dezember 2003 wissen, sie gehe aufgrund des Arztberichts von einer Verschlimmerung aus und werde voraussichtlich die Rente mit Wirkung ab 1. Mai 2003 auf 100% erhöhen. Doch wollte die IV mit Schreiben an die SUVA vom 4. August 2004 eine Verschlimmerung des Gesundheitszustandes nicht anerkennen und daher keine Rentenerhöhung vornehmen. Daraufhin liess nun auch die SUVA den Versicherten mit Schreiben vom 7. September 2004 wissen, die Abklärungen hätten ergeben, dass seit Rentenfestsetzung im Jahr 2000 keine Verschlechterung des unfallbedingten Gesundheitszustandes eingetreten sei. Am 30. November 2004 beantragte der Versicherte bei der SUVA eine revisionsweise Erhöhung der Rente, was die SUVA mit Verfügung vom 20. Dezember 2004 und Einspracheentscheid vom 13. Februar 2006 ablehnte. Dagegen wurde Beschwerde erhoben.

Das Sozialversicherungsgericht Basel-Stadt ging in seinem Urteil vom 14. Dezember 2006 zunächst auf die Unterschiede zwischen der Revision nach Art. 17 ATSG (Anpassung der Invalidenrente) und Art. 53 Abs. 1 ATSG (Prozessuale Revision) ein. Die Anpassung verlangt eine erhebliche Änderung des Gesundheitszustandes, was zu verneinen sei, da die Ärzte von einem „im Allgemeinen unveränderten neuropsychologischen Bild“ ausgingen. Bei den für die prozessuale Revision notwendigen neuen erheblichen Tatsachen handelt es sich eigentlich um alte, die in dem Sinne „neu“ sind, als sie der um Revision ersuchenden Person trotz hinreichender Sorgfalt nicht bekannt waren. Es ist eine 90-tägige Frist zu beachten, die mit der Entdeckung des Revisionsgrundes zu laufen beginnt. Das Gericht kam zum Schluss, dass auch das Vorliegen einer solchen neuen Tatsache fraglich sei, da die neuropsychologischen Defizite bereits zum Zeitpunkt der Verfü-

gung aktenkundig gewesen seien. Zudem sei die 90-tägige Frist zur Anmeldung der Revision vermutlich nicht gewahrt worden.

Allerdings könne die Frage offengelassen werden, da das Gericht die Auffassung vertrat, die SUVA sei faktisch auf ein Wiedererwägungsgesuch eingetreten indem sie – zumindest im Ergebnis – das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Wiedererwägung verneint habe. Das Gericht vertrat nun die gegenteilige Auffassung, nämlich dass die ursprüngliche Verfügung vom 23. November 2000 als offensichtlich falsch bewertet werden müsse. Auf jeden Fall müsse rückblickend gesagt werden, dass die der Verfügung zugrundeliegende Einschätzung der Ärzte, klarerweise zu optimistisch war. Die SUVA habe deshalb neue medizinische und erwerbliche Abklärungen zu treffen und erneut über den Rentenanspruch des Versicherten zu befinden. Das für die Wiedererwägung vorausgesetzte Kriterium der erheblichen Bedeutung wurde unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts bejaht, da es bei der Rente um eine periodische Dauerleistung geht.

Gegen dieses Urteil des Sozialversicherungsgerichts Basel-Stadt erhob die SUVA Beschwerde beim Bundesgericht. Dieses verneinte in seinem Urteil vom 5. Dezember 2007 ebenfalls das Vorliegen der Revisionsvoraussetzungen nach ATSG Art. 17 und 53 Abs. 1. Die SUVA habe zudem in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zutreffend dargelegt, dass sie mit der Verfügung vom 20. Dezember 2004 und Einspracheentscheid vom 13. Februar 2006 die ursprünglich zugesprochene Invalidenrente von 60% bestätigt, diese aber nicht in Wiedererwägung gezogen habe. Das Zurückkommen auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide beim Fehlen eigentlicher Revisionsgründe liege im Ermessen des Versicherungsträgers (Art. 53 Abs.2 ATSG; BGE 133 V 50). Diese Rechtslage könne nicht dadurch umgangen werden, dass die Frage der Wiedererwägung auf dem Wege der Verfahrensausdehnung im kantonalen Gerichtsverfahren aufgegriffen wird. Denn damit würde der in BGE 133 V 50 bestätigte Grundsatz der fakultativen, im pflichtgemässen Ermessen der Verwaltung liegenden

Wiedererwägung verletzt, die ihr vom Gericht nicht aufgezwungen werden dürfe. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der SUVA folglich gut.

Es ist somit folgendes Fazit zuziehen: Der in diesem Prozess unterlegene Versicherte ist faktisch seit Jahren zu 100% invalid, kann den ihm eine lediglich 60%ige Invalidität attestierenden ursprünglichen und offensichtlich falschen Rentenentscheid aber nicht mehr korrigieren bis allenfalls andere neue Tatsachen eine Anpassung ermöglichen. Die Lehre daraus kann nur sein: Jeglichem Optimismus muss im Rahmen der Eingliederung seitens der Versicherten mit grösster Skepsis begegnet werden, da damit gerechnet werden muss, dass Korrekturen nachträglich nicht mehr vorgenommen werden können. Dies führt faktisch zu einer Demotivierung der Versicherten im Eingliederungsprozess, der seit der letzten IVG-Revision mehr denn je die Sozialversicherungen beherrscht.

Basel, 26. September 2022

Daniel Tschopp, Sebastian Laubscher, André Baur, Advokaten