

Medinfo

Mitteilungen zu Themen der Privatversicherer

Infoméd

Bulletin des assureurs privés



ICF in der Begutachtung und Rechtsentwicklung

La CIF face aux expertises et à l'évolution du droit

2018/1

Inhalt

Editorial	3
Die Verwendung der International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) in der somatischen Begutachtung (Teil 2) Jörg Jeger	4
ICF und Begutachtung in der Psychiatrie – ein praktisches Beispiel Gerhard Ebner	13
Die präzisierende Rechtsprechung des BGE 141 V 281 und die ICF Iris Herzog-Zwitter	19
Obligation de diminuer le dommage – De son importance pour les médecins et les experts Hubert Bär	25

Editorial

Liebe Leserinnen und Leser

In der Ausgabe 2017/2 haben wir Ihnen die International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) in all ihren Facetten aus eher theoretischer Sicht nähergebracht. In der aktuellen Ausgabe geht es darum, Ihnen an konkreten Beispielen der Begutachtung die ICF-Einbettung verständlicher zu machen und zudem die entsprechende Rechtsentwicklung zu erklären.

Beim letzten Beitrag handelt es sich um die französische Version der Schadenminderungspflicht in den verschiedenen Versicherungsbereichen, welche in der letzten Ausgabe in deutscher Sprache veröffentlicht wurde.

Ich wünsche Ihnen viel Vergnügen beim Lesen dieser Beiträge
Bruno Soltermann

Chères lectrices, chers lecteurs,

Dans notre édition 2017/2, nous vous avons présenté les aspects théoriques de la Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé (CIF) ainsi que de toutes ses facettes. Dans la présente édition, des exemples concrets viennent illustrer l'application de la CIF dans la pratique afin de la rendre plus compréhensible, tout en expliquant l'évolution correspondante des dispositions réglementaires.

Le dernier article est la version française de l'article sur l'obligation de restreindre le dommage ressortant de plusieurs domaines d'assurance qui était paru uniquement en allemand dans la dernière édition.

Bonne lecture
Bruno Soltermann

Die Verwendung der International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) in der somatischen Begutachtung (Teil 2)

Jörg Jeger
Luzern

Kommentar

In der Nummer 02/2017 des Medinfo wurden die Grundzüge der Verwendung der International Classification of Functioning, Disability and Health im Rahmen von somatischen Fachgutachten erläutert. Ergänzend dazu zeigt das folgende rheumatologische Fachgutachten, wie die ICF konkret in eine gutachterliche Beurteilung eingebaut werden kann. Das anonymisierte Gutachten wird hier gekürzt wiedergegeben. Der Aufbau richtet sich nach den einschlägigen Leitlinien und Lehrbüchern zur medizinischen Begutachtung. Die Abschnitte zum rechtlichen Rahmen, zur Aktenlage, zu den Angaben der Versicherten und zu den Befunden werden in diesem Aufsatz aus Platzgründen nicht abgedruckt, lediglich die versicherungsmedizinische Beurteilung.

In diesem Gutachten stehen eine häufige (rheumatoide Arthritis) und eine seltene (Secretan's Disease) Erkrankung zur Diskussion, die im Rahmen einer Kausalitätsbeurteilung differentialdiagnostisch gegeneinander abgewogen werden müssen. Dabei lässt sich aufzeigen, wie eine literaturgestützte (evidenzbasierte) Argumentation sinnvoll in medizinische Gutachten eingebaut werden kann.

Die Anlehnung an die ICF erfordert vom Gutachter, dass er schon bei der Anamnesenerhebung die Ebene von Aktivität und Partizipation erfasst und sich nicht auf das Abfragen von Symptomen beschränkt. Ebenso muss der Fokus bei der Auswertung der zur Verfügung stehenden Akten frühzeitig auch auf die Auswirkungen der Erkrankung auf die alltäglichen Aktivitäten gelegt werden. Letztlich geht es bei einer medizinischen Begutachtung um den Beweis der Behinderung, nicht allein um den Beweis der Erkrankung (indikatorenorientiertes Abklärungsverfahren gemäss BGE 141 V 281).

Rheumatologisches Gutachten zu Frau A., geb. 1963 Biografie

Frau A. verbrachte die ersten fünf Jahre bei ihren Grosseltern in Italien, die Eltern hätten in der Schweiz gelebt, dann sei sie nach Basel zu ihren Eltern gekommen, sei eingeschult worden und habe zuerst enorm Mühe gehabt mit der deutschen Sprache. Dies sei der Grund gewesen, warum man sie in der Sonderschule eingeteilt und dort belassen habe, bis am Ende der 9-jährigen Schulzeit, sie habe dann eine Lehre begonnen in der Charcuterie-Abteilung des Grossverteilers G., wegen verschiedener Allergien sei sie in eine andere Abteilung versetzt worden, die Lehre habe sie aber nicht abschliessen können. Sie sei dann an verschiedenen Stellen tätig gewesen, Heirat mit 24 Jahren, Umzug nach Zürich, sei dort beim Grossverteiler G. als Verkäuferin tätig gewesen, später in einem Bettwäschegegeschäfts, ab 2010 im Möbelhaus Y., zu Beginn in einem 80 %-Pensum, seit 2012 in einem 100 %-Pensum. 1989 erfolgte die Geburt der ersten Tochter, 1992 die Geburt der zweiten Tochter, Trennung der Ehegatten 2013, die Scheidung sei demnächst vorgesehen. Sie lebe nun in einer 2½-Zimmerwohnung, ohne Partner, ihre ältere Tochter lebe noch mehrheitlich bei ihr, die jüngere Tochter sei ausgezogen. Frau A. arbeitet derzeit zu 100 % als Kundenberaterin und Verkäuferin im Möbelhaus Y.

Vorgeschichte

Laut Bericht des damaligen Hausarztes Dr. von C. vom 02.12.2009 beklagte Frau A. im Herbst 2006 erstmals eine Raynaud-Symptomatik der Hände. Damals waren die antinukleären Antikörper mit 1:640 erhöht, es erfolgte eine symptomatische Behandlung. Im Mai 2007 beklagte Frau A. vermehrte Mundtrockenheit (Sicca-Symptomatik). Im Februar 2009 zeigte sie klinisch multiple Synovitiden an Händen und Füßen, verbunden mit einer Morgensteifigkeit. Die Anti-CCP Antikörper waren leicht erhöht, der Rheumafaktor mehrmals negativ. Es erfolgte zuerst eine symptomatische Behandlung mit einem Steroidstoss, nach Vorstellung beim Rheumatologen Dr. med. P. im März 2009 wurde eine Basistherapie mit Me-

thotrexat eingeleitet. Im Bericht der Rheumatologie des Universitätsspitals M. vom 02.09.2015 wurde erwähnt, dass die Basistherapie mit Methotrexat vorübergehend auch mit Salazopyrin kombiniert worden sei. Frau A. habe die Basistherapie wegen Nebenwirkungen im Laufe des Jahres 2013 abgesetzt und sich anschliessend mit einer quasi veganen Diät selber behandelt.

Ereignis vom 15.01.2014

In der am 08.10.2014 (d.h. 9 Monate nach dem angeschuldigten Ereignis) verfassten Bagatellunfallmeldung UVG werden folgende Angaben erwähnt: *„Unfalldatum 15.01.2014, 15 Uhr, beim Gehen in der Handoberfläche an eine Tischkante gestossen, verletzter Körperteil Mittelhand links, Sudeck-Syndrom, behandelnder Arzt Dr. med. C.“* Am 15.10.2014 teilte die Versicherung X. dem Hausarzt mit, für die Folgen dieses Ereignis werde sie Versicherungsleistungen erbringen. Am 26.11.2014 teilte die Versicherung X. Frau A. mit, über die Versicherungsleistungen könne sie erst entscheiden, wenn weitere Abklärungen erfolgt seien.

Krankheitsentwicklung

Zum Frühverlauf fehlen echtzeitliche medizinische Unterlagen. Die Befunde aus den ersten Wochen und Monaten nach dem Ereignis vom 15.01.2014 sind nirgends sauber dokumentiert. In einem am 15.12.2014 verfassten Zeugnis erwähnte der Hausarzt Dr. C., er habe die Patientin erstmals am 07.10.2014 wegen der Handschwellung links gesehen. Er machte auf eine vorbestehende rheumatoide Arthritis aufmerksam. Zur Therapie erwähnte er: *„Ergotherapie Hand, Miacalcic Behandlung, Gabe von Calcium und Vitamin D. Die Patientin schlug aber einen anderen Weg ein, zuerst Behandlung mit Bioresonanz, inzwischen Ruhigstellung durch Dr. Q. am Orthopädie Zentrum Z.“*

In einem am 11.05.2015 verfassten Bericht erwähnte der Hausarzt Dr. med. C., Frau A. habe sich wegen einer schmerzhaften Schwellung der linken Hand am 15.05.2014

gemeldet. Er habe ihr einen Kortisonstoss verordnet, beginnend mit 30 mg Prednison, mit absteigender Dosierung über drei Wochen. Es bestehe eine rheumatoide Arthritis mit Übergang in ein Sjögren-Syndrom, die ab 2009 passager mit Methotrexat behandelt wurde, aktuell beanspruche Frau A. für die Behandlung der rheumatoiden Arthritis nur Diät und alternativ medizinische Methoden Am 09.10.2014 sei eine Magnetresonanztomografie durchgeführt worden, anschliessend habe er Frau A. nicht mehr gesehen, sie habe sich bei Dr. Q. gemeldet. Dr. C. beschrieb folgende Befunde: Überwärmung, Schwellung am linken Handgelenk, Rötung, vermehrte Behaarung, anhaltende Schmerzhaftigkeit.

Ein KG-Eintrag des Orthopäden und Handchirurgen Dr. Q. vom 17.11.2014 beschreibt folgenden Sachverhalt:

- Frau A. beklagt eine schmerzhafte Schwellung an der linken Hand. Sie erwähnt als Auslöser ein Ereignis vom 15.01.2014.
- Eine Magnetresonanztomografie vom 19.10.2014 zeigte eine Weichteilraumforderung am Handrücken, keine Sehnenentzündung. Dem Orthopäden stand kein schriftlicher Radiologiebefund zur Verfügung, er beschrieb den MRT Befund aufgrund einer eigenen Beurteilung.
- Der KG-Eintrag erwähnt mehrere Vorbehandlungen, unter anderem mit Ruhigstellung, Bioresonanz, Kortison-tabletten und Vitamin C, wobei einer der Vorbehandler ein Complex Regional Pain Syndrom (CRPS, Morbus Sudeck) postulierte.
- Frau A. wurde aktuell durch die Ergotherapeutin Frau T. behandelt
- Als Textilverkäuferin war sie voll arbeitsfähig, arbeitete aber mehrheitlich mit der rechten Hand, wobei Frau A. Rechtshänderin ist.
- Der Eintrag erwähnt eine vorbestehende rheumatoide Arthritis, die angeblich spontan in Remission gekommen sei.
- Der Handchirurg postulierte einen Morbus Secretan (beim dem eine faktitiöse Verletzung vermutet werde) und konfrontierte Frau A. mit seinem Verdacht.

- Er bat den Hausarzt Dr. C. um zusätzliche Informationen zur Behandlung einer vorbestehenden rheumatoiden Arthritis.
- Der Handchirurg verordnete eine dreiwöchige Ruhigstellung in einem zirkulären Gips.

Anlässlich der am 09.10.2014 durchgeführten Magnetresonanztomografie der linken Hand beschrieb der Radiologe (Name auf dem Befund nicht erkennbar): *„Ausgedehntes diffuses Ödem der Handwurzelknochen sowie des Metakarpale II-V in Höhe des Karpometakarpalgelenkes mit Usuren bzw. zystoiden Läsionen an der Basis des Metakarpale II-IV sowie ausgedehnter begleitender Schwellung der angrenzenden Weichteilstrukturen. Die genannten knöchernen wie auch Weichteilveränderungen zeigen deutliche Kontrastmittelanreicherung. Der Befund ist auch unter Berücksichtigung der uns mitgeteilten Anamnese mit Veränderungen im Rahmen des Morbus Sudeck vereinbar. Begleitende Synovialitis. Kein Nachweis einer Fraktur. Riss des skapholunären Ligamentes und partieller Riss der ulnaren Refixation des Discus triangularis. In dieser Höhe erkennt man auch ein 0.4 cm grosses Ganglion.“*

Der Radiologe hielt diese Befunde als mit einem Morbus Sudeck vereinbar. Unter den klinischen Angaben wird *„fraglicher Sudeck“* aufgeführt, ohne Hinweis auf eine vorbestehende rheumatoide Arthritis. Offenbar wurde dem Radiologen die Vorgeschichte (vorbestehende, derzeit unbehandelte rheumatoide Arthritis) nicht mitgeteilt. Was der Radiologe hier an Befunden aufführt, ist aber meines Erachtens weit besser mit einer destruierenden rheumatoiden Arthritis vereinbar als mit einem Complex Regional Pain Syndrom. Insbesondere die beschriebenen Usuren, die zystoiden Veränderungen und die Synovialitis sind geradezu typisch für eine rheumatoide Arthritis. Dazu passen die sonografischen Befunde an beiden Händen, die der Rheumatologe Dr. med. S. anlässlich seiner Untersuchung vom 08.07.2015 festhielt.

Am 23.12.2014 reichte der Arbeitgeber (Möbelhaus Y) AG eine Rückfallmeldung ein. Als Rückfalldatum wurde der 01.12.2014 aufgeführt, wohl aufgrund der attestierten Arbeitsunfähigkeit infolge Ruhigstellung im Gips.

Anlässlich der Gipsentfernung vom 22.12.2014 beschrieb der Handchirurg im KG-Eintrag eine weitgehende, aber nicht vollständige Regredienz der Schwellung. Aufgrund des Verdachts auf eine faktitiöse Verletzung empfahl er dem Hausarzt Dr. C. eine psychologische Evaluation. Für die Zeit der Ruhigstellung im Gips vom 01.12. bis 22.12.2014 attestierte er eine Arbeitsunfähigkeit von 100%, anschliessend eine Arbeitsunfähigkeit von 25% für weitere drei Wochen. Ab dem 12.01.2015 wurde im Unfallschein wieder eine volle Arbeitsfähigkeit eingetragen.

Aus weiteren KG-Einträgen von Dr. Q. ist erkennbar, dass Frau A. 2009 beim Rheumatologen Dr. P. in Behandlung stand.

Am 19.01.2015 nahm die beratende Ärztin der Versicherung, Frau Dr. med. W., zur Kausalität Stellung und beurteilte diese als lediglich möglich, worauf die Versicherung X am 20.01.2015 Frau A. mitteilte, sie sei nicht leistungspflichtig. In einem Bericht vom 29.01.2015 erwähnte der Handchirurg Dr. Q., die Patientin habe aufgrund seines Verdachts auf einen Morbus Secretan (faktitiöse Verletzung) und seines Vorschlages einer psychiatrischen Evaluation das Vertrauen in seine Behandlung verloren. Erstaunlich ist für mich aus gutachterlicher Sicht, dass Dr. Q. das Aufflackern der seit 2009 bekannten und aktuell unbehandelten rheumatoiden Arthritis nicht in seine differenzialdiagnostischen Überlegungen miteinbezog, zumal er die rheumatoide Arthritis explizit in der Diagnoseliste aufführte. Er empfahl, eine Zweitmeinung an der Handchirurgie am Universitätsspital M. einzuholen. PD Dr. med. U. sah Frau A. am 19.05.2015. Er stellte eine persistierende Schwellung am linken Handgelenk mit eingeschränkter Beweglichkeit fest. Im Abschnitt Anamnese erwähnte er, Frau A. habe die linke Hand dreimal angeschlagen: im Januar 2014, im März 2014 und im Januar 2015. Die Ereignisse vom März 2014 und

Januar 2015 wurden in früheren Akten nicht erwähnt. Die Finger beschrieb er als normal beweglich. Er vermutete, es könnte ein Wiederaufflackern der bekannten, zurzeit nicht behandelten rheumatoiden Arthritis vorliegen und empfahl eine Beurteilung durch die Rheumatologen am Universitätsspital M.

Am 22.06.2015 erfolgte eine konventionell radiologische Untersuchung der Hände und Füsse und am 08.07.2015 eine sonografische Untersuchung der Hände durch die Rheumatologen am Universitätsspital M. Sowohl die radiologischen wie auch die sonografischen Befunde sprechen für eine rheumatoide Arthritis. Im Bericht der Abteilung Rheumatologie vom 02.09.2015 wird eine Konstellation mit deutlich erhöhter Entzündungsaktivität beschrieben, zwar ohne klinisch sichtbare Synovitis: BSR 44 mm/h, CRP 4.4 mg/l, antinukleäre Antikörper 1:1280 positiv, Anti-CCP Antikörper 302. Die Rheumatologen empfahlen die Wiederaufnahme einer Basistherapie mit Methotrexat.

Kommentar zum von Dr. Q. postulierten Krankheitsbild Secretan's Disease

Henri-François Secretan wurde 1856 in Neuchâtel geboren. Nach seinen Studien der Literatur und der Medizin betrieb er in Lausanne eine Praxis und starb 1916. Er interessierte sich besonders für berufs- und unfallgeschädigte Patientinnen und Patienten und verfasste mehrere Bücher. Er beschrieb 1901 ein Krankheitsbild mit hartem Ödem und traumatischer Hyperplasie am Handrücken („*Oedème dur et hyperplasie traumatique du métacarpe dorsal*“), das später nach seinem Namen benannt wurde. Im Laufe der Jahre wurden verschiedene Hypothesen zur Ätiologie formuliert, unter anderem eine faktitiöse Genese (Selbstverletzung). K. und D. Al Aboud beschreiben in ihrer Übersichtsarbeit¹, es könne beispielsweise auftreten, wenn sich die Patienten selbst am Vorderarm abschnüren. Es handle sich dabei vorwiegend um ein Lymphödem,

verbunden mit Schmerzen und eingeschränkter Beweglichkeit, wobei der Daumen typischerweise ausgespart bleibe. Wegen des Verdachtes auf eine Selbstverletzung empfehle sich eine Ruhigstellung in einem Gips und eine psychiatrische Evaluation und Behandlung. Diskutiert werde aber auch eine traumatische Genese, wobei es zu einer peritendinösen Fibrose komme.

In seiner in der Revue Médicale Suisse Romande erschienenen Originalarbeit² beschrieb H.-F. Secretan 11 Fälle mit diesem Leiden, wobei 10 Patienten wieder zur Arbeit zurückkehrten, einer blieb arbeitsunfähig.

In einer Fallbeschreibung mit Literaturreview erwähnen D. Moretta und R. Cooley³, dass im Wesentlichen drei Ätiologien postuliert werden:

- Eine faktitiöse Genese (Selbstverletzung)
- Eine posttraumatische sympathische Dysregulation, ähnlich wie bei einem Morbus Sudeck (Complex Regional Pain Syndrome, CRPS)
- Eine durch ein Trauma ausgelöste peritendinöse Fibrose.

Die Autoren schreiben, dass die neuere Literatur dazu tendiere, mehrheitlich eine faktitiöse Genese (Selbstschädigung) anzunehmen.

Kommentar zur leitliniengerechten Behandlung einer rheumatoiden Arthritis

Zur Behandlung einer rheumatoiden Arthritis existieren mehrere Guidelines, unter anderem der europäischen Rheumaliga EULAR.⁴ Die Indikation für eine Basistherapie ist bei der vorliegenden Konstellation zweifellos gegeben, wobei Methotrexat nach wie vor ein first-line Medikament ist. Der Vorschlag der Rheumatologen des Universitätsspital M. ist begründet

¹ Al Aboud K. & D.: Henri-François Secretan (1856-1916) and his Syndrome. Acta med-hist Adriat 2011; 9: 237-242.

² Secretan Henri-François: Oedème dur et hyperplasie traumatique du métacarpe dorsal. Rev Med Suisse Romande 1916; 21: 409-416.

³ Moretta D.N., Cooley R. D.: Secretan's Disease: A Unique Case Report and Literature Review. The America Journal of Orthopedics 2002; 31: 524-527.

⁴ Smolen J.L. et al.: EULAR recommendations for the management of rheumatoid arthritis with synthetic and biological disease-modifying antirheumatic drugs: 2013 update.

und entspricht den Empfehlungen der Leitlinien. Eine ungenügend behandelte rheumatoide Arthritis hat bei klar nachgewiesener Entzündungsaktivität das Potenzial, zu weiteren Destruktionen zu führen, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können und relevante funktionelle Defizite bewirken können.

Aktuell steht Frau A. erneut unter einer Basistherapie mit Methotrexat. Sie wurde im April 2016 wieder aufgenommen, vorerst mit einer Dosis von 15 mg/Woche, am 11.08.2016 erfolgte die Reduktion auf aktuell 7.5 mg/Woche in Form einer Selbstinjektion. Frau A. ist derzeit beschwerdearm. Sie beklagt eine minime Schwellung dorsal und radialseits am linken Handgelenk, eine eingeschränkte Beweglichkeit sowie eine verminderte Kraft. Zudem beklagt sie Müdigkeit und Energiemangel, die gemäss ihrer Überzeugung mit der Behandlung mit Methotrexat zusammenhängen. Im Weiteren beklagt Frau A. leichtgradige Schmerzen am Achillessehnenansatz am rechten Fuss mit Rötung und Schwellung, diese Fusschmerzen bestünden seit etwa 1½ Jahren.

Klinisch fällt in erster Linie die deutlich eingeschränkte Beweglichkeit des linken Handgelenkes auf, diese wirkt ossär/artikulär eingeschränkt, nicht schmerzbedingt. Das Handgelenk ist dorsal im Bereich der Sehne des M. extensor indicis und radialseits über dem Processus styloideus radii diskret geschwollen. Radiologisch zeigt sich das Bild einer deutlichen Sekundärarthrose, typisch für Schäden im Rahmen einer rheumatoiden Arthritis. Die Blutsenkungsreaktion war unter Methotrexat anlässlich der letzten Kontrolle bei Dr. P. am 11.08.2016 mit 27 mm/h immer noch leicht erhöht, das CRP lag im Normbereich. Die neu angefertigten Röntgenbilder zeigen fortgeschrittene postentzündliche sekundärarthrotische Veränderungen in der linken Handwurzel und im Handgelenk mit partieller Ankylosierung, die einzelnen Handwurzelknochen sind nicht mehr sauber gegeneinander abgrenzbar:



Abb. 1: aktuelle Röntgenbefunde anlässlich der Begutachtung

Überwiegend wahrscheinlich ist, dass die Grundkrankheit (rheumatoide Arthritis) zeitgleich mit dem angeschuldigten Ereignis vom 15.01.2014 wieder eine erhöhte Aktivität entwickelte. Was Dr. med. C. in seinem Bericht vom 11.05.2015 zur Konsultation vom 15.05.2014 (vier Monate nach dem Anschlagen der Hand) schrieb, passt gut zu einer erneut aufgeflackerten rheumatoiden Arthritis. In der funktionellen Ultraschalluntersuchung vom 08.07.2015 beschrieb Dr. S. eine Synovitis an beiden Handgelenken, also auch an der nicht traumatisierten Hand. Die Magnetresonanztomografie vom 09.10.2014 wurde vom Radiologen meines Erachtens fehlinterpretiert, wohl in Unkenntnis der vorliegenden Grunderkrankung. In den Angaben zur Indikation für die MRT erwähnte der Radiologe keine vorbestehende rheumatoide Arthritis, sondern einen Verdacht auf Morbus Sudeck. Radiologisch liegen typische Destruktionen und sekundärarthrotische Veränderungen vor, wie sie im Rahmen einer rheumatoiden Arthritis auftreten können.

Frau A. wurde 2009 bis 2013 mit Methotrexat behandelt, nachdem die Diagnose einer seropositiven rheumatoiden Arthritis gesichert war. Der Behandlungsabbruch erfolgte auf Wunsch der Patientin, die sich nicht mehr mit „Gift“ behandeln lassen wollte. Dass es nach Abbruch der Basistherapie mit zeitlicher Verzögerung wieder zu einem Aufflackern der Entzündungsaktivität kommt, entspricht dem Erfahrungsschatz eines Rheumatologen. Ob das Anschlagen kausal direkt für die Auslösung eines entzündlichen Schubes der rheumatoiden Arthritis verantwortlich ist, kann evidenzbasiert nicht zuverlässig beantwortet werden. Patienten mit einer rheumatoiden Arthritis

haben auch gehäuft Weichteilprobleme in Form von Tenosynovitiden und Tendinitiden. So halte ich dafür, dass die Tendinitis achillae rechts auch mit der rheumatoiden Arthritis zusammenhängt. Die vom Handchirurgen Dr. med. Q. geäußerte Verdachtsdiagnose eines Morbus Secretan halte ich für nicht zutreffend, ebenso die Diagnose eines Morbus Sudeck (CRPS).

Konsistenzprüfung

Die Konsistenzprüfung (Diskrepanzanalyse) erfolgt in Anlehnung an publizierte Vorlagen:⁵

- *Diskrepanzen zwischen der subjektiv geschilderten Intensität der Beschwerden und der Vagheit der Beschwerden:*
Frau A. liefert präzise Angaben zu ihren Beschwerden und den daraus folgenden Behinderungen im Alltag. Diesbezüglich sind keine Diskrepanzen feststellbar.
- *Diskrepanzen zwischen massiven subjektiven Beschwerden (einschliesslich Selbsteinschätzung in Fragebogen) und der erkennbaren körperlich-psychischen Beeinträchtigung in der Untersuchungssituation:*
Die Angaben von Frau A. wirken adäquat, es ergibt sich auch keine Diskrepanz zwischen den subjektiven Angaben und dem Erscheinungsbild anlässlich der Befragung und Untersuchung.
- *Diskrepanzen zwischen schwerer subjektiver Beeinträchtigung und einem weitgehend intakten psychosozialen Funktionsniveau bei der Alltagsbewältigung:*
Frau A. betrachtet sich selber als wenig behindert, die von ihr angegebenen Einschränkungen passen zu den objektivierbaren Befunden.
- *Diskrepanzen zwischen dem Ausmass der geschilderten Beschwerden und Intensität der bisherigen Inanspruchnahme therapeutischer Hilfe:*
Wenn Frau A. die Basistherapie früher eigenmächtig gestoppt hat, so hat dies meines Erachtens nicht mit feh-

lendem Leidensdruck zu tun, sondern mit ihrer Abneigung gegenüber schulmedizinischen (insbesondere „chemischen“) Behandlungen und der Präferenz von alternativ-medizinischen Heilmethoden. Sie ist jetzt aber gewillt, nach eingehender Aufklärung durch den behandelnden Rheumatologen, die wieder aufgenommene Basistherapie weiter zu führen.

- *Diskrepanzen zwischen am Untersuchungstag (und am Tag zuvor) als eingenommen angegebenen Medikamenten und dem Nachweis der Medikamente im Blutserum:*
Frau A. erhält Methotrexat in Form von Injektionen. Sie nimmt keine Analgetika oder Psychopharmaka dauerhaft ein. Es bestand im Rahmen der Begutachtung kein Anlass für die Bestimmung von Medikamentenspiegeln.

Beurteilung in Anlehnung an die International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF)

Gesundheitsproblem: Als Grunderkrankung besteht eine seropositive rheumatoide Arthritis mit hauptsächlicher Manifestation an der linken Hand (ICD-10 M05.84). Aus somatischer Sicht ergeben sich keine Verdachtsmomente, dass zusätzlich eine relevante psychiatrische Komorbidität vorliegt.

Körperfunktionen und Strukturen: An der linken Handwurzel und im Handgelenk haben sich eine erhebliche Sekundärarthrosen entwickelt, die einzelnen Handwurzelknochen sind kaum noch gegeneinander abgrenzbar und zu einem Konglomerat verschmolzen. Klinisch besteht derzeit eine minime längliche Schwellung etwa im Bereich der Sehne des Musculus extensor indicis über der proximalen Handwurzel dorsal, zudem eine minime Schwellung im Bereich des Processus styloideus radii. Die Beweglichkeit des linken Handgelenkes wirkt ossär/artikulär deutlich eingeschränkt mit einer Volarflexion von 50°, Dorsalflexion von 40°, Radialduktion von 10° und Ulnarduktion von 25°. An den MCP-Gelenken, den proximalen und den Interphalangealgelenken bestehen keine Synoviti-

⁵ AWMF Leitlinie «Ärztliche Begutachtung von Menschen mit chronischen Schmerzen» (2012). www.awmf.org/leitlinien

den, die Faustschlusskraft beträgt links 0.1 bar bei als gut imponierender Kooperation seitens der Versicherten. Im Bereich des Achillessehnenansatzes rechts besteht eine leichte Rötung und Schwellung. Die beklagte Müdigkeit könnte durchaus im Rahmen der noch bestehenden erhöhten Entzündungsaktivität als Allgemeinsymptom der rheumatoiden Arthritis interpretiert werden, sie ist derzeit aber nicht mehr stark ausgeprägt. Die anamnestisch bestehende (leichte) Raynaud- und Sjögren-Symptomatik ist vermutlich ebenfalls bedingt durch die entzündlich-rheumatische Grunderkrankung.

Auswirkungen auf Aktivität und Partizipation: Im Vordergrund stehen Einschränkungen an der linken Hand, bedingt durch die eingeschränkte Beweglichkeit, die verminderte Belastbarkeit und die verminderte Kraft. Frau A. ist Rechtshänderin. Sie kann mit der linken Hand keine schweren Gewichte heben und tragen und keine Arbeiten ausführen, die eine volle Flexion und/oder Extension im Handgelenk erfordern. Auch prolongierte feinmotorische Arbeiten mit der linken Hand sind nur sehr eingeschränkt möglich. Was die Tätigkeit als Möbelverkäuferin anbelangt, so wirken sich diese Einschränkungen nicht in einem Ausmass aus, die eine relevante Reduktion der Arbeitsfähigkeit zur Folge hätte. Frau A. muss an ihrem angestammten Arbeitsplatz nur sehr selten selber Möbel verschieben und kann – wenn sie dies tun muss – auf die Mithilfe von Kollegen und Kolleginnen zurückgreifen. Es ist aber durchaus möglich, dass neue Schübe oder neue Manifestationen auftreten, welche die Arbeitsfähigkeit einschränken. Insofern ist eine exakte Prognose unmöglich. Die Prognose wird wesentlich davon abhängen, wie gut es gelingen wird, mit einer suffizienten Basistherapie die Entzündungsaktivität langanhaltend zu unterdrücken. In Bezug auf die Führung des eigenen Haushaltes kann Frau A. die Behinderungen weitgehend kompensieren, für strengere Arbeiten kann sie auch auf die Mithilfe der älteren Tochter zurückgreifen, die noch mit ihr zusammen lebt. Was die Freizeitaktivitäten anbelangt, so ist derzeit vor allem das Jogging betroffen.

Kontextfaktoren: A) Umweltfaktoren: Frau A. ist bei ihrem langjährigen Arbeitgeber optimal eingegliedert. Sie erhielt jeweils gute Arbeitszeugnisse und wird als motivierte Mitarbeiterin sehr geschätzt. Dies lässt darauf hoffen, dass es im Falle eines erneuten krankheitsbedingten Ausfalles – beispielsweise bei einem erneuten Schub der rheumatoiden Arthritis – nicht gleich zum Arbeitsplatzverlust käme. Aktuell steht Frau A. kurz vor der Scheidung. Bei der Befragung gewann ich den Eindruck, die Scheidung werde nach mehreren Jahren der Trennung vom Ehemann eher zu einer Erleichterung denn zu einer Belastung führen. Frau A. hat gute Beziehungen zu ihren beiden Töchtern, von denen die ältere noch mit ihr zusammen wohnt. Frau A. verfügt über ein Netz von Kolleginnen und Kollegen, mit denen sie regelmässig Umgang pflegt und die ihr als Ressourcen dienen. **B) Personbezogene Faktoren:** Frau A. verfügt über viele Jahre Berufserfahrung als angelesene Verkäuferin, zuletzt in der Möbelbranche. Eine vor vielen Jahren begonnene Lehre als Charcuterie-Verkäuferin hat sie nicht abgeschlossen. Dass sie kürzlich eine Zusatzausbildung als „Ernährungscoach“ abgeschlossen hat, weist auf Ressourcen (Interesse und Eigeninitiative) hin. Günstig ist auch die Tatsache, dass Frau A. nach einem Unterbruch von mehreren Jahren wieder gelernt hat, selbständig Auto zu fahren, was ihre Mobilität erhöht. Eher ungünstig für die Langzeitbehandlung der rheumatoiden Arthritis ist die Tatsache, dass Frau A. schulmedizinischen Behandlungen gegenüber sehr skeptisch eingestellt ist und die Basistherapie mit Methotrexat schon einmal in eigener Regie abgebrochen hat, was vermutlich die Progredienz der Erkrankung mit Entwicklung schwerer Schäden an der linken Handwurzel insofern gefördert hat, als die Entzündungsaktivität über längere Zeit ungenügend unterdrückt war. Diesbezüglich ist nun eine gute Information und Führung der Versicherten wichtig, damit die Entzündungsaktivität suffizient unterdrückt werden kann. Der Vorwurf einer Selbstschädigung durch den Handchirurgen Dr. Q hat Frau A. schwer getroffen. Das Gutachten mag nun insofern zu einer Erleichterung führen, als der Vorwurf einer Selbstverletzung definitiv als unzutreffend verworfen werden kann.

Diagnosen

Seropositive rheumatoide Arthritis (ED 2009)

- Antinukleäre Antikörper positiv, Anti-CCP Antikörper positiv
- fortgeschrittene sekundäre Handwurzel- und Handgelenksarthrose links vom ankylosierenden Typ
- Anamnestisch Raynaud-Symptomatik, Sjögren-Symptomatik
- Basistherapie mit Methotrexat 2009 bis 2013 und erneut seit 04/2016

Anamnestisch Kontusion der linken Mittelhand am 15.01.2014 ohne Hinweise auf anhaltende strukturelle Schädigung

Beantwortung der gutachterlichen Fragen

1. Welche der von Ihnen festgestellten Gesundheitsschäden wurden mindestens mit überwiegender Wahrscheinlichkeit durch das Ereignis vom 15.01.2014 verursacht?

Die Beantwortung der Frage wird erschwert durch die Tatsache, dass es keine objektiven Zustandsbeschreibungen aus der Frühphase nach dem 15.01.2014 gibt. Dr. med. C. schrieb, er habe Frau A. erstmals am 15.05.2014 gesehen, rund vier Monate nach dem von ihr erwähnten Anschlagen der linken Hand. Die aktuell feststellbaren Gesundheitsschäden stehen überwiegend wahrscheinlich nicht in Zusammenhang mit dem Ereignis vom 15.01.2014. Es handelt sich um typische Befunde einer rheumatoiden Arthritis, die mehrere Monate nach Absetzen der Basistherapie erneut aufgeflackert ist. Radiologisch zeigt sich das Bild von erheblichen Destruktionen in der linken Handwurzel und am linken Handgelenk, wo mehrere Handwurzelknochen nicht mehr genau gegeneinander abgrenzbar und zu einem Konglomerat verwachsen sind. In diesem Bereich bestehen erhebliche Sekundärarthrosen.

2. War die Gesundheit der versicherten Person schon vor dem Unfall vom 15.01.2014 in stummer oder manifester Weise beeinträchtigt?

Ja: Frau A. litt vermutlich seit 2006, sicher aber seit 2009 an einer seropositiven rheumatoiden Arthritis. Sie wurde 2009 bis

2013 mit einer Basistherapie mit Methotrexat behandelt. Zudem nahm Frau A. mehrere alternativtherapeutische Verfahren in Anspruch. Der Abbruch der Behandlung mit Methotrexat 2013 erfolgte auf Wunsch der Versicherten. Der Gesundheitszustand zum Zeitpunkt des Unfalles vom 15.01.2014 ist nicht dokumentiert. Frau A. sagt, sie sei beschwerdefrei gewesen. Dass die nach dem Ereignis vom 15.01.2014 dokumentierten sekundärarthrotischen Schäden alle erst nach dem 15.01.2014 entstanden sind, halte ich für sehr unwahrscheinlich. Die vorbestehende rheumatoide Arthritis war im Januar 2014 vermutlich symptomarm bis klinisch stumm. Allerdings ist die Beweglichkeit des linken Handgelenkes unmittelbar vor dem 15.01.2014 nirgends festgehalten.

3. Wenn ja: Hat dieser Unfall mindestens mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einer Verschlimmerung geführt?

Wie bereits dargelegt kann die Frage, ob das Anschlagen der Hand mitbeteiligt war am Auslösen eines Schubes der rheumatoiden Arthritis, evidenzbasiert nicht klar beantwortet werden. Ich halte dies für lediglich möglich, aber nicht für überwiegend wahrscheinlich. Naheliegender ist, dass die rheumatoide Arthritis spontan wieder an Entzündungsaktivität zugenommen hat, nachdem die Basistherapie von der Versicherten 2013 abgebrochen wurde, obwohl medizinisch eine Indikation für ein Weiterführen der Behandlung bestand. Die destruktive Potenz der Erkrankung zeigt sich am aktuell vorliegenden radiologischen Bild.

4. Handelt es sich mindestens mit überwiegender Wahrscheinlichkeit um eine bloss vorübergehende oder um eine richtunggebende Verschlimmerung?

Ich halte dafür, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit weder eine vorübergehende noch eine richtunggebende Verschlimmerung der Grunderkrankung vorliegt. Die rheumatoide Arthritis wäre mit grosser Wahrscheinlichkeit nach Absetzen der Basistherapie auch ohne Anschlagen der Hand wieder ak-

tiver geworden. Wieviel das Anschlag der Hand dazu beigetragen hat, lässt sich evidenzbasiert nicht zuverlässig beantworten.

5. Im Falle einer wahrscheinlich bloss vorübergehenden Verschlimmerung:

a) Wann war, ist oder wird der Status quo ante – also der Zustand, wie er unmittelbar vor dem Unfall bestanden hat – erreicht?

Mit dem Anschlag der Hand kann man lediglich eine Schmerzsymptomatik von einigen Wochen bis maximal etwa drei Monate erklären. Die restlichen Symptome und Befunde sind der erneut aktiv gewordenen rheumatoiden Arthritis zuzuordnen.

b) Oder wann war, ist oder wird der Status quo sine – also der Zustand, wie er sich nach dem schicksalsmässigen Verlauf des krankhaften Vorzustandes auch ohne Unfall früher oder später eingestellt hätte – erreicht?

Die direkten Folgen des Anschlages der linken Hand waren vermutlich schon wenige Wochen bis maximal drei Monate nach dem Ereignis abgeheilt. Die teils bis heute anhaltende Symptomatik ist der vorbestehenden rheumatoiden Arthritis zuzuschreiben.

6. Im Falle einer wahrscheinlich richtunggebenden Verschlimmerung:

a) Welche Tätigkeiten und Verrichtungen kann die versicherte Person in Anbetracht der Unfallfolgen noch ausüben?

Unfallbedingt bestehen keine Einschränkungen. Die beschriebenen Einschränkungen der Beweglichkeit und der Belastbarkeit der linken Hand sind krankheitsbedingt.

b) In welchem zeitlichen und leistungsmässigen Umfang?

Entfällt.

7. Inwieweit kann von weiteren Behandlungsmassnahmen mindestens mit überwiegender Wahrscheinlichkeit

eine Besserung des unfallbedingten Gesundheitszustandes erwartet werden? Wenn ja, von welchen?

Unfallbedingt bedarf Frau A. keiner Behandlung. Krankheitsbedingt muss die Behandlung der rheumatoiden Arthritis, die bereits zu Sekundärschäden geführt hat, unbedingt weitergeführt werden. Ein Hindernis wird vermutlich der imperative Wunsch von Frau A. sein, die Methotrexatbehandlung wieder abzusetzen, sobald es ihr wieder gut gehe. Falls dies geschieht, ist mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen, dass es einige Wochen bis Monate nach Absetzen der Behandlung erneut zu einem Aufflackern der Entzündungsaktivität kommt. Bereits entstandene Schäden können aber mit keiner Basistherapie rückgängig gemacht werden. Dies ist der Hauptgrund, warum die Basistherapie nicht abgesetzt werden sollte. Wenn sich die Entzündungsaktivität mit Methotrexat allein nicht genügend supprimieren lässt, stellt sich die Frage nach dem Einsatz eines Biologikums, z.B. aus der Stoffklasse der TNF-alpha Blocker. Die destruktive Potenz der Erkrankung zeigt sich am aktuell vorliegenden radiologischen Bild. Bei Frau A. besteht eine Handgelenksarthritiden vom ankylosierenden Typ. Mit grosser Wahrscheinlichkeit wird es zu einer Ankylose des Handgelenkes kommen. Sollten vermehrte Beschwerden auftreten und keine Spontanankylose stattfinden, wäre operativ einzig eine Handgelenkarthrodese anzubieten.

8. Bemerkungen

Unabhängigkeitserklärung: Ich bestätige hiermit, dass dieses Gutachten unabhängig von den Intentionen des Auftraggebers und der Versicherten, objektiv und neutral, nach bestem Wissen und Gewissen verfasst wurde.

Korrespondenzadresse:

Dr. med. Jörg Jeger
Rheumatologie FMH, EMBA
MAS Versicherungsmedizin
Chefarzt MEDAS Zentralschweiz
Hirschengraben 33, 6003 Luzern
Mail: joerg.jeger@medaslu.ch

ICF und Begutachtung in der Psychiatrie – ein praktisches Beispiel

Gerhard Ebner
Zürich

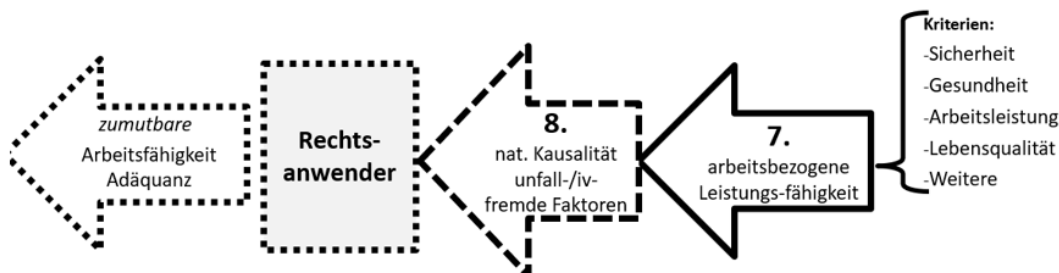
Einführung

In Medinfo 2/2017⁶ wurden Ihnen die theoretischen Grundlagen für eine leitlinienkonforme, versicherungspsychiatrische Begutachtung vorgestellt. Im Folgenden wird der Autor die Anwendung dieser Systematik (siehe Abbildung 1) anhand eines konkreten Beispiels⁷ veranschaulichen.

Abbildung 1⁸

Allgemeine Methodik der Beurteilung Ebner et al. 2016

1. Diagnostik inkl. Komorbidität, Persönlichkeit(sstörung)
2. Schweregrad (Reha-/Therapieverlauf, Symptombelastung, Ressourcen)
3. Konsistenz und Plausibilität
4. Prognose (mit/ohne Massnahmen)
5. Aktivität («Mini-ICF»)
6. Partizipation



⁶ Ebner, G (2017) ICF und Begutachtung in der Psychiatrie. Medinfo - Mitteilungen zu Themen der Privatversicherer. ICF im versicherungsmedizinischen, therapeutischen und juristischen Kontext / Schadenminderung, 2, Seite 16-26

⁷ Ebner, G et al (2016) Qualitätsleitlinien für versicherungspsychiatrische Gutachten. Schweizerische Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie

SGPP. Leitlinien für die Begutachtung psychiatrischer und psychosomatischer Störungen in der Versicherungsmedizin. 16.06.2016. 3. vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage (Korrigenda 17.10.2016), Seite 5-6.

⁸ Das Beispiel wurde aus mehreren, anonymisierten Fällen zusammengestellt; viele Details wurden dabei abgeändert, mögliche Ähnlichkeiten mit realen Fällen sind zufällig.
<https://www.psychiatrie.ch/sgpp/fachleute-und-kommissionen/leitlinien>

Ausgangssituation nach Aktenlage

27-jähriger Gerüstbauer. Status nach Sturz von Leiter 2012 mit schwerer traumatischer Hirnverletzung, diversen Operationen, posttraumatischer Epilepsie, neuropsychologischer Störung mit organisch bedingter Persönlichkeitsstörung. Ferner Ängste, Legasthenie (Leseschwäche) und Hypersomnie (vermehrtes Schlafbedürfnis).

1. Diagnostik

Diskrete Beschwerdeangaben: Er «lasse alles raus», was er denke, sei verbal aggressiv; er leide unter belastungsabhängigen Kopfschmerzen, Müdigkeit, Hypersomnie, Frustration über die erfolglose Arbeitssuche, ferner unter Schweissausbrüchen bei Anspannung.

Ressourcen: Er sei froh um sein gutes körperliches und geistiges Niveau; er sei darüber glücklich, dass er noch lebe, selbstständig wohnen und wieder Sport machen könne. Er habe regelmässige Kontakt zu seinen Kollegen und gehe mit diesen in den Ausgang⁹. Er würde gerne wieder arbeiten, habe aber bis jetzt nichts gefunden.

Diskrete Befunde im Rahmen der neuropsychologischen Untersuchung: Einschränkungen im Vigilanzbereich, reduzierte Informationsverarbeitungsgeschwindigkeit, eingeschränkte Planungskompetenzen, Verhaltensauffälligkeiten aufgrund von erhöhter Lärmempfindlichkeit und eingeschränkter Reizabschirmung.

Diskrete neurologische Befunde: Lediglich "soft signs" ohne Relevanz, auswärtiges EEG mit Verlangsamungsherd bei Status nach posttraumatischer Epilepsie, welche unter Behandlung seit mehr als zwei Jahren symptomfrei ist.

Diskrete Psychopathologie: leichte Störung der Auffassungsfähigkeit, leichte Unsicherheit, leichtgradige Affektarmut und Affektstarrheit, Verlangsamung und Antriebsminderung.

Spezifische Ängste im Sinne von Höhenphobie und Prüfungsphobie, posttraumatische Symptomatik mit erhöhter Erregbarkeit, Flashbacks, Absenzen und Vermeidungsverhalten (in der Fremdbeurteilung ebenfalls nachvollziehbar). Deutliche Anosodiaphorie (Unfähigkeit, eigene Einschränkungen zu erkennen).

Fremdanamnese¹⁰: Gedächtnisstörungen, Erschöpfbarkeit, Apathie (*er hänge oftmals zu Hause nur herum; er rede zwar vom Ausgang mit Kollegen; diese würden ihn von zu Hause abholen, da er von alleine nicht käme*). Verlangsamung, oberflächlicher Affekt; Enthemmung mit aggressiven Äusserungen gegenüber Familienmitgliedern; verminderte Planungskompetenz und Flexibilität.

Unfallkausale Diagnosen:

- Status nach traumatischer Hirnverletzung mit organischem Psychosyndrom mit leichter bis mittelschwerer neuropsychologischer Funktionsstörung bezüglich Vigilanz, Informationsverarbeitungsgeschwindigkeit, Planungskompetenz, Verhaltensauffälligkeiten
- Differenzialdiagnose: Leichtgradige organisch bedingte Persönlichkeitsstörung mit oberflächlichem Affekt, Reizbarkeit, Impulsivität
- Posttraumatische Epilepsie, unter konsequenter Behandlung anfallsfrei > 2 Jahre
- Vollbild einer posttraumatischen Belastungsstörung nach Retraumatisierung bei vorbestehender, aber bis zum Unfall weitgehend kompensierter, posttraumatischer Belastungsstörung
- Höhenphobie

Unfallfremde Diagnosen: Status nach schwerer Traumatisierung in der Kindheit mit geringer Residualsymptomatik einer posttraumatischen Belastungsstörung Prüfungsphobie Legasthenie, gut kompensiert

⁹ Siehe auch "Fremdanamnese" und "Konsistenz und Plausibilität"

¹⁰ Validiert durch Fragen nach konkreten Beispielen, durch Beachtung von Aspekten zur Glaubhaftigkeitsbeurteilung von Aussagen (vgl. Ebner, G et al 2016: Qualitätsleitlinien für versicherungspsychiatrische Gutachten, S. 31)

2. Schweregrad

Der Schweregrad ist als erheblich zu beurteilen; zwar bestehen nur diskrete kognitive Einschränkungen; in Anbetracht einer leichten posttraumatischen Persönlichkeitsänderung muss aber von einer leichten bis mittelschweren neuropsychologischen Funktionsstörung ausgegangen werden. Zudem besteht eine Komorbidität mit Symptombelastungen aufgrund von Nebenwirkungen der gut wirksamen Antiepileptika in Kombination mit der Symptomatik einer posttraumatischen Belastungsstörung, einer Legasthenie und spezifischer Ängste.

Ferner bleibt trotz adäquater stationärer und ambulanter multimodaler Behandlungen, trotz einer mit hoher Motivation durchgeführten zweijährigen beruflichen Rehabilitation eine deutliche eingeschränkte Leistungsfähigkeit bestehen, welche auch unter angepassten Arbeitsbedingungen kaum über 50% Arbeitsfähigkeit hinausging.

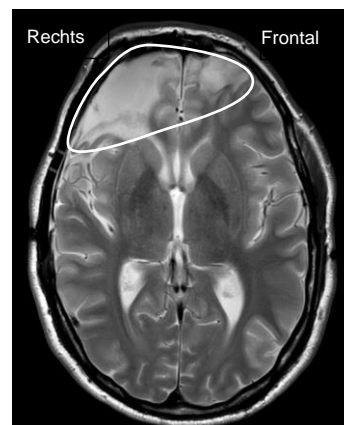
3. Konsistenz und Plausibilität

Die Beschwerdeangaben sind in sich konsistent, konsistent mit Befunden, Aktenlage. Er machte in Bezug auf Beschwerden und Leistungseinschränkungen differenzierte Angaben und nannte dabei – oft spontan - konkrete Beispiele. Er gab von sich aus an, dass sich sein Zustand wie seine Leistungsfähigkeit sehr gebessert hätten; er beschrieb dabei differenziert, welche Beschwerden und Symptome sich zurückgebildet hätten. Er zeigte aber eine Tendenz zur *Untertreibung* seiner Leistungseinschränkungen, welche jedoch nicht als bewusste Vortäuschung zu beurteilen ist, sondern durch eine hirnganisch bedingte Anosodiaphorie (siehe oben, kommt typischerweise bei Schädigungen des Frontalhirnes vor). So waren seine Angaben in Bezug auf Aktivitäten und soziale Teilhabe nicht konsistent mit validierten Fremdanfragen.

Er wirkte hoch motiviert, zeigte bei den Assessments eine hohe Leistungsbereitschaft ohne Hinweise auf "Selbstlimitierung". In der Psychodiagnostik waren seine Angaben konsistent mit seinem Verhalten. Es fanden sich so keine Hinweise für Aggravation. In der neuropsychologischen Abklärung waren die erzielten Ergebnisse valide, bei der Beschwerde- und

Performanzvalidierung fanden sich keine Hinweise für Einschränkungen von Konsistenz und Plausibilität. Beschwerden und Leistungsverhalten waren zudem konsistent mit der Bildgebung (im MRI ausgeprägte Substanzdefekte und Vernarbungen frontal rechts betont, siehe Abbildung 2).

Abbildung 2 (weisse Linie vom Autor zur Verdeutlichung gezeichnet; sie weist auf die Defekte mit Schwerpunkt frontal rechts hin)



4. Prognose

Positiv: hohe Leistungsbereitschaft und Kooperativität, erhaltene soziale und kognitive Ressourcen, Erreichen zumindest einer Teilarbeitsfähigkeit im Rahmen der Rehabilitation.

Negativ: Trotz der engagiert und motiviert durchgeführten, geeigneten, medizinischen und beruflichen Massnahmen persistieren zumindest leichte Verhaltensauffälligkeiten und neuropsychologische Defizite. Die Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit kam nicht über eine Teilarbeitsfähigkeit hinaus. Aktuell seit längerem ohne Arbeitsstelle. Aufgrund von Antriebsstörungen bei Stellensuche eingeschränkt.

Nach 5-jährigem Verlauf sind keine arbeitsrelevanten Verbesserungen mehr zu erwarten.

5. Aktivität – Mini-ICF-APP11

Allgemeine Einschränkungen von Fähigkeiten (*keine*→ entspricht Normerwartungen; *leichte*→ keine wesentlichen negativen Konsequenzen; *mässige*→ negative Konsequenzen; *erhebliche*→ benötigt teilweise Unterstützung von Dritten; *voll ausgeprägte Beeinträchtigung*→ Entpflichtung¹².

Die Einschränkungen sind abhängig vom Anforderungsprofil der Tätigkeit.¹³

Planung und Strukturierung der Aufgaben: objektivierbare, leichte Beeinträchtigung gemäss Neuropsychologie
Flexibilität und Umstellung: mässige Beeinträchtigung durch Verlangsamung, Verunsicherung, unter Druck gereizt; benötigt Hilfe

Kompetenz und Wissensanwendung: mässige Beeinträchtigung; bei komplexen Aufgabenstellungen benötigt er Hilfe

Entscheidungs- und Urteilsfähigkeit: je nach Kontext mässige bis schwere Beeinträchtigung; Unterschätzt eigene Einschränkungen, überschätzt sich, muss dann von Dritten diesbezüglich gelenkt werden

Proaktivität und Spontanaktivitäten: mässige, bei sozialer Teilhabe schwere Beeinträchtigung, da Antrieb fremdanamnestisch reduziert; wird deshalb von Drittpersonen abgeholt

Widerstands- und Durchhaltefähigkeit: Bei Monotonie Müdigkeit, Einschlafen; je nach Kontext leichte (abwechslungsreiche Tätigkeit) bis schwere (monotone Tätigkeit) bis voll ausgeprägte (sicherheitsrelevante Tätigkeiten) Beeinträchtigung

Selbstbehauptungsfähigkeit: mässige Beeinträchtigung bei Überreaktionen und Rückzug

Fähigkeit zu engen dyadischen Beziehungen: mässige Einschränkung bei Disinhibition (erhöhter Impulsivität)

Mobilität und Verkehrsfähigkeit: keine Beeinträchtigung bei öffentlichen Verkehrsmitteln, beim Führen eines Motorfahrzeuges aufgrund der Vigilanzproblematik voll ausgeprägte Beeinträchtigung

6. Arbeitsfähigkeit/Partizipation als Grundlage zur Beurteilung der "zumutbaren Arbeitsfähigkeit" durch den Rechtsanwender¹⁴

Allgemeine Beurteilung

Sicherheit: Bei Höhenphobie kein Einsatz in Höhen (Gerüste, Leitern etc.). Bei Vigilanzproblematik kein Einsatz in sicherheitsrelevanten Bereichen (bspw. Führen von Motorfahrzeugen, monotone, sicherheitsrelevante Kontrollaufgaben)

Gesundheit: Bei Überforderung ist mit reaktiven psychischen Störungen zu rechnen

Arbeitsleistung: Qualitative Einschränkung durch verminderte Flexibilität, Kompetenz und Wissensanwendung, Entscheidungs- und Urteilsfähigkeit mit Selbstüberschätzungstendenz; Je nach Tätigkeit zusätzliche Einschränkung durch verminderte Selbstbehauptungsfähigkeit. Quantitative Einschränkung durch Minderung der Widerstands- und Durchhaltefähigkeit, Verlangsamung.

Lebensqualität: Keine Einschränkung

Weitere: Überschüssende Reaktionen unter Druck, damit Belastungen für Dritte kontextabhängig möglich

¹¹ Linden, M et al (2015) Mini-ICF-APP. Mini-ICF-APP-Rating für Aktivitäts- und Partizipationsbeeinträchtigungen bei psychischen Erkrankungen. Ankerdefinitionen und Manual. 2., überarbeitete und erweiterte Auflage. Verlag Hans Huber, Hogrefe AG, Bern

¹² Beurteilt werden nicht die tatsächlich ausgeführten Tätigkeiten (*performance*), sondern ob sie ausgeführt werden könnten (*capacity*), wenn der Proband wollte oder die Situation dies erlaubt oder erfordert" (Linden et al 2015, Ankerdefinitionen, S. 5)

¹³ Aufgrund der Abhängigkeit vom Anforderungsprofil der Tätigkeit und der bis anhin (noch?) nicht geklärten Reliabilität im Versicherungsbereich verzichtet

der Autor auf ein Rating mit Zahlen in Einklang mit vielen Kolleg*innen. Es soll so das Vermitteln einer "Pseudogenauigkeit" vermieden werden. Viel wichtiger ist die qualitative Beurteilung, ob eine massgebliche Einschränkung bei der jeweiligen Fähigkeit zu erwarten ist, und wie sich diese bei der angestammten und der definierten angepassten Tätigkeit auswirkt. Die Integration der Beurteilungen wird dann im Rahmen der Beurteilung der arbeitsbezogenen ("zumutbaren") Arbeitsfähigkeit (siehe Ebner et al 2016, S. 34-35) vorgenommen.

¹⁴ Siehe Ebner et al 2016, S. 34-35

Angestammte Tätigkeit als Gerüstbauer: nur schon aus Sicherheitsgründen (Ausschlussgrund) kein Einsatz möglich; je nach Tätigkeit käme eine fehlende Fahreignung als weiterer Ausschlussgrund hinzu.

Auch ohne diese Einschränkung könnte der Explorand aufgrund der qualitativen (mittel- bis schwergradige Minderung von Flexibilität, Kompetenz und Wissensanwendung, Selbstbehauptung und Umgang mit Dritten) und quantitativen (mittelgradige Verminderung der Durchhaltefähigkeit, Verlangsamung) Einschränkungen keine konstante, arbeitsmarktkonforme Leistung in angestammter Tätigkeit erbringen.

Optimal angepasste Tätigkeit: Geeignet sind nicht-monotone Routinetätigkeiten, welche ohne Druck ausgeführt werden können, mit regelmässigen Arbeitszeiten, Schwerpunkt am Vormittag an einem ruhigen Arbeitsplatz, mit der Möglichkeit von Pausen. Die Möglichkeit für eine niederschwellige Unterstützung durch dritte sollte gegeben sein. Das Führen von Motorfahrzeugen und das Ausübung von sonstigen sicherheitsrelevanten Tätigkeiten ist ausgeschlossen.

7. Arbeitsbezogene Leistungsfähigkeit

Gemäss Ankerdefinition der Neuropsychologen für leichte bis mittelgradige neuropsychologische Funktionsstörungen bewegt sich die Arbeitsfähigkeit bei diesem Schweregrad bei 50 bis 70%.¹⁵

Eine optimal angepasste Tätigkeit kann vom Exploranden mit einem Arbeitspensum von ca. 60%, verteilt über die ganze Arbeitswoche geleistet werden; hierbei besteht eine um ca. 20% reduzierte Leistungsfähigkeit; daraus resultiert eine Nettoarbeitsfähigkeit ("Rendement") von ca. 50%. Diese entspricht in etwa auch der Arbeitsfähigkeit, welche der Explorand während der Eingliederungsphase erbracht hat und ist durchgängig als plausibel zu beurteilen.

8. Natürliche Kausalität, unfall-/invaliditätsfremde Faktoren

Status quo ante (gesundheitlicher Vorzustand):

- Legasthenie mit geringer Ausprägung
- Status nach posttraumatischer Belastungsstörung mit geringer Residualsymptomatik; er besass damit aber eine erhöhte Vulnerabilität (eine Disposition) für das Auftreten von posttraumatischen Symptomen unter entsprechenden Belastungen
- Prüfungsängste

Es bestehen keine Hinweise für das Vorliegen von Faktoren, welche vom Rechtsanwender als "invaliditätsfremd"¹⁶ bezeichnet werden.

Status quo sine (Gesundheitszustand, wenn der Unfall nicht passiert wäre):

Die Legasthenie sowie die Residualsymptomatik einer posttraumatischen Belastungsstörung wären wohl ohne die unfallbedingten Retraumatisierungen weiterhin kompensiert geblieben.

Die Prüfungsängste sind vorbestehend. Sie können bei allfällig notwendig werdenden Berufsabschlüssen von Relevanz sein. Zudem besteht eine erhöhte Vulnerabilität (Disposition) für das Auftreten von weiteren spezifischen Phobien (Angststörungen).

Anmerkungen: Die Vorzustände waren kompensiert und der Explorand konnte trotz dieser die obligatorischen Schulen besuchen und eine Berufsausbildung zum Gerüstbauer erfolgreich absolvieren, danach uneingeschränkt mit guten Leistungsbeurteilungen arbeiten.

Der Explorand hat zwar für das Unfallereignis eine Amnesie (Erinnerungslücke); eine solche schliesst jedoch - insbesondere

¹⁵ Funktionsfähigkeit im Alltag und unter den meisten beruflichen Anforderungen leicht eingeschränkt. Die Person fällt in ihrem sozialen Umfeld leicht auf. In Berufen oder bei Aufgaben mit hohen Anforderungen ist die Funktionsfähigkeit aber stärker eingeschränkt, ev. aufgehoben, vgl.: Frei, A et al

(2016): Kriterien zur Bestimmung des Schweregrads einer neuropsychologischen Störung sowie Zuordnungen zur Funktions- und Arbeitsfähigkeit. Zeitschrift für Neuropsychologie 27 (2), Seite 107–119

¹⁶ Rechtsbegriff, kein medizinischer Fachausdruck

dere in Kombination mit erhöhter Vulnerabilität und den belastenden Folgen des Unfalls - die Entwicklung einer posttraumatischen Belastungsstörung nicht aus.

Die Hirnverletzung und deren Folgen führen zudem zu verminderter Anpassungsfähigkeit in Bezug auf Vorzustände und zukünftige gesundheitliche wie berufliche Herausforderungen.

Im Verlauf ist mit einer – zumindest teilweisen - Kompensation der Symptome von Höhenphobie und posttraumatischer Belastungsstörung zu rechnen.

Kommentar des Autors und "Take Home Message"

Beim Exploranden liessen sich initial nur diskrete Befunde und Einschränkungen erheben. Erst im Rahmen der Verhaltensbeobachtungen und Befunderhebungen durch ein poly- und interdisziplinäres Team konnten vereinzelte Defizite und Verhaltensänderungen (wie bspw. Ermüdbarkeit, Verlangsamung, Unsicherheit, leichte Enthemmung, Anosodiaphorie, s. o.) erfasst werden, wobei der Explorand aufgrund seiner Anosodiaphorie diese auch nur als geringgradig beschrieb. *Wichtige Hinweise erhielt das Begutachtungsteam durch die sehr differenzierten, konkret formulierten und validierten Angaben von Drittpersonen*, welche die Folgen dieser Defizite und das gesamte Ausmass der bereits im Ansatz festgestellten Persönlichkeitsänderungen (vor allem der Enthemmung) im Alltag nachvollziehbar beschrieben.

Korrespondenzadresse:

Dr. med. Gerhard Ebner M.H.A.

Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie (CH)

Mitglied FMH

Seefeldstrasse 25

8008 Zürich

Die präzisierende Rechtsprechung des BGE 141 V 281 und die ICF

Iris Herzog-Zwitzer

SIM / asim

Zusammenfassung

Die «Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit» ICF steht im Zentrum des BGE 141 V 281 und der nachfolgenden präzisierenden Rechtsprechung. Der ärztliche Sachverständige hat die Aufgabe die funktionellen Einschränkungen an Hand der vorgegebenen Kriterien gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu beurteilen. Bei der Begutachtung konzentriert sich der Gutachter auf das Grundgerüst (Framework) der ICF. Ausgehend vom Gesundheitsschaden «erfasst man im Framework dann die Körperstruktur resp. die Körperfunktion, die sich daraus ergebenden möglichen Aktivitäten und insbesondere die Teilhabe in allen Lebensbelangen, wobei diese von Umweltfaktoren und personenbezogenen Faktoren abhängig sind».

Das Bundesgericht hat mit den zwei Grundsatzentscheiden BGE 143 V 409 und BGE 143 V 418 und den weiteren zitierten Urteilen eine Präzisierung der Rechtsprechung von BGE 141 V 281 vorgenommen. Sämtliche psychische Leiden sind nunmehr dem indikatorengestützten Beweisverfahren, welches für die somatoformen Schmerzstörungen und vergleichbaren psychosomatischen Störungen entwickelt wurde, zu unterstellen und die Depressionsrechtsprechung wurde formell aufgegeben.

Résumé

La « Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé (CIF) » est au cœur de l'ATF 141 V 281 et de la jurisprudence qui en découle et vient en préciser l'application. L'expert médical est chargé d'évaluer les restrictions fonctionnelles à l'aide des critères définis par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence. Lors de l'expertise, l'expert se concentre sur la structure de base (cadre de référence) de la CIF. A partir de l'atteinte à la santé, on enregistre alors dans le cadre de référence la structure du corps, c'est-à-dire la

fonction corporelle, les activités potentielles qui y sont liées et, en particulier, la participation aux différentes activités de la vie quotidienne, sachant que ces dernières dépendent de facteurs environnementaux et de facteurs liés à la personne.

Dans ses deux décisions de principe ATF 143 V 409 et ATF 143 V 418 ainsi que dans les autres jugements cités, le Tribunal fédéral a précisé la jurisprudence ressortant de l'ATF 141 V 281. Tous les troubles psychiques doivent désormais relever de la procédure probatoire reposant sur des indicateurs spécialement développés pour les troubles somatoformes et autres affections psychosomatiques comparables ; la jurisprudence portant sur la dépression a été définitivement abandonnée.

1. Einleitung

Im Zentrum der vorliegenden Publikation steht die International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) im Kontext mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Grundsatzurteil BGE 141 V 281. Das Bundesgericht hat seit 2015 Präzisierungen mittels der Rechtsprechung vorgenommen, welche unter anderem die Beurteilung der Ressourcen bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit einer Person in den Vordergrund stellen und nicht die Diagnose. Eine intensive Rechtsentwicklung ist dieser Thematik immanent, wie nachfolgend dargelegt wird.

2. Basisrechtsprechung

2.1. BGE 127 V 294

In BGE 127 V 294 bestätigte das Bundesgericht, dass die Behandelbarkeit für sich allein betrachtet nichts über den invalidisierenden Charakter einer psychischen Störung aussage.

Es müsse in jedem Einzelfall eine Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit unabhängig von der diagnostischen Einordnung eines Leidens und grundsätzlich unbesehen der Ätiologie ausgewiesen und in ihrem Ausmass bestimmt sein.

Entscheidend sei die Frage, ob es der versicherten Person zumutbar sei, eine Arbeitsleistung zu erbringen, was sich nach einem weitgehend objektivierten Massstab beurteile.

2.2. BGE 130 V 352

Das Bundesgericht präzisierte mit vorliegenden Grundsatzurteil, dass eine diagnostizierte anhaltende somatoforme Schmerzstörung in der Regel allein keine lang dauernde, zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVG zu bewirken vermag.

2.3. BGE 136 V 279

Im Jahr 2010 wurde die Rechtsprechung zur somatoformen Schmerzstörung gemäss BGE 130 V 352 auf HWS-Verletzungen (Schleudertrauma) ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle ausgedehnt.

2.4. BGE 141 V 281

Die ressourcenorientierte Ermittlung der Arbeitsunfähigkeit bzw. in der Folge der Beurteilung des Rentenanspruchs basierend auf dem ICF steht im Einklang mit der Rechtsprechung des BGE 141 V 281. Dieser sogenannte Framework des ICF wurde als Grundlage für die Ermittlung der Arbeitsunfähigkeit bzw. in der Folge des Rentenanspruchs in BGE 141 V 281 verankert.

Das Bundesgericht hat mit BGE 141 V 281 die Voraussetzungen unter denen anhaltende somatoforme Schmerzstörungen und vergleichbare psychosomatische Leiden eine rentenbegründende Invalidität zu bewirken vermögen, grundlegend überdacht und teilweise geändert. Die bisher geltende Vermutung, dass solche Leiden in der Regel mit zumutbarer Willensanstrengung überwindbar sind, wurde zugunsten eines strukturierten Beweisverfahrens in Bezug auf das tatsächliche Leistungsvermögen aufgegeben. Massgebend ist, so das Bundesgericht, das tatsächlich erreichbare Leistungsvermögen unter Berücksichtigung leistungshindernder äusserer Belastungsfaktoren einerseits und Kompensationspotentiale (Ressourcen) andererseits. «Danach finden hinsichtlich

der Anspruchsprüfung anhand des Indikatorenkatalogs die Aspekte von Behandlungserfolg oder -resistenz (in der Kategorie "funktioneller Schweregrad") und ergänzend dazu, mit Blick auf den anamnestisch ausgewiesenen Leidensdruck, die Inanspruchnahme von therapeutischen Optionen (in der Kategorie "Konsistenz") beweisrechtlich als Indizien Beachtung. Die grundsätzlich gegebene Therapierbarkeit ist demnach bei somatoformen und gleichgestellten Störungen kein Ausschlussgrund für die Bejahung einer Invalidität. Sie ist vielmehr (als Indiz) in die gesamthaft vorzunehmende allseitige Beweiswürdigung miteinzubeziehen».

Zudem trage gemäss Bundesgericht jedenfalls in der Invalidenversicherung Recht und Medizin, je nach ihren fachlichen und funktionellen Zuständigkeiten, zur Feststellung ein und derselben Arbeitsunfähigkeit bei. Eine einheitliche und rechtsgleiche Einschätzung der Arbeitsfähigkeit sei sicherzustellen. Demnach überprüfen die Rechtsanwender «die betreffenden Angaben frei, insbesondere daraufhin, ob die Ärzte sich an die massgebenden normativen Rahmenbedingungen gehalten haben, das heisst, ob sie ausschliesslich funktionelle Ausfälle berücksichtigt haben, welche Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung sind (Art. 7 Abs. 2 erster Satz ATSG), sowie, ob die versicherungsmedizinische Zumutbarkeitsbeurteilung auf objektiverer Grundlage erfolgt ist (Art. 7 Abs. 2 zweiter Satz ATSG; vgl. BGE 137 V 64 E. 1.2 in fine S. 66)».

Das Bundesgericht kommt zum Schluss, «dass die Invaliditätsbemessung bei psychosomatischen Störungen stärker als bisher den Aspekt der funktionellen Auswirkungen zu berücksichtigen hat, was sich schon in den diagnostischen Anforderungen niederschlagen muss».

3. Präzisierende Rechtsprechung des BGE 141 V 281

3.1. Urteile

3.1.1. BGE 143 V 124

Beweiswert eines polydisziplinären Gutachtens ohne abschliessende Konsensbesprechung

Das Bundesgericht bestätigte in casu, es verletze kein Bundesrecht, «wenn auf beweiskräftige Teilgutachten abgestellt wird, die mit der – ohne Konsensbesprechung erfolgten – interdisziplinären Gesamtwürdigung im Hauptgutachten nicht übereinstimmen».

«Das Ausmass der durch eine somatoforme Schmerzstörung bewirkten Arbeitsunfähigkeit wird grundsätzlich gestützt auf ein psychiatrisches Gutachten festgelegt und bedingt das Vorliegen eines fachärztlich ausgewiesenen psychischen Leidens mit Krankheitswert (BGE 130 V 352 E. 2.2.3). Die Sachverständigen sollen die Diagnose einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung (ICD-10 Ziff. F45.40) so begründen, dass die Rechtsanwender nachvollziehen können, ob die klassifikatorischen Vorgaben tatsächlich eingehalten sind (BGE 141 V 281 E. 2.1.1)».

3.1.2. BGE 8C_222/2017 vom 6. Juli 2017

Beurteilung einer depressiven Störung im mittelgradigen Bereich betreffend ihrer invalidisierenden Wirkung

Gemäss dem Bundesgericht sei die Aufgabe der begutachtenden Ärzte als auch der Rechtsanwender die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit anhand der normativ vorgegebenen Kriterien.

Insbesondere bei depressiven Störungen im mittelgradigen Bereich sei die invalidisierende Wirkung besonders sorgfältig zu prüfen. Es dürfe nicht unbesehen darauf geschlossen werden, eine solche Störung vermöchte eine voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde (teilweise) Erwerbsunfähigkeit zu bewirken.

BGE 141 V 281 habe an der bundesgerichtlichen Praxis nichts geändert, die besagt, «dass psychische Störungen der hier interessierenden Art nur als invalidisierend zu werten sind, wenn sie schwer und therapeutisch nicht (mehr) angebar sind, was voraussetzt, dass keine therapeutische Option mehr und somit eine Behandlungsresistenz besteht».

3.1.3. BGE 8C_260/2017 vom 01. Dezember 2017

Beweiskraft eines Gutachtens gemäss BGE 141 V 281

a. Ausgangslage

Die Vorinstanz anerkannte in casu dem psychiatrischen Teilgutachten von Dr. med. B. Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie volle Beweiskraft zu. Demnach würden die Qualitätsleitlinien für versicherungspsychiatrische Gutachter der Schweizerischen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie am Ergebnis nichts ändern. Die Versicherte leide an einer depressiven Störung, gegenwärtig leichtgradige bis mittelgradige Episode, ohne somatisches Syndrom (ICD-10 F32.10), an einer Benzodiazepinabhängigkeit (ICD-10 F13.2), an einer akzentuierten Persönlichkeit mit schizotypen-dependenten Anteilen (ICD-10 Z73), an einer chronischen Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren (ICD-10 F45.41) sowie an einer bekannten Essstörung im Sinne einer Bulimie/Anorexie, zurzeit remittiert (ICD-10 F50). Das kantonale Gericht bestätigte in casu die rentenverneinende Verfügung indem es auf die attestierte 80% -ige Arbeitsfähigkeit in der angestammten wie auch in einer leistungsgerechten Tätigkeit abstellte.

b. Qualitätsleitlinien

Das Bundesgericht bestätigte, «dass mit den Indikatoren der Rahmen der normativ massgeblichen Gesichtspunkte gesteckt wurde, innerhalb welchem die Begutachtungspraxis durch konkretisierende Leitlinien der medizinischen Fachgesellschaften angeleitet werden soll (BGE 141 V 281 E. 5.1.2 S. 305)».

Gemäss Rechtsprechung gelten die Qualitätsleitlinien als anerkannter Standard für eine sachgerechte und rechtsgleiche (versicherungs-) psychiatrische Begutachtung. Sie sind als Empfehlung zu verstehen, im begründeten Einzelfall kann davon abgewichen werden. Ein Gutachten verliere nicht automatisch seine Beweiskraft, wenn es sich nicht an die Leitlinien anlehne oder so wie im vorliegenden Fall gar nicht anlehnen konnte.

c. Aufgabenaufteilung

Sofern ein Gutachten die versicherungsmedizinischen Massstäbe gemäss BGE 141 V 281 wie auch die allgemeinen rechtlichen Beweisanforderungen erfüllt, ist es beweiskräftig. Eine losgelöste juristische Parallelüberprüfung soll demnach nicht stattfinden.

d. Fazit

Das Bundesgericht befand in casu, dass die Vorinstanz dem psychiatrischen Teilgutachten volle Beweiskraft zumessen durfte, da die massgebenden normativen Vorgaben von BGE 141 V 281 eingehalten wurden. Das kantonale Gericht habe zu Recht die rentenablehnende Verfügung bestätigt.

3.2. Grundsatzurteile

3.2.1. BGE 143 V 409 (BGE 8C_841/2016 vom 30. November 2017)

Änderung der Rechtsprechung: Bei depressiven Störungen leicht- bis mittelgradiger Natur sei es sach- und systemgerecht, solche Leiden ebenfalls einem strukturierten Beweisverfahren nach BGE 141 V 281 zu unterziehen.

a. Ausgangslage

«Ist die Rechtsprechung, wonach depressive Störungen leicht- bis mittelgradiger Natur einzig dann als invalidisierende Krankheiten in Betracht fallen, wenn sie erwiesenermassen therapieresistent sind, aufzugeben?»

Die I. und die II. sozialrechtliche Abteilung haben diese Rechtsfrage mit Beschluss vom 22. November 2017 bejaht.

b. Medizinische Position

Aus medizinischer Warte können funktionelle Beeinträchtigungen durch somatoforme/funktionelle Störungen und durch solche depressiver Natur gleich gross sein. Viele depressive Erkrankungen seien prinzipiell durch Antidepressiva und Psychotherapie behandelbar, wobei offenbar bloss etwa in der Hälfte der behandelten Fälle von einer adäquaten Depressionsbehandlung nach psychiatrischen Standards ausgegangen werden könne. Selbst wenn in der Mehrzahl der Fälle depressive Episoden, adäquat behandelt, günstig verlaufen und es zu einer vollständigen Remission oder Teilremission innert weniger Monate komme, liegen dennoch, trotz lege artis durchgeführter Behandlungsmassnahmen, chronische Verläufe mit über zweijähriger Dauer vor. Zudem würden komorbide Leiden die Behandlungsdauer wesentlich beeinflussen.

c. Aufgabe des Gutachters

Die Aufgabe des medizinischen Sachverständigen sei nachvollziehbar darzulegen, «weshalb trotz lediglich leichter bis mittelschwerer Depression und an sich guter Therapierbarkeit der Störung im Einzelfall funktionelle Leistungseinschränkungen resultieren, die sich auf die Arbeitsfähigkeit auswirken».

d. Ausnahmen betreffend strukturiertem Beweisverfahren

Das Bundesgericht präzisiert, dass aus Gründen der Verhältnismässigkeit in jenen Fällen von einem strukturierten Beweisverfahren abgesehen werden könne, wo es nicht nötig oder auch gar nicht geeignet ist. Entbehrlich bleibe es dann, «wenn im Rahmen beweiswertiger fachärztlicher Berichte (vgl. BGE 125 V 351) eine Arbeitsunfähigkeit in nachvollziehbar begründeter Weise verneint wird und allfälligen gegenteiligen Einschätzungen mangels fachärztlicher Qualifikation oder aus anderen Gründen kein Beweiswert beigemessen werden kann (.....). Namentlich in Fällen, bei denen nach bestehender Aktenlage überwiegend wahrscheinlich von einer bloss leichtgradigen depressiven Störung auszugehen ist, die

ihrerseits nicht schon als chronifiziert gelten kann (SCHLEIFER et al., a.a.O., S. 269 unten f.) und auch nicht mit Komorbiditäten einhergeht, bedarf es daher in aller Regel keiner Weiterungen in Form eines strukturierten Beweisverfahrens».

e. Fazit

Das Bundesgericht gab mit vorliegendem Urteil seine Rechtsprechung zur Depressionspraxis auf. Das Bundesgericht kommt in casu zum Schluss, auf Grund der Tatsache, dass «aus medizinischer Sicht generell für sämtliche psychischen Leiden eine beschränkte Objektivier- und Beweisbarkeit gilt und nachdem auch aus rechtlicher Warte grundsätzlich alle psychischen Erkrankungen im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit den somatoformen Schmerzstörungen und vergleichbaren psychosomatischen Leiden gleich zu stellen sind (.....), drängt sich ein einheitliches Vorgehen zur Beurteilung eines Anspruchs auf Invalidenrente im Rahmen dieser Problematik auf».

Im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit erachtet es das Bundesgericht als sach- und systemgerecht, «solche Leiden ebenfalls einem strukturierten Beweisverfahren nach BGE 141 V 281 zu unterziehen».

3.2.2. BGE 143 V 418 (BGE 8C_130/2017 vom 30. November 2017)

Änderung der Rechtsprechung: Grundsätzlich sind sämtliche psychischen Erkrankungen einem strukturierten Beweisverfahren nach BGE 141 V 281 zu unterziehen.

a. Ausgangslage

Das Bundesgericht ging im vorliegenden Urteil mit dem Hinweis auf den steten Wandel in der psychiatrischen Terminologie der Frage nach: «Nachdem die ICD-10-Diagnoseleitlinien die Begrifflichkeit "psychosomatisch" nicht mehr verwenden, stellt sich aus rechtlicher Sicht die Frage, wie mit dem in BGE 141 V 281 für psychosomatische Leiden formulierten strukturierten Beweisverfahren umzugehen ist».

b. Funktionelle Leistungseinbussen

Das Bundesgericht weist explizit auf den ICF hin, welcher zur Beschreibung des funktionalen Gesundheitszustandes, der Behinderung, der sozialen Beeinträchtigung und der relevanten Umgebungsfaktoren geschaffen wurde. Es wurde in der Medizin erkannt, dass Diagnosen in der Regel für sich alleine keine Rückschlüsse auf einen bestimmten Schweregrad der Erkrankung zulassen würden. Zudem habe die gerichtliche Praxis festgestellt, dass psychische Leiden selten mit einer einzelnen Diagnose zu erfassen seien, häufig sei von einem polymorbiden Geschehen auszugehen. Massgebend sei im Sozialversicherungsrecht nicht die Schwere der Erkrankung, sondern die Auswirkung der Erkrankung auf die Arbeitsfähigkeit, da diese im Beruf unterschiedliche Auswirkungen nach sich zieht. Zudem sei das bio-psycho-soziale Krankheitsmodell in der Medizin vorherrschend. Die Diagnose sei Ausgangspunkt für die Beurteilung der Frage, «ob ein Gesundheitsschaden im Sinne der klassifizierenden Merkmale überhaupt vorliegt».

Der funktionelle Schweregrad einer Störung beurteile sich, so das Bundesgericht, nach deren konkreten funktionellen Auswirkungen und insbesondere danach wie stark die versicherte Person in sozialen, beruflichen oder anderen wichtigen Funktionsbereichen schmerzbedingt beeinträchtigt sei. Die Kategorie "funktioneller Schweregrad" überschneide sich dabei teilweise mit den Ausführungen zur Diagnosestellung. Dies bedeutet nichts anderes, als dass auch bei schweren psychischen Leiden nicht automatisch auf eine ausgeprägte funktionelle Einschränkung zu schliessen sei.

c. Fazit

Das Bundesgericht bestätigte, dass grundsätzlich sämtliche psychische Erkrankungen einem strukturierten Beweisverfahren nach BGE 141 V 281 zu unterziehen seien. Gemäss der Rechtsprechung könne der Beweis für eine lang andauernde und erhebliche gesundheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit nur dann als geleistet betrachtet werden, wenn die Prüfung der

massgeblichen Beweisthemen im Rahmen einer umfassenden Betrachtung ein stimmiges Gesamtbild einer Einschränkung in allen Lebensbereichen (Konsistenz) für die Bejahung einer Arbeitsunfähigkeit zeige.

Eine Limitierung bezüglich Anwendung von BGE 141 V 281 auf die anhaltende somatoforme Schmerzstörung und vergleichbarer Leiden lasse sich nicht mehr rechtfertigen. Fortan sei, so das Bundesgericht, «E. 4.3.1.3 von BGE 141 V 281 so zu verstehen, dass Störungen unabhängig von ihrer Diagnose bereits dann als rechtlich bedeutsame Komorbidität in Betracht fallen, wenn ihnen im konkreten Fall ressourcenhemmende Wirkung beizumessen ist».

Literaturverzeichnis

Thomas Gächter / Michael E. Meier, Praxisänderung zu Depressionen und anderen psychischen Leiden, in: Jusletter 15. Januar 2018

Jörg Jeger, Die Verwendung der International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) in der somatischen Begutachtung, Medinfo 2017/2, 6.

Gerhard Ebner, ICF und Begutachtung in der Psychiatrie, Medinfo 2017/2, 16.

Andreas Traub, ICF und Begutachtung aus juristischer Sicht, Medinfo 2017/2, 39.

Andreas Traub, BGE 141 V 281 – Auswirkungen des Urteils auf weitere Fragestellungen, in: Ueli Kieser (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2016, Zürich/St. Gallen, 2017, 117 ff., 148 f.

Qualitätsleitlinien der Schweizerischen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie vom 16. Juni 2016, publiziert in: SZS 5/1015, 435 ff.

(<https://www.psychiatrie.ch/sgpp/fachleute-undkommissionen/leitlinien/>).

Autorin:

Dr. iur. Iris Herzog-Zwitter

Swiss Insurance Medicine Bildungsbeauftragte Deutschschweiz/

Wissenschaftliche Mitarbeiterin asim Versicherungsmedizin | Versicherungsrecht

Obligation de diminuer le dommage – De son importance pour les médecins et les experts

Hubert Bär

Association Suisse d'Assurance ASA

La version allemande de cet article est parue dans l'Infoméd 2017/2.

1. Exposé de la situation

Après un accident ou en cas de maladie grave, le patient attend avant tout du médecin qu'il le soigne du mieux possible afin, idéalement, d'être totalement guéri et de recouvrer rapidement la santé. De son côté, le médecin entend traiter au mieux le patient et atteindre un résultat optimal (rétablissement de l'intégrité physique). La mission du médecin et l'espoir du patient se recourent.

Très rapidement, dès le début des soins, les besoins financiers du patient passent au premier plan, surtout lorsque le traitement est lourd. La personne assurée, mais aussi le médecin, sont alors confrontés à des questions d'ordre juridique relevant du droit pénal comme du droit des assurances. En effet, le médecin est tenu de par la loi ou le contrat de renseigner les autorités pénales, sociales ainsi que les autres assureurs en toute sincérité sur l'état de santé du patient. Il se retrouve alors devant un dilemme juridique entre devoir d'assistance à l'encontre du patient et obligation de dire la vérité aux tiers habilités à demander des renseignements.

En cours de traitement, il arrive que le médecin doive formuler un jugement sur les liens entre la pathologie et la capacité/la volonté du patient à exercer son activité et qu'il soit tenu de répondre à des questions ne relevant pas de son cœur de métier. Afin de clarifier l'impact financier d'un accident ou d'une maladie, il faut évaluer au niveau juridique le lien de causalité entre ce qui a provoqué l'atteinte à la santé et les conséquences de cette atteinte. Or, la causalité ne s'entend pas forcément de la même façon selon qu'elle est considérée sous l'angle médical (imputable dans les faits) ou juridique (imputable en termes juridiques). Les médecins pratiquent une médecine factuelle

(médecine fondée sur les faits) et évaluent habituellement les états de santé de manière pragmatique. Les juristes évaluent les capacités fonctionnelles au regard des considérations juridiques de la loi et de la jurisprudence et réclament en conséquence une analyse objective du dossier médical du patient. L'un des angles de vue prend en considération le patient en tant qu'être humain ainsi que le traitement médical, l'autre s'efforce de classer des faits du point de vue juridique. C'est ainsi que l'invalidité (l'altération du corps) est considérée différemment du point de vue médical que du point de vue juridique (capacité économique effective).

Quant à ce que le patient lui-même (aspect subjectif) pense pouvoir faire pour améliorer sa santé ou ses capacités, cela constitue un facteur décisif dans le cadre de ce processus d'évaluation. Le patient est non seulement l'objet de l'évaluation, mais il a aussi un rôle à jouer. Le patient doit en effet faire tout son possible pour restreindre au maximum les coûts entraînés par sa maladie ou son accident. Il s'agit là aussi bien d'efforts en matière de guérison que de réadaptation. Cette contribution du patient est désignée par les juristes sous la notion d'« obligation de diminuer le dommage ».

Puisque, d'une part, le dommage corporel doit être le plus petit possible dans l'intérêt de la communauté des assurés et que, d'autre part, l'indemnisation de l'assuré doit être conforme aux dispositions légales, il faut que quelqu'un évalue le dommage objectif du point de vue juridique en tenant compte ce que l'on peut raisonnablement exiger du patient. L'expert médical joue alors un rôle non négligeable.

Nous commencerons ici par passer en revue les bases légales fondant cette obligation de diminuer le dommage tout en précisant ce que l'on peut attendre des intéressés. En s'inspirant de plusieurs critères découlant de la jurisprudence, l'expert médical peut se faire une idée de ce que l'on attend dans différentes branches d'assurance sociale ainsi que dans le cadre de litiges relevant du droit des assurances

et de la responsabilité civile en matière de réduction du dommage par le patient. Il peut alors en déduire les affirmations qu'il est censé formuler en tant que médecin sur l'obligation de diminuer le dommage.

1.1. Définition de l'obligation de diminuer le dommage

L'obligation de diminuer le dommage n'existe nulle part dans la loi comme une notion en soi. Il s'agit d'une notion juridique confuse ou d'un principe découlant du droit de la responsabilité civile et du droit des assurances sociales. C'est l'expression du principe juridique fondamental selon lequel les personnes agissent en toute bonne foi. En vertu de la Constitution fédérale, l'Etat est tenu d'agir à l'encontre des citoyens conformément aux règles de la bonne foi (art. 5 et 9 Cst.). Dans les rapports entre particuliers, ce principe se retrouve à l'art. 2 du Code civil suisse. D'après cet article, chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Tel est le fondement de l'obligation faite au lésé de restreindre son dommage au maximum et de ne pas abuser de sa situation, même déplorable, au détriment du responsable du dommage. Ce principe se retrouve sous une forme ou dans une conception ou une autre dans tous les systèmes de compensation des sinistres.

La dénomination « obligation de diminuer le dommage » ne traduit donc pas le principe correctement. Au regard de ce qui vient d'être énoncé, l'obligation se révèle être une obligation pour le lésé. Et il ne s'agit pas non plus de réduire le dommage. Le dommage corporel survenu constitue un fait en soi et peut au mieux être soigné. Quant aux pertes de gain résultant d'une éventuelle invalidité, elles peuvent juste être compensées. En conséquence, « l'obligation de diminuer le dommage » consiste uniquement

- a. en le fait de ne pas laisser le dommage s'aggraver (traitement médical),
- b. en le fait de prévenir la survenance d'autres dommages / de les réduire au maximum (soins, reconversion, réinsertion, etc.).

Le non-respect de cette obligation par le lésé n'est pas sans conséquence. En effet, il peut perdre totalement ou partiellement son droit à indemnisation. Pour le lésé, c'est le principe de l'élévation raisonnable de prétentions / du droit à des dommages-intérêts qui s'applique.

Les formes les plus fréquentes de « l'obligation de diminuer le dommage » appliquées par les assureurs se trouvent dans les domaines juridiques suivants et sous les notions suivantes (que nous expliquerons ci-après) :

- Partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) et de l'assurance-accidents (LAA) :
Obligation de renseigner et de collaborer
- Assurance-maladie (LAMal):
L'économicité comme condition de la prestation
- Assurance-invalidité (AI):
Participation active aux mesures raisonnablement exigibles
- Droit de la responsabilité civile (CO) :
Obligation de restreindre le dommage au sens strict (= ... des faits dont [le lésé] est responsable ...)
- Loi sur le contrat d'assurance (LCA) :
Non-respect d'une obligation

2. Théorie et pratique de la réduction du dommage dans différentes branches du droit

Nous allons résumer ici les bases légales ressortant de différentes branches du droit et en illustrer l'application dans la pratique à la lumière d'exemples tirés de la jurisprudence.

2.1. Dans la LPGA et la LAA – Obligation de renseigner et de collaborer

La partie générale du droit des assurances sociales s'applique à toutes les branches de l'assurance sociale et est régie dans la LPGA. En vertu de l'art. 21 LPGA, les prestations peuvent être réduites ou refusées temporairement ou définitivement si la personne assurée se soustrait ou s'oppose à un traitement ou à une mesure de réinsertion professionnelle raisonnablement exigible. Le requérant est tenu d'autoriser

dans des cas particuliers toutes les personnes et institutions, notamment les employeurs, les médecins, les assurances et les organes officiels à fournir des renseignements, pour autant que ceux-ci soient nécessaires pour établir le droit aux prestations. Ces personnes et institutions sont tenues de donner les renseignements requis (art. 28 al. 3 LPGa). L'assuré doit se soumettre à des examens médicaux ou techniques si ceux-ci sont nécessaires à l'appréciation du cas et qu'ils peuvent raisonnablement être exigés.

Dans l'ATF 9C_385/2014, le Tribunal fédéral a statué sur le cas d'une assistante médicale obèse. Si l'Al a payé l'opération nécessaire à la pose d'un anneau gastrique, elle a néanmoins refusé de verser toutes autres prestations en arguant du fait que la patiente avait attendu trop longtemps avant de s'atteler à la reconstruction musculaire, ce qui avait énormément retardé la reprise du travail. Le jugement rappelle explicitement qu'en vertu de l'obligation de diminuer le dommage généralement applicable en droit des assurances sociales et de son corollaire, à savoir la responsabilité des personnes assurées en matière de mesures de réinsertion individuelles, celles-ci doivent entreprendre tout ce qui est en leurs pouvoirs pour contenir autant que possible les atteintes à leur santé, ceci avant d'élever quelque prétention que ce soit. Il peut dès lors également s'avérer utile de déterminer si certains traitements ou certaines thérapies contribuent effectivement à accélérer la réinsertion. Toutefois, au regard des conséquences juridiques importantes d'une omission délibérée de la part de la personne assurée, il est indispensable d'apporter une preuve juridiquement valable d'une telle omission. En l'espèce, une reconstruction musculaire aurait indubitablement contribué à une réinsertion plus rapide et était tout à fait envisageable (concernant le caractère raisonnablement exigible d'une mesure, se reporter au cas suivant).

Conformément à la loi sur l'assurance-accidents, l'ayant droit doit déclarer l'accident sans retard (art. 45 LAA). L'assureur peut prendre les mesures qu'exige le traitement approprié de

l'assuré en tenant compte équitablement des intérêts de celui-ci et de ses proches (art. 48 LAA). Si l'assuré se soustrait à un traitement ou à une mesure de réadaptation auxquels on peut raisonnablement exiger qu'il se soumette, il n'a droit qu'aux prestations qui auraient probablement dû être allouées si ladite mesure avait produit le résultat escompté (art. 61 OLAA).

Dans l'ATF 8C_662/2013, un constructeur de modèles réduits a refusé de se soumettre à une IRM censée permettre un examen approfondi de son épaule blessée en avançant qu'il était claustrophobe. Le Tribunal fédéral a clairement rappelé le principe selon lequel une personne assurée peut voir ses prestations réduites ou refusées temporairement ou définitivement si elle se soustrait ou s'oppose, ou encore ne participe pas spontanément, dans les limites de ce qui peut être exigé d'elle, à un traitement ou à une mesure de réinsertion professionnelle raisonnablement exigible et susceptible d'améliorer notablement sa capacité de travail ou d'offrir une nouvelle possibilité de gain. Elle doit au préalable avoir reçu une mise en demeure écrite l'avertissant des conséquences juridiques et lui impartissant un délai de réflexion convenable. Les traitements et les mesures de réadaptation qui présentent un danger pour la vie ou pour la santé ne peuvent être exigés. En l'espèce, une IRM permettant de clarifier les thérapies possibles suite à cette blessure de l'épaule pouvait donc être exigée. Or, comme l'assureur n'avait pas explicitement insisté sur l'importance de cet examen et qu'il n'avait pas rappelé les conséquences de l'obligation de diminuer le dommage (refus d'indemnisation), la réduction des prestations a été rejetée.

2.2. Dans la LAMal – Critère de l'économicité

Conformément à l'art. 32 LAMal, les prestations médicales mentionnées dans la loi sur l'assurance-maladie peuvent être prises en charge si elles sont efficaces, appropriées et économiques. Si l'une de ces trois conditions n'est pas remplie, la prestation n'est pas fournie.

Dans l'ATF 127 V 138, le Tribunal fédéral devait juger de l'opportunité de différentes opérations possibles permettant de corriger une dysplasie résiduelle de la hanche. Le patient demandait la prise en charge d'une opération (plus coûteuse) réalisée à l'hôpital universitaire de Berne, car la technique opératoire y est plus avancée que dans son canton de domicile (St-Gall). Le Tribunal fédéral a considéré le cas sous l'angle du bénéfice diagnostique ou thérapeutique en prenant en considération les risques liés à l'intervention. Est approprié ce qui au regard du rapport entre chances de succès et risques d'échec de l'intervention ainsi que de la fréquence des complications peut raisonnablement être exigé du patient. Il faut également examiner si d'autres traitements alternatifs et moins coûteux seraient possibles (offrant le même rapport risques/chances). Par ailleurs, l'opération n'étant pas urgente, son caractère économique est également pris en compte et constitue un critère important. Le jugement a statué que deux points auraient encore dû être clarifiés. Tout d'abord, dans quelle mesure l'ostéotomie périacétabulaire privilégiée par le requérant était-elle réellement l'intervention la plus appropriée ? De plus, le médecin traitant de St-Gall aurait-il été prêt à pratiquer une telle intervention dans sa clinique ?

2.3. Dans l'AI – Participation active aux mesures raisonnablement exigibles

En vertu de l'art. 7 al. 1 LAI, la personne assurée doit entreprendre tout ce qui peut être raisonnablement exigé d'elle pour réduire la durée et l'étendue de l'incapacité de travail et pour empêcher la survenance d'une invalidité. Par ailleurs, la personne assurée doit participer activement à la mise en œuvre de toutes les mesures raisonnablement exigibles contribuant soit au maintien de son emploi actuel, soit à sa réadaptation à la vie professionnelle ou à l'exercice d'une activité comparable (travaux habituels) (art. 7 al. 2 LAI).

Dans l'ATF 9C 648/2010, le Tribunal fédéral a statué sur le degré de la participation active. Un artisan indépendant spécialisé dans les pierres synthétiques s'est mis à souffrir d'une

maladie auto-immune du tissu conjonctif et ne pouvait dès lors plus travailler les pierres. L'AI a rejeté la demande de rente, car elle estimait que la personne assurée aurait dû employer un ouvrier pour la remplacer dans l'entreprise et qu'elle pouvait continuer d'assumer les tâches administratives (29% de son activité). Or, le Tribunal fédéral a donné raison à l'artisan, car le succès d'un atelier artisanal dépend du savoir-faire du chef et que l'on ne pouvait exiger de ce dernier qu'il délègue à un employé cette compétence-clé lui incombant en propre.

2.4. Réduction des dommages dans la LCA – Assumer ses obligations

Les assurances d'indemnité journalière en cas de maladie selon la LCA constituent un cas typique de ce domaine juridique. L'obligation faite à l'ayant droit de déclarer la survenance d'un sinistre est inscrite à l'art. 38 LCA « Déclarations obligatoires en cas de sinistre ». Dès la survenance d'un sinistre, l'ayant droit doit informer l'assureur en conséquence. Le contrat peut prévoir que cet avis sera donné par écrit. Si par sa faute, l'ayant droit contrevient à cette obligation, l'assureur a le droit de réduire l'indemnité à la somme qu'elle comporterait si la déclaration avait été faite à temps. Par ailleurs, l'art. 45 LCA précise les conditions auxquelles le preneur d'assurance ou l'ayant droit peuvent se voir sanctionner en cas de non-respect de ses obligations. Enfin, conformément à l'art. 61 LCA, l'assureur peut également formuler des instructions sur la manière dont l'ayant droit doit contribuer à la réduction du dommage.

D'après l'ATF 4A_314/2015, une différence essentielle entre le droit des assurances sociales, le droit de la responsabilité civile et le droit des assurances privées réside dans les bases contractuelles de ce dernier. Les parties peuvent définir librement les risques assurés et les conditions requises à l'élévation de prétentions dans la mesure où elles se conforment aux limites des dispositions légales. Dans le droit du contrat d'assurance, tout repose sur la convention passée entre les parties.

En conséquence, la LCA n'exclut pas la conclusion entre les parties d'une convention contractuelle prévoyant certaines obligations qui ressortent des conditions générales d'assurance (CGA) et des éventuelles directives formulées par l'assureur. Le tribunal des assurances sociales de Zurich s'est exprimé une fois à ce sujet : « L'obligation de restreindre le dommage n'existe que dans la mesure où elle peut raisonnablement être exigée de l'ayant droit. Sont raisonnablement exigibles les mesures qu'une personne raisonnable prendrait dans la même situation si elle ne pouvait attendre aucune indemnisation d'aucune sorte. (...) En présence d'un cas relevant de l'assurance-maladie, l'ayant droit est tenu de se soumettre à tout traitement médical [raisonnablement exigible]. (...) ».

Les CGA comprennent de telles obligations contractuelles sous de multiples formes. En voici quelques exemples :

- consulter un médecin le plus rapidement possible et veiller à prendre un traitement approprié ;
- le preneur d'assurance doit aviser la compagnie d'assurances de la manière suivante au moyen du formulaire mis à disposition ;
- se faire hospitaliser (hôpital ou clinique) ou suivre une cure, lorsque cela est approprié pour la guérison ;
- la compagnie est habilitée à rendre visite au patient ;
- la compagnie est en droit de demander des pièces justificatives et des renseignements supplémentaires, notamment des certificats médicaux ;
- la personne assurée doit se soumettre aux examens médicaux demandés par la compagnie et réalisés par les médecins mandatés par cette dernière.

Considérant cette multitude d'obligations, l'expert médical doit clarifier avec précision les déclarations que l'on attend de lui. En principe, il doit néanmoins s'en tenir à la description des faits médicaux et à l'évaluation des interventions médicales raisonnablement exigibles selon les critères susmentionnés. En se fondant sur les faits médicaux, l'assureur doit

ensuite statuer lui-même sur ce qui est raisonnablement exigible du point de vue de la loi, établir ses propres évaluations et tirer des conclusions.

2.5. Obligation de diminuer le dommage en droit de la responsabilité civile – Obligation de réduire le dommage au sens strict

Conformément à l'art. 42 CO, la preuve du dommage incombe au demandeur. Il s'agit là d'une spécification de la principale règle de la preuve découlant de l'art. 8 CC en vertu de laquelle chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cette règle porte avant toute chose sur le calcul du dommage en tant que tel. En cas de litige, lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée (art. 42 CO). C'est donc le montant total du dommage calculé conformément à l'art. 42 CO et effectivement à la charge du responsable qui est décrit ici. De la sorte, les circonstances découlant de la seule responsabilité du lésé sont donc quasiment déduites de ce calcul. Le résultat obtenu donne l'évaluation du dommage en tant que tel (art. 44 CO).

Dans son ATF 4A 37/2011, le Tribunal fédéral a qualifié l'obligation de diminuer le dommage comme une obligation dont la prise en compte constitue de fait une conséquence du calcul du dommage imputable en vertu du droit de la responsabilité civile. En effet, ne saurait être considéré comme un dommage causé par le responsable ce qui, compte tenu de l'ensemble des circonstances, pourrait être assumé (ou évité) par un individu dans la même situation qui n'attendrait aucune indemnisation. La réduction dès lors raisonnablement exigible des dommages devrait être déterminée en fonction de la personne du lésé, en particulier au regard de sa personnalité (par ex. aptitudes, compétences manuelles, adaptabilité, intelligence, âge, niveau de formation, etc.).

Dans ce contexte, la tâche du médecin consiste à mettre en évidence les antécédents du patient, ses aptitudes, voire les possibilités médicales d'une amélioration de son état de santé. Au juriste ensuite de déterminer ce qui peut raisonnablement être exigé de la personne lésée parmi les possibilités évoquées et ce qu'elle doit, si elle ne s'y conforme pas, éventuellement assumer seule.

2.6. Digression – Doctrine du caractère surmontable des douleurs dans le cas de troubles somatoformes selon l'ATF 141 V 281

Jusqu'ici, la jurisprudence et la pratique ont établi la doctrine du caractère surmontable des douleurs dans le cas de syndromes non objectivables. Un trouble somatoforme ne s'accompagne pas automatiquement d'atteintes fonctionnelles objectivables. Le Tribunal fédéral a donc estimé que les troubles somatoformes sont généralement surmontables et que l'on peut raisonnablement exiger de la personne qui en souffre qu'elle fasse des efforts en ce sens. Une présomption légale s'était donc imposée au détriment des patients en vertu de laquelle, ceux-ci sont censés surmonter de telles douleurs par un effort de volonté. En conséquence, les services juridiques acceptaient souvent telle quelle l'estimation que les médecins traitants avaient établie selon une liste de critères bien définis et en déduisaient la(l') (in)capacité de travail en fonction du diagnostic (syndromes). Or, à lui seul, un diagnostic ne permet pas de déterminer le degré du handicap.

Au lieu de la présomption légale avec recours possible, l'ATF 141 V 291 introduit une procédure de contrôle normative structurée. Désormais, lors de chaque expertise, les troubles somatoformes ou tout autres troubles de la santé doivent être considérés sous des points de vue pouvant contribuer à la réduction du dommage. On obtient ainsi un jugement objectif des capacités fonctionnelles effectivement atteignables. Les indicateurs se répartissent en deux catégories, le « degré de gravité de l'atteinte fonctionnelle » et la « consistance des li-

mitations fonctionnelles », en particulier au regard des handicaps induits dans la vie de tous les jours. Les déficits et les ressources doivent être précisés et discutés.

L'expert n'est donc ni un conseiller médical ni l'exécutant d'une liste de contrôle (orientée du point de vue juridique). Il doit évaluer en toute objectivité les capacités fonctionnelles et les ressources de la personne expertisée. L'expertise n'a donc plus besoin de contenir d'auto-évaluation ni d'autolimitation formulées par le patient. Non seulement elles n'étaient d'ailleurs pas très parlantes, mais induisaient souvent les juristes en erreur : ceux-ci pensaient en effet que le médecin documentait ses propres constats et ne considéraient pas ces déclarations comme une expression de l'autolimitation de la personne expertisée.

3. Bilan

3.1. Bilan de l'obligation de diminuer le dommage

L'obligation de diminuer le dommage n'apparaît nulle part telle quelle dans la loi. Elle consiste au plus en une obligation du requérant. Les limites de cette obligation résident dans ce que l'on peut raisonnablement exiger du patient. Ce qui peut être raisonnablement exigé est défini conformément au principe général de la bonne foi. La notion de ce qui peut raisonnablement être exigible évolue au fil du temps. Il est donc recommandé de systématiquement tenir compte de la dernière jurisprudence en vigueur.

3.2. Conclusion pour l'expertise médicale

La question de savoir si et dans quelle mesure le lésé se plie ou doit se plier à son obligation de diminuer le dommage n'est pas évidente pour tout un chacun ni en toutes circonstances. Les certificats médicaux ou les expertises médicales permettent aux juristes de classer les atteintes à la santé selon différentes catégories légales. Or, l'évaluation de la capacité de travail n'est pas du seul ressort des médecins. L'estimation médicale n'est donc pas le seul document pris en compte lors de l'évaluation juridique, mais c'est un document important, car elle permet de déterminer l'activité profession-

nelle pouvant encore être raisonnablement exigée de la personne assurée (ATF 141 V 281 et ATF 9C_289/2017). Il faut savoir que les médecins et les juristes n'évaluent pas les choses sous le même angle. A ce sujet, je vous renvoie au point 1 ci-avant.

L'expertise doit donc être structurée de manière claire et bien distinguer ce qui a été objectivement constaté de ce qui relève d'une affirmation subjective. Il est important que le médecin n'emploie pas une terminologie juridique mais médicale et qu'il n'utilise pas des notions juridiques supposément identiques. Il ne doit donc pas se prononcer sur l'imputation juridique de causalités ou de fautes et, idéalement, recourir à un langage intelligible par tous, sans prendre partie.

Conformément à l'ATF 122 V 157, en matière de valeur probante d'un rapport médical, il est déterminant que ce dernier passe en revue l'ensemble des aspects litigieux, repose sur toutes sortes d'examen, tienne compte des troubles allégués, ait été rendu après prise de connaissance de l'anamnèse, éclaire les différents liens médicaux et l'évaluation de la situation médicale et que les conclusions de l'expert soient fondées. Ce qui est déterminant pour la valeur probante, ce n'est ni l'origine d'une preuve ni la désignation de la prise de position transmise ou demandée sous forme de rapport ou d'expertise, mais son contenu.

En vertu de l'ATF 8C_448/2015, le rapport doit avoir une structure claire. En l'espèce, le tribunal avait souligné le manque de clarté dans la structure du rapport considéré puisque l'expert émettait des commentaires dès le résumé des antécédents médicaux et des données concernant la personne assurée et qu'il n'était donc pas toujours évident de distinguer les éléments sur lesquels reposait l'expertise et ceux traduisant l'évaluation de l'expert. L'évaluation juridique du dossier n'est pas du ressort de l'expert médical. Allant à l'encontre de l'opinion de la première instance, le tribunal estime que de telles déclarations de l'expert médical contribuent à réduire la valeur probante de ses affirmations

puisqu'elles sont le signe que l'expert tenu à l'impartialité excède ses prérogatives et donne l'impression qu'il ne connaît pas les limites de sa mission(!). Le tribunal est arrivé à cette conclusion, car l'expert ne s'est pas contenté de s'exprimer en sa qualité d'expert professionnel et indépendant, mais qu'il entendait voir le cas réglé dans son sens. Par ses déclarations dans l'expertise, il a aussi anticipé l'appréciation juridique. Il a donc également empiété sur le choix des termes utilisés par un représentant des parties.

Dans l'ATF 141 V 281, les juges ont estimé que l'expert doit mettre en évidence les déficits d'activité dans d'autres domaines comparables de la vie et s'il ressort de l'anamnèse que les mesures de réadaptation et les traitements médicaux entraînent un stress psychologique.

Par conséquent, on continue d'attendre de l'expert qu'il possède certaines connaissances juridiques. Il est censé connaître les dispositions légales et la pratique du Tribunal fédéral relatives aux affaires le concernant. Il doit s'efforcer d'apporter des preuves et non d'émettre des suppositions. Par exemple, ce n'est pas parce que l'expert répète les déclarations du patient que leur véracité est pour autant établie. Il doit procéder à ses propres constatations. Ce faisant, il ne doit se laisser instrumentaliser par aucune des parties et se contenter de formuler des déclarations à caractère médical.

D'après Erich Fromm, lorsqu'il est consulté comme expert, le médecin doit adopter l'attitude suivante : « La vérité ne doit pas uniquement être significative et totale, elle doit aussi être radicale et ne saurait être embellie, adoucie ni enjolivée. L'expérience montre que la vérité, c'est-à-dire la confrontation avec la réalité, a d'autant plus d'impact qu'on peut la voir dans son entièreté, en toute clarté et sans compromis. »

Adresse de correspondance :

[Hubert Bär, avocat](#)

[Responsable responsabilité civile et gestion des sinistres](#)

[Association Suisse d'Assurances ASA](#)

Redaktionsmitglieder

Dr. med. Bruno Soltermann, SVV, Vorsitz

PD Dr. med. Stephan Becher, SCOR

Dr. med. Susanne Habicht, CSS Versicherung

Thomas Lack, Basler Versicherungen

Dr. med. Thomas Mall, Basler Versicherungen

Dr. med. Achim Regenauer, PartnerRe

Dr. med. Philip Strasser, Swiss Life

Dr. med. Urs Widmer, Swiss Re

Anton Zumstein, Helvetia Versicherungen

Download

www.svv.ch / Newsroom / Publikationen

ISSN 2504-2203

ASA | SVV

Schweizerischer Versicherungsverband SVV

Conrad-Ferdinand-Meyer-Strasse 14

Postfach

CH-8022 Zürich

Tel.+41 44 208 28 28

info@svv.ch

svv.ch