

Die Kognition des EVG bei der Überprüfung von Leistungsverfügungen: Überblick, Kritik

Probearbeit im Sozialversicherungsrecht

bei Prof. Erwin Murer

Professor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Fribourg, Schweiz

Oliver M. Kunz
cand. iur. (7. Semester)
Stud.-Nr.: 99-205-940
37, rte. des Arsenaux
1700 Fribourg
076/336 36 01
oliver.kunz@unifr.ch

Probearbeit begonnen am 10. Februar 2003

Probearbeit eingereicht am 24. Februar 2003

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	III
LITERATURVERZEICHNIS	V
1 EINLEITUNG	1
2 DIE KOGNITION	1
2.1 DER BEGRIFF DER KOGNITION.....	1
2.2 DIE VERSCHIEDENEN BESCHWERDEGRÜNDE	1
2.3 DIE FUNKTIONEN DER EINSCHRÄNKUNG DER KOGNITION	2
2.4 DIE UNTERSCHIEDUNG VON KOGNITION UND ENTSCHEIDBEFUGNIS	2
3 ÜBERBLICK ÜBER DIE KOGNITION DES BUNDESGERICHTS	3
3.1 DIE ÜBLICHE KOGNITION DES BGER/EVG	3
3.1.1 Sachverhaltsüberprüfung	4
3.1.2 Rechtskontrolle.....	4
3.1.3 Überprüfung der Angemessenheit.....	5
3.2 DIE ERWEITERTE KOGNITION DES EVG.....	5
3.2.1 Der Begriff der Versicherungsleistung.....	5
3.2.2 Sachverhaltsüberprüfung	6
3.2.3 Rechtskontrolle.....	6
3.2.4 Überprüfung der Angemessenheit.....	6
3.2.5 Andere Unterschiede bei Leistungsstreitigkeiten.....	6
4 EINZELNE PROBLEMFELDER	6
4.1 DIE SACHVERHALTSKONTROLLE DURCH DAS EVG.....	6
4.1.1 Die Zulässigkeit von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln.....	6
4.1.2 Zeitlich massgebender Sachverhalt	7
4.1.3 Befugnis oder Pflicht zur Sachverhaltsermittlung?	7
4.2 DIE ABGRENZUNG VON RECHTSVERLETZUNG UND UNANGEMESSENHEIT	8
4.2.1 Allgemeines.....	8
4.2.2 Der Begriff der Rechtsverletzung	9

4.2.3	Der Begriff des Ermessens	9
4.2.4	Rechtswidrige Ermessensfehler	9
a)	Ermessensüberschreitung	9
b)	Ermessensunterschreitung	9
c)	Ermessensmissbrauch	10
4.2.5	Ermessen und Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen	10
a)	Abgrenzung durch das Bundesgericht, Theorie der einzig richtigen Entscheidung	11
b)	Abgrenzung gemäss Tatbestand und Rechtsfolge	11
c)	Ergebnis	12
4.2.6	Zusammenfassung	13
4.2.7	Bedeutung der Abgrenzung für die Kognition	13
4.3	DIE ABGRENZUNG VON SACHVERHALTS- UND RECHTSKONTROLLE	14
4.3.1	Rechtsanwendung	14
a)	Wahrnehmung als Subsumtion unter Erfahrungssätze	14
b)	Gelten Erfahrungssätze als Rechtsfragen?	15
c)	Die Formulierung des Untersatzes	15
d)	Konklusion	16
4.3.2	Zusammenfassung	17
4.3.3	Praktische Auswirkungen der hier befürworteten Abgrenzung	17
4.4	PRÜFUNGSDICHTEN: ZURÜCKHALTUNG INNERHALB DER KOGNITION	18
4.4.1	Die Prüfungsdichte im Allgemeinen	18
4.4.2	Kasuistik	19
4.4.3	Zusammenfassung und Kritik	20
5	ZUSAMMENFASSUNG	21
6	DIE REVISION DER BUNDESRECHTSPFLEGE	21
6.1	RECHTFERTIGUNG DER EINSCHRÄNKUNG DER KOGNITION	22
6.2	KRITIK	22
7	SCHLUSSBEMERKUNGEN	23

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	Anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AISUF	Arbeiten aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
Art.	Artikel
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6.10.2000, SR 830.1.
BBI	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BOTSCHAFT-2001	Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBI 2001 4202-4479.
BOTSCHAFT-2001-FR	Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 (französischer Text), FF 2001 4000-4280.
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25.6.1982 (SR 831.40)
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung (Bern)
Diss.	Dissertation
E-BGG	Entwurf zum Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), BBI 2001 4480-4516.
EMRK	(Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (SR 0.101)
Et al.	et alii
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
f./ff.	folgende, fortfolgende
FF	Feuille fédérale
Fn.	Fussnote
Habil.	Habilitationsschrift
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich)
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.v.	im Sinne von
ibid.	ibidum
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19.6.1959 (SR 831.20)
lit.	Litera

m.a.W.	mit anderen Worten
m.Hinw.	mit Hinweisen
N	Note, Randziffer
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943 (Bundesrechtspflegegesetz, SR 173.110)
Plädoyer	plädoyer. Magazin für Recht und Politik (Zürich)
Recht	rech. Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern)
Rspr.	Rechtsprechung
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (Bern)
u.U.	Unter Umständen
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20.3.1981 (SR 832.20)
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14.3.1958 (Verantwortlichkeitsgesetz, SR 170.32)
Vgl.	Vergleiche
Vi	Vorinstanz
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968 (SR 172.021)

- PETER HAY: US-Amerikanisches Recht, Ein Studienbuch, 2. Auflage, München 2002.
- REINHOLD HOTZ: Methodische Rechtsetzung, eine Aufgabe der Verwaltung, Habil. ZH, Zürich 1983.
- EDUARD JÖHR: Die verwaltungsgerichtliche Ueberprüfung des administrativen Ermessens, Diss. ZH, Aarau 1931.
- WALTER KÄLIN: Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Auflage, Bern 1994.
- PETER KARLEN: Verwaltungsgerichtsbeschwerde, in: THOMAS GEISER/PETER MÜNCH (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Band I, Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Auflage, Basel/Frankfurt a.M. 1998, 91-119.
- HANS KELSEN: Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Wien 1960.
- UELI KIESER: Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht, SJZ 96 (2000) 553-556.
- BLAISE KNAPP: Précis de droit administratif, 4. Auflage, Basel/Frankfurt a.M. 1991.
- ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998.
- ERNST A. KRAMER: Schleudertrauma: Das Kausalitätsproblem im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, BJM 2001, 153-172.
- KARL LARENZ: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Auflage, Berlin et al. 1983.
- MATTHIAS LEUTHOLD: Die Prüfungsdichte des Bundesgerichts im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, Diss. BE, Bern 1992.
- SUSANNE LEUZINGER-NAEF: Die Überprüfung verfahrensrechtlicher Entscheide kantonaler Gerichte durch das Eidgenössische Versicherungsgericht (Bemerkungen zu BGE 126 V 143), in: RENÉ SCHAFFHAUSER/FRANZ SCHLAURI (Hrsg.), Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Band 6, Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungspraxis, St. Gallen 2001, 39-60.
- THOMAS LOCHER: Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 2. Auflage, Bern 1997.
- NIKLAS LUHMANN, LdV: Legitimation durch Verfahren, 4. Auflage, Frankfurt a.M. 1983.
- NIKLAS LUHMANN, RdG: Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1995.
- ALFRED MAURER: Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 1983.
- ULRICH MEYER, Rechtspflege: Die Rechtspflege in der Sozialversicherung, BJM 1989, 1-33.
- ULRICH MEYER-BLASER, Kausalität: Kausalitätsfragen aus dem Gebiet des Sozialversicherungsrecht, SZS 38 (1994) 81-107.
- ULRICH MEYER-BLASER, Streit: Der Streitgegenstand im Streit - Erläuterungen zu BGE 125 V 413, in: RENÉ SCHAFFHAUSER/FRANZ SCHLAURI (Hrsg.), Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Band 6, Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungspraxis, St. Gallen 2001, 9-38.

- ULRICH MEYER-BLASER, ATSG: Die Rechtspflegebestimmungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), HAVE 2002, 326-334.
- MARKUS MÖHR: Die Kognition des Bundesgerichts bei der Überprüfung der Anwendung des kantonalen Gesetzrechts im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Freiheitsrechte, insbesondere der Handels- und Gewerbefreiheit und der persönlichen Freiheit, Diss. SG, Wil 1984.
- PIERRE MOOR: Droit administratif, Band II, Les actes administratifs et leur contrôle, 2. Auflage, Bern 2002.
- CH. PERELMAN: La distinction du fait et du droit, le point de vue du logicien, in: Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Le FAIT et le DROIT: études de logique juridique, Brüssel 1961, 269-278.
- MICHAEL PFEIFER: Der Untersuchungsgrundsatz und die Officialmaxime im Verwaltungsverfahren, O. A. GERMANN et al. (Hrsg.), Basler Studien zur Rechtswissenschaft Band 124, Diss. BS, Basel/Stuttgart 1980.
- RENÉ RHINOW: Vom Ermessen im Verwaltungsrecht, eine Einladung zum Nach- und Umdenken, recht 1983, 41-53, 83-94.
- RENÉ RHINOW et al.: Öffentliches Prozessrecht und Grundzüge des Justizverfassungsrechts des Bundes, GEORG MÜLLER et al. (Hrsg.), Übersicht über das Bundesverwaltungsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1994.
- KLAUS FRIEDRICH RÖHL: Allgemeine Rechtslehre, Ein Lehrbuch, 2. Auflage, Köln et al. 2001.
- RUDOLF RÜEDI: Allgemeine Rechtsgrundsätze des Sozialversicherungsprozesses, in: WALTER R. SCHLUEP et al. (Hrsg.), Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends, Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern/Stuttgart/Wien 1993, 451-476.
- ALEXANDRA RUMO-JUNGO: Haftpflicht und Sozialversicherung, PETER GAUCH (Hrsg.), AISUF Band 174, Habil. FR, Fribourg 1998.
- PETER SALADIN: Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel/Stuttgart 1979.
- MAX SIDLER: Betrachtungen nach einer Dekade der besonderen Adäquanztprüfung bei sog. Schleudertraumen, AJP 2002, 791-796.
- GEROLD STEINMANN: Unbestimmtheit verwaltungsrechtlicher Normen aus der Sicht von Vollzug und Rechtsetzung, Diss. BE, Bern 1982.
- ULRICH ZIMMERLI et al.: Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 1997.

1 Einleitung

Zuerst zur **Terminologie**: Nachfolgend wird die übliche Kognition des BGer bei der Beurteilung von Verwaltungsgerichtsbeschwerden im Allgemeinen der Kognition des EVG bei der Beurteilung von Leistungsstreitigkeiten gegenübergestellt. Um den Text nicht übermässig zu beschweren, wird für Erstere der Ausdruck „normale“ oder „übliche Kognition“ und für Letztere der Ausdruck „erweiterte Kognition“ verwendet.

Da die Revision der Bundesrechtspflege und damit eine Angleichung der erweiterten Kognition des EVG an die übliche Kognition vor der Tür steht, werde ich besonders darauf Wert legen, **Differenzen** dieser beiden Kognitionen **hervorzuheben**. Dazu sehe ich mich genötigt, ab und an in die Tiefen (oder die Höhen) der Rechtsphilosophie und der Methodenlehre vorzudringen, um diejenigen Unterscheidungen treffen zu können, die zur Klärung der Unterschiede der beiden Kognitionen benötigt werden. Dabei werde ich – wo immer es nötig ist – auch altbewährte Konzepte nicht vor Hinterfragung schonen.

Zum **Vorgehen**: Nach einer grundlegenden Betrachtung des Instituts der Kognition (2), wird überblicksweise die Kognition des Bundesgerichts dargestellt. Dies geschieht anhand einer Analyse der üblichen Kognition und der Hervorhebung der Unterschiede zur erweiterten Kognition (3). Das so grob vorgezeichnete System der erweiterten Kognition wird durch ein Beleuchten der kritischen Punkte ergänzt (4). Dabei wird insbesondere die Sachverhaltskontrolle des BGer näher beleuchtet (4.1) sowie eine Abgrenzung von Rechtskontrolle einerseits und Angemessenheits-, Ermessens- und Sachverhaltskontrolle andererseits vorgenommen (4.2 und 4.3). Daran schliesst ein Überblick über das Problem der Prüfungsdichte an (4.4). Nach einer Zusammenfassung der Kognition des EVG *de lege lata* (5) gehe ich auf die Revisionsbestrebungen und deren Kritik ein (6).

2 Die Kognition

2.1 Der Begriff der Kognition

Die Kognition legt fest, welcher Prüfung der Streitgegenstand unterzogen wird.¹ Es geht darum, welche Arten von Fehlerhaftigkeit der Verfügung das zur Beurteilung angerufene Gericht überprüfen darf. Der Umfang der Kognition ergibt sich indirekt aus der Zulässigkeit von **Beschwerdegründen**:² Das Gericht hat alle zulässigen Rügen, die gehörig vorgebracht wurden, zu prüfen (andernfalls läge eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, Art. 29 BV, vor).³

2.2 Die verschiedenen Beschwerdegründe

Es wird zwischen folgenden Beschwerdegründen unterschieden⁴:

1. Sachverhaltsüberprüfung
2. Rechtskontrolle⁵
3. Überprüfung der Angemessenheit⁶

¹ Gygi, 265.

² BGE 96 I 513, 516; 97 I 573, 583; RHINOW et al., N 785 sprechen von „zwei Seiten einer Münze“; BOVAY, 392 f.

³ BGE 120 Ia 113, 115 f.; 104 Ib 412, 418; 99 V 188; ZIMMERLI et al., 91, sog. „Ausschöpfung“; KÖLZ/HÄNER, N 618; dabei zu beachten ist jedoch jeweils eine mögliche Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Beschwerdemöglichkeiten: BGE 104 Ib 412, 418; 104 Ib 205, 208 f.; wobei dies die Ausnahme bleiben soll: BGE 121 V 150, 156; LOCHER, § 53 N 13.

⁴ Vgl. Art. 104 OG, Art. 132 OG und Art. 49 VwVG.

⁵ Diese ist regelmässig noch enger eingeschränkt: vgl. den Überblick bei RHINOW et al., N 799.

Die Beschwerde muss mindestens einen zulässigen Beschwerdegrund enthalten, damit ein Urteil in der Sache ergehen kann (sog. Sachurteilsvoraussetzung).⁷ Ist der Beschwerdeschrift auch nicht ansatzweise eine zulässige Rüge zu entnehmen, so muss dies grundsätzlich einen Nichteintretensentscheid auslösen.⁸ Welche Beschwerdegründe jeweils zulässig sind, hängt vom ergriffenen **Rechtsmittel** ab.⁹

2.3 Die Funktionen der Einschränkung der Kognition

Selbst wenn die ganze Trias der Beschwerdegründe zulässig ist, darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass wesentliche Teile unserer Umwelt in den „blinden Fleck“ der Justiz fallen.¹⁰

I.d.R. wird diese Blindheit im Beschwerdeverfahren noch ausgeweitet: Durch Einschränkungen der Kognition bzw. durch die Beschränkung der Zulässigkeit von Beschwerdegründen in Rekursverfahren wird ein Teil der Wirklichkeit vom Prozess ausgeschlossen. Es findet eine **Kanalisation** der Kommunikation durch Ausschluss bestimmter Themen statt. Damit wird verhindert, dass das gleiche Thema mehrere Instanzen beschäftigt. So erfolgt eine gewisse **Entlastung** der oberen Instanzen, sie können Ausgeschlossenes als abgeschlossen betrachten und sich verstärkt dem noch „Rügbaren“ widmen. Andererseits erhält dadurch die letzte Instanz, welche die entsprechenden Rügen noch behandeln kann, eine gewisse **Autonomie**. In diesen Punkten gilt ihr Wort (sog. „Letztentscheidungsbefugnis“¹¹).

Insbesondere in föderalistisch organisierten Staaten dient diese Autonomie denn auch der in Kontinentaleuropa verbreiteten vertikalen Gewaltenteilung.¹²

Schliesslich kann eine (sachgerechte) Einschränkung der Kognition auch einer **effizienten Allokation** der Entscheidungsgewalt dienen, indem nicht allzu weit entfernte Gerichte sich mit Sachverhalten beschäftigen, zu deren Beurteilung eine enge Beziehung zum Streitgegenstand nötig ist.

Die Einschränkung der Kognition der Rechtsmittelinstanzen steht jedoch in einem Spannungsverhältnis zur **Kontrollfunktion** des Rechtsmittelverfahrens.¹³

2.4 Die Unterscheidung von Kognition und Entscheidungsbefugnis

Es ist ein grundsätzlicher Unterschied festzuhalten zwischen der Kompetenz eines Gerichts, einen Themenkomplex zu prüfen und der Kompetenz, im Falle der Feststellung eines Fehlers, das angefochtene

⁶ Angemessenheit i.e.S. – unter Ausschluss der rechtswidrigen Ermessensausübung (4.2.4); vgl. GRISEL, 911.

⁷ ZIMMERLI et al., 91 f.

⁸ SALADIN, N 20.434; MOOR, 661; LOCHER, § 62 N 6; eine Ausnahme gilt bei Nichteintretensverfügungen: LOCHER, § 62 N 7; vgl. dazu BGE 117 V 121, 122 und (anders) BGE 118 Ib 134, 135 f.

⁹ Vgl. Art. 84 OG zur staatsrechtlichen Beschwerde; Art. 43 zur zivilrechtlichen Berufung, etc.

¹⁰ So z.B. die Missachtung ethischer oder moralischer Regeln: BOVAY, 393. Wenn man Gerichtsverfahren als ausdifferenzierte Teilsysteme betrachtet, wird klar, dass die von diesen Systemen konstruierte Sinnsphäre durch selektive Verarbeitung von Umweltinformationen (sog. Irritationen) zu Stande kommt (LUHMANN, LdV, 59). Extrasystemische Information kann nur nach Durchlaufen eines (innersystemischen) Selektionsprozess im System erkannt werden (LUHMANN, LdV, 59 ff.).

¹¹ RHINOW, 42.

¹² FLEINER-GERSTER/HÄNNI, § 17 N 29; vgl. auch SALADIN, N 20.42.

¹³ Vgl. dazu PFEIFER, 46 f.

Beschwerdeobjekt abzuändern oder aufzuheben.¹⁴ Die BOTSCHAFT-2001 übernimmt dann auch diese Unterscheidung.¹⁵

Diese Unterscheidung wird bedeutsam, wenn eine Differenz zwischen **Kognition** – verstanden als Überprüfungsbefugnis (**pouvoir de contrôle**) – und der **Entscheidungsbefugnis (pouvoir de décision)** vorliegt. Differenzen zwischen Entscheid- und Überprüfungsbefugnis sind insofern stossend, als trotz zulässiger und vom Gericht als richtig anerkannter Rüge die Rechtslage durch das Urteil nicht im Sinne der Begehren geändert werden kann.

Innerhalb des Streitgegenstandes und seiner Überprüfungscompetenz (Kognition) kann also die Entscheidungsbefugnis des Gerichts zusätzlich beschränkt sein, z.B. durch Anwendungsgebote¹⁶ oder durch ein Verbot der *reformatio in peius vel melius* (welche damit aus der Kognitionsthematik ausgesondert ist).¹⁷

Von der Entscheidungsbefugnis (und auch von der Kognition) wiederum abzugrenzen ist die sog. Prüfungs-dichte (unten 4.4), welche in den Bereich der Ermessenskontrolle einzuordnen ist.

3 Überblick über die Kognition des Bundesgerichts

Das EVG beurteilt letztinstanzlich Streitigkeiten im Bereich des Sozialversicherungsrechts.¹⁸ Anfechtungsgegenstand ist i.d.R. der Einspracheentscheid nach Art. 52 ATSG, welcher bereits durch das (einzige) kantonale Versicherungsgericht beurteilt worden ist. Das Verfahren vor dieser kantonalen Instanz richtet sich nach kantonalem Recht, wobei die bundesrechtlichen Vorgaben¹⁹ zu berücksichtigen sind; das kantonale Versicherungsgericht hat insbesondere in jedem Fall eine umfassende Kognition.²⁰

3.1 Die übliche Kognition des BGer/EVG

Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde können unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellungen (3.1.1) sowie Verletzungen von Bundesrecht (3.1.2) gerügt werden. Die Überprüfung der Angemessenheit (3.1.3) hingegen kann nur ausnahmsweise verlangt werden (Art. 104 OG).

¹⁴ KNAPP, N 2026 ff.; vgl. auch LEUTHOLD, 20 ff., der von Entscheidungs- und Beurteilungsdimension spricht; ferner GRISEL, 933 ff.; KÖLZ/HÄNER, N 687 ff.; MOOR, 528 f.; weniger deutlich GYGI, 249, 265; MAURER, 496; SALADIN, N 23.21; vgl. auch die u.U. irreführende Auflistung in Art. 132 OG.

¹⁵ BOTSCHAFT-2001, 4344 : « Kognition » und « Entscheidungsbefugnis »; BOTSCHAFT-2001-FR, 4141 : « pouvoir de décision » und « pouvoir de contrôle ».

¹⁶ Beispielsweise können Bundesgesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft, jedoch die sich auf verfassungswidrige Bundesgesetze stützenden Verfügungen nicht aufgehoben oder abgeändert werden (es geht um ein Anwendungsgebot und nicht um ein Prüfungsverbot): BGE 123 V 310, 322; 122 V 85, 93; 117 Ib 367, 373; vgl. auch AUER et al., N 1835 ff.; vgl. ferner LEUTHOLD, 53 und KÖLZ/HÄNER, N 641; unpräzis: LOCHER, § 61 N 9.

¹⁷ Es geht um die Frage, ob der Richter **an die Parteibehgehren gebunden** ist, d.h. ob er Rechtsfolgen beschliessen darf, die über den durch die Parteibehgehren bezeichneten Rahmen hinausgehen. Anders als bei der herkömmlichen Verwaltungsgerichtsbeschwerde darf er dies bei Leistungsstreitigkeiten vor dem EVG tun (Art. 132 lit. c OG; vgl. dazu Art. 114 Abs. 1 OG), es wurde sogar von der Schranke von Art. 62 Abs. 2 VwVG abgesehen (FLEINER-GERSTER, § 24 N 158), wobei bei einer drohenden *reformatio in peius* eine Hinweispflicht auf die Rückzugsmöglichkeit besteht (LOCHER, § 59 N 38 ff.). Zur Abgrenzung zum Streitgegenstand: AUER, 45 ff., 59.

¹⁸ Zur Zuständigkeit des EVG für Streitigkeiten über verfahrensrechtliche Entscheide vgl. LEUZINGER-NAEF, 53, wobei dies für die Kognition keine Auswirkungen hat: LEUZINGER-NAEF, 58.

¹⁹ Z.B. Art. 1 Abs. 3 VwVG; Art. 6 EMRK; Art. 29 f. BV; sowie der ATSG.

²⁰ Art. 61 ATSG; MEYER-BLASER, ATSG, 329; LOCHER, § 59 N 44.

3.1.1 Sachverhaltsüberprüfung

Grundsätzlich kann das Bundesgericht die Feststellung des Sachverhalts frei überprüfen. Sofern es sich bei der Vorinstanz jedoch um eine richterliche Behörde handelt, darf das Bundesgericht nur überprüfen, ob die Vorinstanz den Sachverhalt **offensichtlich** unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt hat (Art. 105 Abs. 2 OG).²¹

Neue Beweismittel (unechte *nova*) werden nur dann zugelassen, wenn sie die Vi von Amtes wegen hätte erheben müssen und wenn deren Nichterheben eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften darstellt.²² Beweise über **neue Tatsachen** (echte *nova*), die sich erst nach dem kantonalen Urteil verwirklicht haben, können die kantonale Entscheidung nicht fehlerhaft erscheinen lassen und sind deshalb für das BGer unbeachtlich.²³ „Offensichtlich unzulässig [...] ist [zudem], erst dem Bundesgericht Beweismittel vorzulegen, die schon von den Vorinstanzen angefordert worden waren, ihnen aber vom Beweispflichtigen nicht fristgerecht unterbreitet wurden.“²⁴

Da die Kantone gemäss Art. 57 ATSG verpflichtet sind, ein Versicherungsgericht als einzige Instanz für den Bereich des Sozialversicherungsrechts zu bestellen, wird die Vorinstanz regelmässig eine richterliche Behörde i.S.v. Art. 105 Abs. 2 OG sein.²⁵ Damit stellt die Ausnahmeregelung von Art. 105 Abs. 2 OG in der Praxis wohl die weitaus häufigere Konstellation dar.²⁶

3.1.2 Rechtskontrolle

Die Rechtskontrolle ist beschränkt auf die Kontrolle, ob Bundesrecht verletzt wurde (Art. 104 lit. a OG). Der Begriff des Bundesrechts i.S.v. Art. 104 OG ist jedoch weiter zu verstehen als derjenige von Art. 5 VwVG. Er umfasst Verfassungsrecht, Bundeserlasse im formellen wie im materiellen Sinn, ungeschriebenes Recht²⁷ sowie völkerrechtliche Verträge.²⁸ Besonderheiten sind jedoch zu beachten im Gebiet der beruflichen Vorsorge.²⁹

Eine Verletzung von Bundesrecht liegt vor, wenn Bundesrecht nicht richtig, gar nicht oder aber anstelle von kantonalem Recht angewendet wurde.³⁰ Unter speziellen Umständen kann sogar formell kantonales Recht als Bundesrecht gelten.³¹

²¹ Als wesentliche Verfahrensbestimmungen gelten v.a. die Untersuchungsmaxime sowie Grundsätze des Beweisrechts und des rechtlichen Gehörs (ZIMMERLI et al., 100); Zweifel an der Richtigkeit führen noch nicht zur Bejahung der offensichtlichen Unrichtigkeit (DOBER, 143), die Unrichtigkeit muss eindeutig und augenfällig sein: BGE 100 V 202, 203 f.

²² BGE 107 Ib 167, 169 m.Hinw.

²³ BGE 121 II 97, 99 f.; 107 Ib 167, 169.

²⁴ BGE 102 Ib 124, 127.

²⁵ Zu den Ausnahmen: MEYER-BLASER, ATSG, 329 ff.; in anderen Bereichen wird diese Funktion von Art. 98a OG erfüllt.

²⁶ MOOR, 666.

²⁷ Soweit es in der Bundesrechtsordnung eingebettet ist: GRISEL, 909; insbesondere die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind hier einzuordnen: vgl. ZIMMERLI et al., 92.

²⁸ GRISEL, 908; Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann so auch die Funktion der Verfassungsbeschwerde übernehmen: KARLEN, N 3.54; MOOR, 662.

²⁹ Art. 73 BVG statuiert eine Ausnahme zum Grundsatz, dass nur Verfügungen, die sich auf Bundesrecht stützen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans BGer angefochten werden können: BGE 114 V 102, 105; 120 V 445, 458; LOCHER, § 61 N 11 f.: in diesen Fällen kann deshalb auch die Verletzung von kantonalem oder kommunalem Vorsorgerecht gerügt werden.

³⁰ KNAPP, N 1901.

³¹ ZIMMERLI et al., 95 f.; GRISEL, 857 ff., 910; KNAPP, N 1901; vgl. z.B. BGE 123 II 337, 349 f.

Der Richter hat den einschlägigen Rechtssatz von Amtes wegen anzuwenden, er ist mithin an die rechtlichen Ausführungen der Parteien nicht gebunden.³²

Zur Unterscheidung zwischen Rechtsverletzung und Unangemessenheit vgl. unten 4.2.

3.1.3 Überprüfung der Angemessenheit

Art. 104 lit. c erwähnt abschliessend, wann das BGer die Angemessenheit von Verfügungen überprüfen kann. Es ist demnach vom Grundsatz auszugehen, dass eine Angemessenheitsüberprüfung ausgeschlossen ist,³³ wobei Ausnahmen vorkommen.³⁴

3.2 Die erweiterte Kognition des EVG

Auf dem Gebiet der Sozialversicherung ist das EVG letztinstanzlich zuständig (Art. 128 OG). Art. 132 OG erklärt für das Verfahren vor dem EVG die einschlägigen Artikel zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor Bundesgericht anwendbar. Grundsätzlich kann also auf das oben Erwähnte verwiesen werden.

Ausnahmen gelten jedoch für Verfahren über Verfügungen, bei denen es um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen geht; in diesen Fällen urteilt das EVG mit der erweiterten Kognition.

Nach der Darstellung, welche Verfahren von dieser Ausnahmeregelung erfasst sind, folgt ein Überblick über die Unterschiede zur üblichen Kognition.

3.2.1 Der Begriff der Versicherungsleistung

Als Versicherungsleistungen i.S.v. Art. 132 OG gelten alle „Leistungen, über deren Rechtmässigkeit bei Eintritt des Versicherungsfalles befunden wird“.³⁵ „Abgrenzungskriterium ist [...], ob die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen im Streite liege“.³⁶ Unter Art. 132 OG fällt auch ein Streit um die Versicherteneigenschaft, sofern dieser in engem sachlichem Zusammenhang mit einer Versicherungsleistung steht.³⁷ Blosser Einfluss auf künftige Versicherungsleistungen, über die nicht im gleichen Streit befunden wird, reicht jedoch nicht aus.³⁸ Es kommen nur Ansprüche von Versicherten und nicht etwa von Institutionen (z.B. Pensionskassen) in Betracht.³⁹

Gemäss ständiger Rechtsprechung umfasst der Begriff auch die **Rückforderung** von Versicherungsleistungen, nicht jedoch den **Erläss** der Rückforderung.⁴⁰ Sind im gleichen Prozess beide Fragen zu klären, so gilt bzgl. der Rückerstattung die erweiterte, bzgl. dem Erlass die normale Kognition.⁴¹

³² MEYER, 11; BGE 110 V 17, 20.

³³ GRISEL, 913.

³⁴ Eine Überprüfung der Angemessenheit findet nämlich statt: (1) bei Verfügungen über die Festsetzung von Abgaben und öffentlichrechtlichen Entschädigungen, (2) bei Beschwerden gegen vom Bundesrat verhängte Disziplinar massnahmen gegen Bundespersonal, sowie (3) wenn ein Bundesgesetz diese Überprüfung vorsieht. Darunter fällt insbesondere die erweiterte Kognition des EVG (vgl. sogleich), weitere Ausnahmen finden sich z.B. in Art. 15 Abs. 5^{bis} VG, Art. 47 Abs. 3 VwVG; vgl. auch die Auflistung bei GRISEL, 913.

³⁵ BGE 120 V 445, 448; 112 V 97, 100.

³⁶ BGE 98 V 274, 275; der materielle Anfechtungsgegenstand muss eine Versicherungsleistung sein.

³⁷ BGE 97 V 190, 191; vgl. auch 118 V 248, 254.

³⁸ DOBER, 145: so etwa bei einem Streit um Höherversicherung oder Versicherungsvorbehalte (BGE 124 V 118, 120).

³⁹ BGE 115 V 362, 364.

⁴⁰ Urteil des EVG vom 27.3.2002, ARV 2002, 257-260, E. 1; EVG vom 5.2.01, ARV 2001, 160-163, E. 2; BGE 122 V 221, 223; 112 V 97, 100; 98 V 274, 276.

⁴¹ BGE 112 V 97, 100; Grundlegend und mit Ausführungen zu möglichen Ausnahmen: 98 V 274, 276 f.

3.2.2 Sachverhaltsüberprüfung

Das EVG ist nicht gebunden an die Feststellungen der Vi (Art. 132 lit. a OG). Dies stellt insofern einen Unterschied zum BGer dar, als der Sachverhalt auch dann umfassend geprüft werden kann, wenn die Vi eine richterliche Behörde war, was in der Mehrheit der Fälle zutrifft (vgl. Art. 57 ATSG). Ausserdem können neue Beweismittel eingereicht werden (vgl. unten 4.1.1). Das EVG kann selber Beweise erheben, was es in der Praxis jedoch kaum tut, oder aber die Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückweisen.⁴²

3.2.3 Rechtskontrolle

Die Rechtskontrolle gestaltet sich gleich wie bei der üblichen Kognition (vgl. oben 3.1.2).

3.2.4 Überprüfung der Angemessenheit

Die Rüge der Unangemessenheit ist – anders als bei der normalen Kognition – zulässig (Art. 132 lit. a). Um den genauen Umfang dieser zusätzlichen Kompetenz bestimmen zu können, bedarf es einer Abgrenzung zwischen Rechtsverletzung und Unangemessenheit, welche unten (4.2) vorgenommen wird.

3.2.5 Andere Unterschiede bei Leistungsstreitigkeiten

Das EVG kann – anders als das BGer – über die Begehren der Parteien hinausgehen (Art. 132 lit. c OG).⁴³ Ausserdem werden i.d.R. keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 134 OG).

4 Einzelne Problemfelder

Um erfassen zu können, welche Prüfungsmöglichkeiten die erweiterte Kognition zusätzlich erschliesst, wollen wir uns zuerst einer genaueren Betrachtung der Sachverhaltskontrolle widmen (4.1). Danach soll die Rechtsverletzung von der Unangemessenheit (4.2) und von der fehlerhaften Feststellung des Sachverhalts (4.3) abgegrenzt werden. Das Kapitel schliesst mit einer Darstellung des Instituts der Prüfungsdichte (4.4), welches de facto ebenfalls wie eine Einschränkung der Kognition wirkt. Die Ergebnisse werden dann im Kapitel 5 zusammengefasst.

4.1 Die Sachverhaltskontrolle durch das EVG⁴⁴

4.1.1 Die Zulässigkeit von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln

Da das EVG nicht an die Sachverhaltsfeststellungen der Vi gebunden ist, können die Parteien grundsätzlich neue Tatsachenbehauptungen vorbringen und Beweismittel einreichen. Davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt des Verfahrens dies möglich ist.⁴⁵

Das **EVG** hat bis zum BGE 127 V 353 die Auffassung vertreten, dass (im Rahmen von Art. 132 OG) Beweismittel, die nach Ablauf der Beschwerdefrist eingereicht wurden, zu berücksichtigen sind, sofern sie

⁴² Art. 114 Abs. 2 OG; DUC, N 1359; ZIMMERLI et al., 101 f., welcher sich sehr kritisch zur Beweisabnahme durch obere Instanzen ausspricht.

⁴³ Vgl. auch Fn. 17; ferner HÄFELIN/MÜLLER, N 1980 f.

⁴⁴ Es wird vorliegend unterschieden zwischen „neuen Beweismitteln und Tatsachenbehauptungen“ (über Tatsachen, die schon bestanden, doch erst nachher entdeckt wurden; sog. „unechte *nova*“) und „neuen Tatsachen“ (d.h. Tatsachen, die sich erst nachher verwirklicht haben; sog. „echte *nova*“).

⁴⁵ BGE 109 Ib 246, 249; teilweise wird letzteres als *Eventualmaxime* bezeichnet: PFEIFER, 145.

„pertinents“ erscheinen.⁴⁶ Mit BGE 127 V 353 hat nun das EVG eine **Praxisänderung** (und damit eine Angleichung ans BGer) vollzogen, in dem Sinne, dass neue Beweismittel nicht mehr nach Ablauf der Beschwerdefrist eingereicht werden können. Später eingebrachte Beweismittel können nur noch bei der (ausnahmsweisen) Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels berücksichtigt werden.⁴⁷ Vorbehalten bleibt der Fall, wo später eingereichte Beweismittel die Voraussetzungen von Art. 137 lit. b OG erfüllen, also in dem Masse „entscheidend“ sind, dass sie als Revisionsgrund ausreichend wären.⁴⁸

4.1.2 Zeitlich massgebender Sachverhalt

Der Sozialversicherungsrichter beurteilt die Sache i.d.R. nach demjenigen Sachverhalt, der im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung gegeben war.⁴⁹ Neue Tatsachen sollten i.d.R. Gegenstand einer neuen Verfügung sein.⁵⁰ Die ausnahmsweise Berücksichtigung neuer Tatsachen kann sich jedoch aus Gründen der Prozessökonomie aufdrängen, wobei dies nur zulässig ist, wenn die neuen Tatsachen mit dem zu Beurteilenden in engem Sachzusammenhang stehen, und geeignet gewesen wären, die Beurteilung (im Zeitpunkt des Verfügungserlasses) zu beeinflussen.⁵¹ Ausserdem müssen sie spruchreif sein, und die Parteien müssen sich zumindest in Form einer Prozessklärung geäußert haben können.⁵²

4.1.3 Befugnis oder Pflicht zur Sachverhaltsermittlung?

Oben (3.2.2) haben wir gesehen, dass das EVG nicht an die tatsächlichen Feststellungen der Vi gebunden ist, und der Sachverhalt erneut ermittelt werden **kann**. Damit wurde etwas über die Befugnis zur Sachverhaltsermittlung gesagt, nichts jedoch über eine entsprechende Pflicht.⁵³

Der Untersuchungsgrundsatz, welcher besagt, dass die Behörde von Amtes wegen für die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen hat, findet seine Einschränkung im Rügeprinzip und in den Mitwirkungspflichten.⁵⁴ Im Rechtsmittelverfahren bedeutet er somit nicht, dass

⁴⁶ BGE 127 V 353, 355; das BGer hingegen ging von Art. 108 Abs. 2 OG aus, welcher verlangt, dass die Angabe der Beweismittel in der Beschwerdeschrift enthalten sein müsse, und folgt daraus, dass nach Einreichen der Beschwerde (unter Vorbehalt eines zweiten Schriftenwechsels, Art. 110 Abs. 4 OG) keine zusätzlichen Beweismittel mehr zulässig sind: BGE 109 Ib 246, 249 f.

⁴⁷ BGE 127 V 353, 356; kritisch zum damit einhergehenden prozessualen Rechtsverlust: PFEIFER, 148.

⁴⁸ BGE 127 V 353, 357.

⁴⁹ RÜEDI, 463; BGE 116 V 246, 248 m.Hinw.; 105 V 139, 141; 96 V 141, 143 f. mit der Begründung dieser Rspr.; Der Einkommensvergleich der Einkommen (Art. 18 Abs. 2 UVG) ist auf den Zeitpunkt des Rentenbeginns vorzunehmen, wesentliche zwischenzeitliche Änderungen sind jedoch zu berücksichtigen (BGE 128 V 174).

⁵⁰ BGE 112 V 55, 70; RÜEDI, 463 f.

⁵¹ BGE 99 V 98, 102 (unter altem Verfahrensrecht); dies gilt auch bezüglich Gutachten: RÜEDI, 464.

⁵² DOBER, 140 ff.; LOCHER, § 59 N 22. Diese Thematik ist verknüpft mit dem Problem von **Anfechtungs- und Streitgegenstand**. BGE 125 V 413: Diese beziehen sich (materiell) auf das der Verfügung zugrundeliegende Rechtsverhältnis und nicht auf die Teilaspekte (LOCHER, § 58 N 27 ff.; nunmehr hinfällig, doch lesenswert: AUER, 39 ff., 64 ff., 73 ff. und 101 f). Die Ausdehnung von Anfechtungs- und Streitgegenstand ist unter ähnlichen Voraussetzungen möglich: BGE 125 V 413, 415 ff. (vgl. MEYER-BLASER, Streit, N 33 ff.; BGE 110 V 48, 51 f.; GYGI, 250), wobei auch diesfalls das Anhörungsrecht gewahrt werden muss (BGE 125 V 413, 417).

⁵³ Die Pflicht eher bejahend: PFEIFER, 90 f. und 123, falls der Untersuchungsgrundsatz wegen der Ungleichheit von „Verwaltetem“ und Verwaltung angeordnet wurde; das Kriterium der Selbständigkeit allein (d.h. Einschränkung des Untersuchungsgrundsatzes nur weil eine Beschwerde eingereicht wurde) sei untauglich: PFEIFER, 126 f.

⁵⁴ BGE 120 V 357, 360 m.Hinw.; 117 V 261, 263 f.; 110 IV 48, 52 f.; LOCHER, § 53 N 8 ff.; zur Anwendbarkeit des Untersuchungsgrundsatzes vor EVG: AUER, 90 m.Hinw.

die Behörde den Sachverhalt von sich aus weiter erforschen muss, wenn keine besonderen Umstände dies nahe legen; es ist durchaus zulässig, auf die Sachverhaltsfeststellungen der Vi abzustellen, solange diese nicht gerügt werden.⁵⁵ Art. 132 lit. b OG ist also ausschliesslich als Verneinung von Art. 105 Abs. 2 OG zu verstehen, und nicht etwa als Unerheblicherklärung der Sachverhaltsfeststellungen der Vi. Eine grundsätzliche Prüfungspflicht von Amtes wegen ist folglich auch bei Streitigkeiten über Sozialversicherungsleistungen vor dem EVG abzulehnen.⁵⁶

Damit durch eine antizipierte Beweiswürdigung keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt, muss das EVG auf gehörig vorgebrachte **Beweisanträge** eintreten, „es sei denn, diese betreffen eine nicht erhebliche Tatsache oder seien offensichtlich untauglich, um über die streitige Tatsache Beweis zu erbringen.“⁵⁷ Die Beweisanträge müssen also erstens eine erhebliche⁵⁸ (entscheidrelevante⁵⁹) Tatsache betreffen und zweitens nicht offensichtlich untauglich sein, die Behauptung zu beweisen.⁶⁰ Ein Beweis gilt als „erheblich“, wenn er den Entscheid zu beeinflussen vermag.⁶¹

M.E. abzulehnen ist auch die Auffassung, der Verhältnismässigkeitsgrundsatz schränke die Pflicht der Behörde zur Sachverhaltsaufklärung ein.⁶²

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das EVG nur dann eine **Pflicht** zur Erforschung des Sachverhalts trifft, wenn entscheidrelevante Sachverhaltsfeststellungen der Vi bestritten oder für ein Urteil unzureichend sind.⁶³ Die **Befugnis** zur Sachverhaltsfeststellung hat es in jedem Fall.

4.2 Die Abgrenzung von Rechtsverletzung und Unangemessenheit

4.2.1 Allgemeines

Die Abgrenzung von Rechtsverletzung und Unangemessenheit ist insofern für die Erklärung der erweiterten Kognition des EVG relevant, als von der üblichen Kognition nur Erstere erfasst ist, während die erweiterte Kognition auch Letztere umfasst.

Nach einer provisorischen Definition von Rechtsverletzung und Ermessen sollen diejenigen Ermessensfehler betrachtet werden, die als Rechtsverletzung qualifiziert werden (4.2.4). Danach werden die verschiedenen Theorien dargestellt, welche zur Unterscheidung von Ermessen und Rechtsauslegung heran-

⁵⁵ BGE vom 3.10.1979, BVR 1980, 236 ff.; AUER, 82 f.; LOCHER, § 58 N 36.

⁵⁶ AUER, 83 f., 89 und 201 f.; MEYER, 25; Untersuchungsgrundsatz nur innerhalb des Streitgegenstands: LOCHER, § 59 N 19; MOOR, 685.

⁵⁷ BGE 106 Ia 161, 162; 101 Ia 102, 106; mehr ergibt sich auch nicht aus Art. 6 EMRK: BGE 122 V 157, 163 ff.

⁵⁸ SALADIN, N 15.325.

⁵⁹ RHINOW et al., N 789.

⁶⁰ BGE 103 Ib 192, 197; zur Bedeutung der unterschiedlichen Formulierungen: COTTIER, 10 f.; kritisch zur Tauglichkeit dieser Kriterien: PFEIFER, 85 ff.; je nach Grund für die Anordnung des Untersuchungsgrundsatzes drängen sich verschiedene Beurteilungen auf: PFEIFER, 86 ff., 93 f. und v.a. 141 ff. über den Sozialversicherungsprozess. Der Untersuchungsgrundsatz ist keine feste Grösse: PFEIFER, 108, 153; PFEIFER, 86 schlägt vor, das Gericht habe das zu ermitteln, was gemäss vernünftiger Erwartung aller Beteiligten entscheidrelevant sei.

⁶¹ LOCHER, § 53 N 24 f.; BGE 120 V 357, 360; Die Erheblichkeit bzgl. Gerichtsgutachten ist zu verneinen, wenn die Behörde den Sachverhalt gestützt auf Beweisgrundlagen, die vom Sozialversicherungsträger stammen, zu beurteilen vermag, wobei jedoch bei auch nur geringen Zweifeln ergänzende Abklärungen vorzunehmen sind: BGE 122 V 157, 162 f.

⁶² PFEIFER, 85 m.Hinw.; so auch BGE 114 V 310, 313; a.A. wohl BGE 103 Ib 192, 197.

⁶³ So auch ZIMMERLI et al., 98 f., 100 f.; somit bleibt für eine Beweisführungslast kein Raum: LOCHER, § 53 N 30.

gezogen werden (4.2.5). Daran schliesst eine Zusammenfassung der Abgrenzung (4.2.6) sowie eine Präsentation der daraus folgenden Konsequenzen an (4.2.7).

4.2.2 Der Begriff der Rechtsverletzung

Eine Rechtsverletzung liegt vor, wenn materielles Recht oder Verfahrensrecht nicht richtig ausgelegt oder angewendet wurde. Diese Falschanwendung kann auch darin bestehen, dass ein ungültiger Rechtsatz angewendet oder der einschlägige Rechtsatz ausser Acht gelassen wurde (vgl. auch oben 3.1.2). Ermessensfehler können u.U. ebenfalls Rechtsverletzungen darstellen.⁶⁴

4.2.3 Der Begriff des Ermessens

Von Ermessen spricht man, wenn das Gesetz der rechtsanwendenden Behörde einen gewissen **Entscheidungsspielraum** einräumt.⁶⁵ Genauer: Die rechtsanwendende Behörde muss vom Gesetzgeber **ermächtigt** worden sein (d.h. sie muss die Kompetenz dazu übertragen bekommen haben), die unbestimmte Regelung nach eigenen Wertungen zu **konkretisieren**.⁶⁶

Entscheidungsspielraum kann vorliegen auf der Rechtsfolge- oder auf der Tatbestandsseite der Norm. In ersterem Fall wird die Behörde entweder ermächtigt zu entscheiden, ob sie überhaupt handeln soll oder nicht (sog. **Entschliessungsermessen**) oder aber welche der vorgesehenen Rechtsfolgen eintreten soll (sog. **Auswahlermessen**).⁶⁷ Im zweiten – in der Lehre weitaus umstritteneren – Fall geht es um einen Entscheidungsspielraum hinsichtlich des Tatbestands, also hinsichtlich der Voraussetzungen für den Eintritt der Rechtsfolgen (sog. **Tatbestandsermessen**).⁶⁸

4.2.4 Rechtswidrige Ermessensfehler

a) Ermessensüberschreitung

Die rechtsanwendende Behörde, welche die rechtlichen Schranken der Ermessensbetätigung nicht berücksichtigt, indem sie über den vom Gesetz gesteckten Rahmen hinausgeht, begeht eine **Ermessensüberschreitung**. Diese stellt eine Rechtsverletzung dar: gesetzliche Schranken wurden nicht beachtet.⁶⁹

b) Ermessensunterschreitung

Von **Ermessensunterschreitung** spricht man, wenn die Behörde das Gesetz in dem Sinne falsch auslegt, dass sie „dem Gesetz eine nicht vorhandene Verpflichtung entnimmt“. Dass sie sich also „als gebunden betrachtet, obschon sie nach Gesetz berechtigt wäre, nach Ermessen zu handeln, oder dass sie auf Ermessensausübung ganz oder teilweise zum Vorneherein verzichtet“.⁷⁰ Diese Falschauslegung stellt eine Rechtsverletzung dar.

⁶⁴ Vgl. unten 4.2.4 sowie den Wortlaut von Art. 104 lit. a OG: „einschliesslich“; HÄFELIN/MÜLLER, N 1932.

⁶⁵ Kein Ermessen ohne gesetzlichen Rahmen: 118 Ib 317, 324 f.; vgl. auch FLEINER-GERSTER, § 16 N 11.

⁶⁶ RHINOW, 46; FLEINER-GERSTER, § 16 N 5; STEINMANN, 62 ff.; zur „ex post“-Sicht (vom Richter aus) vgl. sogleich und LEUTHOLD, 165 sowie RHINOW, 43.

⁶⁷ HÄFELIN/MÜLLER, N 431 ff.; RHINOW, 46.

⁶⁸ HÄFELIN/MÜLLER, N 436; zur Kritik siehe sogleich 4.2.5.

⁶⁹ RHINOW, 51 f.

⁷⁰ BGE 116 V 307, 310; RHINOW, 52; LOCHER, § 61 N 13.

c) Ermessensmissbrauch

Qualifiziert falsche Ermessensausübungen gelten – auch wenn auf den ersten Blick der vom Gesetz vorgezeichnete Rahmen respektiert wird – als Rechtsverletzung. Man spricht in diesen Fällen von **Ermessensmissbrauch**.⁷¹ Bei diesen Ermessensfehlern ist die Rechtsverletzung weniger eindeutig erkennbar. Sie besteht darin, dass die Behörde den Gesetzeszweck verfehlt, weil sie aus sachfremden Erwägungen entscheidet – also aus Motiven, welche durch die anzuwendende Norm oder durch die Rechtsordnung allgemein gerade ausgeschlossen werden sollten.⁷² Zu diesen Schranken gehören auch die allgemeinen Rechtsprinzipien und Grundsätze des Verwaltungsrechts (so insbesondere Gleichheitsgebot, Verhältnismässigkeitsprinzip und Willkürverbot).⁷³

So hat denn auch das EVG erklärt, dass Ermessensmissbrauch gegeben sei, „wenn die Behörde zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bleibt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt oder **allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot von Willkür und von rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt**.“⁷⁴

Teilweise werden diese Schranken durch die Kurzformel ausgedrückt, Ermessen bedeute nicht Willkür und müsse pflichtgemäss ausgeübt werden.⁷⁵ Dies ist m.E. eine zu enge Formulierung: Die rechtsanwendende Behörde ist an das Recht gebunden – sie darf das **Gesetz** nicht missachten und zum Gesetz gehört auch dessen Zwecksetzung. Hinzu kommt, dass mindestens die Anweisung, gemäss dem öffentlichen Interesse zu handeln, stets mitgedacht werden muss.⁷⁶ Eine Rechtsverletzung liegt mithin nicht nur vor, wenn das Ermessen willkürlich angewendet wurde, sondern auch dann, wenn eine Missachtung des Wortlauts oder der Zwecksetzung des Gesetzes vorliegt, da „die in der ratio liegende Schranke [...] aus dem Kreis der scheinbar unbeschränkten Anwendungsmöglichkeiten einen engeren Kreis rechtlich effektiv die strittige Massnahme rechtfertigender Konstellationen von Tatumständen ausscheidet“.⁷⁷

Die Ermessensausübung ist in dem Sinne gebunden, dass sie unter strenger Beachtung aller in Betracht kommenden rechtlichen Richtlinien auf eine Entscheidung tendieren muss.⁷⁸

Der „**Restraum**“ des „subjektiven Fürsichtighaltens“, „welcher verbleibt, nachdem man alle erdenklichen rechtlichen Vorgaben und tatsächlichen Umstände bedacht und beachtet hat, und der nicht ganz auszuschalten ist“,⁷⁹ ist von der auf Rechtskontrolle beschränkten Beschwerdeinstanz zu respektieren. Dieser Bereich ist der Rechtskontrolle nicht zugänglich.

4.2.5 Ermessen und Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen

Die unrichtige Auslegung von Gesetzesbestimmungen stellt eine Rechtsverletzung dar. Daran ändert sich grundsätzlich nichts, wenn der auszulegende Begriff einen weiten Auslegungsspielraum zulässt. Die unrichtige Ausübung des Ermessens hingegen stellt nicht in jedem Fall eine Rechtsverletzung dar. Aus die-

⁷¹ HÄFELIN/MÜLLER, N 463 ff.

⁷² RHINOW, 50; dies lässt die Unterscheidung zur Ermessensüberschreitung verschwimmen: RHINOW, 52.

⁷³ RHINOW, 50; FLEINER-GERSTER, § 24 N 142; Art. 5, 8 und 9 BV.

⁷⁴ BGE 123 V 150, 153 (Hervorhebung durch O.K.); 116 V 307, 310; 114 V 83, 87; 110 V 360, 365; vgl. auch 116 Ib 353, 356, welcher zwischen nicht zu überprüfender Zweckmässigkeit und überprüfbarer Verhältnismässigkeit unterscheidet.

⁷⁵ So z.B. BGE 99 Ib 129, 136.

⁷⁶ JÖHR, 96.

⁷⁷ JÖHR, 214 f., 244 f., 248; vgl. auch RHINOW, 52.

⁷⁸ ENGISCH, 150; vgl. auch LEUTHOLD, 168 f., 189 ff.

⁷⁹ ENGISCH, 150.

sem Grund bedarf es einer Abgrenzung, wiederum weil die erweiterte Kognition neben der Rechtskontrolle auch die Angemessenheitskontrolle umfasst und unbestimmte Rechtsbegriffe im Sozialversicherungsrecht häufig anzutreffen sind.⁸⁰

a) Abgrenzung durch das Bundesgericht, Theorie der einzig richtigen Entscheidung

Das Bundesgericht ging in früheren Entscheiden von der Annahme aus, dass die korrekte Auslegung (auch die eines unbestimmten Rechtsbegriffs) zu einem einzigen gültigen Ergebnis führe und grenzte so die Auslegung vom Ermessen (als Auswahl zwischen mehreren gleichwertigen Alternativen) ab.⁸¹

Diese Auffassung entspricht bei Weitem nicht mehr der modernen Methodenlehre, die davon ausgeht, dass das Recht erst durch den Richter – in einem eher der Kunst als der Logik entsprechenden Prozess – geschaffen wird, und dass es nicht nur um das Erkennen einer bereits existierenden Lösung geht.⁸²

Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung anerkennt alsdann, dass auch bei der Auslegung von unbestimmten Begriffen „gelegentlich eine Wahl zwischen verschiedenen Möglichkeiten zu treffen ist, die sich nicht immer bis ins Letzte begründen lässt“.⁸³ Implizit gibt es damit die früher verwendete Theorie der einzig richtigen Entscheidung auf.⁸⁴ Damit ist die Abgrenzung jedoch noch nicht vollzogen.

b) Abgrenzung gemäss Tatbestand und Rechtsfolge

Ein Teil der Lehre bestreitet, dass es auf Tatbestandsseite Ermessen gebe und zählt den damit bezeichneten Vorgang zur Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen.⁸⁵

Diese Auffassung ist m.E. abzulehnen, da bei genauem Hinsehen Tatbestand und Rechtsfolge gar nicht getrennt werden können, sondern eine Einheit bilden.⁸⁶ Wie RHINOW überzeugend nachweist, kann das Rechtsfolgeermessen regelmässig durch Gesetzgebungstechnik in den Tatbestand verlegt werden: „Es hängt oft von Zufälligkeiten [...] ab, ob die Offenheit in der Rechtsfolge [...] oder im Tatbestand angesiedelt wird“.⁸⁷

⁸⁰ MAURER, 228 f.

⁸¹ BGE 95 I 33, 40: Bei der Auslegung gibt es „keine Wahl zwischen zwei oder mehreren gleichwertigen Lösungen. Richtig ist stets nur eine einzige Auslegung.“; BGE 91 I 69, 75: „en réalité, une seule interprétation sera correcte“; so auch BURCKHARDT, 279.

⁸² RHINOW, 49; LEUTHOLD, 68, 36 f.; KELSEN, 346 ff., 351; vgl. ferner PFEIFER, 79; LUHMANN, RdG, 340: zumindest ist Interpretation Produktion neuer Texte an Hand alter Texte. Vgl. ausserdem zur omnipräsenten Unbestimmtheit des Gesetzes: RÖHL, 20 ff.; DESCHENAUX, 35 ff.; vgl. auch ENGISCH, 138, der nur gerade den im Gesetz verwendeten Zahlbegriffen (z.B. 65 Jahre) absolute Bestimmtheit zubilligt; anders z.B. noch BURCKHARDT, obwohl er zugibt, dass es gleichgültig sei, wie man die Rechtsanwendung „hinstelle“ (BURCKHARDT, 275), und ohne zu bestreiten, dass Rechtsanwendung eine schöpferische Tätigkeit und keine rein logische Deduktion sei: BURCKHARDT, 280 ff.

Des Weiteren MÖHR, 27; LARENZ, 196; PFEIFER, 79 ff.; RÖHL, 595: Selbst die Aussage, der Wortlaut sei klar, ist bereits Resultat einer – notwendigen – Auslegung; im Ergebnis gleich, jedoch nur in der Fussnote: MAURER, 223 Fn. 470a.

Schliesslich STEINMANN, 37 ff., der zu Recht darauf hinweist, dass es nicht die Norm ist, die Auslegung verlangt, sondern der jeweils konkrete Anwendungsfall.

⁸³ BGE 99 Ia 143, 150.

⁸⁴ Vgl. zur analogen Entwicklung in Deutschland: RÖHL, 212 ff.

⁸⁵ HÄFELIN/MÜLLER, N 436 ff; vgl. z.B. GYGI, 302 f.

⁸⁶ Vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER, N 451 f.

⁸⁷ RHINOW, 90.

Das Rechtsfolgeermessen ist als Ermächtigung anzusehen, als Ermächtigung den „vom Gesetzgeber nicht geschlossenen Tatbestand zu ergänzen“.⁸⁸ Durch diese Verschiebung des Rechtsfolgeermessens in den Tatbestand geht das in der h.L. anerkannte Rechtsfolgeermessen im umstrittenen Tatbestandsermessen auf.⁸⁹

So könnte etwa der zweite Halbsatz von Art. 7 Abs. 1 IVG („so können die Geldleistungen dauernd oder vorübergehend verweigert, gekürzt oder entzogen werden.“) umformuliert werden in: „so müssen die Geldleistungen dauernd oder vorübergehend verweigert, gekürzt oder entzogen werden, wenn und soweit dies das öffentliche Interesse, der Verhältnismässigkeits- und der Gleichbehandlungsgrundsatz sowie alle übrigen Rechtsgrundsätze erfordern.“⁹⁰

Diese Verschiebung erscheint durchaus richtig, da der Rechtsanwender, nachdem er die Voraussetzungen zum Eintritt der Rechtsfolgen (Tatbestand) beurteilt hat, nicht noch erneut Voraussetzungen zum Eintritt derselben Rechtsfolge beurteilen kann.⁹¹

Damit muss jedoch die Abgrenzung zwischen Auslegung (gewollt) unbestimmter Rechtsbegriffe und Ermessen als gescheitert gelten.⁹²

c) Ergebnis

Als Ausgangspunkt für die Abgrenzung zwischen der Rechtskontrolle zugänglicher Auslegung und der Rechtskontrolle unzugänglichem Ermessen hat m.E. das Gesetz zu dienen. Es muss gefragt werden, ob die Unbestimmtheit des Gesetzes vom Gesetzgeber gewollt war, ob er also geplant hat, der rechtsanwendenden Behörde eine Entscheidungsbefugnis zu übertragen.⁹³ M.a.W. ist die Frage zu stellen, ob ein „Delegationsbegriff“ oder aber ungewollte sprachliche Ungenauigkeit des Gesetzgebers vorliegt.⁹⁴ Während beim „Rechtsfolgeermessen“ i.d.R. Delegation vorliegt, muss dies bei unbestimmten Begriffen nicht unbedingt der Fall sein, da sich der Gesetzgeber ab und an unbestimmter Begriffe bedient, ohne damit eine Delegation vornehmen zu wollen.

Liegt eine Delegation der Entscheidungsbefugnis von der Legislative an die Behörde vor, so soll der Beschwerderichter nicht unter dem Deckmantel der Rechtskontrolle die Handhabung dieser Befugnis voll prüfen.⁹⁵ Wohl aber darf er – wie wir oben (4.2.4 c) gesehen haben – alle rechtlichen Schranken kontrollieren. Dies Kontrolle kann gestützt auf die Grundrechte und die Rechtsprinzipien (insbesondere der Verhält-

⁸⁸ RHINOW, 90.

⁸⁹ RHINOW, 90; vgl. auch PERELMAN, 270.

⁹⁰ Vgl. auch LOCHER, § 46 N 21 zur Verpflichtung zur (eigentlich fakultativen) Kürzung soweit die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

⁹¹ RHINOW, 91; vgl. auch RHINOW, 48, welcher die ältere schweizerische Lehre vor 1965 darstellt, die durchwegs Tatbestandsermessen zuliess.

⁹² So auch: ENGISCH, 154 und STEINMANN, 58 f. Auch in der Gesetzgebungslehre wird häufig die Abgrenzung nicht gemacht, sondern lediglich vom erstrebten Resultat, nämlich von der Schaffung von „Unbestimmtheit“, ausgegangen und die verschiedenen Methoden dazu als gleichwertig dargestellt: vgl. z.B. HOTZ, 180 f.; ferner STEINMANN, 5 ff.

⁹³ RHINOW, 47.

⁹⁴ RHINOW, 47; ENGISCH, 154 f. unterscheidet danach, ob Regelungen „auf persönliche Wertung *angelegt*“ sind, oder ob sie nur „nolens volens einen ‚Restraum persönlichen Fürsichtighaltens‘ zurücklassen“; ähnlich wohl HÄFELIN/MÜLLER, N 453, die darauf abstellen, ob „die Anwendung einer offenen Normierung nach Sinn und Zweck des Gesetzes von einem Gericht *soll überprüft werden können oder nicht*.“

⁹⁵ RHINOW, 84.

nismässigkeit) sehr weit gehen.⁹⁶ Zu beachten bleibt jedoch ein „Restraum“ an Entscheidungsbefugnissen der Behörde, welcher der Rechtskontrolle nicht zugänglich ist, und zwar nicht, weil sich der Richter selber beschränkt, sondern weil der Richter die vom Gesetzgeber vorgenommene Kompetenzaufteilung zu respektieren hat.⁹⁷

Liegt hingegen keine Delegation vor, so kann der Richter grundsätzlich die gesamte Rechtsanwendung vollumfänglich überprüfen.⁹⁸

4.2.6 Zusammenfassung⁹⁹

Ausgangspunkt für die Abgrenzung zwischen Unangemessenheit und Rechtsverletzung (bzw. Ermessen und Auslegung) sollte das Gesetz sein. Liegt nur eine sprachliche Ungenauigkeit des Gesetzgebers vor, so unterliegt die Anwendung der Norm vollumfänglich der Rechtskontrolle. Liegt hingegen eine Delegation der Entscheidungsbefugnis auf die Behörde vor (sei es durch einen bewusst unbestimmten Rechtsbegriff, sei es durch „Rechtsfolgeermessen“), so darf der auf Rechtsfragen beschränkte Richter nur die rechtlichen Schranken der Ermessensausübung kontrollieren. Diese Schranken ergeben sich aus der gesamten Rechtsordnung; insbesondere sind auch die allgemeinen Rechtsprinzipien und die Grundsätze des Verwaltungsrechts (v.a. das Verhältnismässigkeitsprinzip) zu berücksichtigen. Eine Rechtsverletzung liegt nicht nur vor, wenn der Wortlaut der Bestimmung verletzt wurde, sondern auch bei Missachtung der Zwecksetzung der Norm. Der nach Beachtung all dieser Einschränkungen verbleibende „Restraum“ ist der Rechtskontrolle nicht zugänglich.¹⁰⁰

4.2.7 Bedeutung der Abgrenzung für die Kognition

Wird die Abgrenzung von Rechtsverletzung und Unangemessenheit so gezogen, wie ich dies hier aufgezeigt habe, so verbleibt nur noch ein sehr kleiner Ausschnitt (der „Restraum“), welcher der Rechtskontrolle entzogen ist.¹⁰¹ Die Zulassung der Rüge der Unangemessenheit führt so in Wirklichkeit nur zu einer geringfügigen Ausdehnung der Kognition. Das EVG kann jedoch bei Leistungsstreitigkeiten – anders als das BGer – darüber befinden, ob innerhalb dieses „Restraums“ ein den Umständen „angepasstes“, „billiges“ oder „adäquates“ Vorgehen gewählt wurde.¹⁰²

⁹⁶ RHINOW, 85; so auch schon DESCHENAUX, 49 f.

⁹⁷ LEUTHOLD, 11 f., 29; RHINOW, 86; Das Postulat des „judicial self-restraint“ ist „schlechthin falsch“: LEUTHOLD, 68; vgl. auch RHINOW et al., N 803; vgl. jedoch unten Fn. 100.

⁹⁸ 101 Ib 361, 367; wobei dies u.U. mit einer gewissen Zurückhaltung geschieht (dazu unten 4.4).

⁹⁹ Für die Belege folgender Aussagen sei auf die ausführliche Dokumentierung oben verwiesen.

¹⁰⁰ Eingestanden sei hier noch eine gewisse Paradoxie: Da dem Richter die Entscheidung obliegt, ob die Unbestimmtheit des Gesetzes gewollt sei oder nicht, ist der Satz, wonach er die vom Gesetzgeber vorgenommene Kompetenzzuweisung zu respektieren habe, reduzierbar auf den selbstverständlichen Appell zur „aufrichtigen“ Auslegung. Der Richter kann nämlich mit der Etikettierung der Unbestimmtheit eines Begriffs als gewollt oder als ungewollt seine eigene Kompetenz begründen. Vgl. dazu auch FLEINER-GERSTER, § 24 N 144: „Beim Tatbestandsermessen entscheidet also faktisch das Bundesgericht, wie weit das Ermessen der Verwaltung reicht“.

¹⁰¹ Vgl. auch LEUTHOLD, 52; RHINOW, 92.

¹⁰² GYGI, 315 f.; KÖLZ/HÄNER, N 635; FLEINER-GERSTER, § 16 N 63 f.; vgl. jedoch zur Zurückhaltung unten 4.4.

4.3 Die Abgrenzung von Sachverhalts- und Rechtskontrolle

Tatfragen von Rechtsfragen zu unterscheiden ist schwieriger als der erste Anschein dies erkennen lässt.¹⁰³ Die naheliegendste Unterscheidung zwischen (faktischer) Wahrnehmung und der (rechtlichen) Beurteilung dieser Wahrnehmung führt in gewissen Bereichen nicht zu Trennschärfe.¹⁰⁴

Die Unterscheidung ist jedoch von grosser praktischer Relevanz: So umfasst die normale Kognition i.d.R. keine Überprüfung des Sachverhalts, Beweis kann (und muss) nur über Tatsachen geführt werden, etc.¹⁰⁵ Deshalb sei hier versucht, eine Abgrenzung zu treffen. Dazu ist zuerst eine kurze Einführung in die Rechtsanwendung im Allgemeinen angebracht, um die Verknüpfung von Sachverhalt und Recht zu verstehen.

4.3.1 Rechtsanwendung

Rechtsanwendung wird verstanden als Anwendung einer Norm auf einen konkreten Sachverhalt.¹⁰⁶ Zur Verdeutlichung wird meist auf einen **Syllogismus** zurückgegriffen, bei dem eine Sachverhaltsaussage (Untersatz) unter einen Rechtssatz (verstanden als Aussage über rechtliche Voraussetzungen; Obersatz) subsumiert wird.¹⁰⁷ Die Konklusion aus diesen Prämissen ist danach rein logisch vollziehbar.

Während die Ermittlung des Obersatzes als eine Rechtsfrage qualifiziert wird, stelle das Formulieren der Sachverhaltsaussage die Tatfrage dar.¹⁰⁸ Dabei wird eingestanden, dass die beiden Fragen nicht losgelöst voneinander beurteilt werden können (sog. Hermeneutischer Zirkel).¹⁰⁹ Es ist regelmässig (mit Verweis auf ENGISCH) vom „Hin- und Herwandern des Blicks“ die Rede.¹¹⁰

Diese Konstruktion soll hier kritisch hinterfragt werden. Sachverhaltsfeststellungen beruhen auf Wahrnehmung durch das Gericht.¹¹¹ Diese Wahrnehmung kann in erster Ordnung (z.B. durch Augenschein) oder aber in zweiter Ordnung (z.B. bei Zeugenaussagen oder Gutachten) geschehen. Deshalb sei hier kurz dargestellt, wie Wahrnehmung überhaupt zustande kommt.

a) Wahrnehmung als Subsumtion unter Erfahrungssätze

Wie DESCHENAUX bereits 1948 festhielt, befasst sich der Richter nicht „avec les faits eux-mêmes, mais avec la *représentation* qu'il s'en fait“.¹¹² Damit er sich eine Vorstellung des Sachverhalts eines Falles machen kann, muss er bereits bei der Wahrnehmung „les catégories de son esprit“ anwenden.¹¹³ Ohne bereits feststehende Erfahrungssätze ist Wahrnehmung überhaupt unmöglich.¹¹⁴

¹⁰³ GYGI, 274; Ob die Unterscheidung nicht „hinaufgesteigert“ ist (so LUHMANN, RdG, 72 Fn. 4), kann hier offen bleiben.

¹⁰⁴ GYGI, 275; trotzdem so z.B. MÖHR, 20.

¹⁰⁵ Vgl. auch RÖHL, 489 f.

¹⁰⁶ FORSTMOSER, § 21 N 3; eigentlich wäre der Begriff der Rechtskonkretisierung vorzuziehen: PFEIFER, 42.

¹⁰⁷ FORSTMOSER, § 21 N 4 ff.; diese Auffassung wird oft als „Rechtspositivismus“ bezeichnet: vgl. PFEIFER, 37 f.

¹⁰⁸ So z.B. FORSTMOSER, § 21.

¹⁰⁹ PFEIFER, 5; LARENZ, 197 f.; Die Norm wird sogar durch ihre Anwendung verändert: LARENZ, 203.

¹¹⁰ Vgl. auch ENGISCH, 74 Fn. 4, der eher erstaunt zu sein scheint, dass seine „nicht näher analysierte Wendung“, die er selber „nicht sonderlich strapazierte“, solch Anklang findet.

¹¹¹ Anderes gilt nur für sog. „gerichtsnotorische Tatsachen“.

¹¹² DESCHENAUX, 19.

¹¹³ DESCHENAUX, 19.

¹¹⁴ DESCHENAUX, 19 f.; ähnlich auch schon BURCKHARDT, 270 bzgl. Verständnis von Text.

Die konstruktivistischen Theorien schliessen daran nur an: Es gibt keine objektive(n) – von Erwartungen, Vorstellungen, Einstellungen und Wünschen der Menschen unabhängige – Wahrheit(en).¹¹⁵

DESCHENAUX stellt den Prozess des Erkennens als einen Syllogismus¹¹⁶ dar, bei welchem der Obersatz aus dem „concept prédonné“ des Erkennenden und der Untersatz aus dem durch die Sinne Wahrgenommenen besteht:¹¹⁷ es kann nur wahrgenommen werden, was mit dem bereits vorexistierenden Konzept (Obersatz) vereinbar ist.

b) Gelten Erfahrungssätze als Rechtsfragen?

Weil also vorexistierende Konzepte (Vorverständnis¹¹⁸) die Wahrnehmung zumindest beeinflussen, stellt sich die Frage, ob denn dieses Vorverständnis (und damit auch die Wahrnehmung, die wiederum Grundlage bildet für die Sachverhaltsfeststellung) der Rechtskontrolle zugänglich sei.

Das BGER prüft unter gewissen Voraussetzungen Erfahrungssätze als Rechtsfragen:

„Erfahrungssätze erfüllen die Funktion von Normen, sie werden im Berufungsverfahren den Rechtssätzen gleichgestellt und frei überprüft. Diese Regelfunktion kommt einem Erfahrungssatz indessen bloss dann zu, wenn das in ihm enthaltene hypothetische Urteil, welches aus den in andern Fällen gemachten Erfahrungen gewonnen wird, in gleichgelagerten Fällen allgemeine Geltung für die Zukunft beansprucht, wenn er einen solchen Abstraktionsgrad erreicht, dass er normativen Charakter trägt“.¹¹⁹

Das BGER erachtet also Erfahrungssätze nur dann als Rechtsfragen, wenn sie „über den konkreten Sachverhalt hinaus Bedeutung haben und damit gleichsam die Funktion von Normen übernehmen“.¹²⁰ Nur was dem Richter als allgemeingültiger Massstab für die Beurteilung von Tatsachen dient, gilt als Rechtsfrage.¹²¹

Selbst wenn also von einem konstruktivistischen Verständnis ausgegangen wird, erstreckt sich die Rechtskontrolle nicht auf die Wahrnehmung als solche, sondern nur – aber immerhin – auf die übertragbaren Erfahrungssätze. Dies gilt *a fortiori*, wenn von einer objektiven Wahrheitstheorie ausgegangen wird.¹²²

c) Die Formulierung des Untersatzes

Durch Wahrnehmung allein ist jedoch die Gesetzesanwendung noch nicht abgeschlossen. Das weitere Vorgehen sei hier anhand eines formalisierten Beispiels erläutert.

Die Feststellung, dass es wahr ist, dass das Ereignis X stattgefunden hat (Tatfrage) muss noch in Beziehung zum Tatbestandselement A gebracht werden. Der feststehende Sachverhalt muss **eingeeordnet** werden als ein Element der Klasse, die unter dem (Rechts-) Begriff A zusammengefasst ist.¹²³ Welche Elemente diese Klasse umfasst, ist Auslegungsfrage und damit Rechtsfrage.¹²⁴ Doch selbst wenn diese

¹¹⁵ FEYERABEND, 17; vgl. dazu auch VON FOERSTER, 46, der die Prozesse des Erkennens als „unbegrenzte rekursive Errechnungsprozesse“ auffasst.

¹¹⁶ Dieser ist nicht zu verwechseln mit oben (4.3.1) erwähnten Syllogismus der Rechtsanwendung.

¹¹⁷ DESCHENAUX, 19; PFEIFER, 79 sieht in DESCHENAUX' Beschreibung grosse Ähnlichkeit zur Hermeneutik.

¹¹⁸ LARENZ, 199.

¹¹⁹ BGE 120 II 97, 99; 117 II 256, 258 f.

¹²⁰ BGE 123 III 241, 243.

¹²¹ BGE 118 II 365, 366 f.; 117 II 256, 258 f.; 115 II 440, 448 f.; 107 II 269, 274 f.; ferner DESCHENAUX, 42 ff.

¹²² Vgl. dazu RÖHL, 79 ff.

¹²³ ENGISCH, 64; LARENZ, 262 ff.

¹²⁴ ENGISCH, 64; vgl. auch KELSEN, 244 ff.

Frage geklärt ist, ist die Einordnung von X noch nicht vollzogen. Es bedarf also des **Urteils**, dass X den anderen Elementen dieser Klasse **gleichgesetzt** wird.¹²⁵

Die Welt gestaltet sich nun aber so, dass „niemals nichts sozusagen Ruhe hält in den menschlichen Dingen“¹²⁶ und keine zwei Dinge völlig identisch sind, da man sie sonst voneinander nicht unterscheiden könnte, sie sonst eins wären.

Diese Gleichsetzung muss deshalb durch ein **Werturteil** geschehen. Es muss entschieden werden, ob die – stets vorhandene – Differenz als erheblich in Bezug auf die zu vollziehende Einordnung gewertet wird oder nicht.¹²⁷ Daran ändert auch nichts, wenn ein Tatbestandselement in mehrere Komponenten aufgegliedert wird (wie z.B. beim Arbeitnehmerbegriff).¹²⁸ Es bleibt auch dann die Entscheidung, ob die Differenz als erheblich in Bezug auf die Einordnung unter jede dieser Komponenten gewertet wird.

Beim Vergleich des neuen Sachverhalts mit den bereits früher unter den Tatbestand subsumierten Sachverhalten muss also ein Vergleichspunkt gebildet werden, damit entschieden werden kann, ob der neue Fall bezüglich dieses Vergleichspunkts anders oder gleich zu beurteilen ist.

Die Frage, ob X ein Element der Klasse sei, die unter dem Begriff A zusammengefasst ist, ist somit eine **Rechtsfrage**. M.a.W. ist die Formulierung des Untersatzes bei der Subsumtion keineswegs ausschliessliche Sachverhaltsfeststellung sondern bereits Rechtsanwendung.¹²⁹

d) Konklusion

Im eingangs dargestellten Syllogismus der Rechtsanwendung findet dieser - m.E. entscheidende - Schritt nicht seinen angemessenen Platz.¹³⁰ Ausserdem scheint, dass die Auffassung, die Formulierung des Untersatzes sei reine Tatfrage, nicht zutrefe.¹³¹

Tatfrage ist gemäss der hier vertretenen Auffassung nur, aber immerhin, ob und wie das Ereignis X stattgefunden hat, wobei der Zugang zu dieser Erkenntnis durch Wahrnehmung geschieht, welche grundsätzlich¹³² nicht der Rechtskontrolle unterliegt.¹³³

Jegliche weitere (rechtssysteminterne) Qualifikation muss als Rechtsfrage aufgefasst werden.¹³⁴ Daran ändert sich auch nichts, wenn diese Qualifikation im Normalfall durch verschiedene Rechtsanwender gleich vorgenommen wird, wie dies innerhalb des sog. Begriffshofs typischerweise der Fall ist.¹³⁵ Die Zuordnung bleibt stets eine wertende.

¹²⁵ LARENZ, 264.

¹²⁶ PLATON, Politikos 294a-d, zit. nach RÖHL, 271.

¹²⁷ ENGISCH, 65; Es muss sich um eine „difference that makes a difference“ handeln: LUHMANN, RdG, 84 und 113.

¹²⁸ LARENZ, 263.

¹²⁹ So auch schon DESCHENAUX, 14: er unterscheidet zwischen „qualification juridique du fait“ und „constatation de ce fait“.

¹³⁰ So auch LARENZ, 263.

¹³¹ DESCHENAUX, 14 Fn. 2: „il n'est donc pas exact de dire que les faits constituent la mineure du syllogisme judiciaire“.

¹³² Aber eben auch nicht ausnahmslos (vgl. oben 4.3.1 b).

¹³³ So auch DESCHENAUX, 37 f.

¹³⁴ Dies deckt sich mit der Auffassung, dass durch die Abgeschlossenheit der Systeme Fremdreferenz vollständig ausgeschlossen und damit jedes „Zitieren von Wissen aus der Umwelt“ Selbstreferenz und – angewandt auf das Rechtssystem – damit Rechtsfrage ist: LUHMANN, RdG, 84 ff.

¹³⁵ So auch LARENZ, 264; DESCHENAUX, 38; zum Begriff des Begriffshofs: RÖHL, 20, 47 m.Hinw.

4.3.2 Zusammenfassung

Die Unterscheidung von Tat- und Rechtsfragen richtet sich danach, ob die autoritative Festlegung, die vom Gericht bezüglich einer Frage gemacht werden kann, auf andere Prozesse übertragbar ist oder nicht.¹³⁶

Wird diese Übertragbarkeit bejaht, so hat man es mit einer Rechtsfrage zu tun; betrifft die Festlegung nur den vorliegenden Prozess, ist sie m.a.W. in einem anderen Prozess nicht als Entscheidungshilfe verwendbar, so liegt eine Tatfrage vor, welche nur mit der erweiterten Kognition geprüft werden darf.¹³⁷

Die Einordnung einer konkreten Sachverhaltsfeststellung (Rechtsanwendung ist immer konkret, 4.3.1) unter ein Tatbestandselement, die wir oben (4.3.1 d) als Rechtsproblem eingestuft haben, stellt auch nach der soeben getroffenen Unterscheidung eine Rechtsfrage dar, denn diese einmal getroffene Einordnung ist in späteren Prozessen ebenso verwendbar wie die Auslegung eines Gesetzesbegriffs. Genau besehen handelt es sich nämlich um eine Art Auslegung durch Induktion.¹³⁸

4.3.3 Praktische Auswirkungen der hier befürworteten Abgrenzung

Die Frage, inwiefern sich aus der hier vertretenen Auffassung (bei der Qualifikation einer konkreten Frage als Tat- oder Rechtsfrage) Differenzen gegenüber derjenigen des EVG ergeben, muss vorliegend – aus Platzgründen – offen bleiben. Hinzu kommt, dass diese Abgrenzung für das EVG i.d.R. nicht relevant ist, da sich die erweiterte Kognition auf beide Aspekte erstreckt, und dass damit die Einordnung aus den Entscheidungen oft nicht ersichtlich wird.¹³⁹

Vorliegend soll nur ein bei Leistungsstreitigkeiten oft thematisierter Aspekt, nämlich derjenige der Kausalität angeschnitten werden. Dies erfolgt nicht, um die Kausalitätsfrage eingehender zu klären, sondern ausschliesslich um sie als Tat- oder Rechtsfrage zu qualifizieren.

Die Frage, ob ein **natürlicher** Kausalzusammenhang gegeben ist oder nicht, stellt nach h.L. und ständiger Praxis eine **Tatfrage** dar.¹⁴⁰ In konstanter Rechtsprechung wird die **Adäquanz** des Kausalzusammenhangs hingegen als Werturteil¹⁴¹ und damit als **Rechtsfrage** qualifiziert.¹⁴²

Bei **organisch nachweisbaren** Befunden decke sich die adäquate Kausalität zwar tatsächlich weitgehend mit der natürlichen,¹⁴³ auf die Bewertung der Adäquanz dürfe jedoch nicht einfach verzichtet werden, da sie dazu diene, eine versicherungsmässig vernünftige und gerechte Abgrenzung herzustellen.¹⁴⁴

¹³⁶ Vgl. oben 4.3.1 b; Ob diese Möglichkeit besteht oder nicht ist wiederum Rechtsfrage: RÖHL, 494.

¹³⁷ Vgl. auch RÖHL, 493.

¹³⁸ So verstehe ich auch das Institut der *ratio decidendi* von sog. *stare decisis* im angloamerikanischen Fallrechtssystem, vgl. dazu HAY, N 19 ff.; vgl. ferner LUHMANN, RdG, 346 f., 350 f.

¹³⁹ Als die Regel bestätigende Ausnahmen seien hier beispielhaft angeführt: Vom EVG als **Rechtsfrage** qualifiziert wurde die Frage, ob sich aus gegebenen Umständen der gute Glaube ableiten lässt (Rechtsfrage insofern als es um die gebotene Aufmerksamkeit geht, das fehlende Unrechtsbewusstsein jedoch ist Tatfrage): BGE 100 V 151, 152; 122 V 221, 223; Urteil des EVG vom 11.9.2000, ARV 2002, 194-196. Hingegen als **Tatfrage** beurteilt wurde die Frage der Dauerhaftigkeit einer Beeinträchtigung der psychischen Integrität: BGE 124 V 29, 40 [letzte Frage m.E. eher Rechtsfrage].

¹⁴⁰ Vgl. nur LOCHER, § 49 N 3; BGE 119 V 335, 338; 118 V 286, 289 und 117 V 369, 376 zum Beweismass.

¹⁴¹ BGE 123 III 110, 112 ff. unter besonderem Hinweis auf die unterschiedliche Beurteilung der Adäquanz in verschiedenen Rechtsbereichen (ibid., 113), insbesondere wegen unterschiedlicher Konsequenzen einer Bejahung der Adäquanz.

¹⁴² BGE 123 V 98, 102 f.; 112 V 30, 33.

¹⁴³ BGE 127 V 102, 103; zur Problematik von unterschiedlichen Rechtsfolgen je nach Nachweisbarkeit: SIDLER, 794.

¹⁴⁴ BGE 123 V 98; dazu KRAMER, 162 f.; a.A. wohl MEYER-BLASER, Kausalität, 100 f. und 104 f., wobei er die damit verbundene Abkehr vom Adäquanzbegriff deutlich macht.

Diese grundsätzliche Qualifikation ist jedoch **nicht unbestritten**.¹⁴⁵ So wird etwa gefragt, ob die Beurteilung der Adäquanz, wie sie vom EVG **bei organisch nicht nachweisbaren** Befunden vorgenommen wird, nicht eigentlich Erwägungen über die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ eines natürlichen Kausalzusammenhangs darstellen und ob damit nicht natürliche und adäquate Kausalität zusammenfallen.¹⁴⁶

In diesen Fällen muss nämlich aufgrund eines **hypothetischen Kausalverlaufs** geurteilt werden, denn solange der „Erfolg“ nicht nachweisbar ist, KANN dessen Ursache nicht bewiesen werden.¹⁴⁷ Dieser hypothetische Kausalverlauf stellt eine Rechtsfrage dar.¹⁴⁸

Doch damit nicht genug: Die Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs erfolgt gemäss h.L. nach der sog. „conditio sine qua non“ Formel, es muss also die Frage gestellt werden, ob der Erfolg auch dann eingetreten wäre, wenn die Ursache weggedacht wird. Dazu muss wiederum ein **hypothetischer Kausalverlauf** konstruiert werden.¹⁴⁹ Der hypothetische Kausalverlauf wird erstellt aufgrund einer Einschätzung durch das Gericht, welche Konsequenzen nach der allgemeinen Lebenserfahrung einzutreten pflegen, wenn die (behauptete) Ursache weggedacht wird. Dieser hypothetische Kausalverlauf entzieht sich jedoch ebenfalls der Wahrnehmung und **kann deshalb keine Sachverhaltsfeststellung** sein.¹⁵⁰ Auch hier liegt damit notwendigerweise eine Wertung vor, welche aufgrund ihres hypothetischen Charakters auf andere Fälle übertragbar ist und somit eine Rechtsfrage darstellt.¹⁵¹

Zusammenfassend kann festgehalten werden: Entgegen der h.L. vertrete ich die Auffassung, dass die Frage, ob hypothetische Kausalverläufe – darin eingeschlossen natürliche Kausalverläufe – gegeben sind oder nicht, Rechtsfrage und keine Tatfrage ist.

4.4 Prüfungsdichte: Zurückhaltung innerhalb der Kognition

4.4.1 Die Prüfungsdichte im Allgemeinen

Selbst wenn das Bundesgericht ein Thema zu beurteilen hat, das in seiner Kognition liegt, übt es mittlerweilen Zurückhaltung. Es handelt sich um eine „Variierung von Prüfungsmasstab und Prüfungsintensität“,¹⁵² die „Prüfungsdichte“ genannt wird.¹⁵³ In diesen Zusammenhang einzuordnen ist auch die „ohne-Not“- und die „Zweifelsfallpraxis“.¹⁵⁴

Die Überprüfung der Auslegung (oder der Ermessensbetätigung) der Vi geschieht methodisch in zwei Schritten.¹⁵⁵ Zuerst führt die obere Instanz die gleiche Operation durch, wie dies die Vi getan hat; in einem zweiten Schritt wird das Ergebnis dieser Operation mit demjenigen der Vi verglichen.¹⁵⁶ Die Prüfungs-

¹⁴⁵ Insbesondere bei bildmässig nicht nachweisbaren HWS-Distorsionen: SIDLER, 792; KRAMER, 166 ff.

¹⁴⁶ KRAMER, 166; SIDLER, 792.

¹⁴⁷ MEYER-BLASER, Kausalität, 100 ff.

¹⁴⁸ MEYER-BLASER, Kausalität, 100 ff.; BREM, 321, 326; so auch RUMO-JUNGO, N 745.

¹⁴⁹ BREM, 311.

¹⁵⁰ Oben 4.3.1 und DESCHENAUX, 22 und 24: „on ne peut vraiment constater que des faits qui se sont réellement produits, non des ‚faits‘ hypothétiques [...] s'ils ne peuvent être constatés, c'est qu'ils ne sont pas des faits“.

¹⁵¹ BREM, 321, 326; so auch RUMO-JUNGO, N 745, wobei sich ihre Aussage wahrscheinlich nur auf die hypothetische Kausalität von Unterlassungen und auf die Kausalität von psychischen Gesundheitsschäden bezieht.

¹⁵² KÄLIN, 197.

¹⁵³ Vgl. LEUTHOLD, 1 ff., 18 ff.

¹⁵⁴ Dazu KÖLZ/HÄNER, N 644 f.; LEUTHOLD, 75 ff., obwohl sie früher als Kognition betrachtet wurde: LEUTHOLD, 78 f.

¹⁵⁵ Diese werden in der Praxis jedoch häufig nicht auseinandergelassen: LEUTHOLD, 93.

¹⁵⁶ LEUTHOLD, 93 f.

dichte gibt nun darüber Auskunft, wie gross die **Abweichungen** zwischen diesen zwei Ergebnissen sein dürfen, ohne dass die obere Instanz korrigierend eingreift.¹⁵⁷ M.a.W. definiert die Prüfungsdichte den „Grad der Unkorrektheit“, der zu einem Einschreiten der oberen Instanz nötig ist.¹⁵⁸

Eine reduzierte Prüfungsdichte kann zwar ähnliche Auswirkungen auf die Entscheidung haben, wie eine eingeschränkte **Kognition**, sie ist jedoch davon **abzugrenzen**.¹⁵⁹ Bei der Kognition geht es um die Prüfungsbefugnis über einen bestimmten Themenkomplex, während die Prüfungsdichte das bei der Prüfung anzuwendende „Raster“ bestimmt.¹⁶⁰

Trotzdem gehe ich hier auf die Prüfungsdichte ein, da sie die vollumfängliche Prüfung der Rechtsanwendung (insbesondere bei unbestimmten Rechtsbegriffen) und das Durchdringen der Ermessensbetätigung mit rechtlicher Kontrolle in ein anderes Licht stellt.

Da allgemeine Ausführungen über die Prüfungsdichte m.E. nicht zu sehr griffigen Ergebnissen führen, sei in diesem Teil der Rechtsprechung ein vermehrtes Augenmerk gewidmet.

4.4.2 Kasuistik

Die Gerichte haben Zurückhaltung walten zu lassen bei der **Ermessenskontrolle**:

„Das Sozialversicherungsgericht [darf] sein Ermessen nicht ohne triftigen Grund an die Stelle desjenigen der Verwaltung setzen; es muss sich somit auf Gegebenheiten abstützen können, welche seine abweichende Ermessensausübung als naheliegender erscheinen lassen.“¹⁶¹

Doch auch bei der **Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe** sei auf den Beurteilungsspielraum der Vi Rücksicht zu nehmen und Zurückhaltung zu üben, denn:

„wenn örtliche Verhältnisse zu würdigen sind, ein Grenzfall vorliegt und die Auslegung schwierig ist, lässt sich die Rechtsanwendung innerhalb des soeben erwähnten Beurteilungsspielraums nicht scharf von der Ermessensbetätigung trennen. [...] Es widerspräche in der Tat dem Wesen der Rechtskontrolle, wenn der Staatsgerichtshof in solchen Fällen einer vertretbaren Auslegung des fraglichen unbestimmten Rechtsbegriffs die Anerkennung versagen und in völlig freier Überprüfung von der Rechtsauffassung der kantonalen Behörde abweichen würde.“¹⁶²

So werden z.B. **Verordnungen des Bundesrats** und seiner Departemente nur daraufhin geprüft, ob sie „offensichtlich aus dem Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen herausfallen“,¹⁶³ und es wird nur dann eingeschritten, wenn die Regelung sich „nicht auf ernsthafte Gründe stützen lässt, wenn sie sinn- oder zwecklos ist oder wenn sie rechtliche Unterscheidungen trifft, für die sich ein vernünftiger Grund nicht finden lässt.“¹⁶⁴

Auch gegenüber **Fachkenntnissen** ist richterliche Zurückhaltung gefordert, „solange nicht ernsthafte Gründe zu Zweifeln bestehen“ sofern die Beschwerdeinstanz sie nicht ebenso gut beurteilen kann.¹⁶⁵ Auch von **Invaliditätsschätzungen** durch den Unfallversicherer darf sich das Gericht nur aus gewichtigen

¹⁵⁷ LEUTHOLD, 42.

¹⁵⁸ LEUTHOLD, 98, methodisch gleich wie bei der sog. „Ohne-Not“- oder „Zweifelsfall-Praxis“: LEUTHOLD, 187.

¹⁵⁹ LEUTHOLD, 58.

¹⁶⁰ Erstere wird durch das Gesetz, zweite durch das Gericht bestimmt; vgl. dazu LEUTHOLD, 60 ff.

¹⁶¹ BGE 126 V 75, 81; vgl. auch BGE 123 V 150, 152.

¹⁶² BGE 96 I 369, 373.

¹⁶³ BGE 123 V 81, 85.

¹⁶⁴ BGE 124 V 185, 194; teilweise gilt als Kriterium auch Willkür: z.B. BGE 115 V 266, 273 oder aber Unbegründetheit: BGE 114 V 298, 304 f.

¹⁶⁵ BGE 108 V 130, 140; 109 V 207, 211; 122 V 157, 161 setzt die Schranke bei „konkreten Indizien gegen die Zuverlässigkeit“, kritisch dazu: LOCHER, § 53 N 38.

Gründen (triftige Argumente) lösen.¹⁶⁶ Dazu reicht eine einleuchtende, vertretbare und allenfalls sogar gleichwertige Begründung nicht aus.¹⁶⁷ Auch **Leistungskürzungen** werden nur dann als unangemessen erklärt, wenn das Gericht sich auf Gegebenheiten stützen kann, die seine Einschätzung als naheliegender erscheinen lassen.¹⁶⁸

Ausserdem gibt es Entscheidungen, die eine „sofortige Klärung komplexer Verhältnisse [erfordern], die weit über den streitigen Leistungsanspruch hinausgeht“, welche „im Rahmen fallbezogener richterlicher Beurteilung nicht zu erbringen ist“.¹⁶⁹ Derartige Überlegungen können daher nicht dem Richter obliegen und sind vom **Gesetzgeber** vorzunehmen.¹⁷⁰

4.4.3 Zusammenfassung und Kritik

Das Bundesgericht wendet vor allem dann eine verminderte Prüfungsdichte an, wenn spezifische tatsächliche Begebenheiten, zukünftige Faktoren, technische/medizinische Sachverhalte, die ein umfassendes Fachwissen erfordern oder ausgesprochene Ermessensfragen vorliegen.¹⁷¹ Es geht um ein Kriterium des „Besser-kennen-Könnens“, um die günstigere Ausgangslage der Behörde, die Sache beurteilen zu können, so dass das BGer automatisch einen Spielraum anerkennt und „sein Ermessen nicht an die Stelle desjenigen der Behörde setzt“.¹⁷² Ein weiterer Zurückhaltungsgrund ist die mangelnde Justiziabilität, welche fast zur vollständigen Verweigerung einer Entscheidung führen kann.¹⁷³

Sofern diese Zurückhaltung – im Rahmen der herkömmlichen Kognition – nur bedeutet, dass die Ermessensausübung (wozu auch die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe gehört, 4.2.5 c) nur bzgl. der gesetzlichen Schranken kontrolliert wird, so kommt ihr (bis auf die unterschiedliche Begrifflichkeit) keine eigenständige Bedeutung zu, da diese Beschränkung bereits durch die Kognition vorgegeben ist.

Anders zu beurteilen ist dies hingegen bei der erweiterten Kognition: Wo das Gesetz Ermessenskontrolle anordnet, soll das Gericht diese auch durchführen. Durch die Zurückhaltung des BGer wird indes der „Grad der Unkorrektheit“ erhöht und damit die Vi in eine privilegierte Situation versetzt. Damit wird es dem Beschwerdeführer erschwert, die Unregelmässigkeit des kantonalen Urteils nachzuweisen, er wird eines Teils seines Rechtsschutzes beraubt – u.U. stellt dies eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs dar.¹⁷⁴

Der einzelne Beschwerdeführer hat grundsätzlich ein Recht darauf, dass das EVG in Leistungsstreitigkeiten sowohl Rechtmässigkeit als auch Angemessenheit umfassend überprüft und ihm nicht durch eine verminderte Prüfungsdichte (sprich erhöhte Zurückhaltung) einen schwierigen Nachweis auferlegt.¹⁷⁵

¹⁶⁶ BGE 126 V 288, 295 f.

¹⁶⁷ BGE 126 V 288, 298.

¹⁶⁸ BGE 114 V 315, 316.

¹⁶⁹ BGE 117 V 318, 327 f.

¹⁷⁰ BGE 117 V 318, 327 f.; vgl. auch BGE 109 Ib 81.

¹⁷¹ LEUTHOLD, 172 ff.

¹⁷² LEUTHOLD, 177 ff. und oben 4.4.2; vgl. auch den Vorschlag einer entsprechenden Floskel: LEUTHOLD, 178; RÖHL, 216 macht darauf aufmerksam, dass die Gerichte nicht in der Lage sind, mit hoher Kontrolldichte zu prüfen; ähnlich GYGI, 306.

¹⁷³ LEUTHOLD, 194 ff.; vgl. für weitere Anwendungsfälle (jedoch bzgl. Bundesrat): KÖLZ/HÄNER, N 644.

¹⁷⁴ KÖLZ/HÄNER, N 645.; vgl. auch LEUTHOLD, 206 ff. für eine umfassende Kritik; MOOR, 662 f., 668.

¹⁷⁵ So auch KÖLZ/HÄNER, N 645.

5 Zusammenfassung

Die Kognition des EVG bei der Beurteilung von Leistungsstreitigkeiten ist insofern erweitert, als es neben der Kontrolle der Rechtmässigkeit auch die Feststellung des Sachverhalts und die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung überprüfen kann.

Dies bedeutet im Einzelnen: Das EVG kann den **Sachverhalt** auch dann umfassend prüfen, wenn die Vi eine richterliche Behörde war (3.2.1). Es ist befugt, neue Beweise zu erheben (4.1.1) und u.U. neue Tatsachen zu berücksichtigen (4.1.2), wobei das EVG nur dann eine Pflicht zur Erforschung des Sachverhalts trifft, wenn die Sachverhaltsfeststellungen der Vi (spätestens bis Ablauf der Beschwerdefrist, 4.1.1) bestritten oder für ein Urteil unzureichend sind (4.1.3). Bei der üblichen Kognition hingegen besteht i.d.R. nur eine sehr beschränkte Sachverhaltsüberprüfungskompetenz: Es ist dem BGer grundsätzlich verwehrt, über Tatfragen zu urteilen (3.1.1), d.h. Fragen autoritativ zu entscheiden, die nicht auf andere Prozesse im Sinne einer allgemeinen Regel übertragbar sind (4.3.2).

Die Kompetenz auch über die **Angemessenheit** der Verfügung urteilen zu dürfen, erweitert die übliche Kognition nur geringfügig. Die Rechtskontrolle umfasst bereits eine Überprüfung der Ausübung des Ermessens auf alle rechtlichen Vorschriften hin. Da dazu auch das Verhältnismässigkeitsprinzip und die allgemeinen Rechtsprinzipien gehören, ist der nur der Angemessenheitskontrolle zugängliche Restraum äusserst klein (4.2.6). Innerhalb dieses Restraums kann bei der erweiterten Kognition indes überprüft werden, ob ein den Umständen angepasstes Resultat gewählt wurde (4.2.7). Diese Kontrolle wird i.d.R. jedoch mit einer geringen Prüfungsdichte, d.h. mit Zurückhaltung ausgeübt (4.4), was die Differenz zwischen erweiterter und üblicher Kognition noch weiter verkleinert (4.4.3).

6 Die Revision der Bundesrechtspflege

Die am 12. März 2000 von Volk und Ständen angenommene Verfassungsänderung (Justizreform) verlangt eine Totalrevision der Bundesrechtspflege mit dem Ziel, das Bundesgericht nachhaltig und wirksam zu entlasten.¹⁷⁶ Diese Totalrevision wird auch für die Kognition des EVG in Leistungsstreitigkeiten Änderungen zur Folge haben.¹⁷⁷

Mit der Einführung der Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 77 ff. E-BGG) fällt die Sonderregelung des Art. 132 OG für das EVG dahin. Es werden die gleichen Beschwerdegründe möglich sein wie bei den übrigen Beschwerden. Auch die Kostenregelung wird an die anderen Beschwerden angepasst. So gilt grundsätzliche Kostenpflicht, wenn auch mit „markant tieferen Höchstgrenzen“.¹⁷⁸ Ausserdem wird ein Verbot der *reformatio in peius vel melius* eingeführt.¹⁷⁹

Dies bedeutet, dass auch das EVG in Zukunft nur noch die Rechtsanwendung überprüft. Dabei ist es an die Sachverhaltsfeststellungen gebunden, wie sie von der Vi festgestellt wurde, ausser diese seien offensichtlich unrichtig oder in rechtswidriger Weise erstellt worden.¹⁸⁰ Damit wird auch das Vorbringen neuer Beweise vor BGer grundsätzlich ausgeschlossen.¹⁸¹

¹⁷⁶ BOTSCHAFT-2001, 4208; Die erweiterte Kognition des EVG und die Kostenlosigkeit des Verfahrens wurde dabei als einer der Gründe für die Überlastung der obersten Gerichte gewürdigt (BOTSCHAFT-2001, 4212).

¹⁷⁷ Die Einschränkung der Kognition war zwar bereits durch eine parlamentarische Initiative (BBI 1999 9518 ff.) gefordert worden, wurde dann jedoch wieder aus dem Paket der Sofortmassnahmen gestrichen (BOTSCHAFT-2001, 4220).

¹⁷⁸ BOTSCHAFT-2001, 4239 f.; wobei u.U. auch ein Verzicht möglich ist (BOTSCHAFT-2001, 4239 f.).

¹⁷⁹ BOTSCHAFT-2001, 4345; Art. 101 E-BGG; vgl. auch oben Fn. 17.

¹⁸⁰ BOTSCHAFT-2001, 4238; Art. 90, 92 und 99 E-BGG.

¹⁸¹ BOTSCHAFT-2001, 4339 f.; Art. 93 E-BGG.

M.a.W. wird die erweiterte Kognition des EVG in Leistungsstreitigkeiten aufgehoben und derjenigen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans BGer angeglichen. Es wird also i.d.R. auch in Leistungsstreitigkeiten nicht mehr möglich sein, den Sachverhalt oder die Angemessenheit zu überprüfen.

6.1 *Rechtfertigung der Einschränkung der Kognition*

Die Problemlosigkeit der Einschränkung der Kognition wird dadurch begründet, dass in allen Versicherungszweigen ein Einspracheverfahren eingeführt worden ist (Art. 52 ATSG), und dass Art. 57 ATSG den Kantonen vorschreibt, ein Versicherungsgericht als einzige Instanz für sozialversicherungsrechtliche Streitigkeiten zu betrauen, was zu einer Stärkung dieses Gerichts führe.¹⁸²

Es treffe zwar zu, dass im Leistungsbereich viele Tatfragen zu beurteilen seien, doch seien in diesem Bereich die Gerichte gegenüber den Gutachtern sowieso in einer nicht allzugünstigen Position, sodass „der Sachverhalt [...] eigentlich durch die medizinischen Experten ‚geliefert‘“ werde.¹⁸³ Geschehe dann bei der Beweiswürdigung dieser Gutachten ein Fehler, so handle es sich sowieso um Rechtsfehler, welche nach wie vor gerügt werden können.¹⁸⁴

6.2 *Kritik*

M.E. ist die Revision folgendermassen zu beurteilen: **Grundsätzlich** stehen der so geplanten Revision keine rechtlichen Hindernisse entgegen.¹⁸⁵ Es handelt sich in erster Linie um eine **politische Frage**, ob und wie man den Zugang zum obersten Gericht beschränken will.

Wie wir gesehen haben, wird durch die **Angemessenheitskontrolle** des EVG nur wenig gewonnen gegenüber der herkömmlichen Kognition des BGer. Die diesbezügliche Änderung stupe ich nicht als allzu problematisch ein, da durch eine Erhöhung der Prüfungsdichte bei der rechtlichen Überprüfung der Ermessensausübung (Stichwort Verhältnismässigkeitsgrundsatz) ein Grossteil der Kontrolle auch so durchgeführt werden kann.¹⁸⁶

Die Bindung an den von der Vi festgestellten **Sachverhalt** hingegen bedeutet eine grundlegende Änderung. Im Gebiet des Sozialversicherungsrechts wird so nur noch ein einziges (nämlich das vom ATSG verlangte kantonale) Gericht eine vollständige Kontrolle des Sachverhalts durchführen können.¹⁸⁷ Das durch den ATSG zwingend eingeführte Einspracheverfahren, vermag den Abbau beim EVG nicht zu rechtfertigen, da es grundsätzlich etwas anderes ist, ob der Sozialversicherungsträger in eigener Sache über einen Anspruch gegen ihn ein zweites Mal entscheidet, oder ob das Bundesgericht die Kontrolle vornimmt.¹⁸⁸ Als Ausweg aus dieser unbilligen Situation wäre denkbar, dass das EVG den Begriff der „Offensichtlichkeit“ von fehlerhaften Sachverhaltsfeststellungen der Vi grosszügiger auslegt, oder aber – was noch unwahrscheinlicher ist – sich vom traditionellen Bild der Subsumtion löst und so einen Teil der Tatfragen als Rechtsfragen einstuft.

¹⁸² BOTSCHAFT-2001, 4239.

¹⁸³ BOTSCHAFT-2001, 4238.

¹⁸⁴ BOTSCHAFT-2001, 4239.

¹⁸⁵ Insbesondere nicht durch die EMRK oder andere völkerrechtliche Verträge: BOVAY, 393; BGE 119 Ia 88, 95.

¹⁸⁶ M.E. wird auch die Qualität der Urteile der Vi durch das Wegfallen der Weiterzugsmöglichkeit wegen Unangemessenheit nicht leiden, da diese wissen, dass die Rechtskontrolle ihrer Entscheidungen sehr weit geht; a.A. GABATHULER, 21 f.

¹⁸⁷ GABATHULER, 22; AGIER, 49 weist darauf hin, dass gerade bei Sachverhaltsstreitigkeiten häufig Entscheide zugunsten der Versicherten entschieden werden; KIESER, 554 betont eher die Problematik der Durchsetzung objektiven Rechts.

¹⁸⁸ GABATHULER, 21 f.

Zum Verbot der *reformatio in peius vel melius* ist zu erwähnen, dass Erstere kaum je vorkommt, Letztere hingegen zur Durchsetzung von objektivem Recht teilweise nötig ist.¹⁸⁹

Die ganze Revision erscheint ein wenig quer zu den Grundsätzen des Sozialversicherungsverfahrens zu stehen, so wie sie bis jetzt gegolten und sich m.E. auch bewährt haben. Im bisherigen System war ein klares Bekenntnis zugunsten des Versicherten zu erkennen, welcher aufgrund widriger Umstände auf das Sicherungssystem der Sozialversicherungen angewiesen war. M.E. sollte auch im Prozess, in welchem es darum geht, diese Sicherung zu vollziehen, sprich die Leistungen zu erbringen, auf die ungünstige Position des Versicherten, welcher zumindest der Auffassung ist, bei ihm sei das versicherte Risiko eingetreten, Rücksicht genommen werden.

7 Schlussbemerkungen

Wie wir mehrfach gesehen haben, ist es für das Verständnis des geltenden Rechts häufig unabdingbar, einen Schritt zurückzutreten und unsere „Hilfswissenschaften“ – insbesondere die Methodenlehre – zu bemühen, um die durch das Gesetz vorgegebenen Unterscheidungen zu verstehen.

Dabei stellt sich jedoch häufig die paradoxe Konsequenz ein, dass durch genauere Betrachtung Selbstverständliches plötzlich umstritten und Umstrittenes plötzlich klar wird.

Hinzu kommt, dass sowohl Lehre als auch Praxis die in diesen Hilfswissenschaften erarbeiteten Erkenntnisse nur äusserst selektiv rezipiert, und dass ich mich so mehrmals genötigt sah, ohne Rückendeckung einer sog. „herrschenden Lehre“ meine eigenen Überlegungen darzustellen. Dies ist zwar intellektuell befriedigend, doch im engen Rahmen einer Probearbeit kaum angemessen darzustellen.

¹⁸⁹ Vgl. auch PFEIFER, 138 ff.