

Mark Schweizer*

Zum Beweismass im Sozialversicherungsrecht

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung	1
II.	Begrifflichkeit	2
III.	Beweismass im Sozialversicherungsrecht	3
	A. Herrschende Lehre und Rechtsprechung	3
	B. Entscheidungstheoretische Grundlagen	5
	C. Minimierung der erwarteten Fehlerkosten als Entscheidungsprinzip	7
	D. Entscheidungsgrenze im Sozialversicherungsrecht	10
	Literaturverzeichnis	14

I. Einführung

Die wissenschaftliche Integrität gebietet, darauf hinzuweisen, dass die Gedanken, die in diesem Aufsatz dargestellt werden, schon in meiner Habilitationsschrift von 2015 veröffentlicht wurden. Aber erstens hat kaum jemand Zeit, ein 600-seitiges Buch zu lesen, und zweitens ist es für Praktiker des Sozialversicherungsrechts nicht naheliegend, dass sich Erkenntnisse zum Beweismass im Sozialversicherungsrecht in einer Habilitationsschrift zur Beweiswürdigung und Beweismass im Zivilverfahren finden. Drittens werden in diesem Beitrag die Ergebnisse einer Umfrage unter den Teilnehmenden der HAVE Novembertagung 2024 vorgestellt, die neu sind und noch nie veröffentlicht wurden. Der Beitrag bietet daher einen Mehrwert.

* PD Dr. iur., LL.M., Präsident des Bundespatentgerichts, St. Gallen.

II. Begrifflichkeit

Der Begriff „Beweismass“ findet sich weder in Deutschland noch in der Schweiz im Gesetz. Die Lehre hat ihn erst in den 1960-er Jahren „entdeckt“.¹ In der Schweiz taucht der Begriff in den in der amtlichen Sammlung publizierten bundesgerichtlichen Urteilen 1989 zum ersten Mal auf.² Nach in der Schweiz ganz herrschender Auffassung bestimmt das Beweismass den *Grad oder die Intensität der persönlichen Überzeugung*, die der Richter haben muss, ehe er eine bestrittene Tatsachenbehauptung (genauer: den anspruchsbegründenden Sachverhalt³) für wahr erachten darf.⁴ Das Beweismass legt demnach die Schwelle fest, bei deren Überschreitung für die beweisbelastete Partei entschieden werden darf. Das Bundesgericht verwendet manchmal den Begriff „Beweismassstab“ synonym zu Überzeugungsgrad.⁵

Verwirrend ist die Gleichsetzung von Überzeugungsgrad und „Beweisgrad“.⁶ Die Unterscheidung von „Beweisgrad“ und „Überzeugungsgrad“ mag als Spiel um Worte erscheinen, ist es aber nicht: Beweistheorien, die auf den Beweisgrad abstellen, versuchen die Frage zu beantworten, welchen Grad der Stützung eine Tatsachenbehauptung erfährt. Eine Theorie der Überzeugungsbildung versucht die Frage zu beantworten, mit welchem Grad der Überzeugung eine Tatsachenbehauptung von einem vernünftigen Urteiler für wahr gehalten werden darf. Das ist nicht dasselbe, und es gibt keinen logischen Weg vom Beweisgrad zum Überzeugungsgrad. Das schweizerische Recht stellt auf die Überzeugung der Richterperson ab und bedarf deshalb eines Überzeugungsmodells, nicht eines Beweiswertmodells.⁷

¹ Erste Verwendung bei DÖHRING 1964, S. 445.

² BGE 115 II 440 E. 6a.

³ Warum es einen Unterschied macht, ob man die Überzeugung auf die einzelne Behauptung oder den gesamten Sachverhalt bezieht, siehe SCHWEIZER 2015a, S. 490 ff.

⁴ Das Bundesgericht spricht vom „gebotenen Überzeugungsgrad“ (BGE 130 III 113 E. 3.4); aus der Lehre LEUENBERGER 1991, S. 149; HOHL 2001, Rz. 1057 («degree de certitude»); KAUFMANN 2009, S. 185 f.; WALTER 2009, S. 52 f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER 2010, Rz. 9.159; BERTI 2011, S. 128; STAEHELIN ET AL. 2024, § 18 Rz. 37 («Intensität and Überzeugung»); a.M. BERGER-STEINER 2008, Rz. 5.74 ff.

⁵ Z.B. BGE 144 II 332 E. 4.1.2; im dort zitierten BGE 130 III 321 findet sich der Begriff jedoch nicht.

⁶ Z.B. BGE 144 V 427 E. 3.2; 148 V 397 E. 3.3.; 150 V 188 E. 4.2.; KOUSSOULIS 1990, S. 278 f.; HOHL 1991, S. 126, 131; KIESER 2013; GEHRING 2024, Rz. 212.

⁷ SCHWEIZER 2015a, S. 162 ff.

Die objektive Beweislast (Feststellungslast) bestimmt, wie zu entscheiden ist, wenn der Beweis misslungen ist, wenn sich also bei der Richterperson keine Überzeugung einstellt, dass die strittige Tatsachenbehauptung wahr oder falsch ist, sondern sie sich dazu kein Urteil zutraut („non liquet“).⁸ Im Verwaltungsverfahren gilt zwar grundsätzlich der Untersuchungsgrundsatz, wonach es Sache der Behörde und nicht der Parteien ist, den Sachverhalt festzustellen und dazu, soweit nötig, Beweis zu erheben. Während es in einem vom Untersuchungsgrundsatz geprägten Verfahren keine subjektive Beweislast i.S.d. Beweisführungslast gibt, braucht es auch hier eine Regel, wie zu entscheiden ist, wenn sich die Richterperson keine ausreichende Überzeugung bilden kann.⁹

III. Beweismass im Sozialversicherungsrecht

A. Herrschende Lehre und Rechtsprechung

Das eidgenössische Versicherungsgericht hat im Sozialversicherungsrecht in einer auf die Mitte der 1960-er Jahre zurückgehenden Praxis, die heute von den sozialversicherungsrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts in Luzern weitergeführt wird, ein vom Regelbeweismass des Zivilprozessrechts abweichendes Regelbeweismass geschaffen. Gemäss dieser Praxis ist das Regelbeweismass im Sozialversicherungsrecht das Beweismass der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“.¹⁰ Nach diesem Beweismass ist ein bestimmter Sachverhalt nicht bereits dann bewiesen, wenn er bloss möglich ist; hingegen genügt es, wenn das Gericht aufgrund der Würdigung aller relevanten Sachumstände, mithin nach objektiven Gesichtspunkten, zur Überzeugung gelangt ist, dass er der wahrscheinlichste aller in Betracht fallenden Geschehensabläufe – bei zwei möglichen Sachverhaltsvarianten: die wahrscheinlichere¹¹ – ist.¹² Das tiefere Regelbeweismass wird damit gerechtfertigt, dass

⁸ Seit ROSENBERG absolut herrschend, z.B. BGE 144 II 332 E. 4.1.3.

⁹ BGE 144 V 427 E. 3.2.

¹⁰ Das Bundesgericht spricht vom «Beweisgrad» der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, z.B. BGE 144 V 427 E. 3.1. Zur Kritik am Begriff «Beweisgrad» siehe vorne II.

¹¹ Urteil des BGER 9C_717/2009 vom 20. Oktober 2009, E. 3.3.

¹² BGE 144 V E. 3.2. m.H.a. BGE 138 V 218 E. 6 (st. Rsp.).

Durchführungsorgane wie auch Sozialversicherungsrichter überfordert wären, „wenn sie im Rahmen der Massenverwaltung die für die Leistungsverhältnisse erheblichen Tatsachen in zivil- oder strafprozessualer Weise zum vollen Beweis erstellen müssten.“¹³ Auch liessen sich die im Sozialversicherungsrecht häufig zu beurteilenden gesundheitlichen Sachverhalte nicht strikte beweisen.¹⁴

Nun könnte man annehmen, dass «die wahrscheinlichste» Sachverhaltsdarstellung diejenige ist, die mit einer subjektiven Wahrscheinlichkeit (Überzeugung) von 51% der Fall ist. Die Logik befiehlt das – denn wenn eine Sachverhaltsdarstellung mit einer subjektiven Wahrscheinlichkeit von 51% wahr ist, dann kann es keine andere Darstellung geben, die mit einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 49% der Fall ist. Der Sachverhalt mit einer Wahrscheinlichkeit von 51% ist denknotwendig der wahrscheinlichste. Für dieses Verständnis des Beweismasses spricht auch, dass das Bundesgericht eine „hohe“ Wahrscheinlichkeit von 75% nicht verlangt.¹⁵ Dennoch bleibt umstritten, ob das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit bei einem Überzeugungsgrad von 51% erfüllt ist.¹⁶ Zur Verteidigung, dass „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ nicht genau das heisst, was es vom Wortsinn bedeutet und die Logik diktiert, wird angeführt, das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit müsse sich von der Glaubhaftmachung abgrenzen lassen.¹⁷ Wenn bereits für das Beweismass der überwiegenden Überzeugung 51% genügen, dann – *horribile dictu* – würde bei der Glaubhaftmachung, die einen gegenüber dem Regelbeweismass reduzierten Überzeugungsgrad genügen lässt, bereits ein Überzeugungsgrad von unter 50% ausreichen, um für die beweisbelastete Partei zu entscheiden. Das kann aber vollkommen rational sein.¹⁸ Auf jeden Fall genügt es nicht, für die Ablehnung eines Verständnisses der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ihres natürlichen Wortsinns nach auf die zivilrechtliche Rechtsprechung des

¹³ BGE 119 V 7 E. 3c/bb.

¹⁴ GEHRING 2024, Rz. 214 m.w.H.

¹⁵ Urteil des BGer 9C_717/2009 vom 20. Oktober 2009, E. 3.3; KIESER 2013, S. 88.

¹⁶ Für 51% SCHWEIZER 2015a, S. 478 ff.; SUMMERMATTER, S. 480; a.M. BERGER-STEINER, N 06.117 m.w.H.; BÜHLER, Rz. 13.

¹⁷ Das Bundesgericht unterscheidet auch im Sozialversicherungsrecht zwischen Glaubhaftmachung und überwiegender Wahrscheinlichkeit, statt vieler BGE 144 V 427 E. 3.3.

¹⁸ SCHWEIZER 2015b.

Bundesgerichts zu verweisen,¹⁹ denn die zivilrechtlichen Abteilungen verstehen „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ anders als die sozialversicherungsrechtlichen Abteilungen.²⁰

Man kann den Versuch, Überzeugungsgrade in Zahlenwerten ausdrücken, als „scheingenau“ bezeichnen (ein Vorwurf, so alt wie formale Beweistheorien).²¹ Aber Umschreibungen mit Worten helfen auch nicht weiter. Wer würde behaupten, dass sich in der Praxis ein Unterschied finden liesse zwischen den Formulierungen, (i) ob für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen,²² oder (ii) ob allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen.²³ Das Beweismass in Zahlen auszudrücken hat den grossen Vorteil, dass es erlaubt, es mit den Mitteln der Entscheidungstheorie zu analysieren. Diese erlaubt es, Entscheidungen unter Unsicherheit rational zu begründen. Und darum geht es in den interessanten Fällen: um Entscheidungen unter Unsicherheit.

B. Entscheidungstheoretische Grundlagen

Als *Entscheidung* wird in der Entscheidungstheorie eine Wahl zwischen mindestens zwei Handlungsalternativen bezeichnet.²⁴ Jede Handlung im Sinne der Entscheidungstheorie hat Konsequenzen, die auch als Ergebnisse bezeichnet werden.²⁵ Ein Entscheidungsproblem wird durch die Frage charakterisiert, welche Handlung aus einer Menge mehrerer zulässiger, sich gegenseitig ausschliessender,²⁶ Handlungsalternativen gewählt werden soll. Welches Ergebnis bei der Wahl einer bestimmten Alternative erzielt wird, hängt auch von Grössen ab, die der Entscheider nicht

¹⁹ Z.B. Urteil des BGer 4A_397/2008 vom 23. September 2008 E. 4.

²⁰ A.M. BERGER-STEINER 2008, N 06.99.

²¹ GEHRING 2024, Rz. 230.

²² So die Umschreibung der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Zivilverfahren, BGE 132 III 176 E. 3.1.

²³ So die Umschreibung des Regelbeweissmasses der (vollen) Überzeugung im Zivilverfahren, BGE 130 II 321 E. 3.2.

²⁴ LAUX ET AL. 2012, S. 3.

²⁵ PETERSON 2009, S. 28.

²⁶ EISENFÜHR ET AL. 2010, S. 22.

beeinflussen kann. Diese entscheidungsrelevanten Daten werden als Umweltzustände oder Zustände bezeichnet.²⁷

Kennt der Entscheider die Zustände mit Sicherheit, trifft er eine Entscheidung unter Sicherheit. Bei einer Entscheidung unter Unsicherheit hält der Entscheider mindestens zwei Zustände für möglich, von denen genau einer eintreten wird (oder eingetreten ist, aber dem Entscheider [noch] nicht bekannt ist).²⁸ Nicht notwendig ist es, dass der Entscheider den Zuständen objektive – „statistische“ oder „frequentistische“²⁹ – Wahrscheinlichkeiten zuordnen kann, die auf der Beobachtung einer langen Reihe von gleichen Fällen beruhen.³⁰ Die meisten praktisch interessanten Entscheidungsprobleme sind Probleme der Entscheidung unter subjektiver Ungewissheit – in den seltensten Fällen kann man den relevanten Zuständen objektive Wahrscheinlichkeiten zuordnen.³¹

Gerichtliche Urteile wie auch Verfügungen in einem Verwaltungsverfahren stellen aus Sicht der Entscheidungstheorie *Entscheidungsprobleme* dar. Das Gericht oder die Behörde wählt zwischen mindestens zwei Alternativen, wie z.B. der Gutheissung oder Abweisung eines Antrags auf Zusprechung einer Invalidenrente.³² Die Entscheidung hat Folgen – der Antragsteller erhält eine Rente oder nicht (in der gewünschten Höhe). Weiter sind *Zielvorstellungen*³³ vorhanden, die es erlauben, die Wünschbarkeit der Ergebnisse der verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten miteinander zu vergleichen. Wohl niemand würde behaupten, dass die Zusprechung einer Rente, obwohl der Antragsteller tatsächlich keinen Anspruch darauf hat, genauso wünschbar ist wie die Zusprechung einer IV-Rente, wenn er einen Anspruch hat.

Schliesslich hängen die Ergebnisse der Wahl von (mindestens) einem Umweltzustand ab, der vom Entscheider nicht beeinflusst werden kann. Bei diesem Zustand

²⁷ EISENFÜHR ET AL. 2010, S. 20 f.; LAUX ET AL. 2012, S.32.

²⁸ LAUX ET AL. 2012, S.33.

²⁹ Zum frequentistischen Wahrscheinlichkeitsbegriff siehe GALAVOTTI 2005, S. 74 ff.

³⁰ SAVAGE 1972, S. 56 ff. (Erstauflage 1954).

³¹ LAUX ET AL. 2012, S. 91.

³² Dass tatsächlich mehr als zwei Alternativen möglich sind – z.B. teilweise Gutheissung – tut dem kein Abbruch, macht die Analyse aber komplexer.

³³ EISENFÜHR ET AL. 2010, S. 61 f.; LAUX ET AL. 2012, S. 5.

handelt es sich um den Sachverhalt, wie er sich in der ausserhalb des Geistes des Entscheiders befindlichen Welt tatsächlich abgespielt hat. Der Zustand der Welt kann so sein, dass die Verfügung gemäss den anwendbaren Rechtsnormen gerechtfertigt ist, oder so, dass sie nicht gerechtfertigt ist. Da die Behörde in den meisten Fällen den tatsächlichen Zustand der Welt nicht kennt, entscheidet sie unter Unsicherheit.³⁴ Zwar lässt sich die Wahrscheinlichkeit, dass sich ein Sachverhalt so abgespielt hat, wie vom Antragsteller behauptet, nicht *objektiv* bestimmen, aber es genügt, dass der Entscheider mehr sagen kann, als dass ein Zustand möglich ist. Dies ist bei der gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung, eine Tatsachenbehauptung für wahr zu erachten oder nicht, zweifellos der Fall. Würde man dies anders sehen und davon ausgehen, dass die Entscheidung über die Wahrheit von rechtlich relevanten Tatsachenbehauptungen eine Entscheidung unter *völliger Unwissenheit* ist, bräuchte man kein Beweisverfahren und keine Beweismass. Die gerichtliche oder behördliche Entscheidung, die davon abhängt, ob ein behaupteter Sachverhalt wahr ist, ist entscheidungstheoretisch betrachtet eine Entscheidung unter Risiko, und sie kann mit den Mitteln analysiert werden, die zur Analyse von Entscheidungen unter Risiko entwickelt wurden.³⁵

C. Minimierung der erwarteten Fehlerkosten als Entscheidungsprinzip

Eine *Entscheidungsregel* legt fest, wie aus einer Menge von Alternativen diejenige Alternative ausgewählt wird, welche die verfolgten Ziele am besten verwirklicht.³⁶ Eine Entscheidungsregel besteht aus einer *Präferenzfunktion*, die den Handlungsalternativen Präferenzwerte zuordnet, und einem *Optimierungskriterium*, das zum Ausdruck bringt, welche Ausprägung für den Präferenzwert angestrebt wird. Die Präferenzfunktion erfordert sowohl eine Bewertung der einzelnen Ergebnisse der

³⁴ Es kann natürlich Fälle geben, in denen der Zustand der Welt (der Sachverhalt) unstrittig ist und der Streit nur über den Inhalt des darauf anzuwendenden Rechts geht. Dann braucht es aber auch kein Beweismass. Es liegt eine Entscheidung unter Sicherheit vor, die hier nicht weiter analysiert wird.

³⁵ BOURMISTROV-JÜTTNER 1987, S. 240 f.; GRÄNS 2002, S. 141 f.

³⁶ LAUX ET AL. 2012, S.33.

Alternative als auch, wenn eine Entscheidung unter Unsicherheit getroffen wird, die Berücksichtigung der Unsicherheit.³⁷

Der einer Alternative entsprechende Präferenzwert kann als Grad der Zielerreichung interpretiert werden, der bei der Wahl der Alternative erwartungsgemäss realisiert wird.³⁸ Soll der Präferenzwert maximiert werden, spricht man von Nutzen, soll er minimiert werden, von Kosten. Entsprechend ist das Optimierungskriterium fast immer entweder die Nutzenmaximierung oder die Kostenminimierung (auch Risikominimierung genannt).³⁹ Eine Mehrheit der juristischen Literatur verwendet das Kriterium der Kostenminimierung.⁴⁰

Entscheidend, und befreit von allem mathematischen Ballast, ist der Gedanke, dass man nicht die Anzahl (Häufigkeit) von Fehlentscheidungen minimieren soll, sondern die *erwarteten Kosten* der Entscheidung. Die erwarteten Kosten hängen nicht nur von ihrer absoluten Höhe ab, sondern auch von der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts, und diese wiederum von der Wahrscheinlichkeit eines Umweltzustandes, der dem Gericht oder der Behörde nicht mit Sicherheit bekannt ist.

Grundsätzlich kann man bei einer Entscheidung, die von einem Sachverhalt abhängt, den man nicht mit Sicherheit kennt, immer zwei Fehler machen: den Sachverhalt als gegeben erachten, obwohl er es nicht ist, oder ihn als nicht gegeben erachten, obwohl er es ist.⁴¹ Wichtig ist, dass „Fehler“ in diesem Zusammenhang nur heisst, dass sich eine Annahme nachträglich als falsch herausgestellt hat. Die Entscheidung, die getroffen wurde, bevor der Sachverhalt mit Sicherheit bekannt war, kann dennoch richtig sein. „Falsch“ bedeutet hier nicht, dass dem Entscheider ein Vorwurf gemacht werden kann. So wird die Polizei, wenn sie einen Anruf erhält, in

³⁷ LAUX ET AL. 2012, S.35.

³⁸ LAUX ET AL. 2012, S.33 f.

³⁹ LAUX ET AL. 2012, S. 34.

⁴⁰ Kosten ist nichts anderes als negativer Nutzen, und Kosten und Nutzen daher austauschbar. Ob man den erwarteten Nutzen einer Entscheidung maximiert oder ihre erwarteten Kosten minimiert, macht keinen Unterschied.

⁴¹ Die beiden Arten von Fehlern werden oft mit aus dem statistischen Hypothesentesten stammenden Bezeichnungen benannt. Akzeptiert man eine Tatsachenbehauptung als wahr, obwohl sie tatsächlich falsch ist, spricht man von einem Fehler 1. Art, α -Fehler oder Falsch-positiv-Entscheidung. Wird eine Tatsachenbehauptung als falsch verworfen, die tatsächlich wahr ist, liegt ein Fehler 2. Art, β -Fehler oder eine Falsch-negativ-Entscheidung vor, BIEMANN 2009, S. 207.

einer Schule befinde sich eine Bombe, in aller Regel das Schulhaus räumen lassen, obwohl bekannt ist, dass es sich in den allermeisten solcher Anrufe um schlechte Scherze handelt. Dennoch wird niemand der Polizei einen Vorwurf machen, wenn sich herausstellt, dass sich keine Bombe im Schulhaus befand. Die Kosten der Entscheidung, das Schulhaus nicht zu räumen, wenn sich tatsächlich eine (scharfe) Bombe darin befindet, sind so viel höher als die Kosten der Entscheidung, das Schulhaus zu räumen, auch wenn sich keine Bombe findet, dass bereits eine geringe positive Wahrscheinlichkeit einer Bombe genügt, um den Räumungsbefehl zu rechtfertigen.⁴²

	keine Bombe	Bombe
keine Räumung	ungestörter Unterricht	Tote und Verletzte
Räumung	Unterrichtsausfall	Unterrichtsausfall

Tabelle 1: Ergebnismatrix für das Entscheidungsproblem „Räumung“

Um bei dem Beispiel zu bleiben: die Entscheidung, das Schulhaus zu räumen, ist richtig, wenn die erwarteten Kosten der Räumung geringer sind als die erwarteten Kosten der Nicht-Räumung.⁴³ Die erwarteten Kosten der Räumung setzen sich zusammen aus den Kosten der Räumung, wenn keine Bombe vorhanden ist und den Kosten der Räumung, wenn eine Bombe vorhanden ist. Man muss also die Kosten der Räumung bei Vorhandensein einer Bombe multiplizieren mit der Wahrscheinlichkeit,⁴⁴ dass eine Bombe vorhanden ist, und das Ergebnis der Multiplikation der Kosten, wenn keine Bombe vorhanden ist, mit der Wahrscheinlichkeit ihres Fehlens addieren. Die erwarteten Kosten der unterlassenen Räumung ergeben sich analog aus der Multiplikation der Kosten einer unterlassenen Räumung, wenn keine Bombe vorhanden ist, und den Kosten einer unterlassenen Räumung, wenn eine Bombe vorhanden ist. Diese Wahrscheinlichkeiten kennt der Polizist, der die Entscheidung treffen muss, nicht mit „mathematischer Genauigkeit“. Das ist aber auch

⁴² Hingegen kann man, entgegen LEISNER 2002, S. 329, nicht nur den drohenden Schaden berücksichtigen. Man muss immer den Schaden (die Kosten) mit der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts gewichten.

⁴³ Nochmals: es ist wichtig zu sehen, dass auch das Nichtstun – also keine Räumung anzuordnen – eine Entscheidung mit Folgen ist.

⁴⁴ Wahrscheinlichkeit ist mathematisch eine Zahl zwischen 0 und 1, HACKING 2008, S. 58.

nicht notwendig. Entscheidend ist, dass er sich aufgrund seiner Erfahrung und der Kenntnis der konkreten Situation ein Bild machen kann – und machen *muss*, wenn er entscheiden soll. Weil die Konsequenzen einer unterlassenen Räumung bei Vorhandensein einer Bombe so viel gravierender sind als die Kosten aller anderen Ausgänge der Entscheidung, wird er sich in diesem Fall bereits bei einer geringen Wahrscheinlichkeit einer Bombe für die Evakuierung entscheiden müssen.

D. Entscheidungsgrenze im Sozialversicherungsrecht

Aus der normativen Entscheidungstheorie ergibt sich demnach, dass die Entscheidungsgrenze, verstanden als Überzeugungsgrad der Wahrheit der relevanten Tatsachenbehauptungen, von den relativen Kosten einer fälschlichen Zuspreehung oder Nicht-Zuspreehung einer sozialversicherungsrechtlichen Leistung (im Folgenden: IV-Rente oder Rente) abhängt. Das beantwortet aber noch nicht die Frage, *wo* diese Entscheidungsgrenze liegt. Ein Versuch, die Grenze zu bestimmen, liegt darin empirisch zu ermitteln, welche Kosten bzw. Nutzen den möglichen Ergebnissen einer Entscheidung zugeordnet werden. Dazu wurden die Teilnehmenden der Novembertagung 2024 gebeten, an einer Online-Umfrage teilzunehmen.⁴⁵ Es wurde ihnen gesagt, dass ein anonymer Spender ihnen CHF 100'000 unter der Auflage zur Verfügung stellt, dass sie das Geld ausschliesslich dazu einsetzen, die folgenden vier möglichen Ergebnisse der Entscheidung über einen Antrag auf IV-Rente *zu verhindern*:⁴⁶

- Der Antragsteller ist rentenberechtigt, und er erhält eine IV-Rente (*richtig positiv*).
- Der Antragsteller ist nicht rentenberechtigt, aber er erhält eine IV-Rente (*falsch positiv*).
- Der Antragsteller ist nicht rentenberechtigt, und er erhält keine IV-Rente (*richtig negativ*).

⁴⁵ Umfragedesign inspiriert durch LAUDAN/SAUNDERS 2009, S. 23.

⁴⁶ Die Texte in Klammern waren in der Umfrage nicht vorhanden. Die Reihenfolge der Optionen wurde randomisiert.

- Der Antragsteller ist rentenberechtigt, aber er erhält keine IV-Rente (*falsch negativ*).

Die Teilnehmenden wurden instruiert, dass sie das gesamte Geld für den genannten Zweck einsetzen müssten, aber nicht mehr als das gespendete Geld. Die Frage zielt darauf ab, die relativen Kosten der möglichen Ergebnisse empirisch zu messen: Man sollte in die Verhinderung jenes Ergebnisses am meisten investieren, das die höchsten Kosten verursacht. Durch die Deckelung der investierbaren Summe auf CHF 100'000 braucht die äusserst schwierige Frage nach den absoluten Kosten der möglichen Ergebnisse nicht beantwortet zu werden, die auch nicht massgeblich ist, weil es allein auf das relative Gewicht der Kosten ankommt.⁴⁷

54 Personen beantworteten alle Fragen. Davon gaben 16 an, in der Justiz tätig zu sein, 16 in der Verwaltung und 19 in der Privatwirtschaft. 3 gaben an, in einem anderen Bereich tätig oder nicht erwerbstätig zu sein;⁴⁸ sie werden von den folgenden Analysen ausgeschlossen. Gemäss Teilnehmerliste haben sich 129 Personen für die Tagung angemeldet; 54 Antwortende entsprechen einem Anteil von 42%. Unterschieden nach Berufsgruppen lag die Antwortquote bei den in der Privatwirtschaft Tätigen am tiefsten (rund 30%), gefolgt von den Verwaltungsangehörigen mit 50% und den Justizangehörigen mit 62%.⁴⁹

	rentenberechtigt	nicht rentenberechtigt
Rente	CHF 0 (CHF 2'519)	CHF 30'000 (CHF 30'630)
keine Rente	CHF 60'000 (CHF 63'759)	CHF 0 (CHF 3'093)

Tabelle 2: Fehlerkosten (Median,⁵⁰ in Klammern Durchschnitt)

⁴⁷ LAUDAN/SAUNDERS 2009, S. 24.

⁴⁸ Option «Andere, arbeite nicht (z.B. in Ausbildung oder pensioniert) oder möchte ich nicht beantworten.».

⁴⁹ Bei sechs Teilnehmenden war in der Teilnehmerliste kein Arbeitgeber angegeben, so dass keine Zuordnung möglich war.

⁵⁰ Der Median ist der Wert, der genau in der Mitte einer Datenreihe liegt. Er ist weniger empfindlich auf Ausreisser. Der Median der Datenreihe 5, 8, 11, 13, 49 ist 11, der Mittelwert 17,2.

Berechnet man die sich aus den Fehlerkosten ergebende Entscheidungsgrenze,⁵¹ d.h. das Beweismass, das längerfristig die Kosten der Entscheidung minimiert, so ergibt sich ein Überzeugungsgrad von 33%.⁵² Das bedeutet, dass eine Rente zuzusprechen ist, obwohl es wahrscheinlicher ist, dass der Antragsteller nicht rentenberechtigt ist, als dass er rentenberechtigt ist. Das ist rational, wenn man die Kosten eines zu Unrecht abgewiesenen Antrags auf eine IV-Rente als doppelt so hoch wie die Kosten eines zu Unrecht gutgeheissenen Antrags bewertet. Denn es gilt den Fehler mit den schwersten Folgen möglichst zu vermeiden – denken Sie an das Beispiel der Evakuierung der Schule.

Schaut man sich die Ergebnisse nach Berufsgruppen an, so ergibt sich für die in der Privatwirtschaft tätigen eine Entscheidungsgrenze von nur 20%, für die Verwaltungsangehörigen von rund 33% und für die Justizangehörigen von rund 50%.⁵³ Diese Unterschiede sind nicht statistisch signifikant, aber interessant. Vermutlich befinden sich in der Gruppe der in der Privatwirtschaft tätigen relativ viele Anwälte, die Antragsteller vertreten und denen daher die Perspektive derjenigen, die glauben, dass ihnen zu Unrecht eine Rente verweigert wird, näher liegt. In der Pause meinte eine Anwältin zu mir, sie habe die Kosten auch bei 80/20 gesehen. Wenn jemandem zu Unrecht eine Rente verweigert werde, könne das ein Leben zerstören. Bei jährlichen Ausgaben der Eidgenössischen Invalidenversicherung von rund CHF 10 Mrd. pro Jahr⁵⁴ scheint demgegenüber eine zu Unrecht ausgerichtete Rente ein kleines Übel, kaum mehr als ein Rundungsfehler.

So verständlich diese Ansicht ist, so scheint sie mir dennoch falsch. Sie erinnert an die in der skandinavischen Literatur vertretenen These, das Beweismass sei nach der sozioökonomischen Risikotragfähigkeit der Parteien im Einzelfall zu bestimmen.⁵⁵ Sie fokussiert zu sehr auf den Einzelfall und verliert das Ganze aus den Augen. Es mag im Einzelfall schlimmer sein, wenn ein Anspruchsberechtigter keine

⁵¹ Es spielt vorliegend keine massgebliche Rolle, ob man dafür den Median oder den Durchschnitt nimmt.

⁵² Für die Formel siehe SCHWEIZER 2015a, S. 435 ff., m.z.H.

⁵³ Berechnet jeweils mit dem Median der Fehlerkosten; eine Berechnung mit dem Durchschnitt führt nur zu Abweichungen von 2-3 Prozentpunkten.

⁵⁴ Gemäss IV-Statistik 2023 betragen die Ausgaben der Invalidenversicherung 2023 CHF 10,1 Mrd., davon CHF 5,6 Mrd. für Renten.

⁵⁵ GRÄNS 2002, S. 244 ff.

Rente bekommt als wenn die Invalidenversicherung kaum spürbare höhere Ausgaben hat. Aber längerfristig werden die Ausgaben der Invalidenversicherung massiv steigen und ihre Akzeptanz in der Bevölkerung sinken, wenn bereits bei einer Wahrscheinlichkeit von 20%, dass jemand Anspruch auf eine Rente hat, eine solche zugesprochen wird.

Letztlich ist die Frage nach dem richtigen Beweismass eine normative Frage, die nicht durch Publikumsbefragungen beantwortet werden kann, selbst wenn die Befragungen repräsentativ wären.⁵⁶ Aber die Frage nach den Fehlerkosten richtet den Blick auf das massgebliche Kriterium: den Konsequenzen der Entscheidung. Diese sind, um das Beweismass zu bestimmen, normativ zu gewichten.⁵⁷ Ich sehe keine Gründe, die normativ dafürsprechen, die fälschliche Abweisung eines Antrags auf eine IV-Rente anders zu gewichten als die fälschliche Gutheissung. Es mag psychologische Gründe wie Verlustaversion, Unterlassungsbias und Status quo-Bias geben, die ein höheres Beweismass als 50% attraktiv erscheinen lassen.⁵⁸ Normativ hingegen sollte das Beweismass im Sozialversicherungsrecht bei der überwiegenden Überzeugung liegen, d.h. wenn die Behörde oder das Gericht der Überzeugung ist, dass der Antragsteller eher rentenberechtigt ist als nicht, sollte sie oder es eine Rente zusprechen.

Das Sozialversicherungsrecht ist in der glücklichen Lage, dass es dieses Beweismass nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts bereits anwendet, wenn man die Formulierung des Bundesgerichts ihrem Wortlaut nach versteht und nicht verzweifelt versucht, darin ein höheres Beweismass als die überwiegende Überzeugung zu erkennen.⁵⁹ Liebe Sozialversicherungsrechtler, lassen sie sich nicht von den Zivilrechtlern in die Irre führen, die im Beweismass der überwiegenden Überzeugung ein Übel sehen, das an die Wurzeln des Rechtsstaats rührt⁶⁰ und die Rechtsmoral der Bevölkerung korrumpiert⁶¹ (sic!) und dabei übersehen, dass (i) die

⁵⁶ Das gilt aber auch für Umfragen, die direkt nach dem Überzeugungsgrad fragen und regelmässig höhere Werte liefern als die Ermittlung aus den Fehlerkosten, z.B. BERGER-STEINER 2008, Rz. 6.13, 6.68 f.

⁵⁷ Ausführlich SCHWEIZER 2015a, S. 482 ff.

⁵⁸ SCHWEIZER 2015c.

⁵⁹ Wie BERGER-STEINER 2008, N 06.117.

⁶⁰ HABSCHIED 1990, S. 118.

⁶¹ WALTER 1979, S. 182

Länder des Common Law-Rechtskreises dieses Beweismass in Zivilsachen schon lange anwenden;⁶² (ii) das Sozialversicherungsrecht in der Schweiz dieses Beweismass seit langem anwendet, und (iii) das im Zivilrecht vertretene strikte Beweismass der „vollen“ Überzeugung dazu führt, dass zahlreiche Anspruchsberechtigte ihre berechtigten Ansprüche nicht durchsetzen können.

Literaturverzeichnis

- BERGER-STEINER ISABELLE, Das Beweismass im Privatrecht, Bern 2008
- BERTI STEPHEN V., Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011
- BIEMANN TORSTEN, Logik und Kritik des Hypothesentestens, in: Albers et al. (Hrsg.), Methodik der empirischen Forschung, Wiesbaden 2009, S. 205-220
- BOURMISTOV-JÜTTNER ELENA, Subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie und rationale Entscheidungstheorie in Anwendung auf die Rechtspraxis, München 1987
- BÜHLER ALFRED, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, Jusletter 21. Juni 2010
- DÖHRING ERICH, Die Erforschung des Sachverhalts im Prozess, Berlin 1964
- EISENFÜHR FRANZ/WEBER, MARTIN/LANGNER, THOMAS, Rationales Entscheiden, 5. Aufl. Berlin u.a. 2010
- GALAVOTTI MARIA CARLA, Philosophical introduction to probability, Stanford 2005
- GEHRING KASPER, Beweislosigkeit als Ergebnis des sozialversicherungsrechtlichen Abklärungsverfahrens, Zürich 2024
- GRÄNS MINNA, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile (Diss. Uppsala 1995), Berlin 2002
- GRENG JAY E./LEE WILLIAM C./O'MALLEY KEVIN F./WICHERN NADINE JEAN, Federal Jury Practice and Instructions: Civil, 7. Aufl. Eagan 2024

⁶² «Preponderance of the evidence» im US-amerikanischen Recht, GRENG et al. 2024, § 104.01, und “balance of probabilities” im englischen Recht, Lord Denning in *Miller v. Minister of Pensions 2 All ER 372* (1947), 373 f.

- HABSCHEID WALTHER, Beweislast und Beweismass, ein kontinentaleuropäisch-angelsächsischer Rechtsvergleich, in: Prütting (Hrsg.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Köln 1990, S. 105-119
- HACKING IAN, An introduction to probability and inductive logic, Cambridge 2001
- HOHL FABIENNE, Le degré de la preuve, in: Schwander/Stoffel (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Freiburg 1991, S. 125-159
- HOHL Fabienne, Procédure civile – introduction et théorie générale, Bern 2001
- KAUFMANN MARTIN, Beweisführung und Beweiswürdigung, Zürich 2009
- KIESER UELI, Der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Sozialversicherungsrecht, in: Riemer-Kafka (Hrsg.), Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, Zürich 2013, S. 71-94
- KOUSSOULIS STELIOS, Beweismassprobleme im Zivilprozessrecht, in: Gottwald/Prütting (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, München 1990, S. 277-288
- LAUDAN LARRY/SAUNDERS HARRY, Re-Thinking the Criminal Standard of Proof, International Commentary on Evidence 2009, S. 1-36
- LAUX HELMUT/GILLENKIRCH ROBERT/SCHENK-MATHES HEIKE, Entscheidungstheorie, 10. Aufl. 2018
- LEISNER ANNA, Die polizeiliche Gefahr zwischen Eintretenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe, Die Öffentliche Verwaltung 2002, S. 326-334
- LEUENBERGER CHRISTOPH, BEWEIS, in: Hangartner (Hrsg.), Das st. gallische Zivilprozessgesetz, St. Gallen 1991, S. 105-152
- LEUENBERGER CHRISTOPH, UFFER-TOBLER, BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010
- PETERSON MARTIN, An introduction to decision theory, Cambridge 2009
- SAVAGE LEONARD J., The foundations of statistics, 2. Aufl. New York 1972
- SCHWEIZER MARK, Beweiswürdigung und Beweismass, Tübingen 2015 (zit. SCHWEIZER 2015a)
- SCHWEIZER MARK, Das Beweismass der Glaubhaftmachung, ZZZ 2014/2015, S. 1-12 (zit. SCHWEIZER 2015b)

- SCHWEIZER MARK, Loss Aversion, Omission Bias and the Civil Standard of Proof, in: Mathis (Hrsg.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Heidelberg u.a. 2015, S. 125-145 (zit. SCHWEIZER 2015c)
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL, GROLIMUND, PASCAL, AMMAN, DARIO, MOSIMANN, OLIVIER, BOPP, LUKAS, *Zivilprozessrecht*, 4. Aufl. Zürich 2024
- SUMMERMATTER DANIEL, *Kausalität*, Bern 2019
- WALTER GERHARD, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen 1979
- WALTER HANS PETER, Beweis und Beweislast im Haftpflichtprozess, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), *Haftpflichtprozess 2009*, S. 47-68