

Soluna Girón

## **Art. 44 E-ATSG – die Chance nutzen!**

### **Gedanken zur laufenden Gesetzesrevision, dem fairen Verfahren und der Akzeptanz in den Sozialversicherungen**

---

Gutachten haben im Sozialversicherungsrecht herausragende Bedeutung. Seit Jahren bestehen aber erhebliche Bedenken betreffend Qualität und Fairness. Das Bundesgericht und nun auch der Gesetzgeber versuch(t)en, Abhilfe zu schaffen. Der Autor greift die bisherigen Lösungsimpulse auf und formuliert Vorschläge für den laufenden Gesetzgebungsprozess zur Gewährleistung von Fairness, Akzeptanz und Glaubwürdigkeit des Sozialversicherungsverfahrens.

---

Beitragsarten: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Sozialversicherungsrecht; Gesundheitsrecht; Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung

Zitiervorschlag: Soluna Girón, Art. 44 E-ATSG – die Chance nutzen!, in: Jusletter 16. September 2019

## Inhaltsübersicht

1. BGE-144-I-170 Versicherungsmedizinische Begutachtung als umstrittenes Dauer-Thema
2. Beweisrechtliche Bedeutung der Begutachtung
  - 2.1. Berichte von Hausärzten und behandelnden Ärzten
  - 2.2. Berichte versicherungsinterner Ärzte
  - 2.3. Externe Verwaltungsgutachten
  - 2.4. Zwischenfazit
3. Qualität und Fairness der Begutachtung
4. Ideen aus der Rechtsprechung
5. Ideen aus der Gesetzgebung
6. Konkrete Vorschläge
  - 6.1. Anforderungen an Gutachter(institute) und allgemeine Qualitätssicherung
    - 6.1.1. Anforderungen an Gutachter(institute)
    - 6.1.2. Allgemeine Qualitätssicherung
  - 6.2. Art der Gutachtensvergabe
    - 6.2.1. Zufallsprinzip
    - 6.2.2. Einigungsverfahren
    - 6.2.3. Fristen
  - 6.3. Art der Gutachtensdurchführung
7. Fazit

### 1. BGE-144-I-170 Versicherungsmedizinische Begutachtung als umstrittenes Dauer-Thema<sup>1</sup>

[1] Die sozialversicherungsrechtlichen Begutachtungen beschäftigen seit Jahren nicht nur die Verfahrensbeteiligten selbst (Betroffene, Versicherungen, Gerichte etc.), sondern auch die Lehre, Politik und die Medien. Im Jusletter sind kürzlich zwei Beiträge hierzu publiziert worden<sup>2</sup> und auch der nationale Gesetzgeber ist im Rahmen des Projekts «Weiterentwicklung der IV»<sup>3</sup> nicht zum ersten Mal mit dem Thema befasst.

[2] Die versicherungsmedizinische Begutachtung steht im Spannungsfeld zwischen enormer Bedeutung im konkreten Einzelfall und erheblichen Fairness- und Qualitätsbedenken sowohl im Einzelfall wie auch im Gesamtsystem. Dieser Kontrast soll einleitend näher beleuchtet werden. Über die Jahre sind aber auch immer wieder Lösungsimpulse von verschiedenen Seiten gegeben worden. Einige davon sollen aus Anlass der laufenden Gesetzesrevision aufgegriffen werden. Aus Sicht des Autors besteht mit dieser Revision eine Chance, die nach wie vor grossen Probleme im Bereich Begutachtung nachhaltig zu lösen.

[3] Durch ein faires Verfahren könnte das Vertrauen in die Sozialversicherungen<sup>4</sup> gestärkt und eine bessere Akzeptanz erreicht werden, was schliesslich die Prozesse verkürzen und sämtliche Beteiligten entlasten würde. Die heutigen Verfahren bewirken dagegen oft das Gegenteil von

---

<sup>1</sup> Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt am 11. Juli 2019 besucht.

<sup>2</sup> RAPHAEL CUPA, Art. 44 E-ATSG – die verpasste Chance, in: Jusletter 20. Mai 2019 (nachfolgend CUPA, Jusletter, Rz.); IRIS HERZOG-ZWITTER, Eine Tour d’Horizon zu Brennpunkten der Versicherungsmedizin, in: Jusletter 27. Mai 2019 (nachfolgend HERZOG-ZWITTER, Jusletter, Rz.).

<sup>3</sup> Geschäftsnummer 17.022.

<sup>4</sup> CUPA, Jusletter, Rz. 25 (Fn. 2).

Akzeptanz und werden auch dem Anspruch auf ein einfaches und schnelles Verfahren schon lange nicht mehr gerecht.<sup>5</sup>

## 2. Beweisrechtliche Bedeutung der Begutachtung

[4] Um die enorme Bedeutung der Begutachtung im Einzelfall erfassen zu können muss kurz auf die Beweismittel im Sozialversicherungsverfahren eingegangen werden. In der Praxis hat sich hier durch die Rechtsprechung – bildlich gesprochen – eine Art Beweiswert-Pyramide<sup>6</sup> entwickelt. IRIS HERZOG-ZWITTER hat diese in ihrem Beitrag übersichtlich dargestellt.<sup>7</sup> An dieser Stelle beschränkt sich der Autor auf die praktisch häufigsten Beweismittel, nämlich die Berichte behandelnder Ärzte, die Einschätzungen versicherungsinterner Mediziner und die verwaltungsexternen Gutachten.

### 2.1. Berichte von Hausärzten und behandelnden Ärzten

[5] Zu Beginn vieler Verfahren und zugleich schon seit langer Zeit eher im unteren Bereich der Pyramide stehen die Berichte von Hausärzten. Hier durfte und sollte der Richter gemäss der berühmten Aussage des Bundesgerichts 1999 anders als bei versicherungsinternen Ärzten der Erfahrungstatsache Rechnung tragen, dass Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen.<sup>8</sup> Gleichzeitig durften nach älterer Rechtsprechung bei der Abschätzung des Beweiswerts im Rahmen einer freien und umfassenden Beweismittelwürdigung allerdings auch die potentiellen Stärken der Berichte behandelnder Ärzte nicht vergessen werden; der Umstand allein, dass eine Einschätzung vom behandelnden Mediziner stammte, bedeutete nicht, dass sie von vornherein unbeachtlich war. Das Gericht konnte also auch auf die speziellen, etwa dank der langjährigen medizinischen Betreuung, nur einem Hausarzt zugänglichen Kenntnisse des Gesundheitszustandes eines Versicherten abstellen.<sup>9</sup>

[6] Entsprechend war die eingangs genannte Aussage – getreu der vorsichtigen Formulierung – nicht so zu verstehen, dass das Gericht den Hausärzten in jedem Fall misstrauen sollte. Eine solche Verneinung jeder Glaubwürdigkeit im Vornherein galt als offensichtlich willkürlich.<sup>10</sup> Ebenso bildete allein die Tatsache, dass ein von der Versicherung mit einem Gutachten beauftragter Spezialarzt auch an der Behandlung des Versicherten mitgewirkt hatte, an sich noch kein Indiz für

---

<sup>5</sup> CUPA, Jusletter, Rz. 22 (Fn. 2). Damit zeigt sich auch, dass Rechte der versicherten Person und das einfache und rasche Verfahren nicht zwingend im Widerspruch stehen, sondern fehlende Fairness am richtigen Ort erst Recht zu massiv streitigeren und langwierigen Verfahren führen kann.

<sup>6</sup> DR. SUSANNE BOLLINGER, Vizepräsidentin des Obergerichts des Kantons Schaffhausen sprach anlässlich ihres Vortrags an der Sozialversicherungsrechtstagung vom 4. Juni 2019 von einer Beweismittel-Hierarchie inkl. graphischer Darstellung einer (umgekehrten) Pyramide; vgl. zur Kritik der Lehre an dieser Hierarchie das Rechtsgutachten zum IV-Abklärungsverfahren von PROF. JÖRG PAUL MÜLLER und DR. JOHANNES REICH S. 16 m.w.H. ([https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/100422\\_Rechtsgutachten\\_IV.pdf](https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/100422_Rechtsgutachten_IV.pdf)).

<sup>7</sup> IRIS HERZOG-ZWITTER, Jusletter, Rz. 23 ff. (Fn. 2).

<sup>8</sup> BGE 125 V 351 E. 3b/cc.

<sup>9</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_468/2009 vom 9. September 2009 E. 3.3.1 mit Hinweis auf das Urteil I 255/96 vom 11. Juni 1997 E. 3a.

<sup>10</sup> Urteil des Bundesgerichts 4P.254/2005 vom 21. Dezember 2005 E. 4.2.

die Unglaubwürdigkeit eines Gutachtens.<sup>11</sup> In langjährigen Dossiers findet man entsprechend manchmal Ende der 90er-Jahre noch Rentenzusprachen gestützt auf Berichte der behandelnden Ärzte.

[7] Diese differenzierten Aussagen finden sich in allen online zugänglichen Bundesgerichtsurteilen seit 2000 allerdings letztmals vor zehn Jahren (und insgesamt nur sechs Mal). Heute präsentiert sich die Situation anhand der Rechtsprechung und des praktischen Eindrucks des Autors einiges weniger differenziert. Die «Hausarzt-Rechtsprechung» wurde sukzessive auf sämtliche Behandler ausgeweitet. Ursprünglich galt sie aber primär für (Fach)ärzte, bei denen eine Person längere Zeit in Behandlung blieb und die dadurch eine dem Hausarzt ähnliche Stellung innehatten.<sup>12</sup> In aktuellen Entscheiden wird dagegen allgemein von allen «behandelnden Ärzten» gesprochen und stark auf die unterschiedliche Natur von Behandlungs- und Begutachtungsauftrag hingewiesen.<sup>13</sup> Diese Erwägung findet sich in den Bundesgerichtsurteilen seit 2000 dutzendfach. Konkrete Feststellungen darüber, ob überhaupt und was für ein Vertrauensverhältnis besteht, ob es sich um einen Zweifelsfall handelt und inwiefern eine Aussage «eher» zu Gunsten des Patienten erfolgt hat der Autor aber noch nie angetroffen. Die «Erfahrungstatsache» wurde im Gegenteil z.B. auch schon gegen den Bericht eines Universitätsspitals, bei welchem die Versicherte gar nicht in Behandlung stand (sondern lediglich zwei Termine zur Einholung einer Zweitmeinung hatte), ins Feld geführt.<sup>14</sup> Die «Erfahrungstatsache» scheint durch den Wegfall der verschiedenen Relativierungen in der ursprünglichen Fassung heute mehr eine unwiderlegbare Fiktion denn eine Richtlinie (was in Bezug auf die eigentlich freie Beweiswürdigung einige Fragen aufwirft). Anschaulich spricht das Bundesgericht heute davon, dass im Streitfall eine direkte Leistungszusprache einzig gestützt auf die Angaben der behandelnden Ärzte kaum je in Frage kommen wird.<sup>15</sup> Aufgrund dieser latenten Unglaubwürdigkeit behandelnder Ärzte sind deren Berichte in der Pyramide im Verlauf nun ziemlich weit unten angekommen.

## 2.2. Berichte versicherungsinterner Ärzte

[8] Versicherungsinterne Mediziner stehen in einem Arbeitsverhältnis zum Versicherungsträger. Die unmittelbare persönliche bzw. wirtschaftliche Abhängigkeit und die latente Gefahr von Interessenkonflikten in medizinischen Beurteilungen ist offensichtlich. Trotzdem liess gemäss dem 1999 ergangenen und auch heute noch oft zitierten Leitentscheid BGE 125 V 351 anders als bei den Hausärzten die Tatsache allein, dass der befragte Arzt in einem Anstellungsverhältnis zum Versicherungsträger steht, nicht schon auf mangelnde Objektivität und auf Befangenheit schliessen. Es bedurfte vielmehr besonderer Umstände, welche das Misstrauen in die Unparteilichkeit der Beurteilung objektiv als begründet erscheinen liessen. Dies war im Sinne der freien Beweiswürdigung an sich korrekt, wenn auch weniger streng als die Haltung zur anderen Seite hin (behandelnde Ärzte). Einschränkend wurde immerhin festgehalten, dass im Hinblick auf die

---

<sup>11</sup> BGE 104 V 209 E. c.

<sup>12</sup> Urteil des Bundesgerichts U 137/04 vom 25. Oktober 2004 E. 4.1.

<sup>13</sup> Beispielsweise das Urteil des Bundesgerichts 8C\_55/2018 vom 30. Mai 2018 E. 6.2.

<sup>14</sup> Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich IV.2017.00417 vom 17. Januar 2018 E. 3.6 f. und 4.3.2.

<sup>15</sup> BGE 135 V 465 E. 4.5.

erhebliche Bedeutung, welche den Arztberichten im Sozialversicherungsrecht zukommt, an die Unparteilichkeit des Gutachters ein strenger Massstab anzulegen ist.<sup>16</sup>

[9] Zehn Jahre später wurde diese Rechtsprechung grundlegend überdacht. Unter Berücksichtigung der latenten Risiken dieser Konstellation und des verfassungs- und menschenrechtlichen Anspruchs auf ein faires Verfahren, namentlich des Grundsatzes der Waffengleichheit, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass immerhin schon bei geringen Zweifeln an der internen Einschätzung ergänzende Abklärungen zu tätigen sind. Andernfalls sei die versicherte Person gegenüber dem Versicherungsträger klar benachteiligt und habe keine vernünftige Chance, ihr Anliegen dem Gericht zu unterbreiten.<sup>17</sup> Diese Rechtsprechung gilt bis heute und wurde auf externe Gutachten, bei denen die versicherte Person keine Mitwirkungsrechte hatte, ausgedehnt.<sup>18</sup> Aus der Perspektive des Gebots, Gleiches gleich zu behandeln ist das sachgerecht. Tendenziell stehen die internen Beurteilungen zwar nach wie vor über denjenigen der Behandler, aber immerhin ist die Distanz innerhalb der Pyramide kleiner geworden.

### 2.3. Externe Verwaltungsgutachten

[10] Die von der Versicherung bei externen Ärzten und Instituten eingeholten Gutachten bilden (zusammen mit den in der Praxis seltenen Gerichtsgutachten) die Spitze der Pyramide. Sie geniessen einen herausragenden Beweiswert, indem ihnen volle Beweiskraft zuzuerkennen ist, solange nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen.<sup>19</sup> Es gilt vor allem der Grundsatz, dass ein Administrativgutachten nicht stets in Frage zu stellen ist, bloss weil es zu anderen Einschätzungen als die behandelnden Ärzte gelangt.<sup>20</sup> Entsprechend hoch ist der Anspruch an die Unabhängigkeit der Gutachter: Sie müssen gleichermassen unabhängig und unparteilich sein wie die Richter selbst.<sup>21</sup> Gleichzeitig hält die Rechtsprechung aber fest, dass weder eine vollständige wirtschaftliche Abhängigkeit noch das Honorarvolumen etc. einen Anschein der Befangenheit begründen könnten – obwohl die Hürden für Ausstandsgründe eigentlich tief anzusetzen wären.<sup>22,23</sup> Diese Rechtsprechung ist nach Auffassung des Autors inkonsistent zur gerade dargestellten Praxis zu internen medizinischen Beurteilungen. In beiden Fällen liegt eine – einmal persönlich-wirtschaftliche und einmal «nur» wirtschaftliche – Abhängigkeit zum Auftraggeber vor.<sup>24</sup> Weshalb bei ähnlicher Ausgangslage die einen Einschätzungen schon

---

<sup>16</sup> BGE 125 V 351 E. 3b/ee.

<sup>17</sup> BGE 135 V 465 E. 4.4 ff.

<sup>18</sup> BGE 139 V 99 E. 2.3.2.

<sup>19</sup> BGE 125 V 351 E. 3b/bb.

<sup>20</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_55/2018 vom 30. Mai 2018 E. 6.2.

<sup>21</sup> BGE 132 V 93 E. 7.1.

<sup>22</sup> Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen (BGE 132 V 93 E. 7.1); eine wirtschaftliche Abhängigkeit begründet aus Sicht des Autors objektiv durchaus die Gefahr der fehlenden Unabhängigkeit in der Begutachtung.

<sup>23</sup> BGE 137 V 210 E. 1.3.3; aus jüngerer Zeit bspw. das Urteil des Bundesgerichts 9C\_504/2018 vom 3. Dezember 2018 E.4.3.

<sup>24</sup> Vgl. bspw. das Urteil 8C\_761/2017 vom 5. Dezember 2017 E. 5.1.2, wonach auch externe Mediziner, welche nur in einem (regelmässigen) Auftragsverhältnis zum Versicherungsträger stehen, aufgrund ihres Verhältnisses zum Versicherungsträger als versicherungsinterne Experten gelten können; vgl. zudem aus dem Bereich des Strafrechts BGE 127 I 73 E. 3f/bb, wonach beim Privatgutachter deshalb vom Anschein einer Befangenheit ausgegangen werden kann, weil er vom Auftraggeber nach dessen Kriterien ausgewählt worden ist, zu diesem in einem Vertrags-

bei geringen Zweifeln Beweiswert verlieren und die anderen Beurteilungen dagegen höchsten Beweiswert geniessen sollen erschliesst sich dem Autor nicht.<sup>25</sup>

[11] Als Denkspiel sei die Frage aufgeworfen, wie viele Personen sich bedenkenlos von einem Richter beurteilen lassen würden, der von einem Verfahrensbeteiligten wirtschaftlich völlig abhängig ist. Oder wie viele Personen im Steuerverfahren gerne ihre finanziellen Verhältnisse zuhanden der Steuerbehörden durch eine private Gesellschaft schätzen lassen würden, die ausschliesslich von Aufträgen der Steuerbehörde lebt. Im Ergebnis kann eine versicherte Person von zwei Medizinern beurteilt werden, welche auf ähnliche Weise in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Versicherungsträger stehen; im einen Fall besteht dafür das Gegengewicht des «geringeren Beweiswerts», im anderen Fall fehlt ein solcher Ausgleich komplett. Nach Ansicht des Autors rechtfertigt sich diese Ungleichbehandlung nur, wenn griffige Korrektive bereitstehen, um die theoretische Unabhängigkeit auch real umzusetzen (vgl. dazu 6.).

[12] In der Praxis entscheiden diese Gutachten weitgehend über den Ausgang des Verfahrens. Sie besitzen zum einen von Rechts wegen einen hohen Beweiswert. Zum anderen hat das Bundesgericht im Leitentscheid BGE 137 V 210 E. 2.5 und 4.2 zutreffend festgehalten, dass Einholung und Würdigung medizinischer Gutachten den Leistungsentscheid prägen, gerade weil sie aufgrund ihrer Fachspezifität faktisch vorentscheidenden Charakter haben und der Rechtsanwender mangels ausreichender Fachkenntnisse nicht immer in der Lage ist, in formal korrekt abgefassten Gutachten objektiv-fachliche Mängel zu erfassen.<sup>26</sup> Zu diesem Ergebnis kam auch die 2011 publizierte Studie «MGS Medizinische Gutachtensituation in der Schweiz: Studie zur Einschätzung der Marktsituation und zur Schaffung von Markttransparenz und Qualitätssicherung» verschiedener Versicherungen und Forschungsinstitute.<sup>27</sup> So können – aus den laufenden Fällen des Autors – wenig Juristen ohne medizinische Hilfe einschätzen,

- wie sich eine «Erosive Osteochondrose L3/L4» auf die Arbeitsfähigkeit auswirken könnte;
- ob eine CT- oder eine MRI-Untersuchung besser geeignet wäre, feine Gewebeverletzungen nachzuweisen;
- ob auffällige Resultate in einem Symptomvalidierungstest Aggravation oder Simulation nahelegen oder umgekehrt Ausdruck einer fehlenden Konfliktbearbeitung nach einem psychischen Trauma sein könnten oder
- ob das Halten eines Haustieres eine psychische Ressource darstellt, welche die Auswirkungen eines ernsthaften psychiatrischen Beschwerdebildes erheblich mindern kann.

---

und Treueverhältnis steht und von ihm bezahlt wird. Das lässt sich auch auf Gutachter der Versicherungsträger übertragen.

<sup>25</sup> Anders wird dies bspw. im österreichischen Recht gesehen: Das ASGG schreibt vor, dass zum Sachverständigen nicht bestellt werden darf, wer zum Beklagten in einem Arbeitsverhältnis steht oder von ihm in Leistungssachen häufig als Sachverständiger beschäftigt wird (§ 87 Abs. 5). Damit soll ein allfälliges subjektives Misstrauen von Versicherten gegen solche Sachverständige verhindert werden (BGE 137 V 210 E. 4.3.2); ähnlich auch die Literatur zum allgemeinen schweizerischen Verwaltungsrecht, vgl. hierzu das Rechtsgutachten MÜLLER/REICH S. 21 (Fn. 6).

<sup>26</sup> So auch DR. SUSANNE BOLLINGER, Vizepräsidentin des Obergerichts des Kantons Schaffhausen und PROF. UELI KIESER anlässlich ihrer Vorträge an der Sozialversicherungsrechtstagung vom 4. Juni 2019; aus jüngerer Zeit siehe das Urteil des Bundesgerichts 8C\_774/2018 vom 30. Januar 2019 E. 2.1.1 m.w.H., wonach eine Begutachtung präjudizierende Wirkung habe und regelmässig einen rechtlichen Nachteil bewirken könne.

<sup>27</sup> S. 104, wonach die meisten inhaltlich mangelhaften Gutachten formal eine hohe Qualität aufwiesen ([https://www.unispital-basel.ch/fileadmin/unispitalbaselch/Bereiche/Medizin/Asim/Forschung/MGS\\_Schlussbericht\\_2011.pdf](https://www.unispital-basel.ch/fileadmin/unispitalbaselch/Bereiche/Medizin/Asim/Forschung/MGS_Schlussbericht_2011.pdf)).

## 2.4. Zwischenfazit

[13] Die Hierarchie der praktisch häufigen Beweismittel ist klar: Externe Gutachter – interne Ärzte – Behandler. Damit entsteht eine erhebliche Beweis-Asymmetrie: Eine versicherte Person hat nur zu den schwächsten Beweismitteln einen selbstständigen Zugang. Die Erstellung von internen und externen Gutachten, also den stärkeren Beweismitteln, ist dagegen in der Hand des Versicherungsträgers und wird von ihm in Auftrag gegeben und abgewickelt. Das ist insoweit unproblematisch, als vor allem die externen Gutachten der gesetzlichen Anforderung an Qualität und Unabhängigkeit standhalten.<sup>28</sup> Im gleichen Masse wird die Situation problematisch, wenn die externen Gutachten dem nicht genügen. Die versicherte Person wird dann in Beweisnot versetzt, denn sie hat mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln oftmals wenig Chancen, sich erfolgreich gegen eine andere medizinische Einschätzung zu wehren. Im Extremfall kann es vorkommen, dass z.B. eine einstündige psychiatrische Begutachtung die Einschätzung eines seit mehreren Jahren behandelnden Psychiaters komplett entwerten kann.<sup>29</sup> Der Autor erfährt in seiner praktischen Tätigkeit häufig einen entsprechenden Verdross bei den behandelnden Ärzten.<sup>30</sup>

## 3. Qualität und Fairness der Begutachtung

[14] Aus der genannten Beweismittelpyramide folgt, dass insbesondere externe Gutachten nicht nur in der Theorie, sondern auch tatsächlich höchsten Ansprüchen an Qualität und Unabhängigkeit genügen müssen. Im Jahr 2017 hat die IV zudem fast 100 Millionen Franken in solche medizinische Gutachten investiert (hinzu kommen noch die Gutachtensausgaben anderer Sozialversicherungen sowie die Kosten interner Beurteilungen).<sup>31</sup> Auch das grosse Volumen der eingesetzten öffentlichen Gelder verlangt eine hohe Qualität der damit finanzierten Gutachten.

[15] Wie oft besteht aber – auch aus Sicht eines Aussenstehenden – ein Unterschied zwischen gesetzlicher Konzeption und der Realität. Es genügt, auf Google die Stichwörter «IV Gutachten» einzugeben, um auf den ersten Seiten unter anderem folgende Schlagzeilen zu lesen:

- Abklärung für IV-Rente – Bund erhöht Hürde für IV-Gutachter (SRF vom 26.11.2017)
- Gutachten für Versicherungen – Gutachter schreibt falsches Arztzeugnis: Rente weg (SRF vom 16.10.2018)
- IV-Gutachter: «Wir sind von allen Seiten unter Druck» (Beobachter vom 15.08.2017)
- Gutachter: Wenn die IV mauert (Beobachter vom 20.06.2017)
- IV-Gutachter macht zweimal den gleichen Fehler (schadenanwaelte vom 06.09.2017)
- Wie ein IV-Bezüger wegen eines Lächelns seine Rente verlor (Tageswoche vom 13.04.2018)

---

<sup>28</sup> Sinngemäss BGE 137 V 210 E. 4.1.

<sup>29</sup> Ein Beispiel ist z.B. im Kassensturz vom 25. Oktober 2016, «Ablehnung durch die IV: Familienvater leidet seit 15 Jahren» (<https://www.srf.ch/sendungen/kassensturz/kassensturz-espresso/ablehnung-durch-die-iv-familienvater-leidet-seit-15-jahren>) zu finden. Dort standen drei gutachterlichen Beurteilungen offenbar die Einschätzungen von mehr als 30 verschiedenen Kliniken etc. gegenüber.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu beispielsweise aktuell auch DORIS BRÜHLMEIER ROSENTHAL/WERNER A. DISLER, Wer «betrügt» hier wen?, in: Schweizerische Ärztezeitung 2019, S. 221–224 (<https://saez.ch/de/article/doi/saez.2019.06851>).

<sup>31</sup> NZZ vom 19. März 2018, «IV-Gutachten kosten fast 100 Millionen pro Jahr», (<https://www.nzz.ch/schweiz/fast-100-millionen-franken-pro-jahr-kosten-fuer-iv-gutachten-explodieren-ld.1366244>); die Gesamtkosten externer Gutachten für Sozial- und Privatversicherungen wurden schon 2011 auf rund Fr. 163.5 Mio. pro Jahr geschätzt (MGS-Studie S. 11, vgl. Fn. 27).

- Nationalratskommission will strengere Regeln für IV Gutachten (Nau vom 16.11.2018)
- IV-Gutachten: Procap fordert mehr Kontrolle (Procap vom 17.07.2014)
- Kritik an IV-Gutachten: Sind die Gutachter abhängig? (Solothurner Zeitung vom 26.06.2016)
- Unregelmässigkeiten beim Erstellen von IV-Gutachten in Genfer Klinik: Bundesgericht heisst Revisionsbegehren von betroffener Frau gut (Medienmitteilung Bundesgericht vom 04.09.2018)
- Millionengeschäft mit IV-Gutachten (Basler Zeitung vom 15.07.2014)

[16] Ein ähnliches Ergebnis entsteht, wenn man auf der Homepage des Parlaments<sup>32</sup> in der Suche das Stichwort «Gutachten» eingibt. Auf den ersten Seiten finden sich folgende Treffer (Art und Datum, Geschäftsnummer):

- IV. Polydisziplinäre Gutachten und Qualitätssicherung (Frage vom 30.05.2018, 18.5276)
- IV-Gutachten. Verfahrensfairness, Transparenz und Ergebnisoffenheit in der Kritik (Interpellation vom 01.12.2015, 15.4093)
- Qualität von ärztlichen Gutachten für die Invalidenversicherung (Interpellation vom 05.10.2006, 06.3518)
- Private Krankenversicherungen. Für medizinische Gutachten ohne Interessenkonflikte (Parlamentarische Initiative vom 07.03.2018, 18.410)
- Gutachten im Bereich der Sozialversicherungen. Mangelnde Transparenz (Interpellation vom 02.03.2011, 11.3036)
- Qualität medizinischer Gutachten im Rahmen der IV (Interpellation vom 14.12.2012, 12.4235)
- Invalidenversicherung. Faire medizinische Gutachten (Interpellation vom 28.09.2011, 11.3869)
- Affäre Corela und gefälschte Gutachten. Was macht der Bundesrat? (Frage vom 18.09.2018, 18.5526)
- Wirtschaftliche Abhängigkeit der Gutachterinstitute (Interpellation vom 14.03.2018, 18.3188)
- Aufhebung, Revision und Neubeurteilung von IV-Renten nach Gutachten. Effizienz und Kosten (Interpellation vom 23.09.2010, 10.3687)
- Corela-Affäre. Was sind die Folgen für betroffene Versicherte? (Interpellation vom 16.03.2018, 18.3333)
- Qualitätssicherung bei Rentenanpassungen infolge von somatoformen Schmerzstörungen (Interpellation vom 30.05.2017, 17.3366)
- Erteilung von Aufträgen an polydisziplinäre Gutachterstellen durch die Invalidenversicherung (Frage vom 13.03.2019, 19.5215)
- Interessenkonflikte von medizinischen Gutachtern vermeiden (Postulat vom 24.09.2014, 14.3816)

---

<sup>32</sup> <http://www.parlament.ch/de>.

[17] Geht man den medial oder gerichtlich an die Oberfläche gelangten Fällen nach, so finden sich über die Jahre Gutachter und ärztliche Leiter von Gutachterstellen,

- die andere Teilgutachten nachträglich eigenmächtig zum Nachteil der versicherten Person abänderten;<sup>33</sup>
- denen vom Gericht beschieden wurde, es sei gerichtsnotorisch, dass sie häufig eine nicht näher begründete Arbeitsunfähigkeit von nur 20% attestieren würden, wobei jeweils im Dunkeln bleibe, weshalb die Einschränkung gerade 20% betragen solle<sup>34</sup> (20% sind in der IV in der Regel nicht rentenbegründend);
- die Personen verwechselten und am Ende ein Mischgutachten aus mehreren Versicherten erstellten, welches von IV-Stelle wie auch Gericht als schlüssig und überzeugend eingeschätzt wurde;<sup>35</sup>
- die Personen verwechselten, daraufhin Namen und deutlich anderslautende Befunde korrigierten, die Gesamtbeurteilung aber nicht anpassten;<sup>36</sup>
- die berichteten, immer wieder Beeinflussungsversuchen der Versicherungen ausgesetzt zu sein;<sup>37</sup>
- denen nach Verweigerung nachträglicher Anpassungen Aufträge entzogen wurden;<sup>38</sup>
- die der Versicherung Empfehlungen abgaben, um in einer nachfolgenden Auseinandersetzung «bessere Karten» zu haben;<sup>39</sup>
- die schwere Erkrankungen in der Begutachtung übersahen (teilweise mit Todesfolgen) und stattdessen von Simulation und unerklärlichen Beschwerden ausgingen;<sup>40</sup>
- die in ihrem Institut eine Vortragsveranstaltung unter dem Titel «Vermeidung ungerechtfertigter Krankentaggeld-, IV- und UV-Leistungen» abhielten, gleichzeitig aufgrund der wenigen verfügbaren öffentlichen Zahlen als äusserst versicherungsfreundlich bekannt<sup>41</sup> und

---

<sup>33</sup> Kassensturz vom 23. Dezember 2014, «Gerichte urteilen: Kassensturz hat korrekt über ABI berichtet» (<https://www.srf.ch/sendungen/kassensturz-espresso/gerichte-urteilen-kassensturz-hat-korrekt-ueber-abi-berichtet>). Beim in Basel ansässigen ABI handelt es sich um das grösste Gutachtensinstitut in der Schweiz, vgl. das SuisseMED@P-Reporting 2018 (<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/iv/grundlagen-gesetze/organisation-iv/medizinische-gutachten-iv.html>).

<sup>34</sup> Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen IV 2008/155 E. 2.7 vom 24. März 2009, ebenfalls zum ABI; ein Praxisbeispiel findet sich im Tages-Anzeiger vom 14. September 2011, «Das ist doch pervers» (<https://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/region/Das-ist-doch-pervers/story/31027349>).

<sup>35</sup> Basler Zeitung vom 17. Juli 2014, «IV verwechselt Patienten und verweigert Rente» (<https://www.bazonline.ch/schweiz/standard/iv-verwechselt-patienten-und-verweigert-rente/story/28822192>).

<sup>36</sup> NZZ vom 20. Februar 2010, «Wenn der Psychiater Patienten verwechselt» ([https://www.nzz.ch/wenn\\_der\\_psychiater\\_patienten\\_verwechselt-1.5032258](https://www.nzz.ch/wenn_der_psychiater_patienten_verwechselt-1.5032258)).

<sup>37</sup> Beobachter vom 20. Juli 2010 und 15. August 2017, «Mit Nachdruck gegen Renten» und «IV-Gutachter: Wir sind von allen Seiten unter Druck» (<https://www.beobachter.ch/geld/ahviv/iv-mit-nachdruck-gegen-renten>; <https://www.beobachter.ch/geld/ahviv/iv-gutachter-wir-sind-von-allen-seiten-unter-druck>).

<sup>38</sup> KURT PFÄNDLER, Begutachtung: Korrekturen dringend notwendig, in: plädoyer 6/2010, S. 20 (nachfolgend PFÄNDLER, plädoyer, S.).

<sup>39</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_531/2014 vom 23. Januar 2015; dabei handelt es sich um dieselbe Gutachterin, welche von 2012 bis 2014 am meisten Gutachtensaufträge der IV-Stelle Zürich erhalten hatte («IV: Einseitige Auswahl der Gutachter», in: plädoyer 6/2015, S. 15) und zu der im dem Autor kürzlich zugegangenen Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich IV.2017.01126 vom 19. März 2019 E. 4.2.3 ausgeführt wird, man könne sich insgesamt des Eindrucks nicht erwehren, dass ihr sowie dem Mitgutachter nicht wesentlich an einer objektiven Beurteilung des Gesundheitszustands der Versicherten gelegen gewesen sei.

<sup>40</sup> PFÄNDLER, plädoyer, S.22 (Fn. 38).

<sup>41</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_106/2017 vom 12. April 2017.

aktuell in ein Strafverfahren wegen falschem ärztlichen Zeugnis verwickelt sind (vgl. so gleich);

- die am vorherigen Arbeitsplatz ein Laborblatt fälschten, um dem medizinischen Vorgesetzten einen positiven HIV-Test unterzujubeln und in der Folge bei einer Versicherung als Gutachter angestellt wurden. Diese Person schrieb dort dann mutmasslich von anderen Gutachtern ab bis man ihr die Kündigung nahelegte, woraufhin sie ein privates Gutachtensinstitut gründete. Dieses brach infolge weiterer Straftaten nach einer Weile zusammen. Zu guter Letzt wurde die Person dann erneut von einer Versicherung als Gutachter angestellt;<sup>42</sup>
- die gleichzeitig Mitglied einer rechtsradikalen Partei waren;<sup>43</sup>
- die ohne Berufsausübungsbewilligung arbeiteten;<sup>44</sup>
- denen vom Gericht beschieden wurde, sie hätten ärztliche und gutachterliche Sorgfaltspflichten verletzt;<sup>45</sup>
- die den Gutachtensentwurf dem zuständigen Versicherungssachbearbeiter zur vorgängigen Durchsicht und Korrektur zustellten und auf Wunsch die attestierte Arbeitsunfähigkeit reduzierten<sup>46</sup> und
- die zu Unrecht Fachtitel führten und bereits wegen Verstössen gegen die ärztliche Ethik verurteilt worden waren.<sup>47</sup>

[18] Letztes Jahr medial aktuell war der Fall einer Versicherten, welche vom internen Regionalen Ärztlichen Dienst (RAD) der IV-Stelle Luzern sowie einem externen Gutachten als voll arbeitsfähig erklärt wurde. Ein im gerichtlichen Beschwerdeverfahren eingeholtes Gerichtsgutachten kam dann zum gegenteiligen Ergebnis und äusserte erhebliche Zweifel an der Qualität des ersten Gutachtens.<sup>48</sup> Breite Beachtung fand 2018 sodann der Fall «Corela», weil in der gleichnamigen Gutachterstelle Gutachten nachträglich eigenmächtig vom medizinischen Leiter abgeändert wurden.<sup>49</sup> Offenbar waren solche Vorkommnisse bereits 2011 publik geworden, damals aber keine Massnahmen ergriffen wurden.<sup>50</sup> Medial bekannt wurde Ende 2018 der Fall eines Gutachtens des Instituts PMEDA, in welchem unter anderem mehrere Tests und Aussagen des Versicherten dokumentiert waren. Die (heimliche) Tonaufnahme zeigte dann, dass diese Tests gar nicht durchgeführt und die Aussagen falsch wiedergegeben wurden. Ein anderer Gutachter, Chefarzt in einem Berner Spital, bezeichnete das Gutachten in praktisch allen Qualitätskriterien als un-

---

<sup>42</sup> Beobachter vom 29. Juni 2012, «Die Gesundheitschreiber» (<https://www.beobachter.ch/geld/ahviv/gutachter-die-gesundschreiber>).

<sup>43</sup> Beobachter vom 30. September 2008, «Man nimmt die Ärzte, die kommen» (<https://www.beobachter.ch/geld/ahviv/invalidenversicherung-man-nimmt-die-arzte-die-kommen>).

<sup>44</sup> Vgl. Fn. 42; Tages-Anzeiger vom 19. Mai 2011, «Berner Gutachter macht gute Geschäfte mit leichtgläubiger IV» (<https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Berner-Gutachter-macht-gute-Geschaefte-mit-leichtglaebiger-IV-/story/11886843>).

<sup>45</sup> Vgl. Fn. 42.

<sup>46</sup> Vgl. Fn. 42.

<sup>47</sup> Beobachter vom 23. Oktober 2012, «Den medizinischen Gutachtern hilflos ausgeliefert» (<https://www.beobachter.ch/geld/ahviv/iv-renten-den-medizinischen-gutachtern-ausgeliefert>).

<sup>48</sup> Luzerner Zeitung vom 8. Juli 2018, «IV Luzern fällt mit jedem zweiten Entscheid vor dem Kantonsgericht durch» (<https://www.luzernerzeitung.ch/zentralschweiz/luzern/luzernerin-kampft-sechs-jahre-um-iv-rente-ld.1035435>).

<sup>49</sup> Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 4. September 2018 zum Urteil 9F\_5/2018 ([https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/9F\\_5\\_2018\\_2018\\_09\\_04\\_T\\_d\\_15\\_09\\_26.pdf](https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/9F_5_2018_2018_09_04_T_d_15_09_26.pdf)). Der Fall erinnert an die ähnlichen Vorgänge beim ABI, vgl. Fn. 33.

<sup>50</sup> Infosperber vom 17. April 2018, «Privatklinik verliert Zulassung wegen Gefälligkeitsgutachten» (<https://www.infosperber.ch/Gesundheit/Privatklinik-verliert-Zulassung-wegen-Gefälligkeitsgutachten>).

genügend. Die Gerichte dagegen beurteilten das Gutachten – in Unkenntnis der Tonaufnahme – als beweiskräftig.<sup>51</sup> Ebenso aktuell ist auch das Schicksal eines RAD-Arzttes der IV-Stelle Aargau. Dieser wurde intern unter Druck gesetzt, eine medizinische Einschätzung nachträglich abzuändern. Als er sich weigerte, diese in den Worten des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau «ungesetzliche Handlung» vorzunehmen, wurde er systematisch ausgegrenzt und ihm schliesslich mit vorgeschobenen Gründen gekündigt. Das Verwaltungsgericht hat diese Kündigung im April 2019 mit deutlichen Worten als widerrechtlich und das Vorgehen der IV-Stelle Aargau als ausgeprägt strafwürdig befunden.<sup>52</sup>

[19] Diese Beispiele stehen stellvertretend für zahlreiche nie medial publik gewordene Kritik an Gutachten im jeweiligen Einzelfall. Sie veranschaulichen wie Theorie (vor allem die gesetzlich angelegte Objektivität und Neutralität der Versicherungsträger<sup>53</sup> und die Rechtsprechung, wonach auch ein wirtschaftlich abhängiger Gutachter neutral sei<sup>54</sup>) und Realität auseinanderfallen können. Tatsächlich bestehen seit Jahren erhebliche Zweifel rund um Fairness und Qualität der (externen) Begutachtungen.<sup>55</sup> Diese Diskrepanz ist nicht neu und findet sich auch in anderen Rechtsgebieten, z.B. im Strafrecht. Dort gilt von Gesetzes wegen die Neutralität und Ergebnisoffenheit der Polizei und Staatsanwaltschaften.<sup>56</sup> Das Institut der notwendigen Strafverteidigung<sup>57</sup> wie auch der Verteidigung an sich (und vielleicht auch aller Rechtsmittel) wäre demnach systemwidrig und völlig überflüssig. Dass es trotzdem in der StPO vorgesehen ist zeugt davon, dass sich der Gesetzgeber doch nicht unkritisch nur auf die Theorie verlassen wollte. Eine ähnliche Diskrepanz gibt es im migrationsrechtlichen Beschwerdeverfahren. Wiederum gelten die Behörden von Gesetzes wegen als neutrale und objektive Akteure. Für ihre Entscheide stützen sie sich regelmässig auf Länderbeurteilungen ihrer Experten (Gutachten). Das Bundesverwaltungsgericht als gerichtliche Beschwerdeinstanz beschäftigt dagegen eigene Länderexperten, weil es im Beschwerdeverfahren zur Sachverhaltsermittlung nicht einfach auf die Expertisen einer Verfahrenspartei abstellen dürfe und unabhängige Informationen benötige.<sup>58</sup> Auch in dieser, dem Sozialversicherungsverfahren sehr ähnlichen Konstellation wird deutlich, dass trotz der abstrakten gesetzlichen Konzeption konkrete Korrekturen als nötig erachtet wurden. Dasselbe muss nach Auffassung des Autors auch im Sozialversicherungsverfahren gelten.

[20] Konkrete Korrekturen wurden über die Jahre natürlich auch im Sozialversicherungsbereich von verschiedenen Seiten vorgeschlagen und diskutiert. Die andauernde Kritik und die immer

---

<sup>51</sup> Kassensturz vom 16. Oktober 2018, «Gutachter schreibt falsches Arztzeugnis: Rente weg» (<https://www.srf.ch/news/schweiz/gutachten-fuer-versicherungen-gutachter-schreibt-falsches-arztzeugnis-rente-weg>).

<sup>52</sup> Aargauer Zeitung vom 23. April 2019, «Arzt der Aargauer IV-Stelle wehrt sich gegen Kündigung – Gericht gibt ihm Recht» (<https://www.aargauerzeitung.ch/aargau/kanton-aargau/arzt-der-aargauer-iv-stelle-wehrt-sich-gegen-kuendung-gericht-gibt-ihm-recht-134376364>).

<sup>53</sup> BGE 137 V 210 E. 2.2.2 und CUPA, Jusletter, Rz. 17 ff. (Fn. 2); vgl. auch den Artikel in Fn. 42, wo dieser Punkt von STEFAN RITLER, Leiter IV beim BSV aufgegriffen wird. Gleichzeitig räumt er ein, es sei schwieriger geworden, eine Rente zu erhalten, doch es sei die Politik gewesen, die beschlossen habe, die Eingliederung statt die Rente zur Priorität zu erklären und die IV würde diesen (Spar-)Auftrag nun umsetzen.

<sup>54</sup> Vgl. Fn. 23.

<sup>55</sup> Siehe hierzu beispielhaft auch Der Bund vom 11. September 2014, «Warum Psychiater zu völlig konträren Ergebnissen kommen» (<https://www.derbund.ch/schweiz/standard/warum-psychiater-zu-voellig-kontraeren-ergebnissen-kommen/story/23093825>) mit Hinweis auf eine Studie 2011, welche einen Viertel aller untersuchten Gutachten als mangelhaft einstuft.

<sup>56</sup> Explizit Art. 6 Abs. 2 StPO.

<sup>57</sup> Art. 130 StPO.

<sup>58</sup> «Neuer Juristenberuf im Asylverfahren», in: plädoyer 4/2018, S. 39; ein Anwendungsbeispiel ist das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3555/2013 vom 26. März 2014 E. 4.4.3.2.

neuen Fälle zweifelhafter Machenschaften zeigen jedoch, dass bis heute keine nachhaltige Lösung gefunden und umgesetzt werden konnte, die ein faires Verfahren garantiert und das Vertrauen in die medizinischen Abklärungen wieder hergestellt hätte.

#### 4. Ideen aus der Rechtsprechung

[21] Neben BGE 135 V 465 zu den versicherungsinternen Abklärungen sind zweifellos der sogenannte «MEDAS-Entscheid» BGE 137 V 210 und seine Folgeurteile die wichtigsten Lösungsimpulse von Seiten der Rechtsprechung. In diesem Grundsatzentscheid befasste sich das Bundesgericht ausführlich mit dem Rechtsgutachten von PROF. JÖRG PAUL MÜLLER und DR. JOHANNES REICH<sup>59</sup>, welches im damaligen Abklärungsverfahren grundlegende Mängel und Verstösse gegen das Recht auf ein faires Verfahren feststellte. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass

- im Verfahren um Sozialversicherungsleistungen ein relativ hohes Mass an Ungleichheit der Beteiligten (zu Gunsten der Verwaltung) bestehe, indem einer versicherten Person mit oftmals nur geringen finanziellen Mitteln eine spezialisierte Fachverwaltung mit erheblichen Ressourcen, besonders ausgebildeten Sachbearbeitern und juristischen und medizinischen Fachpersonen gegenüberstehe (E. 2.1.2.2);
- trotz der gesetzlich vorgesehenen Neutralität und Objektivität der Versicherungsträger und Gutachter in der Realität das Risiko nicht auszuschliessen sei, dass Gutachtern Aufträge vorenthalten werden könnten, weil sie angeblich häufiger als andere Arbeitsunfähigkeiten attestieren, die zu Leistungsansprüchen führen (E. 2.4 f.);
- die Gutachterstellen aufgrund einer Umfrage des Bundesgerichts tatsächlich wirtschaftlich von der IV abhängig seien (E. 2.4.1);
- systemimmanent die Gefahr eines Fehlanreizes in qualitativer Hinsicht bestehe, weil eine möglichst einfache Erledigung Kapazitäten für weitere (pauschal entschädigte) Begutachtungen schaffe (E. 2.4.2);
- die Gutachterstellen, obwohl sie eine öffentliche Aufgabe erfüllen, teilweise gewinnorientierte Privatunternehmen seien und die Gewinnorientierung in Verbindung mit einer allfälligen Erwartung der Auftraggeberin eine Aufgabenerfüllung begünstigen könne, die nicht mehr ausschliesslich dem gesetzlichen Auftrag verpflichtet wäre (E. 2.4.3);
- aufgrund der dargestellten systemischen Einfallstore für Gefährdungen der Unabhängigkeit ein ernstzunehmendes Risiko und damit eine objektiv begründete Befürchtung bestehe, die Gutachterstellen könnten sich, jedenfalls in gutachtlichen Zweifels- und Ermessensbereichen, nicht allein von fachlichen Gesichtspunkten, sondern eben auch von den (vermeintlichen) Erwartungen der Auftraggeberschaft leiten lassen (E. 2.4.4);
- es aufgrund der getätigten Abklärungen des Gerichts entscheidend sein könne, welcher MEDAS eine versicherte Person zur interdisziplinären Abklärung zugewiesen werde (E. 3.4.2.5) und
- dass die bereits mehrfach angesprochene problematische Kombination von bestätigter wirtschaftlicher Abhängigkeit der Gutachterstellen und (wegen fehlender eigener Fachkenntnis) herabgesetzter Kontrollkapazität der rechtsanwendenden Behörden in Verbindung mit

---

<sup>59</sup> Vgl. Fn. 6.

einer strukturell angelegten Ungleichverteilung der Einwirkungsmöglichkeiten die Fairness des Verfahrens gefährde (E. 4.2).

[22] In der Folge postulierte das Bundesgerichts u.a. folgende Massnahmen, um den festgestellten Risiken zu begegnen:

- Formulierung von medizinischen Leitlinien für die Begutachtung (E. 2.5)
- Zulassungskriterien für die Gutachterstellen (E. 2.5).
- Zuteilung der polydisziplinären Gutachtensaufträge nach dem Zufallsprinzip; dies soll die Unabhängigkeit sichern (E. 3.1.1)
- Einigung über Gutachter bei mono- und bidisziplinären Gutachten gemäss italienischem und französischem Vorbild; dies soll die Akzeptanz der Gutachten und die aussergerichtliche Fallerledigung fördern (E. 3.1.3)
- Differenzierte Abgeltung der Gutachter nach Aufwand (E. 3.2)
- Etablierung von Mindeststandards und fachlichen Leitlinien für die Begutachtung (E. 3.3)
- Verstärkte Mitwirkungsrechte bei der Begutachtung (E. 3.4 ff.)

[23] Schon bald ein Jahrzehnt nach dieser Entscheidung ist die Bilanz nach wie vor durchgezogen:<sup>60</sup>

- Die geforderten und als verbindlich angedachten<sup>61</sup> medizinischen Leitlinien wurden bspw. für den Bereich Psychiatrie erstellt (Qualitätsleitlinien für versicherungspsychiatrische Gutachten der Schweizerischen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie<sup>62</sup>). Das Bundesgericht hat diese zunächst als anerkannten Standard für eine sachgerechte und rechtsgleiche Begutachtung bezeichnet, die auch dem Rechtsanwender bei der Beurteilung der Gutachtensqualität nützlich sein sollen. Abweichungen solle es nur im begründeten Einzelfall geben.<sup>63</sup> In der Praxis werden die Leitlinien von gewissen Gutachtern aber nicht beachtet. In jüngeren diesbezüglichen Entscheidungen hat das Bundesgericht zwar mit Hinweis auf, aber entgegen den vorstehenden Ausführungen erwogen, dass die Rechtsprechung keine Begutachtung nach diesen Leitlinien vorschreibe. Ihre Nichtbeachtung schmälere die Beweiskraft eines Gutachtens nicht.<sup>64</sup> Die Leitlinien sind damit praktisch entwertet und vom «anerkannten Standard» zu einem freiwilligen Hilfsmittel degradiert worden. Entsprechend werden die Leitlinien nur wenig berücksichtigt, was von renommierten Psychiatern zu Recht kritisiert wird.<sup>65</sup>
- Zulassungskriterien für Gutachter(stellen) sind dem Autor nur im Bereich von Instituten für polydisziplinäre Gutachten bekannt. Diese ergeben sich indirekt aus der Musterverein-

---

<sup>60</sup> Zum Stand 2015 bereits ausführlich CHRISTIAN HAAG, Durchgezogene Bilanz viereinhalb Jahre nach dem MEDAS-Urteil, in: Jusletter 12. Oktober 2015 (nachfolgend HAAG, Jusletter, Rz.).

<sup>61</sup> BGE 137 V 210 E. 3.3.4.

<sup>62</sup> Abrufbar auf <https://www.psychiatrie.ch/sgpp/fachleute-und-kommissionen/leitlinien>; s. dazu auch NIKLAUS EGLOFF/RAINER SCHAEFERT/PIERRE LOEB/BEAT STEIGER/ROLAND VON KAENEL, Begutachtungsleitlinien Psychosomatische Medizin, in: Schweizerische Ärztezeitung 2018, S. 425–428 (<https://saez.ch/article/doi/bms.2018.06502>).

<sup>63</sup> BGE 140 V 260 E. 3.2.2.

<sup>64</sup> Bspw. Urteil des Bundesgerichts 8C\_466/2017 vom 9. November 2017 E. 5.1.

<sup>65</sup> Vgl. den Artikel in Fn. 55.

barung des Bundesamtes für Sozialversicherungen mit den Gutachterstellen.<sup>66</sup> Inhaltlich handelt es sich um primär programmatische Erklärungen, wonach die Gutachterstelle «garantiert», dass ihre Gutachter unabhängig seien, sich regelmässig fortbilden würden etc. (Anhang 1 der Vereinbarung). Was das konkret bedeutet und wer diese «Garantien» wie überprüft ergibt sich dagegen nicht aus der Vereinbarung. Zumindest der vorgesehene Jahresbericht an das BSV beschränkt sich nämlich auf organisatorische Angaben (Rechtsform, Organigramm etc., Anhang 1). Das Beispiel der vorgenannten Leitlinien illustriert diese Unklarheit gut: In der Vereinbarung wird deren Beachtung «garantiert», in der Praxis werden sie teilweise ignoriert, was aber offenbar weder die konkreten Versicherungsträger noch das BSV veranlasst hat, korrigierend einzugreifen.

- Das Zufallsprinzip bei polydisziplinären Gutachten ist auf Verordnungsebene umgesetzt worden (Art. 72<sup>bis</sup> Abs. 2 IVV, Zuweisung über die Internetplattform SuisseMED@P), löst aber nach wie vor nicht sämtliche oben genannte Probleme. So gibt es verschiedene Gutachter, die gleichzeitig in verschiedenen Instituten tätig sind, was die Verteilung unterläuft und eine grössere Auswahl suggeriert als tatsächlich vorhanden ist.<sup>67</sup> Wesentlich schwerwiegender ist aber der Umstand, dass die an das MED@P angeschlossenen Institute neben Zufallszuweisungen auch Direktaufträge für Gutachten entgegennehmen dürfen. Dies betrifft mono- und bidisziplinäre Gutachten für die IV-Stellen, alle Gutachtensarten für andere Sozialversicherungen (z.B. Unfallversicherungen) sowie sämtliche Gutachtensarten für Privatversicherungen (v.a. Haftpflicht- und Krankentaggeldversicherungen). Die Sozialversicherungen haben unter sich von Gesetzes wegen umfassende Einsichtsrechte, während die Privatversicherungen regelmässig auf Basis von Ermächtigungen oder im Regress Einsicht in Sozialversicherungsakten nehmen. Auf diese Weise erlangen sämtliche möglichen Auftraggeber laufend Kenntnis über die Arbeitsweise und Ergebnisse der einzelnen Gutachter(stellen). Das BSV erhebt von den MED@P-Instituten jährlich die Anzahl Gutachten pro Kategorie und Zuweiser.<sup>68</sup> Aus der aktuellsten Statistik für das Jahr 2018 ist ersichtlich, dass bei vielen Instituten neben den polydisziplinären IV-Gutachten die direkt erteilten Aufträge einen beträchtlichen Anteil des gesamten Auftragsvolumens ausmachen.<sup>69</sup> Damit besteht die vom Bundesgericht als problematisch eingeschätzte Situation faktisch weiter: Obwohl im polydisziplinären IV-Bereich aufgrund der Zufallszuweisung kein Anreiz mehr besteht, besonders «versicherungsfreundlich» zu begutachten, ist doch denkbar, dass im Hinblick auf Direktaufträge auch bei Zufallsaufträgen ein «guter Ruf» als Gutachter bei potentiellen Auftraggebern angestrebt und entsprechend begutachtet wird.<sup>70</sup> Dasselbe gilt für diverse Gutachter, welche sowohl in MED@P-Instituten als auch in anderen Gutachterstellen, die ausschliesslich Direktaufträge erhalten, tätig sind.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> Abrufbar auf <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/iv/grundlagen-gesetze/organisation-iv/medizinische-gutachten-iv.html>.

<sup>67</sup> Bspw. ist das Personal gemäss Homepage bei den beiden Instituten ABI in Basel und ZIMB in Schwyz zu ca. 50% identisch (<https://abi-bs.ch/team> und <http://www.zimb.ch/aerzte>).

<sup>68</sup> SuisseMED@P Reporting, aktuellstes Reporting derzeit 2018, vgl. Fn. 33.

<sup>69</sup> Teilweise sogar die Mehrheit des Auftragsvolumens, bspw. zwischen 50–75% bei der SMAB AG in Bern/St. Gallen, der PMEDA AG sowie der Neurologie Toggenburg AG (2018).

<sup>70</sup> Ebenso HAAG, Jusletter, Rz. 24 ff. (Fn. 60).

<sup>71</sup> So bspw. das nicht-MED@P-Institut IB Bern, welches regelmässig von gewissen Versicherungen beauftragt wird und zu einem erheblichen Teil aus Gutachtern der MED@P-Stellen ABI, SMAB, ZMB und medaffairs zusammengesetzt ist.

- Das Einigungsverfahren bei mono- und bidisziplinären Gutachten wird kantonal sehr unterschiedlich gehandhabt.<sup>72</sup> Das Bundesgericht selbst hat sich nicht dazu geäußert, wie ein Einigungsverfahren konkret auszusehen hätte. Unklar ist sodann der Anwendungsbereich.<sup>73</sup> In BGE 137 V 210 E. 3.1.3 wurde der Einigungsversuch noch allgemein postuliert, um die Gutachtensakzeptanz zu erhöhen. In BGE 138 V 271 E. 3.4 wurde er (ohne Auseinandersetzung mit BGE 137 V 210) als blosse «Obliegenheit» bezeichnet. Gleichzeitig wurde es als fraglich erachtet, dass trotz fehlender materieller oder formeller Einwendungen ein Einigungsversuch unterblieb (E. 2.2 und 3.4). In BGE 139 V 349 wurde der Einigungsversuch (ohne Auseinandersetzung mit den beiden Vorentscheiden) auf «zulässige Einwendungen» begrenzt (E. 5.2.2.3), ohne diese genau zu definieren. Gleichzeitig hielt das Bundesgericht fest, dass mangels Zufallsvergabe die Beachtung der Verfahrensgarantien bei mono- und bidisziplinären Expertisen, welche nicht als Vehikel zur Umgehung des zufallsbasierten MEDAS-Zuweisungssystems missbraucht werden dürften, umso wichtiger sei (E. 5.4). Im Urteil 8C\_227/2013 vom 22. August 2013 wurde mit Hinweis auf BGE 139 V 349 erwogen, dass unzureichende Bemühungen um eine Einigung vor der kantonalen Beschwerdeinstanz gerügt werden können (was gegen eine blosse Obliegenheit spricht). Im Urteil 9C\_401/2015 vom 30. Juni 2015 E. 3 hat das Bundesgericht sogar ausgeführt, die IV-Stelle könne zu einem Einigungsversuch verpflichtet werden, soweit zulässige oder stichhaltige Einwände vorgebracht würden (ohne Definition des neuen Begriffs der «stichhaltigen Einwände»). In BGE 142 V 551 E. 7.3.2.3 hat das Bundesgericht nun das Einigungsverfahren als zur Zufallsvergabe gleichwertige Massnahme zur Sicherung eines fairen Verfahrens erklärt. Da die Zufallsvergabe bei polydisziplinären Gutachten unabhängig von Einwendungen etc. stets und zwingend zur Anwendung kommt (um die generellen, aus den Rahmenbedingungen des Gutachterwesens fließenden Abhängigkeits- und Befangenheitsbefürchtungen zu neutralisieren<sup>74</sup>) und unabhängig davon in einem weiteren Schritt zusätzlich Einwendungen im konkreten Einzelfall geltend gemacht werden können muss diese Modalität somit auch für das Einigungsverfahren bei mono- oder bidisziplinären Gutachten gelten (zunächst obligatorischer Einigungsversuch zur Beseitigung genereller Abhängigkeitsbefürchtungen in allen Fällen und sodann Prüfung von Einwendungen im konkreten Einzelfall<sup>75</sup>). Die Rechtsfolgen eines verweigeren Einigungsversuchs sind daher nach Auffassung des Autors dieselben wie diejenigen einer verweigeren Zufallszuweisung, nämlich die Aufhebung der Zwischenverfügung und Rückweisung der Angelegenheit an den Versicherungsträger zur Durchführung eines korrekten Vergabeverfahrens.

<sup>72</sup> Bspw. Prüfung, ob die von der versicherten Person vorgeschlagenen Gutachter die Anforderungen des Versicherungsträgers erfüllen, Ablehnung nur mit entsprechender Begründung (Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Basel-Landschaft 725 14 201 / 264 vom 31. Oktober 2014 E. 2.2 f. m.w.H.); Öffentliche Gutachterliste, aus welcher Vorschläge gemacht werden können, welche praxisgemäss berücksichtigt werden (IV-Stelle Zürich, [https://www.svazurich.ch/dam/doku/Externe\\_Gutachterinnen\\_Gutachter.pdf](https://www.svazurich.ch/dam/doku/Externe_Gutachterinnen_Gutachter.pdf)); generelle Verweigerung einer Einigung (IV-Stelle Zug, vgl. Luzerner Zeitung vom 9. Juni 2019, «Zuger IV-Stelle wird Intransparenz vorgeworfen» [[https://www.schadenanwaelte.ch/wp-content/uploads/2019/06/Zuger-IV-Stelle-wird-Intransparenz-vorgeworfen\\_-\\_Luzerner-Zeitung.searchable.pdf](https://www.schadenanwaelte.ch/wp-content/uploads/2019/06/Zuger-IV-Stelle-wird-Intransparenz-vorgeworfen_-_Luzerner-Zeitung.searchable.pdf)]); Einigung als bloss wünschbares Vorgehen, keine Konsequenzen bei fehlendem Versuch (Urteil des Obergerichts des Kantons Appenzell Ausserrhoden O3V 14 15 vom 18. Februar 2015 E. 2.2); s. auch «IV: Einseitige Auswahl der Gutachter», in: plädoyer 6/2015, S. 14.

<sup>73</sup> Ausführlich dazu MASSIMO ALIOTTA, Begutachtungen im Bundessozialversicherungsrecht, Diss. Zürich 2017 S. 333 ff. (nachfolgend ALIOTTA, Begutachtungen, S.).

<sup>74</sup> BGE 139 V 349 E. 5.2.2.1 m.H. auf BGE 137 V 210.

<sup>75</sup> Etwa wenn sich die Beteiligten auf ein Gutachtensinstitut geeinigt haben, ein Gutachter dann aber kurzfristig ausgewechselt wird.

- Die differenzierte Abgeltung der Gutachten nach abgestuften Pauschalen ist umgesetzt worden.<sup>76</sup> Damit ist der grösste wirtschaftliche Fehlanreiz, möglichst viele einheitlich entschädigte Gutachten mit möglichst kleinem Aufwand zu erstellen, beseitigt. Gänzlich aus der Welt geschafft ist die Problematik nach Eindruck des Autors indessen nicht. Eindrückliches Beispiel dafür ist der oben genannte Fall eines PMEDA-Gutachtens (vgl. Fn. 51): Es ist deutlich weniger aufwendig und umgekehrt lukrativer, ein (psychiatrisches) Gutachtensgespräch kurz und oberflächlich zu führen (z.B. zwischen 30 und 60 Minuten) und dieses entsprechend «vereinfacht» zu verschriftlichen (z.B. «Versicherter schläft aktuell meist durch») als ein mehrstündiges, vertieftes Gespräch zu führen und dessen Inhalt detailliert und differenziert wiederzugeben. Mangels Aufzeichnung der Begutachtung lassen sich solche Sachverhalte, die dem Autor in der Praxis immer wieder zugetragen werden, aber kaum beweisen.<sup>77</sup> Wenn die Gerichte dann solche Gutachten – mangels eigener Überprüfungsmöglichkeit – als beweiskräftig einschätzen und das Bundesgericht generell ausführt, Dauer und Art der Untersuchung liege im Ermessen des Gutachters<sup>78</sup> haben so arbeitende Gutachter wenig zu befürchten. Ungelöst bleibt im Abgeltungsbereich auch die von Gutachtern immer noch geäusserte Kritik, für die Begutachtung stünden allgemein zu wenig Mittel bereit, weil man Geld und Zeit sparen wolle und so unsorgfältige und oberflächliche Begutachtungen begünstige.<sup>79</sup>
- Die verstärkten Mitwirkungsrechte bei der Begutachtung wurden vom Bundesgericht in BGE 137 V 210 in Form einer Änderung der bisherigen Rechtsprechung direkt umgesetzt. Da es aufgrund der vom Bundesgericht erhobenen Daten entscheidend sein könne, welcher Gutachterstelle eine Person zur Abklärung zugewiesen werde und das Gutachten faktisch vorentscheidend sei (E. 3.4.2.4 f.), sei mehr als bisher die einvernehmliche Begutachtung in den Vordergrund zu stellen (E. 3.4.2.6 mit Hinweis auf die entsprechende gesetzliche Regelung in der Militärversicherung). Es liege an den Beteiligten, durch konsensuale Gutachterausswahl eine bessere Akzeptanz des Ergebnisses zu sichern und vermeidbare Verfahrensweiterung abzuwenden. Bei fehlender Einigung stehe der Beschwerdeweg offen (E. 3.4.2.6). Der Gehalt dieser Einigung und damit die Möglichkeit gerichtlichen Rechtsschutzes sind aber wie vorstehend dargestellt auch heute nicht restlos klar. Klar ist immerhin, dass sich die versicherte Person nun vorgängig zu den Fragen an die Gutachter äussern und Ergänzungsfragen stellen kann (E. 3.4.2.9). Ebenso wurde festgehalten, dass die Mitwirkungsrechte vor der Begutachtung bestehen und nicht erst nachträglich gewährt werden dürfen (BGE 138 V 271 E. 1.2.2). Zuletzt sind auch die Beschwerdemöglichkeiten in Fällen materieller Einwendungen geklärt worden (BGE 138 V 271 E. 1.1, so bspw. bei einer unzulässigen Zweitbegutachtung nach einem beweiskräftigen, aber für den Versicherungsträger ungewünschten Gutachten).

---

<sup>76</sup> Vgl. den Anhang 2 der Mustervereinbarung des BSV mit den Gutachterstellen, zu finden bei Fn. 66.

<sup>77</sup> Ähnlich HAAG, Jusletter, Rz. 34 (Fn. 60); vgl. für ein weiteres Beispiel Beobachter vom 26. April 2019, «Sie machten mich zum Scheininvaliden» (<https://www.beobachter.ch/geld/ahviv/iv-rentner-sie-machten-mich-zum-scheininvaliden>).

<sup>78</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_466/2017 vom 9. November 2017 E. 5.1.

<sup>79</sup> Vgl. die Artikel in Fn. 37 und 55. Tatsächlich kosten privat oder vom Gericht in Auftrag gegebene Gutachten oft einiges mehr als die Sozialversicherungsgutachten, umfassen dafür aber längere und/oder mehrere Untersuchungen (so wird bspw. ein polydisziplinäres IV-Gutachten eines Internisten mit drei Spezialisten zu gut Fr. 10'000.- vergütet, während allein ein monodisziplinäres psychiatrisches Privatgutachten Fr. 5'000.- kosten kann); vgl. auch PFÄNDLER, plädoyer, S. 22 (Fn. 38).

- Die allgemeine Qualitätssicherung durch eine verstärkte Kontrolle des Gutachterwesens ist vom Bundesgericht im MEDAS-Entscheid an sich vorgezeichnet worden. Das Gericht hat in jenem Verfahren selbst umfassend Informationen von den Gutachterstellen eingeholt (zu Organisation, interner Qualitätskontrolle, attestierter Arbeitsunfähigkeit etc.).<sup>80</sup> Dabei kamen namentlich bei den attestierten Arbeitsunfähigkeiten grosse Unterschiede zu Tage.<sup>81</sup> Ob die Unterschiede statistisch signifikant sind und ob und welche Schlüsse in Bezug auf die vorgeworfene Parteilichkeit gewisser Institute aus diesen Daten gezogen werden können<sup>82</sup> wurde in der Folge aber nie weiter abgeklärt. Stattdessen hat das BSV die Daten 2014 nur auf freiwilliger Basis erhoben und ab 2015 «mangels Aussagekraft» auf die Erhebung dieser Zahlen verzichtet.<sup>83</sup> Soweit dem Autor bekannt wurde eine wissenschaftliche Auswertung nie ernsthaft geprüft, obwohl sie eine einmalige Gelegenheit dargestellt hätte, die seit Jahren bekannten Vorwürfe und Bedenken einmal anhand fundierter Zahlen überprüfen und allenfalls entkräften oder bestätigen zu können. Immerhin hat das Bundesgericht letztes Jahr im Urteil BGE 144 I 170 E. 7.6 auf Beschwerde einer versicherten Person hin festgehalten, dass diese entgegen der Auffassung der IV-Stelle ein schutzwürdiges Interesse hat, zu wissen, welche Arbeitsunfähigkeiten ein Gutachter attestiert hat. Entsprechend bestehe ein Einsichtsrecht bei der einzelnen IV-Stelle in Bezug auf die vorhandenen Gutachtensergebnisse eines Experten. Mit Blick auf mögliche weitere Einsichtsgesuche könne es sich aus Gründen der Zweckmässigkeit für die IV-Stellen sogar rechtfertigen, eine diesbezügliche Statistik zu führen (E. 8.7). Dem ist nach Auffassung des Autors beizupflichten, zumal eine solche Statistik, wenn man sie von Anfang an und systematisch führt, aufgrund der heutigen technologischen Möglichkeiten mit relativ wenig Aufwand betrieben werden kann (insbesondere verglichen mit dem von der IV-Stelle im genannten Urteil geltend gemachten, offenbar grossem Bearbeitungsaufwand zahlreicher künftiger Einsichtsgesuche im Einzelfall). Insofern könnte die verpasste Gelegenheit einer gründlichen statistischen Untersuchung doch noch ergriffen werden.<sup>84</sup> Die erste, vorläufige Auswertung der durch dieses Urteil erhaltenen Daten wurde dem Autor freundlicherweise vom Anwalt in diesem Verfahren, Herr RA Rémy Wyssmann, zugänglich gemacht. Dabei scheinen sich die bisherigen Eindrücke der Anwaltschaft zu gewissen Instituten zu bestätigen.<sup>85</sup>

<sup>80</sup> Zu finden auf S. 12 ff. der Vollversion des Urteils ([https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Medienmitteilungen/de/Urteil\\_9C\\_243\\_2010.pdf](https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Medienmitteilungen/de/Urteil_9C_243_2010.pdf)).

<sup>81</sup> Kassensturz vom 25. Oktober 2016, «IV-Rente als Lotterie: Grosse Unterschiede je nach Gutachter», am Beispiel der Anzahl Gutachten mit rentenbegründender Arbeitsunfähigkeit (von 22% [ZIMB in Schwyz] bis zu 58% [SAM in Bellinzona]); <https://www.srf.ch/news/schweiz/iv-rente-als-lotterie-grosse-unterschiede-je-nach-gutachter>). Zu weiteren aktuellen Zahlen vgl. Fn. 85; auch Gutachter selber sprechen davon, dass das Resultat eines Gutachtens stark von den Gutachtern abhängig sein kann, Tageswoche vom 15. Juli 2014, «Die Unterschiede zwischen den IV-Gutachtern müssen kleiner werden» (<https://tageswoche.ch/politik/die-unterschiede-zwischen-den-iv-gutachtern-muessen-kleiner-werden>).

<sup>82</sup> Was auch das Bundesgericht nicht per se ausgeschlossen hat, siehe z.B. das Urteil 8C\_599/2014 vom 18. Dezember 2015 E. 6.5.

<sup>83</sup> Vgl. Fn. 81.

<sup>84</sup> Ebenso PHILIPP EGLI, IV-Gutachten: Qualitätssicherung durch Transparenz, in: iusNet Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht vom 27. August 2018; HAAG, Jusletter, Rz. 20 ff. (Fn. 60).

<sup>85</sup> Die vorläufige Auswertung von 59 mono- und bidisziplinären Gutachten des bekannten rheumatologischen Gutachters Dr. L. aus Bern zeigt laut Wyssmann, dass die Wahrscheinlichkeit bei diesem eine tendenziell leistungsbe gründende Arbeitsunfähigkeit von mehr als 40% zu erhalten bei ca. 8,5 bis ca. 10,2% liege. Und die Auswertung der 114 Gutachten des grossen Basler Gutachterinstituts A. würde aufzeigen, dass dort die Wahrscheinlichkeit, eine tendenziell leistungsbe gründende Arbeitsunfähigkeit von mehr als 40% attestiert zu erhalten, bei ca. 12,3% liege. Vorbehalten bleibe die definitive Berechnung der Wahrscheinlichkeit. Diese Prozentzahlen liegen noch ein-

- Im Rahmen der geforderten Qualitätssicherung konstituierte sich sodann eine «Arbeitsgruppe Prozess- und Strukturqualität polydisziplinärer Begutachtungen», bestehend aus Vertretern diverser Gutachterstellen sowie des BSV und weiterer Beteiligter. Auf der Homepage des BSV sind die Protokolle dreier Sitzungen zwischen dem Sommer 2014 und Anfang 2015 publiziert.<sup>86</sup> Eine aktuelle Nachfrage beim BSV ergab, dass die Arbeitsgruppe die Arbeit nach der Sitzung am 30. Januar 2015 wieder ausgesetzt hat.<sup>87</sup>

[24] Es zeigt sich im Fazit, dass gewisse Verbesserungen umgesetzt werden konnten. Gleichzeitig besteht ein wesentlicher Teil der vom Bundesgericht erkannten Kernproblematik weiter. Grund dafür sind nach Ansicht des Autors anhaltende Unklarheiten in Bezug auf das Verfahren, teilweise nicht konsequent umgesetzte Lösungen und zuletzt offenbar auch ein gewisser Unwillen mancher Beteiligter, den status quo zu ändern.

## 5. Ideen aus der Gesetzgebung

[25] Aufgrund der anhaltenden Kritik und der oben genannten aktuellen Beispiele erstaunt es nicht und ist erfreulich, dass sich nun auch noch der Gesetzgeber dieser Thematik annimmt. Dies geschieht im Rahmen der aktuell laufenden IVG-Revision unter dem Titel «Weiterentwicklung der IV» (Geschäftsnummer 17.022). Das Geschäft wurde im März 2019 vom Nationalrat als Erstrat behandelt und wird voraussichtlich im Herbst 2019 vom Ständerat als Zweitrat beraten.<sup>88</sup> Dabei hat der Nationalrat – ergänzend zum bundesrätlichen Entwurf und entsprechend den Vorschlägen der vorberatenden Kommission – Regeln ergänzt, um die Qualität von Gutachten im Auftrag der IV sicherzustellen.<sup>89</sup>

[26] Konkret geändert werden soll (neben der Aufhebung von Art. 93 MVG zu den Gutachten) Art. 44 ATSG, welcher in seiner bisherigen Fassung wie folgt lautet:

### **Art. 44 Gutachten**

Muss der Versicherungsträger zur Abklärung des Sachverhaltes ein Gutachten einer oder eines unabhängigen Sachverständigen einholen, so gibt er der Partei deren oder dessen Namen bekannt. Diese kann den Gutachter aus triftigen Gründen ablehnen und kann Gegenvorschläge machen.

[27] Neu soll der Artikel folgendermassen formuliert werden (Änderungen des Nationalrates am Entwurf kursiv):

---

mal deutlich unter dem untersten Wert gemäss Fn. 81; ähnliche Zahlen gab es schon früher zum SMAB von RA Dr. RONALD PEDERGNANA, vgl. den Hinweis bei HAAG, Jusletter, Rz. 29 f. (Fn. 60).

<sup>86</sup> <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/iv/grundlagen-gesetze/organisation-iv/medizinische-gutachten-iv.html>.

<sup>87</sup> Schriftliche Auskunft BSV vom 5. Juli 2019 an den Autor. Stattdessen arbeite nun eine neue Arbeitsgruppe seit Anfang 2019 an der Qualitätssicherung der Gutachten. Deren Arbeit ist zumindest dem Autor online nicht zugänglich.

<sup>88</sup> <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20170022>.

<sup>89</sup> SDA-Meldung zur Debatte im Nationalrat vom 7. März 2019, abrufbar auf <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20170022>.

**Art. 44 Gutachten**

<sup>1</sup> Erachtet der Versicherungsträger im Rahmen von medizinischen Abklärungen ein Gutachten als notwendig, so legt er je nach Erfordernis eine der folgenden Arten fest:

- a. monodisziplinäres Gutachten;
- b. bidisziplinäres Gutachten;
- c. polydisziplinäres Gutachten.

<sup>2</sup> Muss der Versicherungsträger zur Abklärung des Sachverhaltes ein Gutachten bei einem oder mehreren *unabhängigen* Sachverständigen einholen, so gibt er der Partei deren Namen bekannt. Diese kann innert zehn Tagen aus den Gründen nach Artikel 36 Absatz 1 Sachverständige ablehnen und Gegenvorschläge machen.

<sup>3</sup> Mit der Bekanntgabe der Namen stellt der Versicherungsträger der Partei auch die Fragen an den oder die Sachverständigen zu und weist sie auf die Möglichkeit hin, innert der gleichen Frist Zusatzfragen in schriftlicher Form einzureichen. Der Versicherungsträger entscheidet abschliessend über die Fragen an den oder die Sachverständigen.

<sup>4</sup> Hält der Versicherungsträger trotz Ablehnungsantrag an den vorgesehenen Sachverständigen fest, so teilt er dies der Partei durch Zwischenverfügung mit.

<sup>5</sup> Bei Gutachten nach Absatz 1 Buchstaben a und b werden die Fachdisziplinen vom Versicherungsträger, bei Gutachten nach Absatz 1 Buchstabe c von der Gutachterstelle abschliessend festgelegt.

<sup>5bis</sup> *Sofern der Versicherte nichts anderes bestimmt, werden Interviews zwischen dem Versicherten und dem Sachverständigen protokolliert und in die Akten des Versicherungsträgers aufgenommen.*

<sup>6</sup> *Der Bundesrat:*

*a. regelt für Gutachten nach Absatz 1 die Art der Vergabe des Auftrages an eine Gutachterstelle;*

*b. erlässt Kriterien für die Zulassung von medizinischen Sachverständigen für alle Gutachten nach Absatz 1;*

*c. schafft eine Kommission mit Vertreterinnen und Vertretern der verschiedenen Sozialversicherungen, der Gutachterstellen, der Ärzteschaft, der Wissenschaft sowie der Patienten- und Behindertenorganisationen, welche die Zulassung als Gutachterstelle, das Verfahren zur Gutachtenerstellung und die Ergebnisse der medizinischen Gutachten überwacht. Die Kommission spricht öffentliche Empfehlungen aus.*

<sup>7</sup> *Die Versicherungsträger führen eine Liste aller Sachverständigen und Gutachterstellen, strukturiert nach Fachbereich und Anzahl jährlich begutachteter Fälle. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.*

[28] In der Botschaft zum bundesrätlichen Entwurf wird ausgeführt, dass im Rahmen der Revision die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend ein faires Abklärungsverfahren gemäss BGE 137 V 210 und 139 V 349 kodifiziert werden solle. Gleichzeitig soll eine möglichst einfache und schnelle Abwicklung von Sozialversicherungsverfahren gewährleistet werden (BBl 2017 2621, 2626 f. und 2683 f.). Dieselben Überlegungen fanden wohl im Rahmen der Vorberatungen

in der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates bzw. protokolliert in der parlamentarischen Beratung selbst Ausdruck.<sup>90</sup>

[29] Das Bestreben des Parlaments, in dieser bekannten Thematik eine gesetzliche Regelung der Unabhängigkeits- und Qualitätssicherung einzuführen, ist sehr zu begrüßen. Dennoch dürfen diese Bemühungen nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch die aktuellen Neuerungen teilweise vage und viele Fragen offen bleiben.<sup>91</sup> So ist zu befürchten, dass die guten Impulse in der Praxis wirkungsarm verpuffen<sup>92</sup>, weil sie zu allgemein sind, um konkret juristisch im Einzelfall angewendet zu werden.

## 6. Konkrete Vorschläge

[30] Um dem entgegenzuwirken sollen nachfolgend anhand des aktuellsten Gesetzestextes einige konkrete Änderungen oder Präzisierungen vorgeschlagen werden. Dabei geht es primär um drei Themenkreise:

- Anforderungen an Gutachter(institute) und allgemeine Qualitätssicherung
- Art der Gutachtensvergabe
- Art der Gutachtensdurchführung

### 6.1. Anforderungen an Gutachter(institute) und allgemeine Qualitätssicherung

#### 6.1.1. Anforderungen an Gutachter(institute)

[31] Nach der vorgesehenen Regelung soll der Bundesrat Zulassungskriterien erlassen und die künftige multipartite Kommission die Zulassung als Gutachterstelle «überwachen» und öffentliche Empfehlungen aussprechen.

[32] Nach Auffassung des Autors sollte die Kommission verbindliche Vorgaben für Gutachter (institute) machen. Blosser Empfehlungen bergen ein erhebliches Risiko von langen Streitigkeiten um die Frage, was die Folge ihrer Nicht-Beachtung ist. CUPA sieht hier zu Recht die Gefahr von Kompetenzkonflikten, parallelen Bewertungssystemen und prognostiziert, dass am Ende einmal mehr die Gerichte mit allerlei diesbezüglichen Streitfragen befasst sein würden.<sup>93</sup> Es ist nicht auszuschliessen, dass blosser Empfehlungen am Ende dasselbe Schicksal ereilt wie z.B. die Leitlinien zur Begutachtung der SGPP. Diese sind heute praktisch wirkungslos.<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> Vgl. die Fahne Frühjahrssession 2019 Nationalrat 2019 I N 17.022n, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/ratsunterlagen?AffairId=20170022&k=PdAffairId:20170022> sowie AB 2019 N 107 ff.

<sup>91</sup> Ähnlich CUPA, Jusletter, im Fazit bei Rz. 41 f. (Fn. 2); PHILIPP EGLI, MEDAS: Unabhängigkeit stärken, nicht schwächen!, in: iusNet Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht vom 18. Dezember 2017 (nachfolgend EGLI, Unabhängigkeit); ALIORTA, Begutachtungen, S. 518 ff. (Fn. 73). Der Autor begrüsst daher die von der vorberatenden Kommission des Ständerates in Auftrag gegebenen Abklärungen (Medienmitteilung vom 14. August 2019, abrufbar auf der Homepage des Parlaments, vgl. Fn. 88)

<sup>92</sup> CUPA, Jusletter, Rz. 42 (Fn. 2).

<sup>93</sup> CUPA, Jusletter, Rz. 37 ff. (Fn. 2).

<sup>94</sup> Vgl. Rz. 23.

[33] Die Formulierung von Anforderungen an die Gutachter(institute) sind weiter der erste Schritt in der Qualitätssicherung. Unter heutigem Recht gibt es für die Zulassung als Gutachter kaum Vorgaben. Vorausgesetzt ist nur ein (Fach)arzt-Titel, welcher auch im Ausland erworben werden kann; eine schweizerische Facharztausbildung FMH ist nicht notwendig.<sup>95</sup> Weiter müssen zwar die Voraussetzungen für eine Berufsausübungsbewilligung nach dem MedBG erfüllt, nicht aber die Bewilligung tatsächlich erteilt sein oder für Kurzaufenthalter eine entsprechende Meldung gemacht werden.<sup>96</sup> Die Bewilligung ist an formale Kriterien geknüpft, welche vergleichsweise einfach zu erfüllen sind.<sup>97</sup>

[34] Vor diesem Hintergrund sind nicht nur verbindliche Vorgaben wünschenswert, sondern auch die Setzung der Eckpunkte durch den Gesetzgeber<sup>98</sup> selbst. Vor konkreten Vorschlägen möchte der Autor noch eine grundsätzliche Überlegung zum Gutachterwesen anbringen, welche die Problematik systemisch<sup>99</sup> und weniger aus der Perspektive des Einzelfalls aufzugreifen versucht:

[35] Die Begutachtung ist ein entscheidender Verfahrensabschnitt bei den Sozialversicherungen. Diese erfüllen eine öffentliche Aufgabe und sind damit «Organe der mittelbaren Staatsverwaltung».<sup>100</sup> Ebenso erfüllen die Gutachter als Hilfspersonen der Sozialversicherungen eine öffentliche Aufgabe und sind damit funktionell Teil des Staates.<sup>101</sup> Gleichzeitig wird heute aber ein Grossteil der polydisziplinären Gutachten von gewinnorientierten Kapitalgesellschaften privater Eigentümer erstellt.<sup>102</sup> Ähnlich verhält es sich bei den mono- und bidisziplinären Gutachten, welche regelmässig bei diesen Instituten oder privat praktizierenden Ärzten in Auftrag gegeben werden.

[36] Diese Diskrepanz mutet seltsam an, wenn man bedenkt, dass öffentliche Aufgaben gemeinhin nicht ohne Weiteres in die Hände von (gewinnorientierten) Privaten gelegt werden dürfen. Auch das Bundesgericht hat diesen Kontrast ausdrücklich thematisiert und auf den möglichen Zielkonflikt von öffentlicher Aufgabenerfüllung und privater Gewinnorientierung hingewiesen.<sup>103</sup> Der Kontrast wird noch greller, wenn man bedenkt, dass viele dieser Privaten wirtschaftlich von den Sozial- und Privatversicherungen abhängig sind, das Geschäft sich also an den (mutmasslichen) Erwartungen der grössten Kundengruppe Versicherungen orientieren muss.<sup>104</sup> Gleichzeitig wird von Forschern im Bereich Begutachtung kritisiert, dass gewisse dieser Institute auf dem «Gutachtermarkt» nach dem Prinzip «Quantität vor Qualität» arbeiten würden – wohl

---

<sup>95</sup> Bspw. Urteil des Bundesgerichts 9C\_669/2018 vom 18. April 2019 E. 4.2.1 m.w.H.

<sup>96</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_436/2012 vom 3. Dezember 2012 E. 3.3 f.

<sup>97</sup> Art. 36 MedBG.

<sup>98</sup> Auch CUPA, Jusletter, Rz. 9 f. und 34 (Fn. 2) weist auf die hohe Legitimität des Gesetzes im formellen Sinne hin und bedauert das Fehlen näherer Angaben zu den Kriterien im Gesetz.

<sup>99</sup> Vgl. hierzu CUPA, Jusletter, Rz. 20 ff. (Fn. 2) m.w.H.

<sup>100</sup> Auch die Privatversicherungen, welche namentlich die obligatorische Unfallversicherung nach UVG betreiben, handeln in diesem Zusammenhang als Behörde, selbst wenn sie daneben auch noch private Versicherungen wie Hausrat, Haftpflicht etc. anbieten (Art. 111 ff. und Art. 35 Abs. 2 BV). Vgl. bspw. für die Krankenkassen BGE 124 V 393 E. 2b.

<sup>101</sup> BGE 137 V 210 E. 2.4.3 m.w.H.

<sup>102</sup> BGE 137 V 210 E. 2.4.3; für die heutigen Verhältnisse vgl. die Liste auf der Homepage des BSV (<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/iv/grundlagen-gesetze/organisation-iv/medizinische-gutachten-iv.html>).

<sup>103</sup> Vgl. Fn. 101.

<sup>104</sup> Vgl. hierzu Rz. 21 und zu den Mängeln der Zufallszuweisung Rz. 23.

auch ein Ausfluss der Gewinnorientierung.<sup>105</sup> Ebenfalls in diesem Kontext ist das nach wie vor existente Phänomen der «Fluggutachter» zu sehen. Dabei handelt es sich um ausländische Ärzte, welche nur tageweise für die Erstellung von Gutachten einreisen und im Übrigen keinen Bezug zur Schweiz haben. Dieses lukrative Geschäftsmodell funktioniert auch mit den heutigen Voraussetzungen weiter, obwohl das BSV 2011 strengere Vorgaben umsetzen wollte.<sup>106</sup> Folge davon ist, dass insbesondere in gewissen Instituten fast ausschliesslich ausländische Gutachter tätig sind. Ob diese Personen im Ausland eine Tätigkeit mit Praxisbezug ausüben, sich weiterbilden, Kenntnisse der Leitlinien der Schweizerischen ärztlichen Fachgesellschaften haben etc. ist unbekannt und kann praktisch nicht überprüft werden, was denn auch von seriösen Gutachtern kritisiert wird.<sup>107</sup>

[37] Vor diesem Hintergrund wäre aus Sicht des Autors eine umfassende Neukonzeption des Begutachtungswesens in Form der Rückführung in die öffentliche Hand, konkret an die öffentlichen Spitäler und Kliniken (allenfalls noch in Verbindung mit weiteren Einrichtungen gemäss den kantonalen Spitallisten), zu prüfen. Die allermeisten öffentlichen Spitäler (namentlich die grossen Universitätsspitäler) bieten Begutachtungen an, werden aber nach Erfahrung des Autors und Statistik in der Praxis wenig beauftragt. Gemäss MGS-Studie ist das System von Spital-Gutachten offenbar in Deutschland weit verbreitet.<sup>108</sup> Das Universitätsspital Basel und die Poliklinik der Universität Lausanne, welche beide bereits via SuisseMED@P polydisziplinäre Gutachten erstellen, könnten hier eine Vorreiterrolle übernehmen.

[38] Diese Lösung hätte folgende Vorteile:

- **Unabhängigkeit:** Die öffentlichen Spitäler betreiben in erster Linie die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung. Daneben dürfte der Gutachtensbereich auch bei höherem Volumen regelmässig ein Nebenbereich bleiben. Somit ist kein Spital wirtschaftlich von dieser Tätigkeit oder den Auftraggebern abhängig. Vielmehr wird damit bloss ergänzend zum Grundauftrag eine weitere wichtige öffentliche Aufgabe wahrgenommen.<sup>109</sup>
- **Qualität:** Die Spitäler sind durch ihre Tätigkeit in der klinischen Praxis tief verwurzelt. Dies sichert bereits einen minimalen Weiterbildungsstandard. Darüber hinaus sind namentlich die Universitätsspitäler sowie andere grössere Kliniken in der Forschung tätig und verfügen damit über Zugriff auf die neuesten medizinischen Erkenntnisse und Methoden.<sup>110</sup> Speziell

---

<sup>105</sup> Vgl. die Artikel in Fn. 37 und 55.

<sup>106</sup> Tagesanzeiger vom 3. Juni 2011, «Wie deutsche IV-Gutachter in der Schweiz das grosse Geld machen» (<https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Wie-deutsche-IVGutachter-in-der-Schweiz-das-grosse-Geld-machen/story/12086652>); Beobachter vom 14. Oktober 2014, «Spielt die IV falsch Lotto?» (<https://www.beobachter.ch/geld/ahviv/gutachten-spielt-die-iv-falsch-lotto>); Die Problematik wurde auch vom Bundesgericht in BGE 137 V 210 E. 3.3.2 erwähnt.

<sup>107</sup> Vgl. den aktuellen Artikel in Fn. 37.

<sup>108</sup> S. 125, vgl. Fn. 27.

<sup>109</sup> So die Gesundheitsdirektion des Kantons Bern im Zusammenhang mit der ehemaligen Gutachterstelle am Inselspital Bern, Berner Zeitung vom 24. Januar 2012, «Die Insel macht keine IV-Gutachten mehr» (<https://www.bernerzeitung.ch/region/kanton-bern/die-insel-macht-keine-iv-gutachten-mehr/story/18627600>); vgl. auch den Artikel in Fn. 42.

<sup>110</sup> Bspw. wirbt die Schulthess-Klinik in Zürich mit folgender Formulierung für ihre Gutachten: «Dabei zeichnen sich die Experten dadurch aus, dass sie alle weiterhin eng im klinischen Alltag eingebunden und somit up-to-date sind.» (<https://www.schulthess-klinik.ch/de/medizinische-gutachten>).

das Universitätsspital Basel forscht zudem im Bereich Begutachtung selbst und hat bereits einige aufschlussreiche Untersuchungen publiziert.<sup>111</sup>

- Kompetenz: Alle Spitäler decken zahlreiche Disziplinen ab und die grösseren Institutionen können ohne grossen Aufwand auch auf Spezialisten für seltene Beschwerdebilder zugreifen, was bei vielen der heutigen Gutachterstellen nicht der Fall ist.
- Nachwuchsförderung: Offenbar besteht aufgrund des negativen Images und der unattraktiven Rahmenbedingungen zunehmend ein Nachwuchsproblem für seriöse Gutachter.<sup>112</sup> Gleichzeitig ist aber die Gutachtenstätigkeit Bestandteil der Facharztausbildung.<sup>113</sup> Insofern könnte durch eine vermehrte Gutachtertätigkeit der Spitäler gleichzeitig auch die Ausbildung neuer Gutachter gefördert werden.<sup>114</sup>

[39] Eine solche Umstellung würde den Aufbau entsprechender Abteilungen bei den Spitälern und eine ausreichende personelle Dotierung bedingen, um der ohnehin bereits stark belastenden Spitalärzteschaft die Erfüllung dieser zusätzlichen öffentlichen Aufgabe zu ermöglichen. In diesem Prozess müsste auch auf die ärztliche Kritik an medizinisch unzureichenden Rahmenbedingungen der Begutachtung (v.a. Zeitmangel)<sup>115</sup> eingegangen werden und z.B. genauer eruiert werden, aus welchen Gründen das Berner Inselspital seine Gutachterstelle 2011 geschlossen hat.

[40] Durch die Umstellung käme es möglicherweise zu Engpässen und verlängerten Wartezeiten für Gutachten. Hier ist aber zu bedenken, dass die Verfahrensdauern vor den Versicherungen und Gerichten ohnehin lange sind.<sup>116</sup> Es darf wohl behauptet werden, dass die allermeisten Personen eine längere Wartezeit für ein faires und qualitativ hochstehendes Gutachten in Kauf nehmen würden (mit der Alternative jahrelanger Rechtsstreitigkeiten bei einem zwar rasch, aber mangel- oder zweifelhaft erstellten Gutachten). Daher hält der Autor eine solche Lösung insgesamt doch für prüfenswert.

[41] Die Vergabe der Gutachten an die Spitäler könnte nach verschiedenen Systemen erfolgen. Im Vordergrund stünden hier wohl die beiden bereits existierenden Modi der Zufallszuweisung oder der Einigung auf eine Institution.

[42] Sollte dagegen der heutige «Gutachtermarkt» erhalten bleiben wären nach Auffassung des Autors wie erwähnt mindestens die Eckpfeiler der Gutachteranforderungen durch den Gesetzgeber selbst zu verankern. Ein guter Ausgangspunkt dafür ist das gemeinsame Positionspapier verschiedener grosser Behindertenorganisationen zur Begutachtung vom 8. Februar 2010.<sup>117</sup> Darin werden folgende Anforderungen an Gutachter(stellen) formuliert:

---

<sup>111</sup> <https://www.unispital-basel.ch/lehre-forschung/ebim-forschung-bildung>.

<sup>112</sup> Vgl. den aktuellen Artikel in Fn. 37.

<sup>113</sup> Vgl. den Artikel in Fn. 55; FRANZISKA MÜLLER/ANINA HANIMANN/BIRGIT LAUBEREAU/ANDREAS BALTHASAR, Das Bildungsprofil medizinischer Gutachter, in: CHSS 2/2018 (<https://soziale-sicherheit-chss.ch/artikel/das-bildungsprofil-medizinischer-gutachterinnen-und-gutachter>).

<sup>114</sup> So YVONNE BOLLAG, juristische Leiterin des Instituts für Versicherungsmedizin am Universitätsspital Basel im saldo vom 9. November 2010, «Viele Gutachten sind oberflächlich. Die Leidtragenden sind die Patienten» (<https://www.ktipp.ch/artikel/d/viele-gutachten-sind-oberflaechlich-die-leidtragenden-sind-die-patienten>).

<sup>115</sup> Vgl. den Artikel in Fn. 55.

<sup>116</sup> So kann es gut vorkommen, dass ein Versicherungsträger bis zum ersten Entscheid mehrere Jahre benötigt, ein erstes Einwand- oder Einspracheverfahren ein weiteres Jahr und schliesslich ein erstes gerichtliches Beschwerdeverfahren zwischen eineinhalb und drei Jahren in Anspruch nimmt.

<sup>117</sup> [https://www.procap.ch/fileadmin/user\\_upload/customers/procap/2\\_News/Aktuelles/News\\_texte\\_und\\_pdfs\\_2010/25\\_20100209\\_Positionspapier\\_IV-Gutachten.pdf](https://www.procap.ch/fileadmin/user_upload/customers/procap/2_News/Aktuelles/News_texte_und_pdfs_2010/25_20100209_Positionspapier_IV-Gutachten.pdf).

- Begrenzung der Tätigkeit als Gutachter (z.B. 50%)
- Praktisch-klinische Tätigkeit (z.B. mindestens 50%)
- Schweizerischer FMH-Facharzttitle

[43] Vor allem die ersten beiden Punkte sind zentrale Anforderungen an Gutachter (was auch im 3. Protokoll der Arbeitsgruppe Prozess- und Strukturqualität polydisziplinärer Begutachtungen, S. 4<sup>118</sup> sowie in BGE 137 V 210 E. 3.4.2.5<sup>119</sup> festgehalten wurde). Dadurch wird gleichzeitig die Qualität und Unabhängigkeit gefördert. Darüber hinaus ist eine spezifische Gutachterausbildung inkl. Verpflichtung zur Weiterbildung vorauszusetzen (wie das bspw. bei den Fachanwaltstiteln des SAV der Fall ist). Eine Gesetzesbestimmung könnte bspw. folgendermassen lauten:

**Art. 44a Sachverständige**

<sup>1</sup> Personen, welche Gutachten gemäss Art. 44 ATSG erstellen, müssen mindestens folgende Anforderungen erfüllen:

- a. Praktisch-klinische Tätigkeit in der Schweiz im Umfang von mindestens 50% eines Vollpensums
- b. Gutachtertätigkeit in der Schweiz im Umfang von maximal 50% eines Vollpensums
- c. FMH-Facharzttitle
- d. Besonderer Fähigkeitsausweis im Bereich Begutachtung

<sup>2</sup> Die Kommission gemäss Art. 44 Abs. 6 ATSG regelt die Einzelheiten.

[44] Diese Anforderungen würden von der multipartiten Kommission bei Zulassung eines Gutachters und später in periodischen Abständen kontrolliert. Aus Praktikabilitätsgründen müsste eine Tätigkeit in der Schweiz vorgesehen werden, da sich die Einhaltung dieser Vorgaben im Ausland teilweise kaum überprüfen lässt.

### 6.1.2. Allgemeine Qualitätssicherung

[45] Die künftige multipartite Kommission soll neben der Zulassung der Gutachterstellen auch das Verfahren zur Gutachtenerstellung und die Ergebnisse der Gutachten überwachen.

[46] Eine solche personell und interdisziplinär breit abgestützte Kommission hat die nötigen Fachkompetenzen wie auch die politische Legitimation in den Augen der Beteiligten, die schwierigen und oft interdisziplinär zu beantwortenden Fragen rund um die allgemeine Qualitätssicherung im Gutachtensbereich zu behandeln. Im Sinne einer Kompetenzenbündelung wäre es nach Auffassung des Autors angezeigt, diese Kommission mit allen Aufgaben in Bezug auf die allgemeine Qualitätssicherung zu betrauen. Dies umfasst sowohl die Präzisierung der Zulassungskriterien für Gutachter wie auch deren Zulassung selbst, die Führung einer entsprechenden Liste und den Ausschluss von Gutachtern bei schwerwiegenden Unabhängigkeits- oder Qualitätsmängeln. Ebenso könnte sie die Gutachtenerstellung und -ergebnisse überwachen und zu diesem

---

<sup>118</sup> Vgl. Fn. 86.

<sup>119</sup> «Auch ist sehr zu begrüssen, dass Zusammenarbeit oft nicht mit fest angestellten, sondern mit überwiegend frei praktizierenden Ärzten und Ärztinnen stattfindet, wodurch die für die medizinische Begutachtung so wichtige klinische Erfahrung nutzbar gemacht wird».

Zweck Weisungen erarbeiten und stichprobenartig einzelne Gutachten unter Einbezug der medizinischen und juristischen Vertreter überprüfen.<sup>120</sup>

[47] Gleichzeitig müsste ihr zwecks Kompetenzklärung wie erwähnt die Kompetenz für verbindliche Vorgaben verliehen werden. Andernfalls ist zu befürchten, dass die Gesetzesrevision am Ende statt zu erhöhter Akzeptanz, Transparenz und Vertrauen in den Begutachtungsprozess zu weiteren Unklarheiten und Streitigkeiten führen würde, wenn schlimmstenfalls öffentliche Empfehlungen der Kommission, die Zulassungskriterien des Bundesrates, die Handhabung in der Realität und zuletzt die Beurteilung durch die Gerichte auseinanderklaffen.<sup>121</sup>

[48] Eine mögliche Formulierung wäre folgende:

<sup>6</sup> Der Bundesrat schafft eine multipartite Kommission, welche zu gleichen Teilen aus Vertreterinnen und Vertretern der Sozialversicherungen, der Gutachterstellen, der Ärzteschaft, der Wissenschaft sowie der Patienten- und Behindertenorganisationen besteht. Diese Kommission hat folgende Aufgaben:

- a. Präzisierung der Kriterien für die Zulassung von medizinischen Sachverständigen für alle Gutachten
- b. Zulassung der Gutachter, Führung der Liste zugelassener Gutachter und Ausschluss von Gutachtern von dieser Liste bei Unabhängigkeits- oder Qualitätsmängeln
- c. Überwachung des Verfahrens zur Gutachtenerstellung und der Ergebnisse der medizinischen Gutachten
- d. Stichprobenartige Kontrolle der Qualität einzelner Gutachten
- e. Erlass verbindlicher Weisungen zur Qualitätssicherung bei Gutachten

Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.

[49] Ebenfalls im Rahmen der allgemeinen Qualitätssicherung erwähnenswert ist die Liste gemäss Abs. 7. Diese ist zu begrüssen, nachdem in vielen Kantonen nach wie vor grosse Intransparenz in Bezug darauf herrscht, welche Gutachter in welchem Ausmass berücksichtigt usw. werden.<sup>122</sup> Nachdem das Bundesgericht den Anspruch auf Einsicht in bisherige Gutachtenergebnisse eines Sachverständigen bejaht hat<sup>123</sup> sollte die Liste auch die attestierten Arbeitsfähigkeiten umfassen. Mit einer automatischen Erfassung dieser Daten bei Eingang eines Gutachtens würde allen Beteiligten im Vergleich zu nachträglichen Einsichtsgesuchen und manueller Erhebung viel Aufwand erspart. Eine solche Statistik liegt letztlich auch im Interesse der Versicherungsträger, könnte sie doch allenfalls die jahrzehntelangen Vorwürfe gegen gewisse Gutachter(stellen) auch entkräften<sup>124</sup> und die Glaubwürdigkeit des Sozialversicherungssystems<sup>125</sup> stärken.

[50] Die Formulierung könnte entsprechend lauten:

---

<sup>120</sup> Vgl. hierzu auch das Positionspapier S. 12 in Fn. 117.

<sup>121</sup> Zutreffend hegt auch CUPA, Jusletter, Rz. 37 ff., Bedenken (Fn. 2).

<sup>122</sup> Beobachter vom 20. Juni 2017, «Wenn die IV mauert» (<https://www.beobachter.ch/wirtschaft/gutachter-wenn-die-iv-mauert>); vgl. auch den Artikel in Fn. 130.

<sup>123</sup> Vgl. BGE 144 I 170 E. 7.6 und hierzu Rz. 23.

<sup>124</sup> Vgl. den Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2009 S. 16 ([https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Publikationen/GB/BGer/de/2009\\_d.pdf](https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Publikationen/GB/BGer/de/2009_d.pdf)).

<sup>125</sup> CUPA, Jusletter, Rz. 25 (Fn. 2); Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4903/2016 vom 22. Mai 2017 E. 6.2.3 und 6.2.5.

<sup>7</sup> Die Versicherungsträger führen eine Statistik aller Sachverständigen und Gutachterstellen, strukturiert nach Fachbereich, Anzahl jährlich begutachteter Fälle und attestierter Arbeitsunfähigkeiten. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.

## 6.2. Art der Gutachtensvergabe

[51] Wie oben dargestellt ist das Bundesgericht den generellen, aus den Rahmenbedingungen des Gutachterwesens fließenden Abhängigkeits- und Befangenheitsbefürchtungen mit zwei unterschiedlichen Vergabesystemen entgegengetreten: Der Zufallszuweisung und dem Einigungsprinzip. Gemäss Botschaft zum Entwurf soll diese Rechtsprechung nun kodifiziert werden. In der heutigen Fassung ist aber völlig offen, welcher Inhalt dereinst in der Verordnung stehen wird. Zu Recht wird hier die Frage aufgeworfen, ob weiterhin zwischen mono-/bidisziplinären und polydisziplinären Gutachten unterschieden werden solle und ob sich der Gesetzgeber mit dieser Frage bewusst auseinandergesetzt habe.<sup>126</sup>

[52] Im Sinne der Einheit des Verfahrens wäre es zu begrüssen, für sämtliche Gutachten ein einheitliches Vergabesystem einzuführen. Ebenso besteht dabei Gelegenheit, die nach wie vor bestehenden Mängel der Zufallszuweisung bzw. die Unklarheiten beim Einigungsverfahren zu beseitigen.<sup>127</sup> Leitgedanke sollte sein, einen Vergabemodus festzulegen, welcher die Unabhängigkeitsbedenken von Anfang an tatsächlich und umfassend ausräumen und dadurch das Verfahren rascher und einfacher machen kann (statt einen grundsätzlichen Fairnessmangel mit ausgedehnten Partizipations- und Beschwerderechten im Streitfall, also in jahrelangen rechtlichen Auseinandersetzungen, kompensieren zu wollen).<sup>128</sup>

### 6.2.1. Zufallsprinzip

[53] Würde die generelle Zufallszuweisung eingeführt müssten die entsprechenden Sachverständigen bindend auf diese beschränkt werden. Es dürfte somit keine gutachterliche Nebentätigkeit auf direkte Zuweisung hin stattfinden.<sup>129</sup> Nur auf diese Weise könnte der Zweck der Zufallszuweisung wirklich erreicht werden. Bei der heutigen Situation besteht auch bei den Zufallsaufträgen die Gefahr, sich mit Blick auf weitere Direktaufträge von den mutmasslichen Erwartungen der Auftraggeber leiten zu lassen. Durch die generelle Zuweisung sämtlicher Sozialversicherungsgutachten per Zufall beträfe der Ausschluss im Ergebnis primär die Aufträge durch die Privatversicherer.

[54] Unklar ist hier einzig, ob diese Lösung auch technisch möglich ist. Das BSV geht davon aus, dass der Aufwand, alle Gutachten über den Zufallsgenerator zu vergeben, nicht zu bewältigen sei.<sup>130</sup> Ob das zutreffend ist und ob es andere technischen Lösungen gäbe kann der Autor nicht

---

<sup>126</sup> CUPA, Jusletter, Rz. 31 f. (Fn. 2).

<sup>127</sup> Vgl. Rz. 23.

<sup>128</sup> Ähnlich CUPA, Jusletter, Rz. 23 ff. (Fn. 2) m.w.H. So ausgestaltet stehen Rechte der versicherten Person nicht im Gegensatz zum raschen und einfachen Verfahren, sondern begünstigen dieses.

<sup>129</sup> Vgl. Rz. 23.

<sup>130</sup> Tages-Anzeiger vom 23. April 2018, «Anwälte wollen mehr Rechte für IV-Versicherte» ([https://www.unispitalbasel.ch/fileadmin/unispitalbaselch/Medien/Medienspiegel/Tages-Anzeiger\\_2018-04-23.pdf](https://www.unispitalbasel.ch/fileadmin/unispitalbaselch/Medien/Medienspiegel/Tages-Anzeiger_2018-04-23.pdf)); ähnlich bereits das Bundesgericht in BGE 137 V 210 E. 3.1.1 und BGE 139 V 349 E. 2.2; vgl. weiter CUPA, Jusletter, Rz. 29 (Fn. 2).

beurteilen. Sollte dies tatsächlich nicht möglich sein müsste ein alternatives System umgesetzt werden.

[55] Eine Bestimmung könnte folgendermassen lauten:

**Art. 44 Gutachten**

<sup>1</sup> Erachtet der Versicherungsträger ein unabhängiges Gutachten als notwendig, so legt er je nach Erfordernis eine der folgenden Arten fest:

- a. monodisziplinäres Gutachten;
- b. bidisziplinäres Gutachten;
- c. polydisziplinäres Gutachten.

<sup>1bis</sup> Die Aufträge werden nach dem Zufallsprinzip an Sachverständige gemäss Art. 44a ATSG vergeben. Diese dürfen daneben keine direkten Gutachtensaufträge von Versicherungen oder versicherten Personen entgegennehmen. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.

### 6.2.2. Einigungsverfahren

[56] Als Alternative zum Zufallsprinzip gäbe es das generelle Einigungsverfahren. Dieses wurde in der älteren Rechtsprechung implizit als im Vergleich schwächeres Korrektiv zu den strukturellen Risiken im Gutachtensbereich angesehen.<sup>131</sup> Aktuell geht das Bundesgericht von der Gleichwertigkeit beider Prinzipien aus.<sup>132</sup> Dem ist im Grundsatz zuzustimmen, soweit der Einigungsversuch wie das Zufallsprinzip immer zur Anwendung gelangt und von allen Beteiligten Ernst genommen wird (was heute nicht immer der Fall ist).<sup>133</sup>

[57] Der Vorteil des Einigungsverfahrens liegt zweifellos in der höheren Akzeptanz des Ergebnisses und der geringeren Wahrscheinlichkeit jahrelanger gerichtlicher Streitigkeiten.<sup>134</sup> Es enthält Elemente eines Schiedsverfahrens, welches in gewissen Rechtsbereichen aufgrund der Unabhängigkeit und Schnelligkeit der Entscheidungsfindung weit verbreitet ist. Im schweizerischen Privatversicherungsbereich ist das gemeinsame Gutachten teilweise bekannt<sup>135</sup> und wurde auch schon früh für den Sozialversicherungsbereich vorgeschlagen.<sup>136</sup> In Frankreich hat eine Variante davon,

---

<sup>131</sup> BGE 139 V 349 E. 5.4.

<sup>132</sup> BGE 142 V 551 E. 7.3.2.3.

<sup>133</sup> Vgl. Rz. 23.

<sup>134</sup> BGE 137 V 210 E. 3.1.3, wonach das französische Modell der expertises conjointes zu einem hohen Anteil an aussergerichtlicher Streiterledigung führe.

<sup>135</sup> Die Zivilprozessordnung enthält in Art. 189 ZPO eine Regelung zum sog. «Schiedsgutachten» mehrerer Beteiligter. Besonders in Haftpflichtstreitigkeiten wird oft ein Gutachten bei gemeinsam bestimmten Experten eingeholt. Im Arzthaftpflichtbereich wurde sogar das sogenannte «Gemeinschaftliche Gutachter-Konsilium» angedacht, bei welchem das Gutachten vom Experten bei einem Treffen aller Beteiligten mündlich erläutert wird (siehe hierzu [https://www.unispital-basel.ch/fileadmin/unispitalbaselch/Bereiche/Medizin/Asim/Angebot/Lehre/Basler\\_Arzthaftpflichttage/empfehlung\\_ggk16.pdf](https://www.unispital-basel.ch/fileadmin/unispitalbaselch/Bereiche/Medizin/Asim/Angebot/Lehre/Basler_Arzthaftpflichttage/empfehlung_ggk16.pdf)).

<sup>136</sup> NZZ vom 12. Oktober 2008, «Bund zahlt Millionen für IV-Gutachten» ([https://www.nzz.ch/bund\\_zahlt\\_millionen\\_fuer\\_iv-gutachten-1.1090161](https://www.nzz.ch/bund_zahlt_millionen_fuer_iv-gutachten-1.1090161)); Interpellation «Wirtschaftliche Abhängigkeit der Gutachterinstitute» (Geschäfts-Nr. 18.3188); Medienmitteilung Procap zum Fall «Corela» vom 26. Februar 2018 (<https://www.procap.ch/de/angebote/beratung-information/politik/invalidenversicherung/news/news/6188-medizinische-gutachten-muessen-fair-und-unabhaengig-sein.html>); JEAN-MARIE AGIER/PHILIPPE GRAF, Le droit à une rente d'invalidité de l'AI, le principe aléatoire et l'expertise conjointe, in: Jusletter 15. Mai 2017 Rz. 18 ff.; vgl. ebenso den Artikel in Fn. 114 sowie Solothurner Zeitung vom 27. Mai 2016, «Kritik an IV-Gutachten: Sind die Gutachter abhängig?» (<https://www.solothurnerzeitung.ch/solothurn/kanton-solothurn/kritik-an-iv-gutachten-sind-die-gutachter-abhaengig-130300188>).

die sog. «expertise conjointe» im Allgemeinen einen hohen Stellenwert und wird als sehr erfolgreich gewertet.<sup>137</sup> Die MGS-Studie empfahl aufgrund dieser Vorteile den vermehrten Einsatz eines solchen Modells in der Schweiz.<sup>138</sup>

[58] Aus technischer Sicht wäre das allgemeine Einigungsverfahren (möglicherweise anders als die generelle Zufallszuweisung, vgl. oben Rz. 54) ohne Weiteres umsetzbar und würde den kleinsten «Systemwechsel» bedeuten. Aufgrund der nach wie vor bestehenden Unklarheiten und der völlig unterschiedlichen Praxis je nach Versicherung und Kanton wären aber auch hier die Grundzüge klar im Gesetz zu regeln. Nach Auffassung des Autors würde sich ein Mischverfahren mit Einigung als Normalfall und einer «expertise conjointe» als Ausnahme eignen:

#### **Art. 44 Gutachten**

<sup>1</sup> Erachtet der Versicherungsträger ein unabhängiges Gutachten als notwendig, so legt er je nach Erfordernis eine der folgenden Arten fest:

- a. monodisziplinäres Gutachten;
- b. bidisziplinäres Gutachten;
- c. polydisziplinäres Gutachten.

<sup>2</sup> Der Versicherungsträger versucht sich mit der versicherten Person auf einen oder mehreren unabhängigen Sachverständigen zu einigen. Er stellt ihr die Liste gemäss Abs. 6 zu und setzt ihr Frist zum Vorschlag von Sachverständigen oder macht ihr Vorschläge und setzt ihr eine Frist zur Einreichung von Gegenvorschlägen aus dieser Liste.

<sup>3</sup> Gleichzeitig stellt der Versicherungsträger der versicherten Person auch die Fragen an den oder die Sachverständigen zu und weist sie auf die Möglichkeit hin, innert der gleichen Frist Zusatzfragen in schriftlicher Form einzureichen sowie triftige Einwendungen gegen die Begutachtung vorzubringen. Der Versicherungsträger entscheidet abschliessend über die Fragen an den oder die Sachverständigen. Über triftige Einwendungen erlässt er eine Zwischenverfügung.

<sup>4</sup> Hält der Versicherungsträger trotz Gegenvorschlägen an den vorgesehenen Sachverständigen fest wird ein gemeinschaftliches Gutachten durchgeführt. Versicherungsträger und versicherte Person bezeichnen pro Disziplin je einen Sachverständigen aus ihren Vorschlägen. Diese Sachverständigen erstellen das Gutachten gemeinsam und machen Vorschläge zur Bereinigung allfälliger Diskrepanzen.

[59] Die bisher vorgesehene Konsequenz einer Nicht-Einigung ist der Erlass einer anfechtbaren Zwischenverfügung. Wie von verschiedener Seite zu Recht vorgebracht wird ist eine fortschreitende Judikalisierung der Verfahren im Interesse aller Beteiligten zu vermeiden.<sup>139</sup> Eine Verfügung mit folgendem konfrontativem Gerichtsverfahren führt zur Verhärtung der Fronten, Verlängerung des ohnehin schon langen Verfahrens und Beanspruchung erheblicher Ressourcen bei Versicherungsträger, versicherter Person und Gericht. Es erscheint dem Autor wesentlich sinnvoll-

---

<sup>137</sup> MGS-Studie S. 142, vgl. Fn. 27.

<sup>138</sup> MGS-Studie S. 142 ff., vgl. Fn. 27.

<sup>139</sup> Vgl. den Artikel in Fn. 130 sowie CUPA, Jusletter, Rz. 22 ff. (Fn. 2); a.M. MARCO WEISS, Anmerkungen zur geplanten Revision des Art. 44 ATSG, in: SZS/RSAS 5/2018 S. 482 und 490, der Art. 44 Abs. 4 E-ATSG begrüsst (nachfolgend WEISS, Revision, S.). Dem kann solange gefolgt werden, als bedauerlicherweise nicht von Anfang an ein griffiges System (wie das vorgeschlagene) umgesetzt wird.

ler, im Falle der Nicht-Einigung ein Verfahren folgen zu lassen, welches die Akzeptanz trotzdem erhöht und künftige Streitigkeiten gerade zu verringern versucht. Ebenso löst der oben genannte Vorschlag die Problematik, dass unklar ist, wie ein Einigungsversuch gerichtlich durchgesetzt werden kann.<sup>140</sup> Bei Nicht-Einigung kommt ohne Weiteres das subsidiäre System zur Anwendung und das Verfahren kann ohne Verzögerungen fortgesetzt werden. Gleichzeitig setzt die Mitwirkung eines jeweils nicht-gewünschten Experten beim gemeinschaftlichen Gutachten einen Anreiz für alle Beteiligten, sich ernsthaft um eine Einigung zu bemühen.<sup>141</sup> Durch die Beschränkung der Gegenvorschläge auf die Liste zugelassener Gutachter wird dabei verhindert, dass die versicherte Person das Verfahren mit untauglichen Vorschlägen stört. Über die Zeit dürfte sich durch dieses System nebenher auch eine Qualitätssteigerung ergeben, indem diejenigen Gutachterstellen gestärkt werden, welche aus Sicht aller Beteiligten qualitativ gute und nachvollziehbare Gutachten erstellen und entsprechend häufig gewählt werden.

[60] Einzig betreffend triftige Einwendungen gegen die Begutachtung an sich wäre am Erlass einer Zwischenverfügung festzuhalten. Dies betrifft die sogenannten materiellen Einwendungen, bspw. es handle sich um eine unnötige second opinion zu einem beweiskräftigen, aber für den Versicherungsträger unliebsamen Gutachten.<sup>142</sup> Hier sieht der Autor bedauerlicherweise keine konsensuale Alternative zu einem allfälligen Beschwerdeverfahren. Im aktuellen Entwurf wurde dieser Typus Einwendungen durch die Beschränkung auf formelle Ausstandsgründe gemäss Art. 36 ATSG komplett weggelassen, was zu Recht kritisiert worden ist.<sup>143</sup> Gerade das Beispiel der second opinion zeigt, dass sowohl Verfahrensfairness wie auch -effizienz dafür sprechen, eine allenfalls unzulässige Zweitbegutachtung von Anfang an (gerichtlich) zu verhindern. Ansonsten muss dieser Punkt einiges später zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden, wenn sich das Verfahren durch das zweite Gutachten bereits wieder verzögert hat, das neue Gutachten schon erstellt und bezahlt wurde, ein allfällig negativer Eindruck bereits entstanden ist etc. Auch eine Gutheissung der Beschwerde (unter Umständen wieder nach jahrelangen Prozessen) und Entfernung des zweiten Gutachtens aus den Akten kann diese Nachteile nicht mehr rückgängig machen, womit ein solcher Ablauf wie erwähnt weder verfahrensökonomisch noch fair erscheint.

[61] Ein weiteres, ähnliches System wäre die Durchführung aller Gutachten durch eine paritätisch besetzte Gutachterstelle oder die Zuweisung der Gutachten durch eine paritätisch besetzte Zuweisungsstelle.<sup>144</sup> Insbesondere letztere Variante wurde in der Literatur bereits von verschiede-

---

<sup>140</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_512/2013 vom 13. Januar 2014 E. 3.5.

<sup>141</sup> Solches wäre nach BGE 138 V 271 E. 1.1. wünschenswert: «Es liegt indessen im Interesse von IV-Stelle und versicherter Person, Verfahrensweiterungen zu vermeiden, indem sie sich um eine einvernehmliche Gutachtenseinholung bemühen.»; vgl. auch BGE 137 V 210 E. 3.5.2.6.

<sup>142</sup> Vgl. Rz. 23; andere materielle Einwendungen sind bspw. fehlende Fachkompetenz des Gutachters, was aber durch das vorgeschlagene Einigungsverfahren kein Thema mehr sein dürfte.

<sup>143</sup> MASSIMO ALIOTTA, Zur geplanten Revision von Art. 44 ATSG, in: SZS/RSAS 2/2018 S. 154 (nachfolgend ALIOTTA, Revision, S.); a.M. WEISS, Revision, S. 488 (Fn. 139), welcher sich indessen nur auf die kompetenzbezogenen Einwendungen bezieht und bspw. die Problematik der second opinion nicht thematisiert. Er schliesst aus der geringen gerichtlichen Erfolgsquote kompetenzbezogener Einwände auf deren Verzichtbarkeit und plädiert für eine Angleichung der Mitwirkungsrechte bei verwaltungsinternen und -externen Beurteilungen. Nach Auffassung des Autors beurteilt sich die Berechtigung einer Beschwerdemöglichkeit indessen nicht nach ihrer allgemeinen Erfolgsquote, sondern nach den ihr zugrunde liegenden Überlegungen. Eine Angleichung der Mitwirkungsrechte wäre dagegen theoretisch diskutabel, müsste aber bei Abbau der Rechte konsequenterweise mit einer entsprechenden Beweis-kraftrelativierung externer Beurteilungen einhergehen (vgl. Rz. 10 f.; womit diese im Ergebnis wohl ihren Sinn verlören).

<sup>144</sup> Vgl. hierfür bspw. den zweiten Artikel in Fn. 37; ALIOTTA, Revision, S. 160 (Fn. 143); «Gutachten: Kritik an der Dunkelkammer», in: plädoyer 6/2017 S. 23.

dener Seite vorgeschlagen und teilweise ausführlich skizziert.<sup>145</sup> Es würde den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen, dieses Konzept im Detail zu diskutieren. Die Idee scheint aber interessant und würde vermutlich ebenfalls einen gleichwertigen Lösungsvorschlag für die Zuweisungsproblematik darstellen. Insofern wäre es zu begrüssen, wenn der Gesetzgeber im Rahmen der ATSG-Revision auch diese Option vertieft prüfen würde.

### 6.2.3. Fristen

[62] Wie von anderen Autoren zu Recht vorgebracht wird besteht kein Grund, die heute praxisgemäss auf zehn Tage festgesetzten Fristen im Rahmen der Gutachtensvergabe (Vorschläge, Ergänzungsfragen) gesetzlich zu fixieren.<sup>146</sup> Dadurch verlöre die versicherte Person die Möglichkeit, die Frist aus zureichenden Gründen erstrecken zu lassen (Art. 40 Abs. 3 ATSG). Dies kann bspw. bei medizinisch komplexen Fällen von grosser Wichtigkeit sein, während die Verzögerung um weitere zehn Tage in jahrelangen Verfahren praktisch nicht ins Gewicht fällt.<sup>147</sup> Entsprechend wäre der Gesetzestext dergestalt zu formulieren, dass der Versicherungsträger der versicherten Person erstreckbare Fristen ansetzt.

## 6.3. Art der Gutachtensdurchführung

[63] Der aktuelle Stand des Entwurfs sieht in Art. 44 Abs. 5<sup>bis</sup> E-ATSG eine «Protokollierung» des Interviews zwischen dem Versicherten und dem Sachverständigen vor.

[64] Die Aufzeichnung der Begutachtung ist umstritten: Während Anwälte und verschiedene Professoren sie befürworten, wird sie von den Gutachterstellen und dem BSV eher abgelehnt.<sup>148</sup> Wie oben ausgeführt ist die Aufzeichnung beweistechnisch von grösster Bedeutung und die einzige Möglichkeit für Betroffene, die häufig berichteten Missstände während der Begutachtung selbst belegen zu können.<sup>149</sup> Die heute teilweise vorkommende heimliche Aufnahme der Untersuchung durch die versicherte Person selbst ist nach Auffassung des Autors nicht zuletzt aufgrund dieser Bedeutung nicht strafbar.<sup>150</sup>

[65] Dennoch ist zu begrüssen, dass dieses Recht nun gesetzlich verankert werden soll. Allerdings ist bei der aktuellen Fassung unklar, was mit der «Protokollierung» gemeint ist. Nach mehrheitlicher Auffassung der Befürworter ist zumindest eine Tonaufzeichnung vorzunehmen. Auch die vorberatende Kommission des Ständerates beantragt zu Recht eine solche Regelung.<sup>151</sup> Diese bietet gegenüber einer bloss schriftlichen Protokollierung grössere Genauigkeit. Im Bereich der

---

<sup>145</sup> ALIOTTA, Begutachtungen, S. 228 ff. mit zahlreichen Hinweisen (Fn. 73); BGE 137 V 210 E. 3.1.1. m.w.H.

<sup>146</sup> EGLI, Unabhängigkeit (Fn. 91); ALIOTTA, Revision, S. 154 (Fn. 143).

<sup>147</sup> A.M. WEISS, Revision, S. 489 (Fn. 139), welcher die langen Verfahrensdauern offenbar auf «andauernde Fristerstreckungsgesuche» zurückführt (und nicht auf die monate- oder jahrelangen Wartezeiten bei den überlasteten Versicherungsträgern bzw. Gerichtsinstanzen, vgl. Fn. 116).

<sup>148</sup> Studiogespräch mit PROF. THOMAS GÄCHTER im Kassensturz vom 16. Oktober 2018, «Gutachter schreibt falsches Arztzeugnis: Rente weg» (<https://www.srf.ch/news/schweiz/gutachten-fuer-versicherungen-gutachter-schreibt-falsches-arztzeugnis-rente-weg>); vgl. weiter den Artikel in Fn. 130 und «Gutachten: Kritik an der Dunkelkammer», in: plädoyer 6/2017 S. 23.

<sup>149</sup> Vgl. Rz. 23.

<sup>150</sup> In diesem Sinne wurde auch bereits entschieden, vgl. CHRISTIAN HAAG, Tonaufnahmen erlaubt, in: plädoyer 01/2018 S. 14 ff.; in Frage kämen subsidiär wohl auch Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründe.

<sup>151</sup> Medienmitteilung vom 14. August 2019, abrufbar auf der Homepage des Parlaments, vgl. Fn. 88.

strafrechtlichen Begutachtung, welche regelmässig deutlich ausführlicher ausfällt<sup>152</sup>, wurde jüngst vorgeschlagen, auch Videoaufnahmen anzufertigen.<sup>153</sup> Vor dem Hintergrund der RELY-Studie macht dies auch im Versicherungsbereich Sinn.<sup>154</sup> Entsprechend wäre die Bestimmung folgendermassen zu präzisieren:

<sup>5bis</sup> Sofern die versicherte Person nichts anderes bestimmt, werden Begutachtungen zwischen ihr und dem Sachverständigen audiovisuell aufgezeichnet und in die Akten des Versicherungsträgers aufgenommen.

## 7. Fazit

[66] Die versicherte Person hat im Sozialversicherungsverfahren auch heute noch ein erhebliches beweisrechtliches Handicap gegenüber dem Versicherungsträger. Die ihr zur Verfügung stehenden Beweismittel haben praxisgemäss wenig Beweiskraft. Die stärksten Beweismittel liegen dagegen primär in der Hand des Versicherungsträgers. In Bezug auf diese bestehen seit Jahrzehnten grosse, strukturelle Bedenken betreffend Qualität und Fairness. Das Bundesgericht hat die Problematik vor rund zehn Jahren in BGE 137 V 210 umfassend aufgegriffen und Lösungsvorschläge präsentiert. Diese sind teilweise berücksichtigt worden, teilweise aber auch versandet oder nur inkonsequent umgesetzt worden. Aus diesem Grund ist ein faires Verfahren und eine gewisse Waffengleichheit zwischen den Beteiligten aus Sicht des Autors weiterhin nicht sichergestellt (siehe zu diesem Anspruch BGE 137 V 210 E. 4.2; nach Auffassung des Autors gelten etliche Kritikpunkte des Rechtsgutachtens MÜLLER/REICH weiterhin<sup>155</sup>).

[67] Es ist erfreulich, dass sich nun auch der Gesetzgeber der Thematik annimmt. Die vorgesehene Regelung leidet allerdings aus Sicht des Autors und anderer Praktiker an verschiedenen Mängeln und Lücken. Der Autor versucht mit konkreten Vorschlägen Impulse dafür zu geben, dass diese Chance für eine zukunftsweisende Regelung nicht verpasst wird. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber sie ergreift und dafür sorgt, dass – in den Worten des Kassensturzes ausgedrückt – die Lotterie um eine Rente<sup>156</sup> einem fairen Verfahren weicht, dadurch das Vertrauen in die Sozialversicherungen gestärkt wird und durch bessere Akzeptanz der Entscheide im Interesse aller Beteiligten die heutige Notwendigkeit langer Gerichtsprozesse wieder abnimmt.

[68] Abschliessend sei an dieser Stelle ein zusammenfassender Formulierungsvorschlag in derjenigen Variante, welche mit den kleinsten Anpassungen eine hohe Wirkung haben könnte, angebracht:

---

<sup>152</sup> Vgl. Fn. 55.

<sup>153</sup> MARIANNE HEER/JACQUELINE COVACI, Teilnahmerecht der Verteidigung bei psychiatrischen Explorationsgesprächen, in: AJP 4/2019 S. 438 ff.

<sup>154</sup> In dieser Studie wurden Begutachtungen auf Video aufgezeichnet und die Aufnahme drei weiteren Psychiatern zur Beurteilung vorgelegt. Dies illustriert den Wert der zusätzlichen visuellen Komponente, welchen man sich bspw. in Bezug auf Mimik usw. gut vorstellen kann. Nähere Informationen zur Studie sind zu finden auf <https://www.unispital-basel.ch/lehre-forschung/ebim-forschung-bildung/rely-studie>.

<sup>155</sup> Vgl. Fn. 6; a.M. WEISS, Revision, S. 493 (Fn. 139), welcher nach Auffassung des Autors allerdings namentlich die Wirksamkeit von Art. 36 ATSG überschätzt und vor allem mit dem Vergleich zu tieferen Standards argumentiert.

<sup>156</sup> Vgl. Fn. 81.

**Art. 44 Gutachten**

<sup>1</sup> Erachtet der Versicherungsträger ein unabhängiges Gutachten als notwendig, so legt er je nach Erfordernis eine der folgenden Arten fest:

- a. monodisziplinäres Gutachten;
- b. bidisziplinäres Gutachten;
- c. polydisziplinäres Gutachten.

<sup>2</sup> Der Versicherungsträger versucht sich mit der versicherten Person auf einen oder mehreren unabhängigen Sachverständigen zu einigen. Er stellt ihr die Liste gemäss Abs. 6 zu und setzt ihr Frist zum Vorschlag von Sachverständigen oder macht ihr Vorschläge und setzt ihr eine Frist zur Einreichung von Gegenvorschlägen aus dieser Liste.

<sup>3</sup> Gleichzeitig stellt der Versicherungsträger der versicherten Person auch die Fragen an den oder die Sachverständigen zu und weist sie auf die Möglichkeit hin, innert der gleichen Frist Zusatzfragen in schriftlicher Form einzureichen sowie triftige Einwendungen gegen die Begutachtung vorzubringen. Der Versicherungsträger entscheidet abschliessend über die Fragen an den oder die Sachverständigen. Über triftige Einwendungen erlässt er eine Zwischenverfügung.

<sup>4</sup> Hält der Versicherungsträger trotz Gegenvorschlägen an den vorgesehenen Sachverständigen fest wird ein gemeinschaftliches Gutachten durchgeführt. Versicherungsträger und versicherte Person bezeichnen pro Disziplin je einen Sachverständigen aus ihren Vorschlägen. Diese Sachverständigen erstellen das Gutachten gemeinsam und machen Vorschläge zur Bereinigung allfälliger Diskrepanzen.

<sup>5</sup> Bei Gutachten nach Absatz 1 Buchstaben a und b werden die Fachdisziplinen vom Versicherungsträger, bei Gutachten nach Absatz 1 Buchstabe c von den Gutachtern festgelegt.

<sup>5bis</sup> Sofern die versicherte Person nichts anderes bestimmt, werden Begutachtungen zwischen ihr und dem Sachverständigen audiovisuell aufgezeichnet und in die Akten des Versicherungsträgers aufgenommen.

<sup>6</sup> Der Bundesrat schafft eine multipartite Kommission, welche zu gleichen Teilen aus Vertreterinnen und Vertretern der Sozialversicherungen, der Gutachterstellen, der Ärzteschaft, der Wissenschaft sowie der Patienten- und Behindertenorganisationen besteht. Diese Kommission hat folgende Aufgaben:

- a. Präzisierung der Kriterien für die Zulassung von medizinischen Sachverständigen für alle Gutachten
- b. Zulassung der Gutachter, Führung der Liste zugelassener Gutachter und Ausschluss von Gutachtern von dieser Liste bei Unabhängigkeits- oder Qualitätsmängeln
- c. Überwachung des Verfahrens zur Gutachtenerstellung und der Ergebnisse der medizinischen Gutachten
- d. Stichprobenartige Kontrolle der Qualität einzelner Gutachten
- e. Erlass verbindlicher Weisungen zur Qualitätssicherung bei Gutachten

Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.

<sup>7</sup> Die Versicherungsträger führen eine Statistik aller Sachverständigen und Gutachterstellen, strukturiert nach Fachbereich, Anzahl jährlich begutachteter Fälle und attestierter Arbeitsunfähigkeiten. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.

**Art. 44a Sachverständige**

<sup>1</sup> Personen, welche Gutachten gemäss Art. 44 ATSG erstellen, müssen mindestens folgende Anforderungen erfüllen:

- a. Praktisch-klinische Tätigkeit in der Schweiz im Umfang von mindestens 50% eines Vollpensums
- b. Gutachtertätigkeit in der Schweiz im Umfang von maximal 50% eines Vollpensums
- c. FMH-Facharzttitle
- d. Besonderer Fähigkeitsausweis im Bereich Begutachtung

<sup>2</sup> Die Kommission gemäss Art. 44 Abs. 6 ATSG regelt die Einzelheiten.

---

RA M<sup>L</sup>AW SOLUNA GIRÓN arbeitet als Anwalt in der Fachanwaltskanzlei für Versicherungs- und Haftpflichtrecht schadenanwaelte in Zürich und vertritt in seiner Tätigkeit versicherte und geschädigte Personen.