

Gregori Werder

## Der «gläserne Gutachter»?

### **Kommentar zur Wahrung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Sachverständigen durch die öffentliche Liste über beauftragte Sachverständige in der IV**

---

Mit der Gesetzesrevision zur Weiterentwicklung der IV (WEIV) werden die IV-Stellen dazu verpflichtet, eine öffentliche Liste über die beauftragten Sachverständigen zu führen und zu veröffentlichen. Diese umfasst u.a. eine Übersicht über die attestierten Arbeitsunfähigkeiten und deren Beweiswert in Rechtsmittelverfahren. Weiter soll auch die Höhe der jährlichen Gesamtvergütung pro sachverständige Person veröffentlicht werden. Der vorliegende Beitrag prüft, ob hierdurch das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung verletzt wird. Jedenfalls die Veröffentlichung der jährlichen Gesamtvergütung dürfte zu überdenken sein.

---

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Sozialversicherungsrecht, Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung, Datenschutz

Zitiervorschlag: Gregori Werder, Der «gläserne Gutachter»? , in: Jusletter 7. November 2022

## Inhaltsübersicht

- I. Die öffentliche Liste über beauftragte Sachverständige in der IV
  - A. Entstehungsgeschichte
  - B. Zweck und Informationsgehalt
- II. Das Führen und Veröffentlichen der öffentlichen Liste über beauftragte Sachverständige in der IV als grundrechtsrelevante Datenbearbeitung
  - A. Tangierung des Anspruchs auf informationelle Selbstbestimmung
  - B. Gesetzliche Grundlage für das Führen und Veröffentlichen der öffentlichen Liste
    - 1. Allgemeines
    - 2. Erfüllung der Voraussetzung der genügenden Normstufe betreffend die Gesamtvergütung fraglich
  - C. Öffentliches Interesse an der Führung und Veröffentlichung der öffentlichen Liste
  - D. Wirtschaftliche Abhängigkeit der Sachverständigen und Gutachterstellen begründet keine Befangenheit
  - E. Auswahl der Sachverständigen nach Zufallsprinzip
- III. Fazit

### I. Die öffentliche Liste über beauftragte Sachverständige in der IV

#### A. Entstehungsgeschichte

[1] Am 1. Januar 2022 sind die Gesetzesrevision zur Weiterentwicklung der IV (WEIV) und die entsprechenden Ausführungsbestimmungen in Kraft getreten. Neben den erklärten Zielen zur Verbesserung des Systems der Invalidenversicherung, wie z.B. der intensiveren Begleitung bei Geburtsgebrechen und dem Ausbau der Zusammenarbeit zwischen der Ärzteschaft, Arbeitgebenden und der IV, hat der Gesetzgeber in Art. 44 ATSG<sup>1</sup> auch eine einheitliche Regelung für die Abklärungen und medizinischen Gutachten getroffen.<sup>2</sup> Diese einheitliche Regelung bezweckt, die Rechtsprechung zu medizinischen Gutachten<sup>3</sup> auf formell-gesetzlicher Ebene zu verankern.<sup>4</sup> So sind neu unter anderem von den Interviews zwischen der versicherten und sachverständigen Person Tonaufnahmen zu erstellen und in die Akten des Versicherungsträgers aufzunehmen (Art. 44 Abs. 6 ATSG).<sup>5</sup> Ausserdem räumt Art. 44 Abs. 7 ATSG dem Bundesrat die Kompetenz ein, in den einzelnen Versicherungszweigen die Art der Vergabe des Auftrags an Gutachterstellen zu regeln und erteilt ihm weitere, an dieser Stelle nicht näher zu thematisierende Gesetzgebungsaufträge.

[2] Neben den oben genannten Neuerungen hatte die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) des Nationalrates den E-Art. 44 ATSG gemäss Vorschlag des Bundesrates um einen Absatz ergänzt, welcher den Versicherungsträgern den Auftrag erteilte, eine Liste aller Sachverständigen und Gutachterstellen, strukturiert nach Fachbereich und Anzahl jährlich be-

---

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1).

<sup>2</sup> Statt vieler Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV), Weiterentwicklung der IV – Die Vorlage im Überblick, abrufbar unter [www.bsv.admin.ch](http://www.bsv.admin.ch) > Sozialversicherungen > Invalidenversicherung IV . Reformen & Revisionen > Weiterentwicklung der IV, besucht am 7. September 2022.

<sup>3</sup> BGE 137 V 260 und BGE 139 V 349.

<sup>4</sup> BBl 2017 2535, 2621 und 2625 ff.

<sup>5</sup> Siehe zu den Einzelheiten Art. 7k und 7l ATSV (Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts; SR 830.11) und auch BRUNO BAERISWYL et al., Was neu für sozialversicherungsrechtliche Gutachten gilt, Schweiz.Ärztztg. 2021;102(5152):1709-1712.

gutachteter Fälle, zu führen.<sup>6</sup> Diese Bestimmung (E-Art. 44 Abs. 7 ATSG) wurde im Nationalrat ohne Debatte dazu angenommen und dem Ständerat als Zweitrat überwiesen.<sup>7</sup>

[3] Die SGK des Ständerates nahm den Vorschlag des Nationalrates inhaltlich auf, entschied sich aber dazu, E-Art. 44 Abs. 7 ATSG zu streichen. Stattdessen beantragte sie dem Ständerat die folgende Ergänzung von Art. 57 Abs. 1 IVG<sup>8</sup> um lit. n sowie Satz 2 von Absatz 2 und übertrug bzw. beschränkte damit die Pflicht zur Führung dieser Liste auf die IV-Stellen:<sup>9</sup>

*«<sup>1</sup> Die IV-Stellen haben insbesondere folgende Aufgaben:*

*n. Führung und Veröffentlichung einer Liste, die insbesondere Angaben zu allen beauftragten Sachverständigen und Gutachterstellen enthält, strukturiert nach Fachbereich, Anzahl jährlich begutachteter Fälle und attestierten Arbeitsunfähigkeiten.*

*<sup>2</sup> Der Bundesrat kann ihnen weitere Aufgaben zuweisen. Er kann für die Liste nach Buchstabe n Vorgaben erlassen und weitere Angaben vorsehen.»*

[4] Die Verschiebung der genannten Bestimmung vom ATSG ins IVG begründete der Kommissionssprecher Ständerat Eder damit, dass sich der Vorwurf der fehlenden Transparenz bei der Vergabe von Gutachten in den allermeisten Fällen auf Gutachten der Invalidenversicherung beziehe. Diese ständen jeweils im Fokus der Kritik, während dies bei anderen Versicherungsträgern nicht der Fall sei.<sup>10</sup> Wäre die Bestimmung im ATSG verblieben, hätte diese Pflicht und der damit verbundene Mehraufwand aber sämtliche Versicherungsträger, wie die Unfallversicherung, die Militärversicherung und die Krankenversicherung im Krankentaggeld, getroffen. Diese Begründung von Ständerat Eder verfiel und die Pflicht zur Führung und Veröffentlichung einer Liste über beauftragte Sachverständige in der IV wurde im Ständerat<sup>11</sup> sowie im Nationalrat<sup>12</sup> mit jeweils klaren Mehrheiten angenommen. Überraschenderweise führte dabei die – wie sogleich zu zeigen sein wird – sehr einschneidende ständerätliche Ergänzung des Vorschlags des Nationalrats, gemäss welcher eine Liste nicht nur zu führen, sondern auch *zu veröffentlichen* sei, zu keinerlei Diskussionen. Wozu die IV-Stellen und das BSV hierdurch genau verpflichtet wurden, ist im Folgenden aufzuzeigen.

## **B. Zweck und Informationsgehalt**

[5] Wenn eine IV-Stelle einen Leistungsanspruch nach IVG im Rahmen des Amtsermittlungsverfahrens abklärt (Art. 43 ATSG), stützt sie sich bei komplexen Fällen auf medizinische Gut-

---

<sup>6</sup> AB 2019 N 115.

<sup>7</sup> AB 2019 N 116.

<sup>8</sup> Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20).

<sup>9</sup> AB 2019 S 803; etwas kurios mutet es an, dass der Antrag der Kommission zur Ergänzung von Art. 57 IVG einstimmig angenommen wurde, obwohl die Debatte dazu erst später bei der Streichung von E-Art. 44 Abs. 7 ATSG erfolgte. Ständerat und Kommissionssprecher Eder äusserte sich diesbezüglich wie folgt: «Herr Präsident, ich schlage Ihnen vor, dass ich dieses Thema – es geht um die Gutachten – hinten bei «Änderung anderer Erlasse» auf Seite 57 der deutschen und auf Seite 55 der französischen Fahne erkläre, wenn Sie damit einverstanden sind. Es gibt dort noch mehr Anträge, auch einen Minderheitsantrag.» (AB 2019 S 803).

<sup>10</sup> AB 2019 S 805.

<sup>11</sup> AB 2019 S 803.

<sup>12</sup> AB 2019 N 2197.

achten gemäss Art. 44 ATSG. Abhängig von der Anzahl der am Gutachten beteiligten Fachdisziplinen ist ein monodisziplinäres, ein bidisziplinäres oder ein polydisziplinäres Gutachten einzuholen.<sup>13</sup> Mit der Erstellung des Gutachtens sind sachverständige Personen, Sachverständigen-Zweierteams oder Gutachterstellen, mit denen das BSV eine Vereinbarung getroffen hat (Art. 72<sup>bis</sup> Abs. 1 und 2 IVV<sup>14</sup>), zu beauftragen.

[6] Die Vergabep Praxis bei Gutachteraufträgen bildet seit jeher Gegenstand heftiger Kritik, die im Kern darin bestand und besteht, dass die Sachverständigen und Gutachterstellen aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeit von den Gutachteraufträgen der IV-Stellen befangen seien und deshalb Gutachten eher zu Ungunsten der Versicherten ausfielen.<sup>15</sup> Mit der öffentlichen Liste über beauftragte Sachverständige in der IV gemäss Art. 57 Abs. 1 lit. n IVG verfolgt der Gesetzgeber nun das Ziel, gegenüber den Versicherten möglichst grosse Transparenz bei der Vergabe von Gutachtensaufträgen in der IV und damit letzten Endes wohl Vertrauen in das invalidenversicherungsrechtliche Abklärungsverfahren zu schaffen.<sup>16</sup> Die versicherten Personen sollen möglichst umfassend über den bisherigen Umfang der Zusammenarbeit zwischen den jeweiligen sachverständigen Personen, Sachverständigen-Zweierteams oder Gutachterstellen mit den IV-Stellen informiert werden.

[7] Dazu müssen die IV-Stellen jeweils auf den 1. März eine Liste veröffentlichen (erstmalig also am 1. März 2023 [Art. 41b Abs. 2 IVV]), welche die nachfolgend aufgelisteten Informationen enthält. Zusätzlich hat das BSV gestützt auf diese Listen eine gesamtschweizerische Liste zu erstellen und auf den 1. Juli jedes Jahres zu veröffentlichen (Art. 41b Abs. 3 IVV). Dabei muss die Liste für jede beauftragte sachverständige Person, für jedes Mitglied der Sachverständigen-Zweierteams und für die Gutachterstellen das Folgende enthalten:

- den Namen, Vornamen, Fachdisziplin, Adresse und Rechtsform (Art. 41b Abs. 1 lit. a bis c IVV).
- die Anzahl in Auftrag gegebener Gutachten, unterteilt nach mono-, bi- und polydisziplinären Gutachten (Art. 41b Abs. 1 lit. d Ziff. 1 IVV).
- die in den eingegangenen Gutachten attestierten Arbeitsunfähigkeiten in der bisherigen und in einer angepassten Tätigkeit sowie im Aufgabenbereich, in Prozent einer Vollzeitstelle, wobei bei bi- und polydisziplinären Gutachten die Angaben nach der Konsensbeurteilung aller beteiligten Sachverständigen erfolgen (Art. 41b Abs. 1 lit. d Ziff. 2 IVV).

---

<sup>13</sup> Siehe auch MASSIMO ALIOTTA, in: Basler Kommentar zum Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, Basel 2020, Art. 44 N 9 f.

<sup>14</sup> Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV; SR 831.201).

<sup>15</sup> Die Literatur zur Thematik ist kaum mehr zu überblicken, weshalb an dieser Stelle lediglich beispielhaft auf PHILIPP EGLI, Rechtsverwirklichung durch Sozialversicherungsverfahren, Sozialversicherungsvollzug zwischen Effizienz und Fairness – Mit einer kritischen Würdigung von BGE 137 V 210, Zürich/St. Gallen 2012 und das Rechtsgutachten JÖRG PAUL MÜLLER/JOHANNES REICH, Vereinbarkeit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur medizinischen Begutachtung durch Medizinische Abklärungsstellen betreffend Ansprüche auf Leistungen der Invalidenversicherung mit Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Bern 2011 zu verweisen ist; dezidiert anderer Ansicht KASPAR GERBER, Die MEDAS (einmal mehr) im Kreuzfeuer der Kritik, SZS 2010, S. 364 ff.; siehe auch unten Rz. 18 ff.

<sup>16</sup> AB 2019 S 805; BSV, Erläuternder Bericht zu den Ausführungsbestimmungen zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (Weiterentwicklung der IV), 3. November 2021, S. 61.

- eine Übersicht über den Umfang der Beweiskraft, die den einzelnen Gutachten in Rechtsmittelverfahren sämtlicher Instanzen zugesprochen wurden (Art. 41b Abs. 1 lit. d Ziff. 3 IVV).
- die für die Tätigkeit erhaltene, jährliche Gesamtvergütung in Franken (Art. 41b Abs. 1 lit. d Ziff. 4 IVV).

[8] Das erklärte Ziel der vollständigen Transparenz wird mit dem sehr umfangreichen vorgeschriebenen Inhalt der öffentlichen Liste über beauftragte Sachverständige und der Pflicht zu deren jährlicher Veröffentlichung offensichtlich erreicht. In Zukunft wird also jede Person, die für eine IV-Stelle medizinische Gutachten erstellt hat, namentlich und mit ihrer Adresse erfasst. Es wird ausgewiesen, wie sie die Arbeitsfähigkeit der versicherten Person bewertet hat, wie das Gutachten in Rechtsmittelverfahren gewichtet wurde und vor allem auch, wie viel die sachverständige Person im vergangenen Jahr mit solchen Gutachteraufträgen gesamthaft verdient hat.<sup>17</sup>

## **II. Das Führen und Veröffentlichen der öffentlichen Liste über beauftragte Sachverständige in der IV als grundrechtsrelevante Datenbearbeitung**

### **A. Tangierung des Anspruchs auf informationelle Selbstbestimmung**

[9] Das Führen und Veröffentlichen der öffentlichen Liste über beauftragte sachverständige Personen in der IV führt zu vollständiger Transparenz über das Verhältnis der Sachverständigen zur IV-Stelle und die Resultate der Abklärungen. Sie ist aus der Perspektive der sachverständigen Personen aber auch eine Datenbearbeitung, welche ihre grundrechtlich geschützte Privatsphäre gemäss Art. 13 BV tangiert. Insbesondere ist der Anspruch der Sachverständigen auf informationelle Selbstbestimmung gemäss Art. 13 Abs. 2 BV betroffen. Dieser gewährt ihnen das Recht, selber darüber zu bestimmen, ob persönliche Daten über sie bearbeitet werden.<sup>18</sup> Der Schutzbereich umfasst hierbei jede Bearbeitung persönlicher Daten, wie z.B. das vorliegend relevante Erheben, Verarbeiten und Veröffentlichen.<sup>19</sup> Konkretisiert werden dieses Grundrecht und Art. 36 BV auf Gesetzesebene durch das Bundesgesetz über den Datenschutz.<sup>20</sup>

[10] Einschränkungen des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung müssen den Anforderungen nach Art. 36 BV genügen. So haben sie im öffentlichen Interesse zu erfolgen und verhältnismässig zu sein (Art. 36 Abs. 2 und 3 BV), bedürfen aber auch einer gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). Im Folgenden ist zu prüfen, ob Art. 57 Abs. 1 lit. n IVG und Art. 41b IVV diesen Anforderungen genügen, oder ob Gesetzgeber und Bundesrat den Bogen überspannt bzw. das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verletzt haben.

---

<sup>17</sup> Es sei an dieser Stelle der Hinweis erlaubt, dass das Tracking der Beweiskraft des Gutachtens zwar eine spannende Idee ist, letzten Endes aber kaum auf sachgerechte Art und Weise durchgeführt werden kann. Dazu müssten nicht nur die Urteile bekannt sein, sondern auch die Eingaben im Verfahren sowie alle Einzelheiten des Sachverhalts. Indirekt dürften sich Gerichte durch diese Bestimmung möglicherweise dazu gedrängt sehen, in mehr oder weniger standardisierter Form Erwägungen zu den Gutachten in die Urteilsbegründung einfließen zu lassen.

<sup>18</sup> Vgl. statt vieler STEPHAN BREITENMOSER/RAINER J. SCHWEIZER, in: St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 13 N 64.

<sup>19</sup> REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, § 14 N 57.

<sup>20</sup> Das Datenschutzgesetz (DSG; SR 235.1) ist unlängst totalrevidiert worden und tritt in der neuen Fassung am 1. September 2023 in Kraft. Wo im Folgenden auf das Datenschutzgesetz referenziert wird, sind die neuen Bestimmungen gemeint.

## **B. Gesetzliche Grundlage für das Führen und Veröffentlichen der öffentlichen Liste**

### **1. Allgemeines**

[11] Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage. Schwere Eingriffe müssen dabei in einem Gesetz im formellen Sinne vorgesehen sein. Das so umschriebene Erfordernis der gesetzlichen Grundlage zur Rechtfertigung einer Grundrechtseinschränkung setzt zum einen voraus, dass sich diese auf eine genügend bestimmte Grundlage in einem Rechtssatz zu stützen vermag (Bestimmtheitserfordernis). Die Norm ist so präzise zu formulieren, dass «die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach richten bzw. die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit voraussehen können».<sup>21</sup> Zum anderen wird verlangt, dass für schwerwiegende Eingriffe eine Grundlage auf formell-gesetzlicher Ebene besteht, während für leichtere Grundrechtseingriffe ausnahmsweise auch eine rechtmässig erlassene Verordnung zu genügen vermag (Erfordernis der Normstufe).<sup>22</sup>

[12] Das totalrevidierte Datenschutzgesetz<sup>23</sup> konkretisiert das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage bei der Bearbeitung von Personendaten durch Bundesbehörden in Art. 34 revDSG. Zunächst wird in Art. 34 Abs. 1 revDSG das Erfordernis gemäss Art. 36 Abs. 1 BV wiederholt, dass sich Datenbearbeitungen durch Bundesorgane auf eine gesetzliche Grundlage zu stützen haben. Art. 34 Abs. 2 lit. c revDSG hält sodann fest, dass eine formell-gesetzliche Grundlage bei schweren Grundrechtseingriffen erforderlich ist.<sup>24</sup> Gesamthaft betrachtet kommt dieser Bestimmung neben Art. 36 Abs. 1 BV keine eigenständige Bedeutung zu.

[13] Schliesslich ist auf Art. 36 revDSG hinzuweisen, der besondere Regelungen zur Bekanntgabe von Personendaten durch Bundesorgane enthält. Grundsätzlich gelten hierbei dieselben Voraussetzungen der Datenbearbeitung wie bei Art. 34 revDSG (Art. 36 Abs. 1 revDSG). Vorliegend ist ausserdem Art. 36 Abs. 3 revDSG relevant, wonach Daten von Amtes wegen veröffentlicht werden dürfen, wenn die Daten im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe stehen (lit. a) und an der Veröffentlichung ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (lit. b).

### **2. Erfüllung der Voraussetzung der genügenden Normstufe betreffend die Gesamtvergütung fraglich**

[14] Art. 57 Abs. 1 lit. n IVG sieht vor, dass die IV-Stellen die öffentliche Liste über beauftragte Sachverständige zu führen und zu veröffentlichen haben. Es besteht somit eine formell-gesetzliche Grundlage für die Liste als solche, für die Informationen zu den beauftragten Sachverständigen und Gutachterstellen, strukturiert nach Fachbereich, Anzahl der jährlich begutachteten Fälle und attestierten Arbeitsunfähigkeiten. Dasselbe gilt für die Veröffentlichung dieser

---

<sup>21</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (FN 19), § 9 N 53.

<sup>22</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (FN 19), § 9 N 59 ff. Im vorliegenden Fall steht die Wahrung des Rechts auf ein faires Verfahren gemäss Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 EMRK zur Diskussion.

<sup>23</sup> Es ist nochmals darauf hinzuweisen, dass sich der vorliegende Beitrag auf die revidierten datenschutzrechtlichen Bestimmungen bezieht, die am 1. September 2023 in Kraft treten werden (siehe oben FN 20).

<sup>24</sup> Art. 34 Abs. 3 und 4 revDSG sind vorliegend nicht einschlägig, weshalb nicht näher auf diese einzugehen ist; ein Profiling im Sinne von Art. 5 lit. g revDSG liegt nach hier vertretener Ansicht deshalb nicht vor, weil die Auswertung der öffentlichen Liste nicht automatisiert erfolgt (siehe dazu BBl 2017 6941, 7021 f.).

Informationen durch die IV-Stellen. Diesbezüglich wird den Anforderungen von Art. 36 Abs. 1 BV sowie Art. 34 und 36 revDSG Genüge getan. Auch was die Normbestimmtheit betrifft, erscheint die Regelung als unproblematisch.

[15] Fraglich ist hingegen, ob das Erfordernis der Normstufe auch hinsichtlich sämtlicher Konkretisierungen in Art. 41b IVV erfüllt ist. Wie zuvor bereits ausgeführt, bedürfen schwere Grundrechtseingriffe einer formell-gesetzlichen Grundlage, womit Art. 41b IVV als Verordnungsbestimmung nicht ausreichen würde. Allerdings reichen gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch gültig erlassene gesetzesvertretende Verordnungen als gesetzliche Grundlage für einen schweren Grundrechtseingriff aus. Konkret darf die Delegation nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein, die Delegation muss formell-gesetzlich vorgesehen sein, sich auf ein bestimmtes Gebiet beschränken und die Grundzüge des Grundrechtseingriffs selber enthalten.<sup>25</sup> Nach hier vertretener Ansicht vermag Art. 41b IVV diesen Anforderungen im Grundsatz zu genügen. So konkretisiert Art. 41b Abs. 1 lit. a bis lit. d Ziff. 3 IVV die in Art. 57 Abs. 1 lit. n IVG vorgeschriebenen Inhalte und geht nicht über diese hinaus. Auch die Bekanntgabe als solche ist in Art. 57 Abs. 1 lit. n IVG angelegt und wird durch die Absätze 2 und 3 IVV nur konkretisiert, ohne hierdurch noch weiter in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung einzugreifen.

[16] Allerdings ist es hinsichtlich Art. 41b Abs. 1 lit. d Ziff. 4 IVV, der die Veröffentlichung der Gesamtvergütung in Franken vorsieht, fraglich, ob auch diese Information von der formell-gesetzlichen Bestimmung gedeckt ist. Es handelt sich bei der Gesamtvergütung um eine ganz wesentliche und für die betroffenen Personen sensible Zusatzinformation. Immerhin wird dadurch ein zentrales, wenn nicht das zentrale Geschäftsgeheimnis offengelegt, nämlich der erzielte Umsatz. Die Aufnahme dieser Information in die öffentliche Liste und deren Veröffentlichung fällt eindeutig nicht mehr unter die formell-gesetzlich vorgesehenen Inhalte. Hieran vermag auch die unzulässige Blankodelegation in Art. 57 Abs. 2 IVG nichts zu ändern.<sup>26</sup> Einzig aufgrund eines überwiegenden öffentlichen Interesses könnte die Veröffentlichung bzw. Bekanntgabe der Gesamtvergütung gestützt auf Art. 36 Abs. 3 lit. b DSG geschützt sein.<sup>27</sup>

[17] Schliesslich ist in Frage zu stellen, ob Art. 41b Abs. 3 IVV, wonach neben den IV-Stellen auch das BSV jährlich eine gesamtschweizerische Übersicht zu publizieren hat, auf einer rechtsgenügenden Delegationsgrundlage beruht. Immerhin sieht Art. 57 Abs. 1 lit. n IVG nur die Veröffentlichung durch die IV-Stellen vor, das BSV wird dort nicht erwähnt. Es kommt hinzu, dass die Schwere des Grundrechtseingriffs<sup>28</sup> durch die Veröffentlichung von gesamtschweizerischen Daten in beachtlicher Weise akzentuiert wird. Da jedoch die von den IV-Stellen veröffentlichten Daten ohne Weiteres von jeder interessierten Person, wie z.B. direktbetroffene Versicherte, Verbände oder Medien, selber zusammengestellt werden können, scheint der Eingriff im Resultat doch eher gering zu sein und lässt sich von der formell-gesetzlichen Regelung gerade noch als gedeckt qualifizieren bzw. genügt hierfür mitunter eine materiell-rechtliche gesetzliche Grundlage in einer Verordnung.

---

<sup>25</sup> Zum Ganzen EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN, Grundrechte I, 2. Aufl., Zürich 2021, Rz. 31.

<sup>26</sup> Siehe zur Unzulässigkeit von Blankodelegationen z.B. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, N 368.

<sup>27</sup> Siehe dazu unten Rz. 18 ff.

<sup>28</sup> Siehe dazu oben Rz. 16.

### C. Öffentliches Interesse an der Führung und Veröffentlichung der öffentlichen Liste

[18] Neben dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage hat der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im öffentlichen Interesse zu erfolgen (Art. 36 Abs. 2 BV). Es muss für den Grundrechtseingriff also ein legitimes Motiv vorliegen.<sup>29</sup> Was öffentliche Interessen sind, lässt sich aber nicht allgemeingültig definieren. Vielmehr sind die zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen im konkreten Einzelfall zu eruieren, wobei sie sich auf eine verfassungsrechtliche oder gesetzliche Grundlage zurückführen lassen müssen.<sup>30</sup>

[19] Das Führen und Veröffentlichung der Liste soll, wie zuvor ausgeführt, Transparenz zur Vergabepraxis von Sachverständigengutachten in der IV schaffen. Somit erfolgt dies im öffentlichen Interesse der Transparenz der Verwaltungstätigkeit, die auf Bundesebene mit dem Öffentlichkeitsgesetz<sup>31</sup> als Grundsatz eingeführt worden ist und die durch ebendieses Gesetz konkretisiert wird. Das Vorliegen eines öffentlichen Interesses an Transparenz ist somit im Grundsatz zu bejahen.

[20] Vergleicht man aber die Regelungen im Öffentlichkeitsgesetz im Allgemeinen mit dem *modus operandi* der öffentlichen Liste gemäss Art. 57 Abs. 1 lit. n IVG, fällt auf, dass der Bundesgesetzgeber von Ersteren erheblich abweicht. So garantiert das Öffentlichkeitsprinzip gemäss Art. 6 Abs. 1 BGÖ das Recht, sich die gewünschten Informationen proaktiv mittels Gesuch zu beschaffen. Dies gibt den Behörden die Möglichkeit, allfällige dem Öffentlichkeitsprinzip entgegenstehende private Geheimhaltungsinteressen zu berücksichtigen und bei deren Überwiegen die Einsicht im Einzelfall zu verneinen.

[21] Demgegenüber erfolgt durch die öffentliche Liste eine proaktive – und medienwirksame – Information seitens Behörden, ohne dass hierfür ein Gesuch gestellt werden muss. Die Interessenabwägung in Einzelfall entfällt, was darauf schliessen lässt, dass der Gesetzgeber diese für sich bereits in genereller Art und Weise vorgenommen hat. Es ist deshalb in Frage zu stellen, ob dies noch als verhältnismässig bezeichnet werden kann und es wird die eingangs gestellte Frage, ob der Bogen durch die öffentliche Liste überspannt wird, an dieser Stelle mit einem klaren «Ja» beantwortet. Das öffentliche Interesse an der Transparenz der Verwaltungstätigkeit wäre auch dann gewahrt, wenn die Bekanntgabe der Inhalte der öffentlichen Liste nach den Richtlinien des Öffentlichkeitsgesetzes erfolgte.

### D. Wirtschaftliche Abhängigkeit der Sachverständigen und Gutachterstellen begründet keine Befangenheit

[22] Als weiteres Eingriffsmotiv sieht Art. 36 Abs. 2 BV den Schutz der Grundrechte Dritter vor. Damit wird der Gedanke zum Ausdruck gebracht, dass Grundfreiheiten nur soweit reichen, als sie nicht die Grundfreiheiten einer anderen Person beschränken.<sup>32</sup> Im vorliegenden Fall steht die Wahrung des Rechts auf ein faires Verfahren gemäss Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

---

<sup>29</sup> KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (FN 19), § 9 N 104.

<sup>30</sup> Statt vieler BELSER/WALDMANN (FN 25), Rz. 35.

<sup>31</sup> Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung (BGÖ; SR 152.3); siehe auch KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (FN 19), § 20 Rz. 17.

<sup>32</sup> BELSER/WALDMANN (FN 25), Rz. 40.



[23] Um nachvollziehen zu können, weshalb der Gesetzgeber das Institut der öffentlichen Liste gemäss Art. 57 Abs. 1 lit. n IVG geschaffen hat und um zu prüfen, ob sich der Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung gemäss Art. 13 Abs. 2 BV im Lichte von Art. 36 Abs. 2 BV rechtfertigen lässt, muss man sich eine bereits seit langer Zeit andauernde Kontroverse vergegenwärtigen. Medizinischen Gutachten kommt im Sozialversicherungsrecht eine zentrale Bedeutung zu, sie gelten als Beweismittel mit höchstem Beweiswert.<sup>33</sup> Deren Beurteilung der Arbeitsfähigkeit oder Arbeitsunfähigkeit der begutachteten Person bildet deshalb meist die Grundlage für das Zusprechen oder die Ablehnung eines Anspruchs auf eine Invalidenrente.<sup>34</sup> Es ist somit wenig überraschend und nachvollziehbar, dass die begutachteten Personen (oder vielmehr deren Anwälte) im Falle der Ablehnung des Anspruchs auf eine Invalidenrente das medizinische Gutachten zu entkräften haben. Hierbei wird regelmässig das Argument bemüht (GERBER bezeichnet dieses gar als juristische Allzweckwaffe<sup>35</sup>), dass die am Gutachten mitwirkenden Sachverständigen von den Begutachtungsaufträgen der IV-Stellen wirtschaftlich abhängig und deshalb befangen seien.<sup>36</sup>

[24] Sollte dieses Argument der wirtschaftlichen Abhängigkeit als Befangenheitsgrund rechtlich verfangen, wäre es nachvollziehbar, weshalb die jährliche Gesamtvergütung gemäss Art. 41b Abs. 1 lit. d Ziff. 4 IVV publiziert werden soll. Dadurch würden die begutachteten Personen mit den Informationen versorgt, die sie benötigen, um eine befangenheitsbegründende wirtschaftliche Abhängigkeit zu beweisen. Sollte dem nicht so sein, verkommt die Transparenz zum Selbstzweck, womit es fraglich wäre, ob sie als öffentliches Interesse im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV zu taugen vermag.

[25] Auf eine detaillierte Wiedergabe und Diskussion der reichhaltigen Rechtsprechung und Literatur zur Frage, ob die wirtschaftliche Abhängigkeit einen Befangenheitsgrund bildet, wird an dieser Stelle verzichtet. Mit Blick auf den vorliegenden Beitrag ist einzig entscheidend, dass das Bundesgericht wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in der Vergangenheit mehrfach und in ständiger Rechtsprechung das Vorliegen eines Befangenheitsgrundes aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeit verneinen.<sup>37</sup> Somit sind die in der öffentlichen Liste enthaltenen Informationen, insbesondere die Zusammenstellung der Gesamtvergütung, für die begutachteten Personen ohne rechtliche Relevanz und das Vorliegen betroffener Grundrechte Dritter, zwecks deren die Zusammenstellung und Veröffentlichung erfolgen soll, zu verneinen.

## E. Auswahl der Sachverständigen nach Zufallsprinzip

[26] Ein weiterer Aspekt, der erhebliche Zweifel an der Grundrechtskonformität der öffentlichen Liste gemäss Art. 57 Abs. 1 lit. n IVG aufkommen lässt, ergibt sich aus der Art und Weise der Vergabe der Gutachtungsaufträge. Bis anhin erfolgte die Vergabe von polydisziplinären medizini-

---

<sup>33</sup> Dies gilt insbesondere für Gerichtsgutachten, siehe dazu ERIK FURRER, Rechtliche und praktische Aspekte auf dem Weg zum Gerichtsgutachten in der Invalidenversicherung, SZS 2019, S. 4, mit Hinweis auf BGE 143 V 269, E. 6.2.3.2; grundlegend auch HANSJÖRG KOCH, Zu den Rahmenbedingungen gutachterlicher Aufgaben im versicherungsmedizinischen Kontext, SZS 2016, S. 271; BGE 137 V 210, E. 1.2.4.

<sup>34</sup> KASPER GERBER, Die MEDAS (einmal mehr) im Kreuzfeuer der Kritik, SZS 2010, S. 374.

<sup>35</sup> KASPER GERBER, Die MEDAS (einmal mehr) im Kreuzfeuer der Kritik, SZS 2010, S. 374.

<sup>36</sup> Siehe zum Ganzen auch oben Rz. 5.

<sup>37</sup> Siehe BGE 137 V 210 E. 1.3.3, mit Hinweisen; statt vieler MARCO WEISS, Befangenheit aufgrund wirtschaftlicher Interessen, AJP 2020, S. 609 f., mit besonderem Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 8C\_760/2019 vom 25. Februar 2020.

schen Gutachten nach dem Zufallsprinzip (aArt. 72<sup>bis</sup> IVV). Mit der WEIV ist die Vergabe nach dem Zufallsprinzip auf Gutachtensaufträge ausgedehnt worden, an denen zwei Fachdisziplinen beteiligt sind, also auf die Sachverständigen-Zweierteams (Art. 72<sup>bis</sup> Abs. 1<sup>bis</sup> und 2 IVV). Damit soll erreicht werden, dass IV-Stellen bei der Vergabe von Gutachtensaufträgen keinen Einfluss auf die Auswahl der Sachverständigen haben.<sup>38</sup>

[27] Das Argument der wirtschaftlichen Befangenheit als Ausstandsgrund wurzelt in der Annahme, dass IV-Stellen bei der Vergabe der Gutachtensaufträge bewusst Sachverständige, Sachverständigen-Zweierteams und Gutachterstellen auswählen, die in der Tendenz die Arbeitsunfähigkeit verneinen. Dies würde die Gutachtertätigkeit zu Ungunsten der begutachteten Person beeinflussen.<sup>39</sup> Es liegt auf der Hand, dass bei einer Vergabe der Gutachtensaufträge nach dem Zufallsprinzip die Vermutung einer rechtswidrigen Selektion der Sachverständigen von vornherein nicht greift. Insofern ist der Führung und Veröffentlichung der öffentlichen Liste auch unter diesem Blickwinkel im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung im Sinne von Art. 36 Abs. 3 BV die Eignung abzusprechen.

### III. Fazit

[28] Bekanntermassen soll man die Hand, die einen füttert, nicht beißen. Der Gesetzgeber hat sich mit dem Erlass von Art. 57 Abs. 1 lit. n IVG zur öffentlichen Liste zu vollständiger Transparenz bei der Einholung von Administrativgutachten im Abklärungsverfahren der Invalidenversicherung bekannt. Damit wollte er den betroffenen Personen die Möglichkeit geben, sich gegen sachverständige Personen zu wehren, die in ihrer Tätigkeit vermeintlich befangen sind. Die obenstehenden Ausführungen zeigen jedoch, dass gut gemeint leider nicht zwingend gut gemacht ist. Die vollständige Transparenz geht zulasten der grundrechtlich geschützten Privatsphäre der sachverständigen Personen, lässt sich in Anwendung der Grundrechtsschranken gemäss Art. 36 BV aber nur begrenzt rechtfertigen. Vorliegend wird insbesondere bezweifelt, dass sich die öffentliche Liste im Allgemeinen und die Veröffentlichung der Gesamtvergütung im Besonderen mit einem rechtsgenügenden öffentlichen Interesse rechtfertigen lassen. Ganz im Gegenteil giesen diese ein Misstrauen der Öffentlichkeit gegenüber den Sachverständigen in rechtliche Form, ohne dass sich die veröffentlichten Informationen von den begutachteten Personen in irgendeiner Art und Weise rechtlich verwerten liessen. Nach hiesigem Dafürhalten sollte deshalb vor allem die Veröffentlichung der Gesamtvergütung überdacht und Art. 41b Abs. 1 lit. d Ziff. 4 IVV gestrichen werden.

---

Dr. iur. GREGORI WERDER, Rechtsanwalt, Partner bei Werder Viganò AG.

Ich bedanke mich bei Frau Petja Ivanova, Mag. Iur., für die tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung des Beitrags.

---

<sup>38</sup> BSV, Ausführungsbestimmungen zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (Weiterentwicklung IV), Erläuternder Bericht, S. 64.

<sup>39</sup> Siehe dazu oben Rz. 5.