

Iris Herzog-Zwitter

Gutachtliche praxisrelevante Brennpunkte in der Versicherungsmedizin

Der Beitrag behandelt praxisrelevante Brennpunkte der medizinischen Begutachtung mit Bezug zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Der Bogen wird thematisch von der grundsätzlichen Aufgabenteilung zwischen Medizin und Recht über die Abgrenzung von Arztbericht und Gutachten bis zur bundesgerichtlichen Beurteilung des Beweiswerts eines interdisziplinären Gutachtens ohne abschliessende Konsensbesprechung gespannt.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht

Zitiervorschlag: Iris Herzog-Zwitter, Gutachtliche praxisrelevante Brennpunkte in der Versicherungsmedizin, in: Jusletter 30. August 2021

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Aufgabenteilung zwischen Medizin und Recht
3. Abgrenzung Arztbericht und Gutachten
4. Beweiswert von medizinischen Berichten und Gutachten
5. Unparteilichkeit und Unbefangenheit medizinischer Gutachter
6. Pflicht des Versicherungsträgers, der versicherten Person vor Beginn der Begutachtung den Namen der Sachverständigen mitzuteilen
7. Höchstpönliche Leistungspflicht des mandatierten medizinischen Gutachters gegenüber seinem Auftraggeber
8. Anspruch auf anwaltliche Vertretung anlässlich einer medizinischen Begutachtung
9. Beizug Angehöriger zur Übersetzung des psychiatrischen Untersuchungsgesprächs
10. Mitwirkungsrechte bei der Anordnung eines medizinischen Gutachtens
11. Qualifikationsanforderungen an die medizinischen Gutachter
12. Beweiswert eines interdisziplinären Gutachtens ohne abschliessende Konsensbesprechung
13. Schlussfolgerungen

1. Einleitung

[1] Im vorliegenden Beitrag werden Leiturteile aufgearbeitet, deren Kernaussagen in der Praxis der medizinischen Gutachter eine wichtige Rolle spielen. Die Aufgaben des medizinischen Gutachters in der Versicherungsmedizin werden zusätzlich durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung inhaltlich präzisiert.

[2] Rechtskenntnisse werden von medizinischen Gutachtern verlangt, um lege artis Gutachten erstellen zu können. Gemäss der Rechtsprechung «hat ein Gutachter zumindest diejenigen Rechtsbegriffe und Verfahrensregeln zu kennen, welche in den Fragen an den Sachverständigen enthalten oder für die Verwertbarkeit des Gutachtens entscheidend sind».¹

2. Aufgabenteilung zwischen Medizin und Recht

[3] Der Arzt stellt bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit dem Rechtsanwender sein Fachwissen zur Verfügung. Aufgabe des Arztes ist es, den Gesundheitszustand fachgerecht abzuklären und medizinisch zu beurteilen, wenn nötig die Entwicklung im Laufe der Zeit zu beschreiben und dazu Stellung zu beziehen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die versicherte Person arbeitsfähig ist.²

[4] Um lege artis eine Beurteilung der Arbeitsfähigkeit aus medizinischer Sicht vorzunehmen, muss die Ärztin das konkrete Arbeitsprofil bzw. den Arbeitsplatz der versicherten Person kennen. Aufzuzeigen ist, was die versicherte Person zukünftig noch kann bzw. die Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit – die qualitativ und quantitativ funktionellen Einschränkungen – sind genau auszuführen. Die Annahme eines psychischen Gesundheitsschadens im Sinne von Art. 4 Abs. 1

¹ Urteil des Bundesgerichts 8C_767/2019 vom 19. Mai 2020 E. 3.3.3.

² BGE 125 V 256 E. 4.; IRIS HERZOG-ZWITTER/BRUNO SOLTERMANN/ANDREAS KLIPSTEIN/GERHARD EBNER, Das Arztzeugnis – Teil 1, Schweizerische Ärztezeitung. 2021;102: 15, 497–499.

IVG sowie Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 ATSG setzt eine psychiatrische, lege artis auf die Vorgaben eines anerkannten Klassifikationssystems abgestützte Diagnose voraus.³

[5] Die ärztlichen Angaben sind eine wichtige Grundlage für die juristische Beurteilung, welche Arbeitsleistung der Person noch zugemutet werden kann.⁴ Die Aufgabe des Rechtsanwenders ist es, zu prüfen, ob der Gutachter sich an die massgebenden normativen Rahmenbedingungen gehalten hat.⁵

[6] Im Urteil BGE 140 V 193 hat das Bundesgericht im Jahr 2014 die Aufgaben von begutachtenden Mediziner im Rahmen der Invaliditätsbemessung wie folgt präzisiert: «Sache des (begutachtenden) Mediziners ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und wenn nötig seine Entwicklung im Laufe der Zeit zu beschreiben, d.h. mit den Mitteln fachgerechter ärztlicher Untersuchung unter Berücksichtigung der subjektiven Beschwerden die Befunde zu erheben und gestützt darauf die Diagnose zu stellen».

3. Abgrenzung Arztbericht und Gutachten

[7] Die Arztperson hat im Taggeldbereich nach bestem Wissen und Gewissen eine Lege-artis-Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit durchzuführen. Für die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit ist die Einschränkung in Bezug auf die bisher ausgeübte Tätigkeit rechtlich relevant. Die Gesundheitsstörung muss Krankheitswert erreichen, das heisst, sie muss eine Behandlung und/oder eine teilweise oder volle Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben. Die Beurteilung des angestammten Arbeitsplatzes basiert grundsätzlich auf der Einschätzung der Arbeitsfähigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit unter Einbezug der funktionellen Einschränkungen des Arbeitnehmers und des Anforderungsprofils des Arbeitsplatzes. Bei einer teilweisen Arbeitsunfähigkeit hat der Arzt seine Begründung möglichst präzise und nachvollziehbar darzulegen. Die Vollständigkeit und Nachvollziehbarkeit der Angaben zur Arbeitsunfähigkeit zieht eine Stärkung der Beweiskraft der Urkunde des Arbeitsfähigkeitszeugnisses nach sich.⁶

[8] Im Gegensatz zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit mittels Arztzeugnis, welche an die erste Phase nach einem Unfall oder einer Krankheit anknüpft, ist die gutachtliche Beurteilung bei langer Dauer einer Arbeitsunfähigkeit im zeitlichen Längsschnitt gefragt. Massgebend sind einerseits die Beurteilung der funktionellen Leistungsfähigkeit und andererseits die Beurteilung der funktionellen Einschränkung. Beurteilt wird nicht nur die Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich, sondern es sind die Leistungsressourcen mit Bezug auf funktionelle Einschränkungen im Längsschnitt zu beurteilen. Unter Berücksichtigung von leistungshindernden äusseren Belastungsfaktoren wie auch von Kompensationspotentialen (Ressourcen) ist das tatsächlich erreichbare Leistungsvermögen einzuschätzen.⁷

³ BGE145 V 215 E. 5.1; 143 V 409 E. 4.5.2; 141 V 281 E. 2.1; 130 V 396 E. 5.3 und E. 6.

⁴ GERHARD EBNER et al. 2016, Qualitätsleitlinien für versicherungspsychiatrische Gutachten – Schweizerische Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie SGPP, SZS 5/2016.

⁵ GERHARD EBNER/IRIS HERZOG-ZWITTER, Präzisierende Rechtsprechung zum BGE 141 V 281, SZS 2020 /4, S. 193 ff.

⁶ HERZOG-ZWITTER/SOLTERMANN/KLIPSTEIN/EBNER (Fn. 2), S. 498.

⁷ BGE 141 V 281 E. 2 S. 285 ff., E. 3.4-3.6 und 4.1 S. 291 ff.

[9] Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts dient ein Gutachten dazu, «Fachwissen, über welches die Verwaltung oder das Gericht nicht verfügt, in das Verfahren einzuführen».⁸ In BGE 140 V 193 bestätigt das Bundesgericht zur gutachtlichen Tätigkeit insbesondere «mit den Mitteln fachgerechter ärztlicher Untersuchung unter Berücksichtigung der subjektiven Beschwerden die Befunde zu erheben und gestützt darauf die Diagnose zu stellen». Hiermit erfülle «der Sachverständige seine genuine Aufgabe, wofür Verwaltung und im Streitfall Gericht nicht kompetent sind».⁹

[10] Die Aufgabe der Gutachterin oder des Gutachters besteht auch darin, sich bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit mit einem rechtlichen Normengefüge auseinanderzusetzen. Dies wurde durch die Indikatorenrechtsprechung des Bundesgerichts einmal mehr bestätigt. Die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit hat mit Blick auf die vorgegebenen Kriterien der Indikatorenrechtsprechung zu erfolgen, insbesondere sei der Aspekt der funktionellen Auswirkungen stärker zu berücksichtigen, was bereits in den diagnostischen Anforderungen umzusetzen sei. Die normativ bestimmte Gutachterfrage lautet, wie die psychiatrische Gutachterin, der psychiatrische Gutachter das Leistungsvermögen einschätzt, wenn die einschlägigen Indikatoren in casu zu Grunde gelegt werden. «Die Feststellung einer invalidisierenden Gesundheitsbeeinträchtigung erfolgt nach Vorliegen einer ärztlichen Diagnosestellung anhand eines strukturierten Beweisverfahrens».¹⁰

[11] Gemäss BGE 143 V 418 E. 6 f. ist die Frage nach den Auswirkungen sämtlicher psychischer Erkrankungen auf das funktionelle Leistungsvermögen grundsätzlich unter Anwendung des strukturierten Beweisverfahrens nach BGE 141 V 281 zu beantworten.

[12] Die Abgrenzung der ärztlichen Tätigkeit im Taggeldbereich und die gutachtliche Tätigkeit wirft unter anderem auch die Frage auf, inwieweit die Standardindikatoren bei der Beurteilung von psychischen Erkrankungen adaptiert auch im Taggeldbereich zur Anwendung kommen müssten.

4. Beweiswert von medizinischen Berichten und Gutachten

[13] Gemäss versicherungsmedizinischer Gerichtspraxis ist hinsichtlich eines Beweiswertes eines Arztberichtes entscheidend, ob der Bericht für «die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind».¹¹

[14] Die Rechtsprechung hat in BGE 125 V 351 Richtlinien für die Beweiswürdigung von Gutachten und medizinischen Berichten aufgestellt: Ein Grundsatz ist, dass ohne zwingende Gründe der Richter bei Gerichtsgutachten von der Einschätzung des medizinischen Experten nicht abweicht. Ein Grund zum Abweichen könne vorliegen, wenn die Gerichtsexpertise widersprüchlich

⁸ Urteil des Bundesgerichts 8C_767/2019 vom 19. Mai 2020 E.3.3.1; BGE 140 V 193 E. 3.1.; JÖRG JEGGER, Die neuen Leitlinien der Schweizerischen Gesellschaft für Rheumatologie für die Begutachtung, in: Ueli Kieser/Hans-Jakob Mosimann (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2017, 2018, S. 1 ff.

⁹ BGE 140 V 193 E. 3.2.; Urteil des Bundesgerichts 9C_437/2012 vom 6. November 2012 E. 3.2.

¹⁰ Kreisschreiben über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH) Stand 1. Januar 2021, RZ 1005 3/16.

¹¹ BGE 134 V 231 E. 5.1; 125 V 351 E. 3a; 122 V 157 E. 1c.

sei oder wenn ein vom Gericht eingeholtes Obergutachten in überzeugender Weise zu anderen Schlussfolgerungen gelangt sei. Eine abweichende Beurteilung könne ferner gerechtfertigt sein, «wenn gegensätzliche Meinungsäusserungen anderer Fachexperten dem Richter als triftig genug erscheinen, die Schlüssigkeit des Gerichtsgutachtens in Frage zu stellen, sei es, dass er die Überprüfung durch einen Oberexperten für angezeigt hält, sei es, dass er ohne Oberexpertise vom Ergebnis des Gerichtsgutachtens abweichende Schlussfolgerungen zieht (BGE 118 V 290 Erw. 1b, BGE 112 V 32f. mit Hinweisen)». Volle Beweiskraft sei der im Rahmen des Verwaltungsverfahrens eingeholten Gutachten von externen Spezialisten zuzuerkennen, «solange nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen».

[15] Das Bundesgericht weist bei Berichten von Hausärztinnen, Hausärzten darauf hin, der Richter dürfe und sollte «der Erfahrungstatsache Rechnung tragen, dass Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen». Auch bei einem Parteigutachten rechtfertige «der Umstand allein, dass eine ärztliche Stellungnahme von einer Partei eingeholt und in das Verfahren eingebracht wird, nicht Zweifel an ihrem Beweiswert». Beweiswert würden den Berichten und Gutachten von versicherungsinternen Ärzten zukommen, sofern diese als schlüssig erscheinen, «nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sind und keine Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit bestehen». Denn, so das Bundesgericht: «Die Tatsache allein, dass der befragte Arzt in einem Anstellungsverhältnis zum Versicherungsträger steht, lässt nicht schon auf mangelnde Objektivität und auf Befangenheit schliessen».

[16] Es bedürfe zur Beurteilung sozialversicherungsrechtlicher Leistungsansprüche einer verlässlichen Entscheidungsgrundlage.¹² Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung seien verschiedene medizinisch-psychiatrische Interpretationen zulässig und zu respektieren, «sofern der Experte lege artis vorgegangen ist».¹³

5. Unparteilichkeit und Unbefangenheit medizinischer Gutachter

[17] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung stellt an die Unparteilichkeit und Unbefangenheit medizinischer Gutachter hohe Anforderungen. Der Sachverhalt muss objektiv dargestellt und unparteiisch beurteilt werden.¹⁴ Im Hinblick auf die erhebliche Bedeutung, welche den medizinischen Gutachten im Sozialversicherungsrecht zukomme, sei an die Unparteilichkeit des Gutachters ein strenger Massstab anzulegen.¹⁵

[18] Für medizinische Sachverständige gelten grundsätzlich die gleichen Ausstands- und Ablehnungsgründe wie für Richterinnen und Richter. In BGE 132 V 93 E. 7.1. führt das Bundesgericht aus: «Nach der Rechtsprechung gelten für Sachverständige grundsätzlich die gleichen Ausstands- und Ablehnungsgründe, wie sie für Richter vorgesehen sind. Danach ist Befangenheit anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit zu erwecken. Bei der Befangenheit handelt es sich allerdings um einen inneren Zustand, der nur schwer

¹² BGE 134 V 231 E. 5.1; 125 V 351 E. 3a.

¹³ Urteil des Bundesgerichts 9C_202/2021 vom 2. Juni 2021 E. 5.6; Urteil des Bundesgerichts 8C_28/2021 vom 9. April 2021 E. 4.2.

¹⁴ CHRISTIAN A. LUDWIG, Anforderungen an Gutachten – Anforderungen an Gutachter, Schweizerische Ärztezeitung 2006; 87: 23, 1035.

¹⁵ BGE 125 V 351 E. 3b ee; 122 V 157 E. 1c; 120 V 357 E. 3b.

bewiesen werden kann. Es braucht daher für die Ablehnung nicht nachgewiesen zu werden, dass die sachverständige Person tatsächlich befangen ist. Es genügt vielmehr, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Bei der Beurteilung des Anscheins der Befangenheit und der Gewichtung solcher Umstände kann jedoch nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden. Das Misstrauen muss vielmehr in objektiver Weise als begründet erscheinen». ¹⁶ Denn das Verhalten eines Sachverständigen könne den Anschein der Befangenheit begründen, wozu auch seine Äusserungen gegenüber einer Partei gehören, «wenn daraus nach objektiver Betrachtung inhaltlich oder durch die Art der Kommunikation auf besondere Sympathien oder Antipathien oder auf eine Ungleichbehandlung der Prozessbeteiligten geschlossen werden kann». ¹⁷

[19] Die Beurteilung, ob bei einer gegebenen Sachlage auf die Voreingenommenheit des Sachverständigen zu schliessen ist, stellt eine vom Bundesgericht frei überprüfbare Rechtsfrage dar. ¹⁸

6. Pflicht des Versicherungsträgers, der versicherten Person vor Beginn der Begutachtung den Namen der Sachverständigen mitzuteilen

[20] Eine medizinische Abklärungsstelle (MEDAS), die mit einer Begutachtung beauftragt ist, hat die Mitwirkungsrechte von Art. 44 ATSG zu wahren. Art. 44 ATSG lautet wie folgt: «Muss der Versicherungsträger zur Abklärung des Sachverhalts 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».

[21] In BGE 132 V 376 definiert das Bundesgericht den Begriff des Sachverständigen: «Sachverständiger (expert, perito) bedeutet demnach zum einen das mit der Begutachtung beauftragte Subjekt und zum andern die natürliche Person, die das Gutachten erarbeitet». ¹⁹ Gemäss Art. 44 ATSG muss es sich um einen «unabhängigen» («indépendant», «indipendente») Sachverständigen handeln. Nach dem erwähnten IV-Rundschreiben Nr. 200 vom 18. Mai 2004 würde die Formulierung «unabhängiger Sachverständiger» verwaltungsinterne Personen ausschliessen. Als Auslegungshilfe sei der leading case BGE 123 V 331 beizuziehen, demnach seien «unabhängige Sachverständige» Drittpersonen, die aufgrund ihrer besonderen Fachkenntnisse zur Aufklärung des Sachverhalts beigezogen werden.

[22] Das Bundesgericht befand im vorliegenden BGE 132 V 376, dass kein sachlicher Grund vorliege, «die Anwendung von Art. 44 ATSG auf Gutachten zu beschränken, die von einer Einzelperson selbstständig und in eigenem Namen erstellt werden». ²⁰ Die MEDAS erfülle ebenso als Institution das Erfordernis der Unabhängigkeit und daher würde einer Anwendung des Art. 44 ATSG nichts entgegenstehen. Sowohl der Gutachter als auch die Begutachtungsstellen würden fachärztliche Beurteilungen zu Händen des Auftraggebers erstellen. Es sei bei Vorliegen von Ausstandsgründen in der Person eines oder mehrerer Fachärzte dem von einer Institution erstellten

¹⁶ BGE 132 V 93 E. 7.1.

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 9C_202/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.3.1; Urteil des Bundesgerichts 8C_491/2020 vom 27. November 2020 E. 7.3.

¹⁸ Urteil des Bundesgerichts 9C_202/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.3.1.; SVR 2020 UV Nr. 23 S. 90; Urteil des Bundesgerichts 8C_557/2019, 8C_573/2019 vom 27. Januar 2020, E. 4.1.2; SVR 2015 IV Nr. 23 S. 69.

¹⁹ BGE 132 V 376 E. 6.1.

²⁰ BGE 132 V 376 E. 7.3.

Gutachten genauso der Beweiswert abzusprechen wie der von einer Einzelperson erstellten Expertise.²¹ Es sei insbesondere «einem Ausstands- oder Ablehnungsgrund gegen einen von mehreren Experten kein geringeres Gewicht beizumessen als einem solchen gegen einen Facharzt, der ein Gutachten als Einzelperson erstellt».²² Aber die Geltendmachung von Ausstandsgründen, wie sie insbesondere Art. 36 Abs. 1 ATSG vorsehe, setze die Kenntnis der Namen des oder der in Frage kommenden Gutachter/-s voraus. Denn bei Fehlen von Angaben über die Person des Sachverständigen könne die betroffene Person ihre dort verankerten Ansprüche nicht wirksam oder allenfalls zu spät geltend machen.²³ Art. 44 ATSG würde den Zeitpunkt der Bekanntgabe der Namen der sachverständigen Personen nicht ausdrücklich regeln, aber vom Normzweck her sei jedoch – so das Bundesgericht – von einer vorgängigen Mitteilung auszugehen. Denn nur so könne gewährleistet werden, dass die Mitwirkungsrechte ihre Funktion erfüllen.²⁴

[23] Auch bei dieser in der Praxis relevanten Frage bestätigt das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung die Pflicht des Versicherungsträgers, den Namen des Sachverständigen der versicherten Person vor dem Beginn der Begutachtung mitzuteilen. Diese Pflicht der Bekanntgabe erstrecke «sich nicht auf den Namen des Dritten, der den Sachverständigen bei untergeordneten Tätigkeiten unterstützt, die nicht zu den grundlegenden Aufgaben der Begutachtung gehören».²⁵

7. Höchstpönliche Leistungspflicht des mandatierten medizinischen Gutachters gegenüber seinem Auftraggeber

[24] In der Praxis stellt sich die Frage der höchstpönlichen Leistungspflicht eines mandatierten Gutachters.

[25] Zunächst ist die Definition des Art. 44 ATSG als Grundlage heranzuziehen. In Art. 44 ATSG wird als Experte derjenige definiert, «der (als beauftragtes Subjekt) ein Gutachten erstellt und sich dafür verantwortlich zeichnet». Es handelt sich zum einen um den mit der Begutachtung beauftragten Gutachter und zum andern um die natürliche Person, die den Gutachtensauftrag ausführt.²⁶

[26] Das Bundesgericht hat mittels Rechtsprechung klare und konsistente Vorgaben zur höchstpönlichen Leistungspflicht entwickelt. Der Auftraggeber hat als Versicherungsträger Anspruch darauf, dass die Begutachtung durch die beauftragte Person durchgeführt wird. Die Substitution oder Weitergabe (selbst eines Teils) des Auftrags an einen anderen Sachverständigen setze grundsätzlich die Einwilligung des Auftraggebers voraus.²⁷ In BGE 146 V 9 präzisiert das Bundesgericht, dass der Gutachter die Pflicht habe, das Gutachten persönlich auszuführen. Jedoch schliesse das nicht aus, dass der Gutachter auf die Unterstützung einer «Hilfsperson» zurückgrei-

²¹ BGE 132 V 376 E. 7.3.

²² BGE 132 V 376 E. 7.3.

²³ BGE 132 V 376 E. 7.3.

²⁴ UELI KIESER, ATSG Kommentar, 4. Auflage 2020, Art. 44 ATSG Rz. 39 ff.; BGE 132 V 376 E. 7.3.

²⁵ BGE 146 V 9 E. 4.2.3.

²⁶ BGE 146 V 9 E. 4.2.1; BGE 132 V 376 E.6.1.

²⁷ BGE 146 V 9 E. 4.2.2; MASSIMO ALIOTTA, Begutachtungen im Sozialversicherungsrecht, Zürich 2017, S. 373 ff.; EBNER et al. 2016, Qualitätsleitlinien für versicherungspsychiatrische Gutachten (Fn. 4).

fen könne, die sogenannte untergeordnete Aufgaben durchführen könne.²⁸ Vorausgesetzt werde aber, dass die inhaltliche Verantwortung für das Gutachten beim beauftragten Sachverständigen bleibe.²⁹ Die persönliche Leistungspflicht des Gutachters sei unabdingbar, weil der Gutachter auf Grund seines fachspezifischen Wissens, seiner wissenschaftlichen Kenntnisse und seiner Unparteilichkeit mandatiert wurde.³⁰

[27] In BGE 9C_525/2020 weist das Bundesgericht, in Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung, darauf hin, dass die persönliche Leistungspflicht des Beauftragten jedoch nicht ausschliesse, «dass der Experte die Unterstützung einer Hilfsperson in Anspruch nimmt, die unter seiner Anleitung und Aufsicht handelt, um gewisse untergeordnete Hilfsarbeiten auszuführen, zum Beispiel technische Aufgaben (Analysen) oder Recherchier-, Schreib-, Kopier- oder Kontrollarbeiten». Es sei zulässig, «eine solche durch einen qualifizierten Dritten vorgenommene Unterstützung für untergeordnete Hilfsarbeiten» in Anspruch zu nehmen, «ohne dass darin eine zustimmungsbedürftige Substitution zu sehen ist, solange die Verantwortung für die Expertise, insbesondere die Begründung und die Schlussfolgerungen sowie die Beantwortung der Gutachterfragen, in den Händen des beauftragten Experten bleiben».³¹ Aber Aufgaben, die nicht delegiert werden könnten, seien insbesondere die Kenntnisnahme vom Dossier in seiner Gesamtheit und dessen kritischen Analyse, die Untersuchung der zu begutachtenden Person oder die Gedankenarbeit hinsichtlich der Beurteilung des Falles und das Ziehen der Schlussfolgerungen, wenn nötig im Rahmen einer interdisziplinären Diskussion.³²

[28] UELI KIESER präzisiert im ATSG-Kommentar zu Art. 44 ATSG diese für die Praxis relevante Frage wie folgt: «Sofern ein Gutachtensauftrag verschiedene Bereiche umfasst, welche von mehreren Sachverständigen begutachtet werden, sind alle vorgesehenen Personen zu nennen. Hingegen bezieht sich die Namensnennung nicht auf Substitutinnen und Erfüllungsgehilfen, wobei zu berücksichtigen ist, dass diese ohnehin nur in einem ausserordentlich engen Rahmen beigezogen werden können, weil die gutachtliche Arbeit am Grundsatz der persönlichen Begutachtung ausgerichtet ist».³³

8. Anspruch auf anwaltliche Vertretung anlässlich einer medizinischen Begutachtung

[29] Das Bundesgericht gibt zu einer weiteren in der Praxis relevanten Frage des Anspruchs auf anwaltliche Vertretung anlässlich einer medizinischen Begutachtung klare Vorgaben. Gemäss Art. 37 Abs. 1 ATSG «kann sich die Partei, wenn sie nicht persönlich zu handeln hat, jederzeit vertreten oder, soweit die Dringlichkeit einer Untersuchung es nicht ausschliesst, verbeiständen lassen». Die Partei könne – so das Bundesgericht – dieses Recht selber wahrnehmen oder durch

²⁸ BGE 146 V 9 E. 4.2.2; ALFRED BÜHLER, Die Mitwirkung Dritter bei der medizinischen Begutachtung im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren, in: Jusletter vom 3. September 2007, Rz. 27.

²⁹ BGE 146 V 9 E. 4.2.2.

³⁰ BGE 146 V 9 E. 4.2.2; ULRIKE HOFFMANN-RICHTER/JÖRG JEGER/HOLGER SCHMIDT, Das Handwerk ärztlicher Begutachtung 2021, S. 25 ff.

³¹ Urteil des Bundesgerichts 9C_525/2020 vom 29. April 2021 E. 4.1.2.

³² Urteil des Bundesgerichts 9C_525/2020 vom 29. April 2021 E. 4.1.2; Urteil des Bundesgerichts 9C_413/2019 vom 4. Dezember 2019 E. 4.2.

³³ KIESER (Fn. 24) Art. 44 ATSG Rz. 46.

einen Vertreter wahrnehmen lassen oder sich dabei durch einen Beistand unterstützen beziehungsweise begleiten lassen. Aber es bestehe «anders als bei einer Verhandlung – allenfalls mit Beweisabnahme – vor einer Verwaltungs- oder Rechtsmittelbehörde» kein Anspruch auf eine anwaltliche Verbeiständung anlässlich einer medizinischen Begutachtung.³⁴

[30] Das Bundesgericht begründete seine Haltung wie folgt: «Diese Differenzierung zwischen Verhandlung vor einem Gericht oder einer Behörde einerseits und einer Begutachtung durch Experten andererseits rechtfertigt sich insbesondere dann, wenn die Partei in einem Verfahren selber Gegenstand der Beweismassnahme ist, namentlich wenn es darum geht, den Gesundheitszustand der betroffenen Person abzuklären. Dabei ist diese Person – anders als etwa bei einem Augenschein, wo es darum geht, unter Mitwirkung der Parteien das Augenscheinsobjekt zu betrachten und zu würdigen – nicht in erster Linie als Verfahrenspartei beteiligt, die sich zum Begutachtungsobjekt äussert, sondern sie wird selber begutachtet (BGE 122 II 469 Erw. 4c). Es geht darum, dem medizinischen Begutachter eine möglichst objektive Beurteilung zu ermöglichen, was bedingt, dass diejenigen Rahmenbedingungen zu schaffen sind, die aus wissenschaftlicher Sicht am ehesten geeignet sind, eine solche Beurteilung zu ermöglichen (BGE 119 Ia 262 Erw. 6c)».³⁵ Des Weiteren weist das Bundesgericht darauf hin, dass die Begutachtung möglichst ohne äussere Einflussnahmen durchgeführt werden müsse. Die Aufgabe des Rechtsbeistandes insbesondere der Intervention vertrage sich nicht mit der wissenschaftlichen Begutachtung. Der Gutachter müsse die Möglichkeit haben, sich «ein möglichst unverfälschtes und wahrheitsgetreues Bild zu verschaffen».³⁶

9. Beizug Angehöriger zur Übersetzung des psychiatrischen Untersuchungsgesprächs

[31] Ein weitere in der Praxis relevante Frage ist, ob der Beizug Angehöriger zur Übersetzung des Untersuchungsgesprächs rechtens ist. Grundsätzlich ist gemäss Rechtsprechung eine Übersetzungshilfe bei psychiatrischen Begutachtungen beizuziehen, «sofern sprachliche Schwierigkeiten bestehen und das Untersuchungsgespräch nicht in der Muttersprache des Exploranden geführt werden kann».³⁷

[32] Das Bundesgericht kommt aber in BGE 140 V 260 zum Schluss, dass der Beizug Angehöriger zur Übersetzung des psychiatrischen Untersuchungsgesprächs prinzipiell ausgeschlossen sei. Angehörige (sinngemäss auch Freunde und Bekannte) würden sich nicht als Dolmetscher eignen, «weil sie infolge mangelnder Distanz zum Exploranden und (beiderseitigem) Zwang zu familienrollen-konformem Verhalten befangen sind».³⁸

[33] Zudem konkretisierte das Bundesgericht, dass der Beizug zur Übersetzung kein (Dolmetscher-)Diplom voraussetze. Präzisierend hält das Bundesgericht fest: «Bedeutsam sind nicht nur die Sprachkompetenzen sowie die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der übersetzenden Per-

³⁴ BGE 132 V 443 Regeste.

³⁵ BGE 132 V 443 E. 3.5.

³⁶ Urteil des Bundesgerichts 9C_202/2021 vom 2. Juni 2021 E. 4.2.2.; BGE 132 V 443 E. 3.5.; 132 V 93 E. 7.1.

³⁷ BGE 140 V 260 E. 3.2.1.; EBNER et al. 2016 (Fn. 27), S. 435–493.

³⁸ BGE 140 V 260 E. 3.2.4.

son; auch Kenntnisse über kulturspezifische Besonderheiten, etwa des Krankheitsverständnisses, spielen eine Rolle».³⁹

10. Mitwirkungsrechte bei der Anordnung eines medizinischen Gutachtens

[34] In BGE 133 V 446 weist das Bundesgericht darauf hin, dass «der unter der Überschrift Gutachten im Abschnitt Sozialversicherungsverfahren stehende Art. 44 ATSG» keine «Vorschrift zur strittigen Frage der vorgängigen Bekanntgabe und der Mitwirkungsrechte bei der Formulierung von Expertenfragen» enthalte.⁴⁰ Die Leitung des sozialversicherungsrechtlichen Verfahrens obliegt gemäss Gesetz dem Versicherungsträger als Grundsatz des Amtsbetriebes. Der Versicherungsträger hat einen Sozialversicherungsfall hoheitlich zu bearbeiten⁴¹ und mit dem Erlass einer materiellen Verfügung zu erledigen.⁴²

[35] «Partizipatorische, auf präventive Mitwirkung im Rahmen der Gutachtensbestellung abzielende Verfahrensrechte» würden «dabei in einem Spannungsverhältnis zum Gebot des raschen und einfachen Verfahrens» stehen.⁴³ Anzustreben ist gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts «ein vernünftiges Verhältnis zwischen den Mitwirkungsrechten im Verwaltungsverfahren und dem Ziel einer raschen und korrekten Abklärung (vgl. BGE 132 V 93 E. 6.5 S. 109)». ⁴⁴ Es könne «daher nicht Sinn und Zweck von Art. 44 ATSG sein, dass sich die Parteien vor oder zusammen mit der Gutachtensanordnung über die Fragen zuhanden der medizinischen Sachverständigen zu einigen hätten, geschweige denn, diese in einer anfechtbaren Zwischenverfügung festzulegen wären, zumal auch die Anordnung eines Gutachtens nicht Verfügungsgegenstand zu bilden hat (vgl. BGE 132 V 93)». ⁴⁵

[36] In BGE 137 V 210 vertritt das Bundesgericht unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung (BGE 133 V 446), dass der versicherten Person ein Anspruch einzuräumen sei, sich vorgängig zu den Gutachterfragen zu äussern: «... mithin werden die IV-Stellen der versicherten Person künftig zusammen mit der verfügbarmässigen Anordnung der Begutachtung den vorgesehenen Katalog der Expertenfragen zur Stellungnahme unterbreiten. Führt die damit eröffnete Mitwirkungsmöglichkeit der betroffenen Person zu einer einzelfalladäquaten Fragestellung, so trägt dies im Übrigen zur gutachtlichen Qualität wesentlich bei». ⁴⁶

[37] In diesem Kontext ist auf den revidierten Art. 44 Abs. 3 ATSG hinzuweisen. Mit dieser Bestimmung werden die entsprechenden Partizipationsrechte der Versicherten verstärkt und neu auf Gesetzesstufe verankert. ⁴⁷

³⁹ BGE 140 V 260 E. 3.2.1.

⁴⁰ BGE 133 V 446 E. 7.2.

⁴¹ Vgl. Art. 43 ATSG.

⁴² Vgl. Art. 49 ATSG.

⁴³ BGE 133 V 446 E. 7.4.

⁴⁴ BGE 133 V 446 E. 7.4.

⁴⁵ BGE 133 V 446 E. 7.4.

⁴⁶ BGE 137 V 210 E. 3.4.2.9; JEGER JÖRG, Gute Frage – schlechte Frage: Der Einfluss der Fragestellung auf das Gutachten, in: Sozialversicherungsrechtstagung 2009, 2010, S. 171 ff.

⁴⁷ Weiterentwicklung der IV, <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/iv/reformen-revisio nen/weiterentwicklung-iv.html>, zuletzt besucht am 10. August 2021.

11. Qualifikationsanforderungen an die medizinischen Gutachter

[38] Die Expertenbeurteilung ist unumgänglich, um den Sachverhalt medizinisch beurteilen zu können. Fachkompetenz als medizinischer Experte, praktische Erfahrung und Rechtskenntnisse werden von einem medizinischen Gutachter vorausgesetzt.

[39] In einem aktuellen Bundesgerichtsurteil aus dem Jahr 2020 führt das Bundesgericht dazu aus: «Da es sich bei der Medizin um eine internationale Wissenschaft handelt, muss dieses Fachwissen und die praktische Erfahrung nicht zwingend in der Schweiz erworben worden sein (vgl. BGE 137 V 210 E. 3.3.2 S. 246; siehe auch Urteil 8C_460/2017 vom 1. Februar 2018 E. 5.5)». ⁴⁸ Man könne sich fragen – so das Bundesgericht weiter – «ob es sich mit Blick auf die Schwierigkeiten des Rechtsanwenders, den Ausbildungsstand eines medizinischen Experten zu beurteilen, nicht rechtfertigen würde, eine regelmässige Gutachtertätigkeit in der Schweiz einer Bewilligungspflicht zu unterstellen. Die Frage braucht jedoch nicht näher geprüft zu werden, bedürfte doch eine solche Bewilligungspflicht eine klare gesetzliche Grundlage und kann daher nicht durch Richterrecht eingeführt werden». ⁴⁹ Hiermit verweist das Bundesgericht auf die fehlende diesbezügliche gesetzliche Grundlage der Bewilligungspflicht der Gutachtertätigkeit in der Schweiz.

[40] Auf Grund aktueller Rechtsprechung setze eine Gutachtertätigkeit nicht den Abschluss einer spezifischen versicherungsmedizinischen Ausbildung voraus. Dennoch obliege es dem medizinischen Experten, sich die für eine korrekte Abwicklung des Gutachtensauftrags notwendigen Kenntnisse über die versicherungsmedizinischen Verhältnisse in der Schweiz anzueignen. So habe ein Gutachter zumindest diejenigen Rechtsbegriffe und Verfahrensregeln zu kennen, welche in den Fragen an den Sachverständigen enthalten oder für die Verwertbarkeit des Gutachtens entscheidend seien. ⁵⁰

[41] Das Bundesgericht präzisiert: «Unerwünscht wäre in diesem Zusammenhang eine Orientierung eines ausländischen Experten an der Rechtsordnung seines Herkunftslandes ... Entsprechende Motivation vorausgesetzt, kann sich indessen auch ein im Ausland lebender und praktisch tätiger Experte einem in der Schweiz niedergelassenen Gutachter ebenbürtige Schweiz-spezifische versicherungsmedizinische Kenntnisse (etwa der einschlägigen Leitlinien der medizinischen Fachgesellschaften; ...) aneignen. Demgegenüber können solche Kenntnisse, wenn überhaupt, nur sehr begrenzt alleine durch eine praktische ärztliche Tätigkeit in der Schweiz erworben werden. Somit rechtfertigt es sich nicht, von den medizinischen Experten aus diesem Grund eine praktische Tätigkeit in der Schweiz zu verlangen». ⁵¹

[42] In diesem Kontext ist auf das abgeschlossene Vernehmlassungsverfahren zur Weiterentwicklung der Invalidenversicherung zu verweisen, deren definitive Verordnungstexte erwartet werden. ⁵²

⁴⁸ Urteil des Bundesgerichts 8C_767/2019 vom 19. Mai 2020 E.3.3.2.

⁴⁹ Urteil des Bundesgerichts 8C_767/2019 vom 19. Mai 2020 E. 3.3.2.; Weiterentwicklung der IV, <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/iv/reformen-revisionen/weiterentwicklung-iv.html>, zuletzt besucht am 10. August 2021.

⁵⁰ Urteil des Bundesgerichts 8C_767/2019 vom 19. Mai 2020 E. 3.3.2; Urteil des Bundesgerichts I 1048/06 vom 13. Dezember 2007 E. 5.

⁵¹ Urteil des Bundesgerichts 8C_767/2019 vom 19. Mai 2020 E. 3.3.3.

⁵² Weiterentwicklung der IV, <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/iv/reformen-revisionen/weiterentwicklung-iv.html>, zuletzt besucht am 10. August 2021.

12. Beweiswert eines interdisziplinären Gutachtens ohne abschliessende Konsensbesprechung

[43] Das Bundesgericht hat in BGE 143 V 124 eine inhaltliche Position vertreten, welche seitens der medizinischen Gutachter kritisch beurteilt wird. Einerseits definiert das Bundesgericht klar den Zweck interdisziplinärer Gutachten, demnach «alle relevanten gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu erfassen und die sich daraus je einzeln ergebenden Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit in ein Gesamtergebnis zu fassen» seien.⁵³ Andererseits verletze es kein Bundesrecht, «wenn auf beweiskräftige Teilgutachten abgestellt wird, die mit der – ohne Konsensbesprechung erfolgten – interdisziplinären Gesamtwürdigung im Hauptgutachten nicht übereinstimmen» würden. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass «eine solche zusammenfassende Beurteilung auf der Grundlage einer Konsensdiskussion der einzelnen Gutachter oder unter Leitung eines fallführenden Arztes zur Zusammenführung und Darlegung der Ergebnisse aus den einzelnen Fachrichtungen» ideal sei, aber nicht zwingend.⁵⁴ Das Bundesgericht argumentiert weiter, «das Abstellen auf ein polydisziplinäres Gutachten ist daher nicht bereits deshalb bundesrechtswidrig, weil – wie im vorliegenden Fall – keine abschliessende Konsensdiskussion stattgefunden hat». Demnach durfte die Vorinstanz «willkürfrei und bundesrechtskonform gestützt auf die beweiskräftigen Teilgutachten und unter Ausserachtlassung der Zusammenfassung im Hauptgutachten einen invalidisierenden Gesundheitsschaden verneinen».⁵⁵

13. Schlussfolgerungen

[44] Versicherungsmedizin ist eine dynamische Rechtsmaterie, die massgeblich durch die Rechtsprechung geprägt wird. Sei es die Indikatorenrechtsprechung bei den psychiatrischen Gutachten oder praxisrelevante Brennpunkte der Gutachtertätigkeit, die durch das Bundesgericht eine inhaltliche Prägung erfahren. Nebst der Rechtsprechung ist auch der Gesetzgeber gefordert. Insbesondere kommt Verordnungen «im Sozialversicherungsrecht ein besonderes Gewicht zu, weil angesichts der sich rasch ändernden Rahmenbedingungen eine Anpassung der Einzelnormen in kurzen Abständen erfolgen muss».⁵⁶ In diesem Kontext ist abschliessend auf die Weiterentwicklung der Invalidenversicherung hinzuweisen, welche voraussichtlich per 1. Januar 2022 in Kraft gesetzt wird⁵⁷ und neue inhaltliche Schwerpunkte in der Versicherungsmedizin mit sich bringen wird.

Dr. iur. IRIS HERZOG-ZWITTER, asim Versicherungsmedizin I Versicherungsrecht wissenschaftliche Mitarbeiterin, Swiss Insurance Medicine Bildungsbeauftragte Deutschschweiz.

⁵³ BGE 143 V 124 E. 2.2.4; BGE 137 V 210 E. 1.2.4 S. 224; Leitlinien zur Konsensbeurteilung bei bi- und polydisziplinären Begutachtungen in der Versicherungsmedizin, SZS 3/2021 | S. 132–134.

⁵⁴ BGE 143 V 124 E. 2.2.4; Urteil des Bundesgerichts 9C_889/2015 vom 15. Januar 2016 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 9C_556/2012 vom 25. Februar 2013 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 8C_323/2007 vom 25. Februar 2008 E. 4.3.2 mit Hinweisen.

⁵⁵ BGE 143 V 124 E. 2.2.4.

⁵⁶ KIESER (Fn. 24) S. 10 Vorbemerkungen N 18.

⁵⁷ Weiterentwicklung der IV, <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/iv/reformen-revisionen/weiterentwicklung-iv.html>, zuletzt besucht am 10. August 2021.