

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich		
--	--	---

IV.2019.00917

## II. Kammer

Sozialversicherungsrichter Mosimann, Vorsitzender

Sozialversicherungsrichterin Käch

Sozialversicherungsrichterin Romero-Käser

Gerichtsschreiberin Keller

**Urteil vom 24. März 2020**

in Sachen

X.\_\_\_\_

Beschwerdeführer

gegen

Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle

Röntgenstrasse 17, Postfach, 8087 Zürich

Beschwerdegegnerin

## Sachverhalt:

1.

1.1 Der 1971 geborene X.\_\_\_\_ war zuletzt von 2011 bis 2012 als Executive Producer bei der Y.\_\_\_\_ tätig (Urk. 7/16). Am 7. März 2012 meldete er sich bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an (Urk. 7/7). Die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, holte in der Folge unter anderem ein polydisziplinäres Gutachten ein, das am 17. Juli 2014 erstattet wurde (Urk. 7/91). Mit Verfügung vom 3. März 2016 (Urk. 7/134) wies die IV-Stelle das Rentenbegehren ab, was vom hiesigen Gericht mit Urteil vom 29. August 2017 im Verfahren Nr. IV.2016.00440 bestätigt wurde (Urk. 7/165).

1.2 Mit Vorbescheid vom 30. November 2018 stellte die IV-Stelle dem Versicherten in Aussicht, einen Leistungsanspruch zu verneinen (Urk. 7/205), wogegen der Versicherte am 5. Dezember 2018 (Urk. 7/206) und am 25. Januar 2019 (Urk. 7/208) Einwände erhob. Am 25. März 2019 teilte die IV-Stelle dem Versicherten mit, eine polydisziplinäre Verlaufs-Begutachtung beim Z.\_\_\_\_ vorzusehen (Urk. 7/212). Dagegen erhob der Versicherte wiederum Einwände (Urk. 7/213), woraufhin die IV-Stelle mitteilte, die Wahl der Gutachterstelle erfolge nach dem Zufallsprinzip (Urk. 7/214). Am 14. Mai 2019 teilte die IV-Stelle mit, die Begutachtung erfolge durch die A.\_\_\_\_ (Urk. 7/217). Mit E-Mail vom 17. Oktober 2019 teilte der Versicherte der A.\_\_\_\_ unter anderem mit, dass er nicht reisefähig sei und das Begutachtungsgespräch aufnehmen werde (Urk. 7/232), wozu die A.\_\_\_\_ am 18. Oktober 2019 Stellung nahm (Urk. 7/231). Nach weiteren Einwänden des Versicherten (Urk. 7/239, Urk. 7/244) und einer Stellungnahme der IV-Stelle (Urk. 7/243), hielt die IV-Stelle mit Zwischenverfügung vom 18. November 2019 an der Durchführung einer polydisziplinären Begutachtung durch die A.\_\_\_\_ ohne audioteknische Gesprächsaufzeichnung fest (Urk. 7/245 = Urk. 2).

2. Der Versicherte erhob gegen die Zwischenverfügung vom 18. November 2019 (Urk. 2) am 20. Dezember 2019 Beschwerde und beantragte, diese sei aufzuheben und die IV-Stelle sei zu verpflichten, eine andere Gutachtensstelle als die A.\_\_\_\_ mit der Begutachtung zu beauftragen, und die IV-Stelle sei zu verpflichten, mit dem Gutachtensauftrag Tonbandaufnahmen durch die Gutachterstelle anzuordnen oder die Gutachterstelle zur Duldung von Tonaufnahmen durch ihn zu verpflichten (Urk. 1 S. 2).

Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Beschwerdeantwort vom 14. Februar 2020 die Abweisung der Beschwerde (Urk. 6), was dem Beschwerdeführer am 27. Februar 2020 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 11).

Am 20. Februar 2020 teilte die bisherige Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers mit, ihr Mandat sei beendet (Urk. 8).

## Das Gericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Bei der angefochtenen Verfügung vom 18. November 2019 (Urk. 2) handelt es sich um eine verfahrensleitende Verfügung, mit welcher die Beschwerdegegnerin an der Abklärungsstelle und insbesondere an einer Begutachtung ohne audioteknische Gesprächsaufzeichnung festhielt. Da sie das Administrativverfahren nicht abschliesst, handelt es sich um eine Zwischenverfügung.

1.2 Zwischenverfügungen können gemäss Art. 55 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 und Art. 46 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG) bei Bejahung eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils (Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG) unter Erhebung aller gesetzlich

vorgesehenen Rügen rechtlicher und tatsächlicher Natur angefochten werden.

1.3 Im Kontext der Gutachtenanordnung ist gemäss der Rechtsprechung die Eintretensvoraussetzung des nicht wiedergutzumachenden Nachteils für das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren zu bejahen, zumal die nicht sachgerechte Begutachtung in der Regel einen rechtlichen und nicht nur einen tatsächlichen Nachteil bewirken wird (BGE 137 V 210 E. 3.4.2.7). Es rechtfertigt sich deshalb, auf die Beschwerde einzutreten.

1.4 Beschwerdeweise geltend gemacht werden können materielle Einwendungen beispielsweise des Inhalts, die in Aussicht genommene Begutachtung sei nicht notwendig, weil sie - mit Blick auf einen bereits umfassend abgeklärten Sachverhalt - bloss einer Zweitmeinung entspreche (BGE 137 V 210 E. 3.4.2.7). Sodann können personenbezogene Ausstandsgründe gerügt werden.

2.1 Die Beschwerdegegnerin hielt in ihrer Zwischenverfügung (Urk. 2) an einer Abklärung durch die A.\_\_\_\_ ohne Gesprächsaufzeichnungen fest. Ein Rechtsanspruch auf Tonbandaufnahmen bestehe nicht. In Fällen, in denen Tonbandaufnahmen bestanden hätten, sei selbst ein Anspruch auf Herausgabe derselben verneint worden. Rechtsprechungsgemäss bestehe kein Anspruch einer zu begutachtenden Person auf Einsicht in interne Dokumente, wozu auch Tonbandaufnahmen gehörten (S. 2 unten). Die Gutachterstelle A.\_\_\_\_ sei im Auslosungsverfahren ermittelt worden. Es gebe keinen medizinischen Grund, eine erneute MED@P-Auslosung vorzunehmen. Prof. B.\_\_\_\_ habe im Namen der Leitung der Gutachterstelle betreffend die Tonbandaufnahmen geantwortet. Alleine dieser Umstand vermöge keine Befangenheit der für ihn tätigen Gutachter zu begründen (S. 3 oben).

2.2 Dagegen machte der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde (Urk. 1) im Wesentlichen geltend, er sei grundsätzlich mit einer Begutachtung einverstanden, es sei ihm aber auf dem Hintergrund seiner Erfahrungen anlässlich einer früheren Begutachtung ein Anliegen, während der Begutachtung Tonbandaufzeichnungen zu erstellen (S. 5). Während der aktuellen Session habe das Parlament bei der Beratung der 7. Revision des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG) beschlossen, dass künftig während der Begutachtung stets Tonbandaufnahmen zu erfolgen hätten. Auch vor Einführung der Gesetzesänderung sei eine Tonbandaufnahme während der Begutachtung sinnvoll. Er dürfe nicht schlechter gestellt werden als eine versicherte Person, die eine Tonbandaufnahme ohne Einwilligung erstelle. Der Inhalt der Gespräche sei allein gestützt auf das Gutachten nicht überprüfbar (S. 6). Selbst ohne Bewilligung aufgezeichnete Gutachtensgespräche seien strafrechtlich nicht relevant (S. 6 f.). Ihm seien offensichtlich ungerechtfertigt strafrechtliche Konsequenzen angedroht worden. Angesichts dessen bestünden Hinweise, dass dieser Disput vor der Begutachtung auf den Beweiswert der Expertise durchschlagen und dazu führen könnte, dass diese nicht verwertbar sein werde. Die notwendige Objektivität und Neutralität der A.\_\_\_\_ sei nicht gewährleistet (S. 7). Die Ausführungen von Prof. B.\_\_\_\_ in seinem Schreiben vom 18. Oktober 2019 genügten, den Anschein der Befangenheit zu wecken (S. 8).

2.3 Strittig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer Anspruch auf eine audioteknische Gesprächsaufzeichnung der angeordneten Begutachtung durch die A.\_\_\_\_ hat. Zudem strittig ist die Wahl der Abklärungsstelle A.\_\_\_\_.

Unbestritten ist die Notwendigkeit der angeordneten polydisziplinären Begutachtung.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer machte geltend, während der aktuellen Session habe das Parlament bei der Beratung der 7. IVG Revision beschlossen, dass künftig Tonbandaufnahmen während der Begutachtung stets zu erfolgen hätten. Auch vor Einführung der Gesetzesänderung sei eine Tonbandaufnahme während der Begutachtung sinnvoll (vorstehend E. 2.2).

Grundsätzlich sind in zeitlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 130 V 445 E. 1.2.1). Weiter stellt das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Abschlusses des Verwaltungsverfahrens eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 131 V 242 E. 2.1, 121 V 362 E. 1b). Nach dem Gesetzeswortlaut des aktuellen Art. 44 ATSG hat der Sozialversicherungsträger zur Abklärung des Sachverhaltes ein Gutachten bei einem unabhängigen Sachverständigen einzuholen und hat der Partei weiterhin den Namen des Sachverständigen mitzuteilen. Die Partei kann den Gutachter aus triftigen Gründen ablehnen und darf Gegenvorschläge machen. Das aktuell anwendbare Recht sieht demnach nicht zwingend Tonbandaufnahmen von Begutachtungen vor.

Am 19. September 2019 hat der Ständerat folgende Formulierung von Art. 44 Abs. 5<sup>bis</sup> ATSG beschlossen: «Sofern der Versicherte es nicht anders bestimmt, werden die Interviews in Form von Tonaufnahmen zwischen dem Versicherten und dem Sachverständigen erstellt und in die Akten des Versicherungsträgers aufgenommen (AB 2019 S 805 ff.). Der Nationalrat hat dieser Ergänzung von Art. 44 ATSG am 10. Dezember 2019 zugestimmt (AB 2019 N 2198 f.). Eine Gesetzesänderung steht demnach kurz vor dem Inkrafttreten.

3.2 Mit E-Mail vom 17. Oktober 2019 teilte der Beschwerdeführer der A.\_\_\_\_ mit, er wolle vorab darüber informieren, dass er das Gespräch, wie vom Beobachter und Ständerat empfohlen (...), aufnehmen werde (Urk. 7/232), woraufhin Prof. Dr. med. B.\_\_\_\_ im Namen der A.\_\_\_\_ mit Schreiben vom 18. Oktober 2019 Stellung nahm (Urk. 7/231). Prof. B.\_\_\_\_ führte in Bezug auf die vom Beschwerdeführer angekündigte Aufnahme der Begutachtung folgendes aus: «Ton- oder Bildaufzeichnungen der anstehenden Untersuchungen genehmigen wir Ihnen nicht. Bitte beachten Sie die strafrechtlichen Konsequenzen unerlaubter Aufzeichnungen.»

3.3 Der Beschwerdeführer machte im Wesentlichen geltend, selbst ohne Bewilligung aufgezeichnete Gutachtensgespräche seien strafrechtlich nicht relevant. Ihm seien offensichtlich ungerechtfertigt strafrechtliche Konsequenzen angedroht worden. Angesichts dessen bestünden Hinweise, dass dieser Disput vor der Begutachtung auf den Beweiswert der Expertise durchschlagen und dazu führen könnte, dass diese nicht verwertbar sein werde. Die notwendige Objektivität und Neutralität der A.\_\_\_\_ sei nicht gewährleistet. Die Ausführungen von Prof. B.\_\_\_\_ in seinem Schreiben vom 18. Oktober 2019 genügten, den Anschein der Befangenheit zu wecken (vorstehend E. 2.2).

3.4 Gemäss Art. 44 ATSG kann die versicherte Person einen Gutachter aus triftigen Gründen ablehnen und Gegenvorschläge machen. Zum einen werden von den triftigen Gründen die eigentlichen gesetzlichen Ausstandsgründe (vgl. Art. 10 VwVG und Art. 36 Abs. 1 ATSG) erfasst; zum andern zählen auch weitere Aspekte - etwa die fehlende Sachkenntnis - zu den triftigen Gründen (Kieser, ATSG-Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2015, Rz 38 zu Art. 44; vgl. auch BGE 132 V 93 E. 6.4-5).

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 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. Im Hinblick auf die erhebliche Bedeutung, welche den Arztgutachten im Sozialversicherungsrecht zukommt, ist an die Unparteilichkeit des Gutachters ein strenger Massstab anzusetzen (BGE 132 V 93 E. 7.1, 120 V 357 E. 3). Deshalb ist ein triftiger Grund auch etwa gegeben, wenn es dem Gutachter an der im konkreten Fall erforderlichen Kompetenz fehlt oder er aus persönlichen Gründen nicht als geeignet erscheint (Kieser, a.a.O., Rz 39 zu Art. 44).

3.5 Prof. B.\_\_\_\_ begründete nicht, weshalb Ton- oder Bildaufzeichnungen der anstehenden Untersuchungen nicht zugelassen würden. Angesichts der erwähnten bevorstehenden Gesetzesänderung (vorstehend E. 3.1) war der Hinweis von Prof. B.\_\_\_\_ auf strafrechtliche Konsequenzen einer unerlaubten Aufzeichnung der Untersuchungen unnötig. In absehbarer Zeit wird es üblich sein, dass Begutachtungen auf Ton aufgenommen werden. Indem Prof. B.\_\_\_\_ sich gegen die Tonaufzeichnung wandte und Rechtsbelehrungen erteilte, obschon vorliegend keine objektiven Gründe gegen eine Tonaufzeichnung sprechen, setzte er einen Befangenheitsgrund. Die Vorbehalte des Beschwerdeführers erscheinen nachvollziehbar und sind geeignet, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Sachverständigen zu erwecken.

Der Beschwerdeführer legte nachvollziehbar dar, dass es ihm auf dem Hintergrund seiner Erfahrungen anlässlich früherer Begutachtungen ein Anliegen sei, während der Begutachtungen Tonbandaufzeichnungen zu erstellen (vorstehend E. 2.2).

3.6 Die Beschwerdegegnerin stellte sich auf den Standpunkt, Prof. B.\_\_\_\_ habe im Namen der Leitung der Gutachterstelle A.\_\_\_\_ betreffend die Tonbandaufnahmen geantwortet. Allein dieser Umstand vermöge keine Befangenheit der für ihn tätigen Gutachter zu begründen. Ausstands- oder Ablehnungsgründe könnten sich gegen einzelne Gutachter, aber nicht gegen die Begutachtungsstelle als solche richten (Urk. 2 S. 3). Es ist der Beschwerdegegnerin insofern zuzustimmen, als sich ein Ausstandsbegehren stets nur gegen Personen und nicht gegen Behörden richten kann; nur die für eine Behörde tätigen Personen, nicht die Behörde als solche, können befangen sein (BGE 137 V 210 E. 1.3.3 mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer machte vorliegend gegenüber Prof. B.\_\_\_\_ persönlich Ablehnungsgründe geltend und führte dazu weiter aus, nachdem Prof. B.\_\_\_\_ die beauftragte Gutachtenstelle leite, sei nicht von Belang, ob er vorliegend selber gutachterlich tätig sein werde. Dies umso mehr, als er und nicht einer der beteiligten Gutachter dem Beschwerdeführer geantwortet habe. Die Gutachter seien entsprechend an die Weisung von Prof. B.\_\_\_\_ gebunden und ebenfalls befangen (Urk. 1 S. 8). Dem ist zuzustimmen.

Nach dem Gesagten sind bei der hier zu beurteilenden Interessenlage und der rechtlichen und personellen Konstellation Umstände gegeben, die objektiv geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit der Sachverständigen zu wecken.

3.7 Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und die angefochtene Zwischenverfügung vom 18. November 2019 (Urk. 2) aufzuheben verbunden mit der Feststellung, dass die Beschwerdegegnerin eine neue zufallsbasierte Zuweisung eines polydisziplinären Gutachtens zu veranlassen und die Gutachterstelle anzuweisen hat, Tonaufnahmen zu machen oder zuzulassen.

4.

4.1 Da es vorliegend nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Invalidenversicherung geht, ist das Beschwerdeverfahren - in Abweichung von Art. 69 Abs. 1<sup>bis</sup> IVG - gemäss Art. 61 lit. a ATSG kostenlos.

4.2 Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) hat die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer) und sind nach Einsicht in die Honorarnote vom 20. Februar 2020 (Urk. 10) auf Fr. 1'057.55 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen und von der unterliegenden Beschwerdegegnerin zu bezahlen.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die angefochtene Zwischenverfügung vom 18. November 2019 aufgehoben mit der Feststellung, dass die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, eine neue zufallsbasierte Zuweisung eines polydisziplinären Gutachtens zu veranlassen und die Gutachterstelle anzuweisen hat, Tonaufnahmen zu machen oder zuzulassen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'057.55 (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X.\_\_\_\_

- Rechtsanwältin Stephanie Schwarz, Postfach 2336, 8401 Winterthur **auszugsweise (Rubrum und Dispositiv Ziff. 3 ff.)**

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle

- Bundesamt für Sozialversicherungen

sowie an:

- Gerichtskasse (im Dispositiv nach Eintritt der Rechtskraft)

5. Gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des

Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich

Der VorsitzendeDie Gerichtsschreiberin

MosimannKeller