

Christian Haag

Durchzogene Bilanz viereinhalb Jahre nach dem MEDAS-Urteil

Vor viereinhalb Jahren fällte das Bundesgericht das MEDAS-Urteil. Darin stärkte es die Verfahrensfairness und Rechte von versicherten Personen. Kurz darauf wurde die Zufallsvergabe von polydisziplinären MEDAS-Aufträgen über die elektronische Plattform SuisseMED@P eingeführt. Seither hat das Bundesgericht die Verfahrensrechte konkretisiert und begrenzt. Insbesondere im Bereich von mono- und bidisziplinären Gutachten besteht heute Handlungsbedarf, um Verfahrensfairness, Transparenz und Ergebnisoffenheit der medizinischen Beurteilung zu gewährleisten.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Öffentliches Recht; Verwaltungsrecht; Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung; Gesundheitsrecht; Sozialversicherungsrecht

Zitiervorschlag: Christian Haag, Durchzogene Bilanz viereinhalb Jahre nach dem MEDAS-Urteil, in: Jusletter 12. Oktober 2015

Inhaltsübersicht

1. MEDAS-Urteil
2. Keine Handhabe gegen gerichtliche Rückweisung zur Begutachtung:
3. Einigungsversuch wird zum toten Buchstaben
4. Ausstandsgründe gegen Gutachter
5. Wieso keine Einzelgutachten via SuisseMED@P?
6. Beweisproblematik bei ungenügendem Gutachten
7. Besserung durch Überwindbarkeitsrechtsprechung 2.0?
8. Fazit:

1. MEDAS-Urteil

[Rz 1] Am 28. Juni 2011 (BGE 137 V 210)¹ fällte das Bundesgericht ein mutiges und wegweisendes Urteil für das Verfahren der Invalidenversicherung:

[Rz 2] *85 – 90 % der Aufträge an die MEDAS stammten von IV-Stellen. Die MEDAS seien wirtschaftlich von der IV abhängig. Die Zugehörigkeit der MEDAS zum staatlichen Abklärungsapparat einerseits und deren teilweise Rechtsform als gewinnorientierte Kapitalgesellschaften privater Eigentümer andererseits könne ein systeminhärentes Spannungsverhältnis verursachen. Die Gewinnorientierung in Verbindung mit einer allfälligen Erwartung der Auftraggeberin könne eine gutachterliche Aufgabenerfüllung begünstigen, die nicht mehr ausschliesslich dem gesetzlichen Auftrag verpflichtet wäre. Dies und der Spardruck der IV führten zum Risiko und damit zur objektiv begründeten Befürchtung, die Gutachterstellen könnten sich in gutachterlichen Zweifels- und Ermessensbereichen nicht allein von fachlichen Gesichtspunkten, sondern auch von den Erwartungen der Auftraggeberschaft leiten lassen.*²

[Rz 3] Um die Verfahrensfairness zu stärken sei künftig folgendes zu beachten:

1. Soweit möglich haben sich die Parteien einvernehmlich über eine Gutachterstelle zu einigen.³
2. Weil ein MEDAS-Gutachten den Fall erheblich präjudiziert, müssen die Mitwirkungsrechte vor der Gutachtenserstellung durchsetzbar sein.⁴
3. Gerichtsgutachten sind einzuholen, wenn die Gerichte weitere Abklärungen als nötig erachten, insbesondere wenn noch kein Gutachten vorliegt und ein solches aber nötig ist, oder wenn ein MEDAS-Gutachten in einem rechtserheblichen Punkt nicht beweiskräftig ist.⁵ Die Rückweisung an die IV-Stelle zur Begutachtung ist möglich, wenn eine bisher vollständig ungeklärte Frage zu erheben ist, oder wenn nur eine Klarstellung, Präzisierung oder Ergänzung nötig ist.⁶

[Rz 4] Sodann liess das Bundesgericht offen, ob gegen einen kantonalen Rückweisungsentscheid zur gutachterlichen Abklärung Beschwerde ans Bundesgericht zulässig sei.⁷

¹ 9C_243/2010; wo nachstehend nicht anders vermerkt beziehen sich Zitate darauf.

² In fine aus E. 2.4.3 f.

³ E. 3.1.3.3 und 3.4.2.6); diesbezüglich verstand das Bundesgericht sein Urteil lediglich als Appellentscheid (E. 5): Nur wenn die zuständigen Behörden nicht binnen angemessener Zeit reagierten, könne das Bundesgericht via Art. 190 BV gestützt auf die einschlägigen verfassungs- und konventionsrechtlichen Garantien gehalten sein, im Einzelfall weitergehende verbindliche Korrekturen vorzunehmen.

⁴ E. 3.4.2.4.

⁵ E. 4.2, E. 4.4.1.1 – 4.4.1.4.

⁶ E. 4.4.1.4.

⁷ E. 4.4.1.4; d.h. ob die Rückweisung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil darstelle.

[Rz 5] Das MEDAS-Urteil war auf Seiten der Anwaltschaft von Versicherten mit grossen Hoffnungen verbunden. Endlich glaubte man ähnlich lange Spiesse wie die IV zu erhalten und eine faire, neutrale Begutachtung zu erreichen.

[Rz 6] Fünf Jahre später fällt die Bilanz durchgezogen aus:

2. Keine Handhabe gegen gerichtliche Rückweisung zur Begutachtung:

[Rz 7] Die offen gelassene Frage, ob gegen einen kantonalen Rückweisungsentscheid Beschwerde ans Bundesgericht zulässig sei, wurde in BGE 139 V 99 negativ beantwortet. Demnach könne sich die versicherte Person gegen den Endentscheid wehren und in diesem Zusammenhang vorbringen, *der frühere kantonale Rückweisungsentscheid an die IV zwecks Erstellung eines Verwaltungsgutachtens sei unrechtmässig gewesen*.

[Rz 8] Soweit die Theorie. In der Praxis ist dies aber für Versicherte kaum umsetzbar:

- Ein Gutachten ist meist matchentscheidend. Fällt das Administrativgutachten nach einer Rückweisung negativ aus, so sind die Hürden für eine Anfechtung deutlich höher: Wie das Bundesgericht selber zugesteht hat ein Gutachten präjudizierende Wirkung.⁸ Diese Präjudizwirkung erschwert oder verunmöglicht eine spätere Anfechtung: Die versicherte Person wird nach jahrelangem eigenem Kampf die Kosten scheuen und/oder einfach resignieren, die Rechtsschutzversicherung wird Aussichtslosigkeit erklären, oder der Staat wird im Rahmen der URP mangels Aussichtschancen keine Kostengutsprache für ein Rechtsmittel erteilen. Dies erscheinen fragwürdige Konsequenzen eines eigentlich unzulässigen, aber abgenommenen Beweises.
- Zudem ist gemäss Bundesgericht die Kompetenz der Gerichte zur Überprüfung medizinischer Aspekte beschränkt.⁹ Die Mitwirkungsrechte müssten daher im Beschwerdeverfahren durchsetzbar sein, *bevor* ein Verwaltungsgutachten präjudiziert.¹⁰
- Weiter besteht im Bereich mono- und bidisziplinärer Administrativgutachten das Risiko der Abhängigkeit der Gutachter von der IV: Deren Zuteilung erfolgt bis heute nicht nach Suisse-MED@P, sondern die IV wählt die Gutachter aus (vgl. hinten Ziff. 3 f.). Umso wichtiger wäre die Durchsetzung der Verfahrensfairness *vor* Eintritt eines Präjudizes in Form des Gutachtens.
- Darüber hinaus ist die Kognition des Bundesgerichts in IV-Sachen auf Rechtsfragen beschränkt.¹¹ Entscheidend für IV-Leistungen sind in der Praxis meist gutachterliche Beurteilungen des Gesundheitszustandes und der Arbeitsfähigkeit. Diese sind Tatfragen, welche das Bundesgericht nicht überprüft.¹²

[Rz 9] Es ist daher kaum denkbar, dass bei negativem Verwaltungsgutachten als Folge einer (unzulässigen) Rückweisung im Rahmen der Anfechtung eines Endentscheids Jahre später erfolgreich vor Bundesgericht¹³ argumentiert werden könnte, *die Rückweisung an die Verwaltung zur Admi-*

⁸ E. 3.4.2.6 und 3.4.2.7.

⁹ E. 3.4.2.7: Das Bundesgericht schreibt zurecht: «(...)fällt ins Gewicht, dass das Sachverständigengutachten im Rechtsmittelverfahren mit Blick auf die fachfremde Materie faktisch nur beschränkt überprüfbar ist.»

¹⁰ E. 3.4.2.4.

¹¹ Art. 97 und 105 BGG.

¹² Urteil des Bundesgerichts 8C_375/2014 vom 10. Februar 2015.

¹³ Die kantonale Instanz wird ihren früheren Rückweisungsentscheid später kaum als *falsch* bezeichnen, weshalb der Endentscheid bis vor Bundesgericht gezogen werden muss.

nistrativbegutachtung wäre unzulässig, ein Gerichtsgutachten geboten und deshalb¹⁴ ein positiver Rentenentscheid die Folge gewesen.

[Rz 10] Damit erweist sich die Stärkung der Verfahrensfairness überall dort als Illusion, wo es Gerichte z.B. aus Kosten- oder Aufwandsgründen ablehnen, ein Gerichtsgutachten zu erstellen. In all diesen Fällen erhält die IV wieder das Heft in die Hand, obschon genau dies gemäss BGE 137 V 210 hätte verhindert werden sollen.

[Rz 11] Die Problematik verstärkt sich durch den gerichtlichen Entscheidungsspielraum, wann ein *in einem rechtserheblichen Punkt nicht beweiskräftiges Gutachten* vorliegt (das ein Gerichtsgutachten erfordert),¹⁵ und wann *nur eine Klarstellung, Präzisierung oder Ergänzung nötig* ist (die eine Rückweisung erfordert).¹⁶ Auch dieser komplizierten Unterscheidung ist die versicherte Person ausgeliefert.

[Rz 12] Aus ähnlichen Gründen problematisch ist, dass eine Zwischenverfügung nicht anfechtbar ist, in welcher die IV statt eines mono- oder bidisziplinären Gutachtens ein polydisziplinäres Gutachten mittels Suisse MED@P verfügt (BGE 139 V 339). Damit wird bei mono- und bidisziplinären Gutachten das Primat des Einigungsversuchs¹⁷ ausgehebelt und mit einem polydisziplinären Gutachten ein Faktum geschaffen, gegen das sich die versicherte Person bei negativem Ergebnis kaum mehr wehren kann.

3. Einigungsversuch wird zum toten Buchstaben

[Rz 13] Nach BGE 137 V 210 ergingen zunächst mehrere Urteile, welche den Appell des Bundesgerichts umsetzten, sich soweit möglich einvernehmlich über eine Gutachterstelle zu einigen.¹⁸

- Mit Entscheid vom 28. Mai 2013¹⁹ urteilte das Versicherungsgericht St. Gallen, der Versuch einer Einigung bezüglich Gutachterstelle gehe dem Zufallsprinzip als Notbehelf vor.
- Gemäss Urteil des Kantonsgericht BL vom 26. September 2013²⁰ müssen sich die Versicherer zwecks Einigungsversuchs mit den Vorschlägen der versicherten Personen auseinandersetzen und prüfen, ob die vorgeschlagenen Gutachterstellen bzw. Gutachterpersonen grundsätzlich in Frage kommen: «Entspricht eine vorgeschlagene Gutachterstelle oder Gutachterperson nach der Ansicht des Versicherers diesen Anforderungen nicht, hat sie (...) der versicherten Person (...) darzulegen (...), von welchen Überlegungen sie sich leiten liess. Erst wenn der Einigungsversuch scheitert, erlässt die Versicherung über die von ihr gewählte Gutachterstelle oder Gutachterperson eine Zwischenverfügung.»
- Die rechtsstaatlichen Anforderungen nach BGE 137 V 210 gelten – abgesehen von der Beschränkung der Auftragsvergaben nach dem Zufallsprinzip bei mind. 3 Disziplinen – auch für mono-

¹⁴ Wie soll die versicherte Person beweisen, dass bei einem Gerichtsgutachten ein anderes Ergebnis resultiert hätte?

¹⁵ E. 4.4.1.1 – 4.4.1.4.

¹⁶ E.4.4.1.4.

¹⁷ E. 3.1.3.3.

¹⁸ E. 3.1.3.3.

¹⁹ Prozess Nr. IV 2012/353.

²⁰ <https://goo.gl/VhMRaI> (Website zuletzt besucht am 6. Oktober 2015); Prozess-Nr. 725 13 70/231, E. 5.2.2.

und bidisziplinäre medizinische Gutachten.²¹ Gemäss Urteil des Bundesgerichts 9C_207/2012 vom 3. Juli 2013 geht bei mono- und bidisziplinären Gutachten ein Einigungsversuch einer autoritativen Gutachterverfügung vor.

[Rz 14] Diese Urteile verstärkten die nach BGE 137 V 109 aufgekeimte Hoffnung Versicherter, durch Vorschlag mehrerer Gutachter zumindest jene Gutachter vermeiden zu können, welche erfahrungsgemäss krass einseitig streng zugunsten der IV begutachten.

[Rz 15] Diese Hoffnung hat sich jedoch schon kurz darauf zerschlagen:

- Gemäss Urteil des Bundesgerichts 9C_207/2012 vom 3. Juli 2013 ersetzt die SuisseMED@P-Zufallsanordnung den Einigungsversuch: «Die Auftragsvergabe nach dem Zufallsprinzip neutralisiert – zusammen mit den weiteren Vorgaben nach BGE 137 V 210 – generelle, aus den Rahmenbedingungen des Gutachterwesens fließende Abhängigkeits- und Befangenheitsbefürchtungen».²²
- Gemäss Bundesgerichtsurteil 9C_560/2013 vom 6. September 2013 (E. 2.3) muss sich das kantonale Gericht nur mit der Frage der Einigungsbestrebungen befassen, wenn bei der Anordnung der monodisziplinären Begutachtung grundsätzlich ein konsensorientiertes Vorgehen angezeigt gewesen war. Dies wiederum setze voraus, dass ein zulässiger Einwand formeller (fallbezogenes formelles Ablehnungsbegehren) oder materieller (fachbezogener) Natur im Raum stand.²³ Ein Einigungsversuch wird überall dort obsolet, wo kein zulässiger Einwand formeller oder materieller Natur besteht.
- Bei genauer Betrachtung wird damit teilweise zum Vorzustand vor BGE 137 V 210 zurückgekehrt: Praktisch überall wo ein solcher Einwand besteht, stellt sich gleichzeitig die Ausstandsfrage.²⁴ Gegenüber den bisherigen Verfahrensrechten bezüglich Ausstands scheint BGE 137 V 210 bei heutiger Praxis nicht mehr als gewichtige Stärkung der Verfahrensfairness.

[Rz 16] Die vermeintliche Stärkung der Verfahrensfairness und Mitwirkungsrechte der Versicherten wurde damit wieder massiv geschwächt.

4. Ausstandsgründe gegen Gutachter

[Rz 17] Eine weitere Schwächung der Verfahrensfairness und Mitwirkungsrechte ergibt sich aus BGE 138 V 271 E. 2.2.2 und Urteil des Bundesgerichts 9C_146/2013 vom 20. März 2013: *Formelle Ablehnungsgründe können nicht mit Schilderungen negativer Erfahrungen anderer Versicherter bezüglich bestimmter Sachverständiger in früheren Fällen dargetan werden.*²⁵

[Rz 18] Diese Gerichtspraxis erscheint aus mehreren Gründen problematisch:

- Gemäss E. 1.2.1 des Urteils des Bundesgerichts 9C_260/2012 vom 5. Juni 2012 sind in früheren Fällen gemachte schlechte Erfahrungen erheblich.
- Zudem sind die Möglichkeiten der rechtsanwendenden Behörden begrenzt, materielle Mängel

²¹ Urteil des Bundesgerichts 8C_360/2011 vom 13. Februar 2012 E. 4.2 in fine.

²² E. 5.2.2.1.

²³ Urteil des Bundesgerichts 9C_207/2012 vom 3. Juli 2013 E. 1.2.4 in Verbindung mit E. 5.2.2.3.

²⁴ E. 3.4.2.7 des Bundesgerichtsurteils 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011.

²⁵ vgl. auch E. 2 von Urteil des Bundesgerichts 9C_465/2015 vom 27. August 2015.

im Gutachten zu erkennen.²⁶

- Sodann genügt gemäss Art. 36 ATSG bereits der Anschein der Befangenheit als Ausstandsgrund gegen einen Gutachter. An den Anschein der Befangenheit ist ein strenger Massstab zu legen.
- Es überzeugt nicht, den Anschein der Befangenheit mit dem Argument zu verneinen, *negative Erfahrungen anderer Versicherter mit einem bestimmten Gutachter würden nicht den Anschein der Befangenheit für den konkreten Fall begründen*: Vermag die versicherte Person aufzuzeigen, dass ein Gutachter in der Vergangenheit wiederholt einseitig oder gar falsch begutachtet hat, so ist von diesem wahrscheinlich keine ergebnisoffene, neutrale Begutachtung zu erwarten. Dies muss genügen um zumindest den Anschein der Befangenheit zu begründen, insbesondere im heiklen Bereich versicherungsmedizinischer Gutachten mit der problematischen institutionellen und finanziellen Abhängigkeit (vgl. sogleich).
- Schliesslich könnten Gutachter bei wörtlicher Umsetzung von BGE 138 V 271 *in jedem Fall neu und wieder* so einseitig und nichtobjektiv begutachten, dass ein Ausstandsgrund entstünde – jeweils ohne Konsequenz für einen späteren neuen Fall (weil in *diesem* Fall Schilderungen negativer Erfahrungen anderer Versicherter bezüglich bestimmter Sachverständiger in *früheren* Fällen nicht relevant wären). Das wäre ein Freipass für Falschbegutachtungen.

[Rz 19] Weiter erscheint diese Rechtsprechung problematisch weil es Gutachter gibt, welche sehr nahe an der Assekuranz stehen:

- So lud die MEDAS PMEDA AG am 2. Juni 2014 zu einem Vortrag ein.²⁷ Im Einladungsschreiben wurde damit geworben, den Krankentaggeld-, IV-Stellen und Unfallversicherern Möglichkeiten aufzuzeigen, *versicherungsmedizinisch unbegründete Ansprüche zukünftig zu begrenzen*. Solche Direktwerbung an Versicherer zeigt die Abhängigkeitsproblematik gewinnorientierter, privater MEDAS-Aktiengesellschaften.
- Auf der Homepage der MEDAS ABI GmbH hiess es am Mittwoch 14. Januar 2015 um 16:26 Uhr: *Somatoforme Schmerzstörungen können in der Regel keine Arbeitsunfähigkeit begründen. Bestimmte Ausnahmekriterien können vorliegen, die eine teilweise Einschränkung der Arbeitsunfähigkeit begründen können*. Der implizite Hinweis der Gutachterstelle, *eine somatoforme Schmerzstörung könne nur ausnahmsweise teilweise die Arbeitsfähigkeit einschränken*, ist kaum mit der bundesgerichtlichen Prämisse einer ergebnisoffenen Begutachtung²⁸ vereinbar.
- In einer neuen Studie beurteilen Forscher des Universitätsspitals Basel Gutachten der MEDAS ABI. Resultat: Die MEDAS-Gutachter der ABI GmbH taxierten die Arbeitsfähigkeit in der für eine IV-Rente entscheidenden leidensangepassten Tätigkeit durchschnittlich 50 % höher als die behandelnden Ärzte.²⁹
- Gemäss einer Statistik verteilte die IV-Stelle Zürich im Zeitraum 2012 – 2014 total 3676 mono- und bidisziplinäre Gutachtensaufträge. Dafür in die Kränze kamen total 112 Gutachterpersonen und Gutachterinstitute. Von diesen 112 möglichen Gutachterpersonen und Gutachterinstituten erstellte eine einzelne Gutachterperson aus *St. Gallen* für die IV-Stelle *Zürich*³⁰ total 392 Gutachten. Dies entspricht einem Anteil von 10,6 % aller Gutachten.³¹ Hätte jede

²⁶ BGE 137 V 210, E. 3.4.2.6 und 3.4.2.7.

²⁷ Dank gebührt RA Evalotta Samuelson für die Zurverfügungstellung dieses Schreibens.

²⁸ Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3.6.

²⁹ <http://goo.gl/D4sMUz> (Website zuletzt besucht am 6. Oktober 2015).

³⁰ Geografisch fragt sich, wieso die IV-Stelle Zürich für Gutachten nach St. Gallen ausweicht.

³¹ 392 von total 3'676 Gutachtensaufträgen.

Gutachterperson und jedes Gutachterinstitute gleich häufig begutachtet, so hätte die von der IV-Stelle Zürich favorisierte Gutachterin statt 10,6 % aller mono- und bidisziplinären Gutachten nur 33 Gutachten oder 0,9 % aller Gutachten machen dürfen. Die Lieblingsgutachterin der IV-Stelle Zürich war damit 11,7 x übervertreten.³² Diese einseitige, überproportionale Berücksichtigung mit entsprechender Abhängigkeit von der Auftraggeberin und einem wirtschaftlichen Klumpenrisiko für die Beauftragte erscheinen³³ bezüglich Unabhängigkeit problematisch. Dazu kommt der finanzielle Anreiz, zugunsten der Auftraggeberin zu begutachten: Nimmt man einen üblichen Preis von mind. CHF 3'000 pro monodisziplinärem Gutachten an, so liegt das Gutachterhonorar für drei Jahre bei CHF 1'176'000, jährlich also bei CHF 392'000. Somit dürfte allein das Jahreseinkommen aus Begutachtungen für die IV-Stelle Zürich einem fürstlichen Jahreslohn dieser Rheumatologin entsprechen. Angesichts solcher Zahlen wäre es lebensfremd, an der Fiktion der *Neutralität solcher externer Verwaltungsgutachter* festzuhalten. Dies ist zudem kein Einzelfall: Es gibt in der Statistik der IV-Stelle Zürich weitere Gutachterpersonen, die ebenfalls stark überproportional häufig begutachten.³⁴ Andere kantonale Statistiken sind bislang nicht bekannt. Versichertenanwälte haben jedoch zumindest den Eindruck, in anderen Kantonen gebe es auch eine überproportionale Auswahl gewisser Einzelgutachter.

[Rz 20] Angesichts dieser finanziellen und institutionellen Abhängigkeitsproblematik ist nicht einleuchtend, wieso nur MEDAS dem BSV Rechenschaft liefern müssen, welche Arbeitsunfähigkeiten attestiert werden. Zur Schaffung von Verfahrensfairness wäre zwingend zu erfassen und zu überprüfen, ob von der IV überproportional häufig gewählte mono- und bidisziplinäre Gutachten auch überproportional häufig rentenausschliessende Arbeitsunfähigkeiten attestieren. Nur so kann die angestrebte Ergebnisoffenheit der Begutachtung sichergestellt werden.

[Rz 21] Es wäre am BSV, hier die Rechte von Versicherten zu stärken. Seitens Versicherter bleibt im Hinblick auf Verfahrensfairness und ergebnisoffene Begutachtung die Hoffnung, dass solch einseitige Gutachterverteilungen künftig schweizweit publik und unterbunden werden.

[Rz 22] Sodann ist daran zu erinnern, dass die medizinische Einschätzung der Arbeitsfähigkeit je nach Gutachterperson variiert und Ermessenszüge beinhaltet, die es zu respektieren gilt.³⁵ Umso wichtiger ist es, Unabhängigkeit und Ergebnisoffenheit sicherzustellen. Diese können nicht garantiert werden, wenn die MEDAS im Rahmen des Reporting an das BSV entgegen BGE 137 V 210 nicht offenlegen, welche Arbeitsunfähigkeiten wie oft attestiert wurden. Diesbezügliche Verweigerungen mehrerer MEDAS³⁶ zeigen, dass es heute mehr braucht als einen bundesgerichtlichen Appell.

[Rz 23] Die heutige Praxis bei mono- und bidisziplinären Gutachten verunmöglicht aus Sicht des Autors die Umsetzung der angestrebten Verfahrensfairness. Zudem legt die Rechtsprechung angesichts dieser Umstände die Hürden für einen Ausstandsgrund heute übermässig hoch.

³² Dank gebührt RA Holger Hügel (www.rehaanwaelte.ch), welcher durch hartnäckiges Insistieren gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz erreicht hat, dass diese Zahlen offengelegt werden.

³³ Eine offizielle, amtliche, detaillierte Auswertung dieser Zahlen ist leider noch nicht publik.

³⁴ Nummer 2 der Lieblingsgutachter erhielt ca. 5,3 % der Aufträge, Nummer 3 noch ca. 4,5 %. Diese waren somit gesamthaft gesehen fast 6 x resp. fast 5 x übervertreten.

³⁵ Urteil des Bundesgerichts 9C_397/2015 vom 6. August 2015 E. 5.3.

³⁶ Vgl. bezüglich MEDAS Reporting 2013: S. 17 / 60 / 65 / 71 / 81 / 104 / 110 / 120 / 125: <http://goo.gl/DJzFsB> (Website zuletzt besucht am 6. Oktober 2015) Es ist zu hoffen, dass das SuisseMED@P Reporting 2014 endlich Transparenz schafft.

5. Wieso keine Einzelgutachten via SuisseMED@P?

[Rz 24] Heute werden nach Einschätzung des Autors mono- und bidisziplinäre Aufträge häufig auch direkt an einzelne, von der IV gewählte MEDAS zugeteilt, verbunden mit der Instruktion an die MEDAS-Leitung den dortigen Einzelgutachter selber zu bestimmen.³⁷ Damit hat es die Leitung der MEDAS in der Hand, welchen Einzelgutachter sie wählt. Dies ist angesichts der finanziellen Abhängigkeit problematisch:

[Rz 25] Gemäss 9C_243/2010 begutachtete die MEDAS ABI GmbH im Zeitraum 2005 – 2009 praktisch ausschliesslich für die IV. Der Median der Anteile aller MEDAS an Aufträgen der IV-Stellen lag bei 85 – 90 %.³⁸

[Rz 26] Seither hat sich offenbar nicht allzu viel geändert. Gemäss dem Reporting 2014 zum SuisseMED@P hat beispielsweise die MEDAS SMAB AG in Bern total 566 Gutachtensaufträge entgegen genommen. Kein einziger Auftrag stammte von Privaten. Hingegen waren bei total 125 monodisziplinären Gutachten in 39 Fällen die IV und in 82 Fällen Privatversicherer Auftraggeber. Auch bi- und polydisziplinäre Gutachtensaufträge stammten praktisch ausschliesslich von IV und Privatversicherungen, nur selten von Gerichten und nie von Privaten.

[Rz 27] Die finanzielle Abhängigkeit gewisser Gutachterinstitute und einzelner Gutachterpersonen ist damit problematisch.

[Rz 28] Die Leitung einer gewinnorientierten, privaten MEDAS in Form einer AG hat einen grossen Anreiz, einen möglichst strengen Einzelgutachter zu wählen, um ein für die IV günstiges Ergebnis zu erreichen und bei der nächsten Vergabe einer monodisziplinären Begutachtung durch die IV erneut den lukrativen Auftrag zu erhalten. Dies steht im Widerspruch zur Idee von BGE 137 V 210, solche Fehlanreize durch SuisseMED@P zu vermeiden.

[Rz 29] Zudem ergibt eine Analyse von RA Dr. Ronald Pedernana³⁹ zu vorgenannten Zahlen des SMAB folgendes:

[Rz 30] Von 247 Begutachtungen für die IV wurde in 81% der Fälle entweder eine Leistungsfähigkeit im bisherigen Beruf von 70% und mehr (und somit rentenausschliessend; nämlich 87 Fälle) oder eine Leistungsfähigkeit von 80% und mehr in angepasster Tätigkeit (hier 116 Fälle) attestiert. Somit wurden in sämtlichen Begutachtungen des Jahres 2014 in nicht weniger als 81% der Fälle, in denen behandelnde Ärzte oder andere Gutachterstellen ein Resultat feststellten, das zu einer IV-Rente führen müsste (denn nur in solchen Fällen wird überhaupt eine Begutachtung angeordnet), durch die SMAB-Gutachter dahingehend beurteilt, dass eine Rente nicht auszurichten war. Der Prozentsatz dürfte gar höher sein, wenn die 26 (10.5%) Fälle einer Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit von 70–79% hinzugerechnet werden (was zumindest teilweise der Fall sein muss). Damit scheint eine ergebnisoffene Begutachtung bei der SMAB AB zumindest fraglich und ein direkter Auftrag für mono- und bidisziplinäre Gutachten an gewinnorientierte MEDAS-AG's punkto Verfahrensfairness problematisch.

³⁷ Ob parallel dazu die IV und MEDAS-Leitung telefonisch die Gutachterperson festlegen, können Versicherte in der Praxis mangels Dokumentation nicht überprüfen. Ausserhalb des Sozialversicherungsrechts ist jedoch ein solcher direkter Kontakt zwischen Auftraggeber und Gutachter üblich, weshalb solche Gutachten zurecht als Parteigutachten gelten.

³⁸ E. 1.2.3.

³⁹ www.rasg.ch (Website zuletzt besucht am 6. Oktober 2015).

[Rz 31] Gemäss Vortrag von Ralf Kocher⁴⁰ an der Sozialversicherungstagung 2015 wurden im Jahr 2014 von total 3789 kantonalgerichtlichen Rentenstreitigkeiten 984 zur weiteren Abklärung zurückgewiesen (Tagungsband S. 5/9). Auch dies indiziert, dass bezüglich der Begutachtung noch Verbesserungspotential besteht.

[Rz 32] Angesichts dieser Probleme drängt sich auf, künftig auch mono- und bidisziplinäre Gutachten über die SuisseMED@P-Plattform zuzuweisen. Der damit verursachte Zeit- und Kostenaufwand fällt angesichts der Stärkung der Verfahrensfairness, der Erhöhung der Akzeptanz der Gutachter sowie der Vermeidung weiterer Justizkosten und zeitraubender Rechtsstreitigkeiten kaum ins Gewicht.

6. Beweisproblematik bei ungenügendem Gutachten

[Rz 33] Die versicherte Person darf sich bei der Begutachtung nicht durch eine Person ihres Vertrauens begleiten lassen (BGE 132 V 443).

[Rz 34] Dies führt in der Praxis zu massiven Beweismängeln versicherter Personen. Entspricht der Inhalt des Gutachtens nicht den Tatsachen, so wird sie dies nicht beweisen können: Im Gerichtsverfahren ist sie Partei. Ihre eigene Aussage hat wenig Beweiskraft. Der Gutachter wird seinerseits kaum je zugeben, sein Gutachten sei falsch, weil er sich damit strafbar machen könnte, allenfalls sogar bei Fahrlässigkeit.⁴¹ Damit kann die versicherte Person nicht beweisen, wenn z.B. ein Gutachten in der Anamnese unvollständig oder sogar falsch ist.⁴²

[Rz 35] Es ginge auch anders:

- In Frankreich darf sich eine versicherte Person nach einem Strassenverkehrsunfall im Rahmen eines gemeinschaftlichen Gutachterkonsiliums von ihrem Vertrauensarzt begleiten lassen (BGE 137 V 210 E. 3.1.3.2).
- Befragungen im Strafrecht werden minutiös protokolliert und visiert. Dasselbe gilt für Gerichtsverhandlungen im Zivilprozess, von denen teilweise sogar akustische Aufnahmen erstellt werden.

[Rz 36] Die Verfahrensfairness würde massiv gestärkt und zumindest die inhaltliche Korrektheit des Gutachtens bezüglich Ablauf der Begutachtung sichergestellt, wenn das Recht auf Anwesenheit einer Vertrauensperson, oder zumindest eine Pflicht zur akustischen Aufzeichnung bestünde. Der technische Aufwand für Letzteres erscheint im Zeitalter von Smartphones sowie der im Medizinalbereich üblichen EDV-Infrastruktur⁴³ vernachlässigbar. Auch hier würden allfällige Zusatzkosten kaum ins Gewicht fallen im Vergleich zu vermeidbaren Folgekosten für eine rechtliche Auseinandersetzung darüber, ob das Gutachten dem Ablauf der Begutachtung entspricht.

⁴⁰ Fürsprecher, Leiter Rechtsdienst, Geschäftsfeld IV, BSV.

⁴¹ Art. 307 und 318 StGB.

⁴² Beispielsweise Nichterwähnung von Beschwerden oder fehlerhafte Wiedergabe von Alltagsaktivität, Integrationsbemühungen oder Therapieversuchen (vgl. zu deren Relevanz Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.4.1, E. 4.3.1.2, E. 4.4.2).

⁴³ <http://www.nuance.de/for-healthcare/by-solutions/speech-recognition/dragon-medical/index.htm> (Website zuletzt besucht am 6. Oktober 2015).

7. Besserung durch Überwindbarkeitsrechtsprechung 2.0?

[Rz 37] Mit Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 hat das Bundesgericht die Überwindbarkeitsvermutung im IV-Bereich aufgehoben: Anstelle der im Ausnahmefall umzustossenden Überwindbarkeitsvermutung verlangt es künftig einen strukturierten, normativen Prüfungsraster. Anhand eines Kataloges von Indikatoren soll eine ergebnisoffene Beurteilung des Leistungsvermögens erfolgen. Dabei sind leistungshindernde äussere Belastungsfaktoren sowie Kompensationspotential (Ressourcen) zu berücksichtigen. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt nur vor, wenn mittels objektivierbarer Indikatoren nachweislich keine Arbeitsleistung zumutbar ist.

[Rz 38] Das Urteil wurde in der Wissenschaft mit einer gewissen Euphorie rezipiert:

[Rz 39] Der Chefarzt der MEDAS Zentralschweiz Dr. Jeger beurteilt dieses Leiturteil als *fundamentale Änderung, die von einem modernen ressourcenorientierten Medizin- und Krankheitsverständnis geprägt ist*.⁴⁴

[Rz 40] Ob das Urteil künftig zu mehr Renten für psychosomatische Beschwerden führt, bleibt indessen zu bezweifeln:

[Rz 41] So gibt das BSV im IV-Rundschreiben Nr. 339 die Parole an die IV-Stellen, bei Eingang von Gutachten einen neuen spezifischen Fragenkatalog⁴⁵ zu verwenden und dabei Folgendes zu beachten:

[Rz 42] *Im Hinblick auf ein rasches Verfahren, eine schnelle Abwicklung mit den Gutachtern bzw. den Gutachterstellen und ein möglichst aktuelles Gutachten als Grundlage für den Leistungsentcheid sind die Gutachten gemäss Rz 2087 KSVI bei Erhalt umgehend zu prüfen. Sofern die Feststellungen nicht schlüssig, vollständig und widerspruchsfrei sind, verlangt die IV-Stelle eine Nachbesserung der entsprechenden Ziffern des Auftrags. (...) Aufgrund der beschränkten Kapazitäten im polydisziplinären Bereich ist stets zu prüfen, ob eine mono-, bi- oder polydisziplinäre Begutachtung angezeigt ist.*

[Rz 43] RA Holger Hügel kritisiert daran zu Recht Folgendes:

- Von einer Gewährung des rechtlichen Gehörs an versicherte Personen (Zustellung der ersten Version, Stellungnahme zum Fragenkatalog, Möglichkeit von Ergänzungsfragen) erwähnt das BSV kein Wort. Formelle Vorgabe sollte sein, dass jeglicher direkter Kontakt zwischen IV-Stelle und Gutachter bis zur Fertigstellung des Gutachtens verboten ist. Verfahrensfairness und Transparenz würde bedingen, dass Gutachter ihre Gutachten nur an die SuisseMED@P senden dürfen, welche parallel die IV und die versicherte Person informiert. Ohne solche Spielregeln kann nicht ausgeschlossen werden, dass vorläufige Versionen oder Entwürfe direkt an die Auftraggeberin gehen, verbunden mit der Möglichkeit der IV-Stelle inoffiziell⁴⁶ Nachbesserungen zu verlangen.
- Die Aufforderung, aufgrund der beschränkten Kapazitäten im polydisziplinären Bereich stets eine mono- oder bidisziplinäre Begutachtung zu prüfen, verträgt sich schlecht mit BGE 139 V 349. Demnach hat die umfassende administrative Erstbegutachtung regelmässig polydisziplinär und damit zufallsbasiert zu erfolgen und soll eine direkte Auftragserteilung die Ausnahme

⁴⁴ Dr. Jörg Jeger, Die neue Rechtsprechung zu psychosomatischen Krankheitsbildern, in: Jusletter 13. Juli 2015, S. 1 sowie Rz. 55.

⁴⁵ Indikatorenkatalog gemäss Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015.

⁴⁶ D.h. ohne Kenntnissgabe an die versicherte Person.

bleiben. Eine polydisziplinäre Expertise ist auch dann einzuholen, wenn der Gesundheitsschaden zwar bloss als auf eine oder zwei medizinische Disziplinen fokussiert erscheint, die Beschaffenheit der Gesundheitsproblematik aber noch nicht vollends gesichert ist. Zwar kann in begründeten Fällen von einer polydisziplinären Begutachtung abgesehen und eine mono- oder bidisziplinäre durchgeführt werden, sofern die medizinische Situation offenkundig ausschliesslich ein oder zwei Fachgebiete beschlägt. Jedoch dürfen weder weitere interdisziplinäre Bezüge (z.B. internistischer Art) notwendig sein,⁴⁷ noch darf ein besonderer arbeitsmedizinischer bzw. eingliederungsbezogener Klärungsbedarf bestehen. Diese Voraussetzungen werden vor allem bei Verlaufsbegutachtungen erfüllt sein. Geht man gerade bei «psychosomatischen Leiden» von einer ungenügenden Klärung der Beschaffenheit der Gesundheitsproblematik aus, bleiben oft nur polydisziplinäre Abklärungen. Solche mit dem sachfremden Argument der beschränkten Kapazität zu unterlassen verträgt sich angesichts der Gefährdung der Verfahrensfairness bei mono- und bidisziplinären Gutachten (vorne Ziff. 5) nicht mit Sinn und Geist von BGE 137 V 210.

[Rz 44] Weiter ist fraglich, wie die Ärzteschaft die bundesgerichtlichen Indikatoren bewältigen soll. Ueli Kieser hält zutreffend fest, dass die finanzielle Abgeltung ärztlicher Beurteilungen und damit zusammenhängende tarifrechtliche Fragen nicht geklärt sind.⁴⁸ Das Problem dürfte sich durch den Mangel an Hausärzten und Psychiatern zuspitzen.⁴⁹

[Rz 45] Fehlende Abgeltung und Überlastung der Ärzteschaft dürfen aber nicht zur Abweisung eines Rentenanspruchs führen.

[Rz 46] Sodann ist ein Indikator der Kategorie «funktioneller Schweregrad» *Behandlungs- und Eingliederungserfolg oder -resistenz* (E. E. 4.3.1.2). In AJP 2/2014 Seite 254 Ziffer 6 erinnert Prof. Dr. iur. Ueli Kieser an die KVG-rechtlichen Behandlungslimiten,⁵⁰ welche bislang in der Gerichtspraxis im Bereich von Art. 7 ATSG bezüglich des *Scheiterns einer konsequent durchgeführten Therapie* zu wenig berücksichtigt wurden.⁵¹ Es ist zu hoffen, dass die Gerichtspraxis diesem Umstand bei der Überwindbarkeitspraxis 2.0 Rechnung trägt.

8. Fazit:

[Rz 47] Im Bereich der mono- und bidisziplinären Verwaltungsgutachten der IV ist eine Stärkung der Verfahrensfairness erforderlich. Bezüglich finanzieller und institutioneller Abhängigkeit der Gutachter muss Transparenz geschaffen und Ergebnisoffenheit sichergestellt werden. Korrekturen i.S.v. BGE 137 V 210 – dieses Mal über einen reinen Appell hinaus (E. 5) – scheinen dringend nötig.

RA lic. iur. CHRISTIAN HAAG, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Häfliger Haag

⁴⁷ Zur Interdisziplinarität der Begutachtung vgl. BGE 137 V 210, Erw. 1.2.4 S. 224.

⁴⁸ PROF. DR. IUR. UELI KIESER, Unklare Beschwerdebilder – alles klar?, in: FMH 2015;96 (35, S. 1209).

⁴⁹ SAEZ 2013; 94 S. 302; NZZ am Sonntag vom 13. September 2015, «Jeder fünfte Arzt wechselt den Beruf».

⁵⁰ Diese beschränken die Kostengutsprachen quantitativ stärker, als das Bundesgericht offenbar teilweise im Rahmen der Schadenminderungspflicht von versicherten Personen im Rahmen ihrer Behandlung erwartet.

⁵¹ Vgl. Bundesgerichtsurteil 8C_972/2012 vom 31. Oktober 2013.

Häfliger AG, Luzern; www.anwaltluzern.ch; der Autor vertritt schwergewichtig verunfallte und erkrankte Personen gegenüber Sozial- und Haftpflichtversicherungen.