

lic Ar-
ndgen,
achten
v)?
passte
ja, in
lässt

Begutachtungen im Bundessozialversicherungsrecht – eine kritische Würdigung ausgewählter verfahrensrechtlicher Aspekte

Massimo Aliotta*

I.	Einleitung.....	65
1.	Einige kontextrelevante Zitate.....	65
2.	Ausgangslage.....	66
II.	Versicherungsexterne Begutachtungen.....	67
1.	Ausgewählte verfahrensrechtliche Aspekte.....	67
a.	Anordnung einer Begutachtung durch den Versicherungsträger gemäss Art. 44 ATSG.....	67
b.	Bekanntgabe der Namen und fachlichen Qualifikation der Gutachter.....	68
c.	Gegenvorschläge nach Art. 44 ATSG.....	68
d.	Aufklärung nach Art. 27 ATSG.....	71
e.	Erfüllung des Gutachtensauftrages.....	72
f.	Anwesenheit von Drittpersonen bei der Begutachtung.....	73
g.	Fallpauschalen als Abgeltung für Gutachten.....	74
h.	Aktengutachten.....	75
2.	Unabhängigkeit der Gutachter.....	76
a.	Unabhängigkeit als zentrales Element von Art. 44 ATSG.....	76
b.	Gutachterinstitute.....	77
c.	Geschäftsbericht 2009 des Bundesgerichtes.....	78
d.	Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu den MEDAS.....	80
e.	Kantonale Rechtsprechung zu den MEDAS.....	80
f.	Rechtsgutachten MÜLLER/REICH.....	82
g.	Beeinflussung der MEDAS durch Versicherungsträger.....	84

* RA lic. iur., Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht.

h.	Personelle Verflechtungen MEDAS-SVV-SIM bei der Gutachterausbildung	86
i.	Begutachtungen im Rentenrevisionsverfahren der Invalidenversicherung	88
j.	Einschränkung der gutachterlichen Unabhängigkeit durch Strafverfahren?	89
k.	Eine zentrale Zuweiserstelle als Lösungsansatz?	90
III.	Gerichtliche Begutachtungen	92
1.	Begutachtungen im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren	92
2.	Abstellen auf die vom Versicherungsträger eingeholten versicherungsexternen Gutachten	93
IV.	Parteigutachten	95
1.	Zulässigkeit von Parteigutachten	95
2.	Finanzielle Hürden	96
3.	Zeitliche Hürden	97
4.	Fachliche Hürden	98
V.	Fazit und Ausblick	98
	Literaturverzeichnis	100

I. Einleitung

1. Einige konzeptionelle Überlegungen

Im Rahmen eines öffentlichen Mandats wird in den Akten eines Gerichts ein Gutachten eingeholt. Folgendes:

„... Sowohl im öffentlichen als im privaten Mandat handelt es sich um eine objektive Begutachtung. Der Gutachter hat den Auftrag, den Sachverhalt nach dem besten Gewissen zu beurteilen. Er ist nicht an die Interessen der Parteien gebunden. Er hat die Pflicht, seine Meinung frei und unabhängig zu äußern. Er ist nicht an die Interessen der Parteien gebunden. Er hat die Pflicht, seine Meinung frei und unabhängig zu äußern. Er ist nicht an die Interessen der Parteien gebunden. Er hat die Pflicht, seine Meinung frei und unabhängig zu äußern.“

Dieses Gutachten ist ein öffentliches Mandat. Es ist ein Gutachten, das im Rahmen eines öffentlichen Mandats eingeholt wird. Es ist ein Gutachten, das im Rahmen eines öffentlichen Mandats eingeholt wird. Es ist ein Gutachten, das im Rahmen eines öffentlichen Mandats eingeholt wird.

In der Woche des Zitats von der Schweiz:

„Die Medizin“

Der genannte Gutachter ist ein privatrechtlicher Gutachter. Er ist ein Gutachter, der im Rahmen eines öffentlichen Mandats eingeholt wird. Er ist ein Gutachter, der im Rahmen eines öffentlichen Mandats eingeholt wird.

Bundesrichtlinien für die Begutachtung im Verkehrsrecht

„Medizinische Begutachtung“
findendes und die Aufgaben der Gutachter

Diese drei Zitate sind die ersten drei Zitate der folgenden Aufzählung der Aufgaben der Gutachter, Gutachter, Gutachter.

I. Einleitung

1. Einige kontextrelevante Zitate

Im Rahmen einer Fallbehandlung stiess ein Rechtsanwalt auf ein vertrauliches Mail, welches sich offensichtlich versehentlich in den amtlichen Akten eines privatrechtlichen Unfallversicherers befand. In diesem Mail ist Folgendes zu lesen:

„... Sowohl bei Dr. X als auch beim Psychiater und Neurologen Dr. Y handelt es sich um zwei senkrechte Mannen, die Garanten für eine objektive Begutachtung sind und zwar auf eine Weise, die nicht den Geschmack eines jeden Geschädigtenanwaltes finden wird...“.

Dieses versicherungsinterne Mail ist vom zuständigen Sachbearbeiter verfasst worden im Wissen um eine bevorstehende Neugründung eines Gutachtersinstituts in Bern, welches für diverse Sozial- und Privatversicherungen Gutachten verfasst. Die Kenntnisnahme dieses Mails durch den Rechtsvertreter des Geschädigten hat dazu geführt, dass im konkreten Fall kein Gutachtensauftrag an die besagte Gutachterstelle erteilt wurde.

In der Wochenzeitung „Die Weltwoche“ Nr. 23/2003 findet sich folgendes Zitat von Dr. med. VITAL HAUSER, einem bekannten Gutachter in der Schweiz:

„Die Medizin“, meint Dr. med. HAUSER, „ist nun mal ein Dreckgeschäft.“

Der genannte Gutachter verfasst seit vielen Jahren v.a. zugunsten von privatrechtlichen Versicherungsgesellschaften Gutachten im Bereich des HWS-Distorsionstraumas.

Bundesrichter Prof. Dr. iur. ULRICH MEYER hat anlässlich der Strassenverkehrsrechtstagung 2008 in Freiburg Folgendes referiert:

“Medizinische Begutachtung...verlangt solides, umfassendes, tiefgreifendes und stets aktualisiertes Fachwissen. Sie ist den besten VertreterInnen der betroffenen Fachrichtungen anzuvertrauen.“

Diese drei Zitate zeigen exemplarisch auf, welche Themen in den nachfolgenden Ausführungen angesprochen werden: Unabhängigkeit der Gutachter, Gutachtertätigkeit als Geschäft sowie Qualität der Gutachten.

2. Ausgangslage

In praktisch allen Zweigen des Bundessozialversicherungsrechts spielen Gutachten – insbesondere medizinische Gutachten – bei der Zusprechung oder Ablehnung von beantragten Versicherungsleistungen eine zentrale Rolle. Im Rahmen der Invalidenversicherung beispielsweise vergeben alleine die IV-Stellen zur Abklärung des rechtserheblichen medizinischen Sachverhaltes pro Jahr Tausende von Gutachtensaufträgen an versicherungsexterne Gutachterstellen oder Einzelgutachter. So wurden alleine im Jahre 2008 an die in der Zwischenzeit bereits auf 18 angestiegenen, vom Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) anerkannten Medizinischen Abklärungsstellen (MEDAS) Gutachtensaufträge für etwa vierzig Millionen Franken vergeben.¹ Nicht erfasst werden von dieser Statistik indes die Aufträge an Einzelgutachter, welche nicht in einer vom BSV anerkannten MEDAS praktizieren. Nebst der Invalidenversicherung werden v.a. im Bereich der obligatorischen und freiwilligen Unfallversicherung nach UVG zahlreiche Gutachtensaufträge durch die Versicherungsträger vergeben. Hierbei darf nicht vergessen werden, dass nebst medizinischen Gutachten auch unfallanalytische, betriebswirtschaftliche sowie andere Gutachten von den Versicherungsträgern in Auftrag gegeben werden. Dies stets unter Anwendung von Art. 43 und 44 ATSG, ausser im Bereich des VVG und des BVG, ist doch das ATSG für diese Versicherungszweige bekanntlich nicht anwendbar.

Die herausragende Bedeutung der medizinischen Gutachten für das Bundessozialversicherungsrecht war in den letzten Jahren vermehrt auch Gegenstand von kritischen Beiträgen in Medien² und Schrifttum.³

¹ Siehe hierzu die in plädoyer 3/2009 publizierten Zahlen des BSV. Siehe zudem auch die NZZ am Sonntag vom 12. Oktober 2008, S. 16: „Bund zahlt Millionen für IV-Gutachten.“. Gemäss einer neueren gemeinsamen Studie des Winterthurer Institutes für Gesundheitsökonomie und dem asim Basel werden in der gesamten Versicherungsbranche jährlich rund 39'000 Gutachten in Auftrag gegeben.

² So beispielsweise am 21.8.2009 in der Online-Ausgabe der Berner Zeitung BZ: Gutachter sind „Richter in Weiss“.

³ Siehe unter anderem ANDREAS SIDLER/MASSIMO ALIOTTA, „Richter in Weiss ungenügend kontrolliert“, in: plädoyer 1/2007 sowie das Streitgespräch JÜRGE FEHR/EVALOTTA SAMUELSSON, „Mehr Rechte der Versicherten wären wünschbar“, in: plädoyer 3/2007. Siehe auch bereits das Streitgespräch BEATRICE BREITENMOSER/UELI KIESER, „Unhaltbare Zustände bei den MEDAS“, in: plädoyer 4/2003.

Die vermehrte
rungsrecht und
neueren Bundes
führt.

In letzter Zeit
der medizinische
führungen können
rechtlichen An
nandersetzen
Gutachten ge
digtenvertreter
wird an diese

II. Versi

I. Ausgewähl

a. Anordnun gemäss Art

Das ATSG ist
wendbar, ausser
fahren relevant
welche das Ver
verhaltes regel
der Sachverhalte
bei einem
Rechtsprechun
tiert. Vorläufig
zentrale Befeh
hingewiesen.
IV-Stellen die

⁴ Siehe hierzu
22 ff.

Die vermehrte Kritik an den Begutachtungen im Bundessozialversicherungsrecht und insbesondere an den MEDAS hat auch zu einer Reihe von neueren Bundesgerichtsentscheiden von grundsätzlicher Tragweite geführt.

In letzter Zeit ist zudem eine umfassende juristische Literatur zum Thema der medizinischen Begutachtungen publiziert worden. Die folgenden Ausführungen können sich deshalb nur mit einigen ausgewählten verfahrensrechtlichen Aspekten der medizinischen Begutachtungen kritisch auseinandersetzen. Dabei wird der Schwerpunkt auf die versicherungsexternen Gutachten gelegt und eine kritische Würdigung aus Sicht eines Geschädigtenvertreters vorgenommen. Auf die versicherungsinternen Gutachten wird an dieser Stelle nicht eingegangen.

II. Versicherungsexterne Begutachtungen

1. Ausgewählte verfahrensrechtliche Aspekte

a. Anordnung einer Begutachtung durch den Versicherungsträger gemäss Art. 44 ATSG

Das ATSG ist für alle Zweige des Bundessozialversicherungsrechts anwendbar, ausser für die berufliche Vorsorge.⁴ Die für das Verwaltungsverfahren relevanten Bestimmungen finden sich in Art. 43 und 44 ATSG, welche das Verfahren für die Abklärung des rechtsmassgeblichen Sachverhaltes regeln. In Art. 44 ATSG wird festgehalten, dass die im Rahmen der Sachverhaltsabklärung von der Verwaltung einzuholenden Gutachten bei einem „unabhängigen Gutachter“ einzuholen sind. In Lehre und Rechtsprechung wird die Tragweite dieser Bestimmung kontrovers diskutiert. Vor Inkrafttreten des ATSG hatte indes bereits ALFRED BÜHLER die zentrale Bedeutung der Unabhängigkeit der Gutachter erkannt und darauf hingewiesen, dass im Rahmen der Invalidenversicherung verschiedene IV-Stellen dazu neigen, bestimmte Gutachter zu berücksichtigen, bei wel-

⁴ Siehe hierzu Näheres bei UELI KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 2 ATSG, Nota 22 ff.

chen erfahrungsgemäss mit einem versicherungsfreundlichen Begutachtungsergebnis gerechnet werden könne.⁵

b. Bekanntgabe der Namen und fachlichen Qualifikation der Gutachter

Vor Durchführung einer Begutachtung sollten nicht nur die Namen und die fachliche Qualifikation der Gutachter bekannt gegeben werden, wie das Bundesgericht entschieden hat (siehe hierzu v.a. BGE 132 V 376 ff.). Die beauftragende Stelle müsste von Amtes wegen auch abklären, ob die Gutachter bei den einzelnen medizinischen Beschwerdebildern die Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft auch wirklich befolgen.

Gerade im Bereich der HWS-Distorsionstraumata hat das Bundesgericht in BGE 134 V 109 festgehalten, dass gestützt auf die Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft das Phänomen des bunten Beschwerdebildes nach einem HWS-Distorsionstrauma nicht geleugnet werden kann. In einzelnen Gutachterstellen praktizieren nun aber Ärzte als Gutachter, welche offen und unverblümt in medizinischer Hinsicht das HWS-Distorsionstrauma *per se* grundsätzlich in Frage stellen und dies in den Gutachten auch so festhalten. Diverse solcher Ärzte haben gar in letzter Zeit neue Gutachterstellen gegründet und werden von den Versicherungsträgern mit Aufträgen bedient. Es kann nun nicht angehen, dass Vorbehalte gegenüber solchen Gutachten von den Versicherten erst im Rahmen der Beweiswürdigung nach Vorliegen des Gutachtens sollen vorgebracht werden können, wie dies das Bundesgericht entschieden hat. Es sollte im Gegenteil Pflicht der Versicherungsträger sein, gerade im medizinisch heiklen Bereich des HWS-Distorsionstraumas, Gutachtensaufträge nur an solche Gutachter zu erteilen, welche sich zur Praxis des Bundesgerichts im Zusammenhang mit der Anerkennung des Phänomens des HWS-Distorsionstraumas als solchem bekennen, ohne Wenn und Aber.

c. Gegenvorschläge nach Art. 44 ATSG

Auch wenn die versicherte Person im Rahmen von Art. 44 ATSG betreffend der einzusetzenden Gutachter gegenüber dem Versicherungsträger Gegenvorschläge unterbreiten kann, kommt es in der Praxis in nur relativ

⁵ ALFRED BÜHLER, Versicherungsinterne Gutachten und Privatgutachten, in: RENÉ SCHAFFHAUSER/FRANZ SCHLAURI (Hrsg.), Rechtsfragen der medizinischen Begutachtung in der Sozialversicherung, St. Gallen 1997, S. 199. Zu dieser zentralen Problematik ausführlich hinten II.2.

wenigen Ausmassen
versicherten Person
ist dementsprechend
im Sinne der
Person darauf
men kann. Des
richtes unerfüllt
nach Möglichkei
bar wäre ein
sinnvollsten, w
gutachtung ein
Bereich der
Unabhängigkei
seitens vieler
lich ist. Dem
versicherung
sofern keine
ales Vorgehen
voraus, dass
renz besteht
erwähnter
einer Begut
der Gutach
Gutachtern
Interessenv
Gutachter
sich die Ver
über die ein
erstellen fin
ge, doch sin
Nachforschun
betreffend M

⁶ Siehe hierzu
sowie auch
rung, BGE

⁷ Zu dieser
spräch BGE

⁸ Siehe hierzu

wenigen Ausnahmefällen vor, dass der Versicherungsträger einen von der versicherten Person unterbreiteten Gegenvorschlag akzeptiert. Die Regel ist dementsprechend klar: Der Versicherungsträger bestimmt einseitig und im Sinne des Amtsbetriebes die Gutachterstelle, ohne dass die versicherte Person darauf wirklich im Sinne eines Mitwirkungsrechtes Einfluss nehmen kann. Dementsprechend bleibt bis heute der Wunsch des Bundesgerichtes unerfüllt, wonach bei der Bestimmung eines Sachverständigen nach Möglichkeit ein konsensuales Vorgehen angezeigt sei.⁶ Unbestreitbar wäre ein konsensuales Vorgehen in prozessökonomischer Hinsicht am sinnvollsten, weil dadurch auch die Akzeptanz des Resultates einer Begutachtung erhöht würde. Die Erfahrung zeigt aber, dass insbesondere im Bereich der Invalidenversicherung die Problematik der nicht vorhandenen Unabhängigkeit der MEDAS und der damit einhergehenden Inakzeptanz seitens vieler Versicherten einem konsensualen Vorgehen *a priori* abträglich ist. Demgegenüber kommt es im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung vermehrt vor, dass ein konsensuales Vorgehen möglich ist, sofern keine einschlägigen MEDAS zur Diskussion stehen. Ein konsensuales Vorgehen setzt als Gesprächsbasis zwischen den Parteien zunächst voraus, dass betreffend der einzusetzenden Gutachterstelle volle Transparenz besteht.⁷ Diese liegt indes in der Praxis selten vor. Gemäss bereits erwähnter höchstrichterlicher Rechtsprechung sind vor Durchführung einer Begutachtung lediglich die Namen sowie die fachliche Qualifikation der Gutachter bekannt zu geben. Allfällige Interessenverbindungen von Gutachtern gegenüber Versicherungsgesellschaften und einschlägigen Interessenverbänden müssen jedoch nicht deklariert werden.⁸ Nicht alle Gutachterinstitute verfügen zudem über einen Auftritt im Internet, sodass sich die Versicherten in der Regel vorgängig einer Begutachtung kein Bild über die einzusetzenden Gutachter machen können. Bei einzelnen Gutachterstellen finden sich zwar Informationen auf der aufgeschalteten Webpage, doch sind diese nur unvollständig und erheischen weitere aufwendige Nachforschungen im Internet oder anderswo. Im Einzelnen finden sich betreffend MEDAS folgende Webpages:

⁶ Siehe hierzu das Urteil des Bundesgerichtes vom 10. Juni 2009, 9C_1/2009, E. 2 sowie auch URS MÜLLER, Das Verwaltungsverfahren in der Invalidenversicherung, Bern 2010, Nota 1799.

⁷ Zu dieser Problematik siehe bereits SIDLER/ALIOTTA, a. a. O., sowie das Streitgespräch RALF KOCHER/MASSIMO ALIOTTA, in: plädoyer 3/2009.

⁸ Siehe hierzu auch KOCHER/ALIOTTA, a. a. O.

- MEDAS Bern: www.innermedizin.insel.ch
- SMAB Bern: Swiss Medical Assessment- and Business-Center: www.smab.ch
- ZMB Basel: Zentrum für medizinische Begutachtung: www.zmb-basel.ch
- ASIM Basel: Academy of Swiss Insurance Medicine: www.asim.unibas.ch
- BEGAZ: Begutachtungszentrum Baselland: www.begaz.ch
- MEDAS Interlaken: www.medas-interlaken.ch
- MEDAS Zürich: www.mzr.ch
- MEDAS Ob- u. Nidwalden: www.medas-oa.ch

Das SMAB in Bern beispielsweise führt auf der Webpage auf, dass in der Gutachterstelle zwischen sog. internen und externen Gutachtern unterschieden wird und führt die entsprechenden Gutachter gleich mit Namen und Fotografie auf. Gleichzeitig wird aber verschwiegen, dass die sog. internen Gutachter fast ausschliesslich in Deutschland in freier Praxis praktizierende Ärzte sind, welche für jeweils nur wenige Stunden in die Schweiz reisen, um an einer Begutachtung teilzunehmen. Abgesehen davon, dass bei jedem dieser Ärzte in mühseliger Detektivarbeit zunächst nachgeschaut werden müsste, ob die rechtlichen Voraussetzungen für eine Gutachtertätigkeit in der Schweiz erfüllt sind, schafft eine solche Situation mit Gewissheit keine Akzeptanz gegenüber der Gutachterstelle und schon gar nicht eine Situation, in welcher ein konsensuales Vorgehen im Sinne des Bundesgerichtes möglich wäre. Vielmehr erzeugen solche Verhältnisse Intransparenz und berechtigtes Misstrauen gegenüber dem Gutachtersystem der MEDAS, sodass das Anliegen des BSV, den MEDAS mehr Vertrauen zu schenken,⁹ *a priori* nicht in Erfüllung gehen kann. Solche privaten Gutachterinstitute werden indes selbstverständlich nicht nur für medizinische Abklärungen in der Invalidenversicherung eingesetzt, sondern auch in weiteren Gebieten des Sozial- und Privatversicherungsrechts. Bei der Durchführung der obligatorischen Unfallversicherung durch private Versicherungsgesellschaften im Sinne von Art. 68 UVG ist *a priori* davon auszugehen, dass solche Gutachterinstitute mit privatrechtlichen

⁹ Dies das Anliegen von KOCHER, in: plädoyer 3/2009.

Verträgen an den sind. Je-
stitute nur a
solche Ver-
BSV mit da-
keitsgesetz
gesellschaft
versicherung
Anstalt. Das
hang mit den
und den priv-
zu gelten hat

d. Aufkläru-

Zur Begutach-
reisen – wic-
disch in die
chenden Insti-
ten werden
stossen muss
ATSG, des-
den Versiche-
Anrecht auf
doch immer-
Umständen
führen könn-
Versichert-
hend inform-
Es wird jed-
Begutacht-
nung von Ver-
torischen Unt-
über auf, die
chung letat-
kann, welche

¹⁰ Zur weiteren
Nota 863 ff.

Verträgen an einzelne oder mehrere Versicherungsgesellschaften gebunden sind. Jedenfalls ist nicht davon auszugehen, dass solche Gutachterinstitute nur in einzelnen Fällen Gutachteraufträge erhalten. Sobald indes solche Verträge bestehen, müssten diese analog zu den Verträgen des BSV mit den MEDAS offen gelegt werden gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes. Eine privatrechtlich organisierte Versicherungsgesellschaft hat im Rahmen der Durchführung der obligatorischen Unfallversicherung den gleichen Status wie die SUVA als öffentlichrechtliche Anstalt. Dies muss konsequenterweise dazu führen, dass im Zusammenhang mit dem Bestehen von Vereinbarungen zwischen Gutachterinstituten und den privatrechtlichen Versicherungsträgern eine erhöhte Transparenz zu gelten hat.

d. Aufklärung nach Art. 27 ATSG

Zur Begutachtung in einzelnen MEDAS oder anderen Gutachterinstituten reisen – wie bereits dargelegt – diverse Gutachter aus dem Ausland sporadisch in die Schweiz, um für wenige Stunden in den Räumen der entsprechenden Institute hierzulande Versicherte zu untersuchen. Die Versicherten werden über diese Umstände jedoch nicht informiert. Dadurch verstoßen meines Erachtens die Versicherungsträger gegen Art. 27 Abs. 1 ATSG, dessen Gesetzesbestimmung eine Aufklärungspflicht gegenüber den Versicherten vorsieht.¹⁰ Die Versicherten haben unbestreitbar ein Anrecht auf transparente Verhältnisse bei einer Begutachtung, geht es doch immerhin um die Abklärung von Leistungsansprüchen, welche unter Umständen zu lebenslänglichen existenzsichernden Rentenleistungen führen können. In den jeweiligen Mitteilungen der IV-Stellen, welche den Versicherten zugestellt werden, wird die versicherte Person nur dahingehend informiert, dass eine sog. „medizinische Abklärung“ notwendig sei. Es wird jedoch die versicherte Person nicht darüber aufgeklärt, dass eine Begutachtung ansteht, welche letztlich für die Gewährung oder Ablehnung von Versicherungsleistungen entscheidend sein wird. In der obligatorischen Unfallversicherung klärt die SUVA die Versicherten nicht darüber auf, dass die Einladung zu einer kreisärztlichen Abschlussuntersuchung letztlich materiell gleichbedeutend mit einer Begutachtung sein kann, welche über die weiteren Leistungsansprüche der Versicherten ent-

¹⁰ Zur weiteren Tragweite von Art. 27 ATSG siehe unter anderen MÜLLER, a. a. O., Nota 865 ff. sowie KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 27 ATSG, Nota 11 ff.

scheidet. Angesichts der Tatsache, dass, gestützt auf das Urteil des Bundesgerichts BGE 132 V 446, die SUVA mittels einer verwaltungsinternen Weisung den Beizug von Rechtsvertretern und Begleitpersonen in Abweichung von der bisherigen Praxis bei kreisärztlichen Untersuchungen deutlich eingeschränkt hat, kommt einer entsprechenden vorgängigen Aufklärung durch die SUVA gestützt auf Art. 27 ATSG eine eminent wichtige Bedeutung zu. Die Versicherten wären vorgängig einer kreisärztlichen Untersuchung über den exakten Sinn und Zweck der Untersuchung aufzuklären. Insbesondere bei einer kreisärztlichen Abschlussuntersuchung müssten die Versicherten dahingehend aufgeklärt werden, dass diese zumindest in materieller Hinsicht einer Begutachtung gleichkommt, worauf die SUVA die weiteren Versicherungsleistungen definiert.

e. Erfüllung des Gutachtensauftrages

Was die höchstpersönliche Leistungspflicht bei der Erfüllung des Gutachtensauftrages anbelangt, ist der Meinung von ALFRED BÜHLER uneingeschränkt zuzustimmen. Im Gegensatz zu anderen Autoren im Schrifttum¹¹ vertritt der genannte Autor zu Recht die Meinung, dass im Rahmen einer Begutachtung grundsätzlich eine Pflicht des Gutachters besteht, den Auftrag höchstpersönlich zu erfüllen.¹² In der Praxis ist jedoch bei einer Begutachtung in einem Spital immer wieder die nicht zulässige Substitution durch fachlich nicht genügend qualifizierte Assistenzärzte zu beobachten.¹³ Die Tatsache alleine, dass bei einer streng einzuhaltenden höchstpersönlichen Leistungspflicht der Gutachter allenfalls an gewissen Kliniken und Spitälern infolge Personalmangels keine Gutachten mehr oder nur noch eine reduzierte Anzahl durchgeführt werden könnten, ist dabei in Kauf zu nehmen. Es müssen in einem solchen Fall entsprechende organisatorische Massnahmen innerhalb der jeweiligen Institutionen geschaffen werden, damit auch die für die Erstellung von Gutachten jeweils am bes-

¹¹ So zum Beispiel JÖRG JEGER, Die Mitwirkung Dritter bei der Begutachtung aus Sicht des medizinischen Gutachters, in: Jusletter 3. September 2007.

¹² Im Einzelnen siehe ALFRED BÜHLER, Die Mitwirkung Dritter bei der medizinischen Begutachtung im Sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren, in: Jusletter 3. September 2007.

¹³ Hierzu bereits ADRIAN M. SIEGEL, Empfehlungen zum Erstellen eines medizinischen Gutachtens – die Sicht des ärztlichen Experten, in: MORITZ W. KUHN/TOMAS POLEDNA (Hrsg.), *Arztrecht in der Praxis*, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 783 ff.

ten qualifizierten
achtertätigen
hang erneut
völlig zu Re-
den Besten
sprechend
wissheit nicht
sind, welche
Assistenzärzte

f. Anwesen-

Das Bundes-
dass es sich
gemeinvernünft-
lassen können
Grunde nicht
sprechung
einer Begleit-
suchung dar-
zen sein kann
dass im Rahm-
den Arzt nicht
festgehalten
chen Notizen
den Versiche-
einer gutachte-
er nicht verles-
len können
ärztliche Unter-
erhobenen Be-
problematik
rium eingetrag-
cherten befrag-

¹⁴ ULRICH W.
THOMAS
Juni 2008

¹⁵ Siehe hierzu

ten qualifizierten Fachkräfte – Chefärzte sowie leitende Ärzte – einer Gutachtertätigkeit nachgehen können. Es ist denn auch in diesem Zusammenhang erneut auf ULRICH MEYER zu verweisen, welcher grundsätzlich völlig zu Recht festhält, dass die Ausübung einer Gutachtertätigkeit nur den Besten des jeweiligen Fachgebietes vorbehalten sein sollte.¹⁴ Dementsprechend überzeugt die Rechtsprechung des Bundesgerichtes mit Gewissheit nicht, wonach auch Gutachten als beweistauglich zu akzeptieren sind, welche zwar von einem Oberarzt visiert wurden, aber von einem Assistenzarzt verfasst worden sind.

f. Anwesenheit von Drittpersonen bei der Begutachtung

Das Bundesgericht hat in BGE 132 V 446 ff. unter anderem festgehalten, dass es sich bei einer Begutachtung ähnlich verhalte wie bei einer Zeugeneinvernahme, bei welcher sich der Zeuge auch nicht verbeiständen lassen könne. Die Anwesenheit einer Drittperson sei auch aus diesem Grunde nicht zulässig. Die Erfahrung zeigt aber, dass entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zuweilen die persönliche Anwesenheit einer Begleitperson oder eines Rechtsvertreters bei einer ärztlichen Untersuchung durch einen Kreisarzt der SUVA oder einen Gutachter von Nutzen sein kann. Wiederholt konnte *in praxi* nämlich festgestellt werden, dass im Rahmen einer Exploration durch den Gutachter oder untersuchenden Arzt nicht alle vom Exploranden geklagten Beschwerden schriftlich festgehalten wurden.¹⁵ Eine fehlende zeitnahe Kontrolle der handschriftlichen Notizen des Arztes verunmöglicht eine direkte Intervention durch den Versicherten. Überdies getraut sich auch kaum ein Versicherter in einer gutachterlichen Situation, gegenüber dem Arzt zu intervenieren, falls er nicht verbeiständet ist. Wie soll nun ein Richter im Nachhinein feststellen können, ob in einem Gutachten oder in einem Bericht über die kreisärztliche Untersuchung die geklagten Beschwerden sowie die klinisch erhobenen Befunde vollständig wiedergegeben wurden? Diese Beweisproblematik lässt sich *in praxi* nur dadurch entschärfen, dass ein Obligatorium eingeführt wird für eine Tonbandaufzeichnung für die vom Versicherten befragten Beschwerden im Rahmen einer verwaltungsinternen

¹⁴ ULRICH MEYER, Die Sozialrechtspflege unter dem Bundesgerichtsgesetz, in: THOMAS PROBST/FRANZ WERRO (Hrsg.), Strassenverkehrsrechts-Tagung 10. – 11. Juni 2008, Bern 2008, S. 156.

¹⁵ Siehe hierzu auch MÜLLER, a. a. O., Nota 1632.

oder verwaltungsexternen Begutachtung. Ohne die Einführung einer solchen Dokumentationspflicht ist es nachträglich für den Richter nur sehr schwer möglich, genau festzustellen, ob die vom Bundesgericht in BGE 122 V 100 sowie BGE 125 V 352 auferlegten Regeln für den Beweiswert eines Gutachtens erfüllt sind.

Dem Gutachter kommt deshalb gewiss eine erhöhte Fragepflicht zu, sobald er merkt, dass gewisse Verständigungsschwierigkeiten bestehen. Zu oft lässt sich beispielsweise in Gutachten nachlesen, die versicherte Person sei nicht kooperativ gewesen oder allenfalls nicht kohärent im Aussageverhalten, ohne dass sich dies nachträglich durch das Gericht, welches letztlich das Gutachten zu würdigen hat auch wirklich verifizieren lässt.

Zudem wissen nicht alle Versicherte um ihr Recht, einen Dolmetscher beizuziehen für eine Untersuchung bei einem Kreisarzt der SUVA oder einem Gutachter. Vor allem die nicht rechtlich vertretenen Versicherten wissen nicht um dieses Recht. *In praxi* kommt es deshalb immer wieder zu Kommunikationsschwierigkeiten und Missverständnissen, welche vermeidbar wären.

g. Fallpauschalen als Abgeltung für Gutachten

Gestützt auf Art. 72^{bis} IVV hat das BSV mit den MEDAS für polydisziplinäre Begutachtungen eine Fallpauschale von CHF 9'000.- vereinbart. Im Jahresbericht des Zentrums für Medizinische Begutachtungen (ZMB) in Basel für das Jahr 2009 wird betreffend Begutachtung im Rahmen der Invalidenversicherung nun aber unmissverständlich dargelegt und auch begründet, dass bei kontinuierlich gestiegenem Abklärungsaufwand die Kosten der IV-Gutachten mit der geltenden Pauschale von CHF 9'000.- nicht mehr abgedeckt werden. Damit bestätigt diese Gutachterstelle eindrücklich, was in der Literatur bereits zu dieser Problematik ausgeführt worden ist.¹⁶ Mithin wird auch das Bundesgericht zukünftig nicht darum herumkommen, sich mit Fallpauschalen bei Begutachtungen generell intensiver zu beschäftigen, als es im Urteil 8C_900/2009 bereits getan hat. Im konkreten Fall versuchte der Beschwerdeführer mit Blick auf die vom BSV mit den MEDAS vereinbarten Fallpauschalen von CHF 9'000.- für

¹⁶ Siehe hierzu das Streitgespräch KOCHER/ALIOTTA, in: plädoyer 3/2009.

polydisziplinär machen, das durch an den denkbar“ sei, dass für den ob das Gutständig und konkrete Hinweis werden, was die höchstausblendet an mittlerweile darf dargelegt ziell dazu führen, und zwar im BSV sollten in einer haben, wie die bereits der F

h. Aktengeng

Die bundesg Versicherungs Gutachter un men kann (nie

Diese Praxis in praxi durch achten ohne werden. Ein wird in prax stellt, welche sind. Das Ziel durchzuführen entsprechende gen, um dann

¹⁷ Siehe hier vorne un

polydisziplinäre Begutachtungen¹⁷ vor dem höchsten Gericht geltend zu machen, dass eine seriöse Begutachtung eines komplexen Beschwerdebildes durch mehrere Spezialisten zum Preis von Fr. 9'000.- „einfach undenkbar“ sei. Dieser Argumentation hält nun das Bundesgericht entgegen, dass für den Aussagegehalt eines Gutachtens vielmehr entscheidend sei, ob das Gutachten den Beweisanforderungen entspricht, inhaltlich vollständig und im Ergebnis schlüssig ist. Es müssen dementsprechend konkrete Hinweise gegen die Unzulässigkeit eines Gutachtens vorgebracht werden, was im beurteilten Fall unterblieben sei. Es kann nicht sein, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung diese grundsätzliche Problematik ausblendet und so tut, als sei dies nur eine Einzelfallproblematik, nachdem mittlerweile ausgewiesene Fachleute einen entsprechenden Handlungsbedarf dargelegt haben. Es zeigt sich somit, dass die Fallpauschale tendenziell dazu führt, dass die Sachverhaltsabklärungen nur beschränkt erfolgen, und zwar eindeutig zu Lasten der Versicherten. Die Verantwortlichen im BSV sollten deshalb vom System der Fallpauschalen bei Begutachtungen in einer MEDAS absehen und eine Abgeltung nach Aufwand vorsehen, wie dies bei Gerichtsgutachten und Gutachten im UVG-Verfahren bereits der Fall ist.

h. Aktengutachten

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht davon aus, dass den von den Versicherungsträgern eingeholten Aktengutachten versicherungsexterner Gutachter unter bestimmten Voraussetzungen voller Beweiswert zukommen kann (siehe RKUV 1993, Nr. U 167).

Diese Praxis des Bundesgerichtes ist zu kritisieren. Sie führt dazu, dass *in praxi* durch die Versicherungsträger oft selbst psychiatrische Aktengutachten ohne persönliche Untersuchung der versicherten Person eingeholt werden. Ein solches Vorgehen ist in höchstem Masse unprofessionell und wird *in praxi* v.a. bei den privaten Versicherungsgesellschaften festgestellt, welche im Rahmen der obligatorischen Unfallversicherung tätig sind. Das Ziel der Versicherungsträger ist dabei, im Hinblick auf eine durchzuführende Begutachtung der Versicherten bereits über ein für den entsprechenden Versicherungsträger günstiges Aktengutachten zu verfügen, um damit den Ausgang der durchzuführenden Begutachtung im Sin-

¹⁷ Siehe hierzu das Streitgespräch KOCHER/ALIOTTA, in: plädoyer 3/2009 sowie vorne unter II.1.g.