nischen Instrumenten gelingt, dann ist nicht nur die Standortbestimmung als solche unverwertbar, sondern sind es auch *sämtliche Erkenntnisse, die auf der Observation beruhen, die gestützt auf die nicht bewilligte Standortbestimmung gewonnen worden sind.* Eine anderslautende Ansicht hätte zur Konsequenz, dass das Nichteinholen der Genehmigung oder das bewusste Missachten eines negativen Genehmigungsentscheids des Gerichts lediglich zur Folge hätte, dass die Standortbestimmung mittels technischer Instrumente rechtswidrig und unverwertbar wäre. Da aber aus der Standortbestimmung weder Bild- oder Tonaufnahmen noch sonstige Erkenntnisse für die Observation resultieren (so auch der Gesetzgeber, AB N 2018 370), wäre die Unverwertbarkeit der erhobenen Standortdaten für den Versicherungsträger kein Verlust, sofern die eigentlichen Observationsergebnisse verwertet werden dürften. Damit würde dieser geradezu eingeladen, sich über die Genehmigungspflicht gem. Art. 43*a* Abs. 3 hinwegzusetzen, was deren Schutzwirkung aushöhlen würde (vgl. zur rechtsstaatlichen und prozessualen Bedeutung der Beweisverwertungsverbote N 100 zu Art. 43*a*).

Art. 44

Gutachten	**Muss der Versicherungsträger zur Abklärung des Sachverhaltes 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.**
Expertise	Si l'assureur doit recourir aux services d'un expert indépendant pour élucider les faits, il donne connaissance du nom de celui-ci aux parties. Celles-ci peuvent récuser l'expert pour des raisons pertinentes et présenter des contre-propositions.
Perizia	Se per chiarire i fatti l'assicuratore deve far ricorso ai servizi di un perito indipendente, ne comunica il nome alla parte. Essa può ricusare il perito per motivi fondati e presentare controproposte.

Inhaltsübersicht

	Note
I. Allgemeines	1
II. Regelungsinhalt	3
1. Gutachtenseinholung zur Abklärung des Sachverhaltes	3
2. Auftragserteilung an einen unabhängigen Sachverständigen	12
3. Ablauf der Begutachtung	20
III. Gesetzesrevision	53
1. Revisionsbestrebungen des Bundesrates	53
2. Vorgeschlagener Neuer Gesetzestext	54
3. Kritik und Zuspruch in der Literatur zur Gesetzesrevision	55

Literatur

ACKERMANN THOMAS, Der Beweis des natürlichen Kausalzusammenhangs. Mittel und Methoden, in: Riemer-Kafka (Hrsg.), Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, Zürich 2013, 97 ff.; ACKERMANN ULRICH, Die Begutachtung durch die MEDAS, in: Murer (Hrsg.), Möglichkeiten und Grenzen der medizinischen Begutachtung, Bern 2010, 51 ff.; ALIOTTA, Verfahrensrechtliche Aspekte bei Begutachtungen im Bundessozialversicherungsrecht, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2018, Zürich/Basel/Genf 2018, 83 ff. (zit. ALIOTTA, Personen-Schaden-Forum 2018);

DERS., Zur geplanten Revision von Art. 44 ATSG, SZS 2018, 144 ff.; BERGER, Unfallanalytik und Biomechanik – beweisrechtliche Bedeutung, SJZ 2006, 25 ff.; BÖHME, Der medizinische Sachverständigenbeweis in der obligatorischen Unfallversicherung, Diss. Zürich/Genf/Basel 2018; BÜHLER, Versicherungsinterne Gutachten und Privatgutachten, in: Schaffhauser/Schlauri (Hrsg.), Rechtsfragen der medizinischen Begutachtung in der Sozialversicherung, St. Gallen 1997, 179 ff. (zit. BÜHLER, Gutachten); DERS., Der rechtliche Rahmen der medizinischen Begutachtungen in der Schweiz, in: Murer (Hrsg.), Möglichkeiten und Grenzen der medizinischen Begutachtung, Bern 2010, 1 ff. (zit. BÜHLER, Rahmen); CHRISTEN, Gutachten bei Bergunfällen, HAVE 2015, 268 ff.; CUPA, Art. 44 E-ATSG – die verpasste Chance, Jusletter vom 20.5.2019; EGLI, Rechtsverwirklichung durch Sozialversicherungsverfahren, Diss. Zürich 2012; DERS., MEDAS: Unabhängigkeit stärken, nicht schwächen, iusNet AR-SVR vom 13.12.2017; FANKHAUSER, Sachverhaltsabklärung in der Invalidenversicherung – ein Gleichbehandlungsproblem, Ausgewählte Fragen zur Feststellung des rentenanspruchserheblichen Sachverhalts, Diss. Zürich 2010; FISCHER/KOLLER/WIEDERKEHR, Das externe Gutachtenverfahren in der Sozialversicherung, Bern 2018; FREDENHAGEN, Das ärztliche Gutachten – Leitfaden für die Begutachtung im Rahmen der sozialen und privaten Unfall-, Kranken- und Rentenversicherung, 4. Aufl., Bern 2003; GERBER, Das medizinische Privatgutachten in der Invalidenversicherung, Jusletter vom 10.8.2009; GERMANN, Die gerichtlichen Vorgaben an polydisziplinäre Gutachten bei Schleudertraumen und äquivalenten Verletzungen, SZS 2009, 355 ff.; GIRON, Art. 44 E-ATSG – die Chance nutzen!, Jusletter vom 16.9.2019; GLÄTTLI, Das neue Begutachtungsverfahren in der Invalidenversicherung, Jusletter vom 2.7.2012; GRAF, Arztbericht – eine medizinische Sicht, Stellenwert des Berichtes des behandelnden Arztes im Verfahren der Invalidenversicherung, in: Kieser (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2014, St. Gallen 2015, 23 ff.; HERMELINK, Die verwaltungsinterne Begutachtung unter besonderer Berücksichtigung der Invalidenversicherung, in: Murer (Hrsg.), Möglichkeiten und Grenzen der medizinischen Begutachtung, Bern 2010, 37 ff.; HOFFMANN-RICHTER/JEGER/SCHMIDT, Das Handwerk ärztlicher Begutachtung, Stuttgart 2012; KOCH, Zu den Rahmenbedingungen gutachterlicher Aufgaben im versicherungsmedizinischen Kontext, SZS 2016, 270 ff.; KOCHER, Polydisziplinäre Begutachtungen – Hintergründe, Auswirkungen und Umsetzung des Urteils aus Sicht der IV, HAVE/2012, 200 ff.; LARGIER/RICHTER, Die rechtliche Qualifikation von Gutachten, Gutachtensauftrag und Datenschutz, in: Siegel/Fischer (Hrsg.), Die neurologische Begutachtung, Zürich 2004, 37 ff.; LEUZINGER-NAEF, Beweismittel und Beweiswürdigung, in: Riemer-Kafka (Hrsg.), Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, Zürich 2013, 31 ff. (zit. Beweismittel); MEYER-BLASER, Das medizinische Gutachten aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, in: Siegel/Fischer (Hrsg.), Die neurologische Begutachtung, Zürich 2004, 91 ff.; MEYER, Die Sozialrechtspflege unter dem Bundesgerichtsgesetz, in: Probst/Werro (Hrsg.), Strassenverkehrstagung 10.–11.6.2008, Bern 2008, 149 ff.; MOOR/POLTIER, Droit administratif, Volume II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3. Aufl., Bern 2011; MÜLLER, Die Rechtslage bei externen mono- und bidisziplinären Gutachten in der Invalidenversicherung (IV), in: Kieser (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2013, St. Gallen 2014, 73 ff. (zit.: Sozialversicherungsrechtstagung 2013); PETER ROGER, Der Sachverständige im Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung, Diss. Basel/Zürich 1999; PETER ERICH, Physik ist für alle gleich – Erfahrungen aus über 35 Jahren Gutachtertätigkeit zu Verkehrsunfällen, in: Kieser/Lendfers (Hrsg.), Sachverhaltsabklärung in der Sozialversicherung, St. Gallen 2014, 45 ff. (zit. Erfahrung); PFÄNDLER, Begutachtung: Korrekturen dringend notwendig, plädoyer 6/2010, 20 ff.; TRAUB, Neuere Urteile zum Anspruch auf Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit medizinischer Gutachter, SZS 2010, 393 ff.; WEISS, Ausgewählte Aspekte der Begutachtung in der obligatorischen Unfallversicherung, SZS 2011, 329 ff.; DERS., Die Mitwirkungsrechte der Bundeszivilprozessordnung im Sozialversicherungsrecht, AJP 2016, 1212 ff.; DERS., Beweiswürdigung medizinischer Gutachten im Sozialversicherungsrecht – kritische Anmerkungen, HAVE/2016, 417 ff.; DERS., Mitwirkungsrechte vor der Einholung medizinischer Gutachten in der Invalidenversicherung, Diss. Luzern 2018; DERS., Anmerkungen zur geplanten Revision des Art. 44 ATSG, SZS 2018, 467 ff.; WIEDERKEHR, Beweiserhebung durch Gutachten und Anspruch auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Eine kritische Würdigung von BGE 137 V 210 ff., in: Riemer-Kafka (Hrsg.), Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, Zürich 2013, 5 ff.

Materialien

Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (Weiterentwicklung der IV) vom 15.2.2017 (BBl 2017, 2535 ff.).

I. Allgemeines

Art. 44 ist die einzige Bestimmung im ATSG, welche sich mit der Einholung von Gutachten befasst. Insbesondere medizinische Gutachten sind bei der Zusprechung oder Ablehnung von Versicherungsleistungen durch Sozialversicherungsträger zentral wichtig (BGE 122 V 157). In der **Invalidenversicherung** vergeben alleine die kantonalen IV-Stellen pro Jahr tausende von Gutachtensaufträgen an versicherungsexterne Gutachterstellen (MEDAS) oder Einzelgutachter. Auch im Bereich der **obligatorischen und freiwilligen Unfallversicherung** nach UVG, im Bereich der **Krankentaggeldversicherung** nach KVG und VVG sowie im Bereich der **Militärversicherung** nach MVG werden medizinische Gutachtensaufträge vergeben (ALIOTTA, Diss., 1; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 4). Nebst **medizinischen** werden auch zahlreiche **nichtmedizinische** Gutachten wie unfallanalytische, betriebswirtschaftliche oder biomechanische Gutachten sowie andere Arten von versicherungsexternen Gutachten in Auftrag gegeben (ALIOTTA, Diss., 1; KIESER, ATSG, Art. 44 N 14; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 4). 1

In der Praxis beschäftigen vor allem die medizinischen Begutachtungen die erstinstanzlichen kantonalen Versicherungsgerichte sowie das Bundesgericht, sowohl betreffend verfahrensrechtliche wie auch materiell-rechtliche Aspekte. Angesichts des sehr knappen Gesetzestextes von Art. 44 kommt dabei der **Auslegung** der Gesetzesbestimmung durch die Gerichte eine eminent wichtige Bedeutung zu (ALIOTTA, Personen-Schaden-Forum 2018, 84; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 6). 2

II. Regelungsinhalt

1. Gutachtenseinholung zur Abklärung des Sachverhaltes

a) Abklärung des Sachverhaltes

Art. 44 kommt als Ergänzung von Art. 43 Abs. 1 zum Tragen. Ein Gutachten ist einzuholen, wenn der nach Art. 43 Abs. 2 zu erhebende Sachverhalt durch den Sozialversicherungsträger als nicht genügend abgeklärt beurteilt wird. Der Sachverständige hat die **medizinischen bzw. tatsächlichen Grundlagen** zu liefern, damit der Rechtsanwender gestützt darauf die Rechtsanwendung vornehmen kann (BGE 141 V 281). Die Begutachtung nach Art. 44 ist somit **Teil des Abklärungsverfahrens** (KIESER, ATSG, Art. 44 N 2, WEISS, SZS 2011, 332; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 1). Die Bestimmung ist von **grosser verfahrensrechtlicher Bedeutung**. Die Rechtsprechung betont, dass die Verwaltung über die Gutachterwahl eine überaus starke Einflussmöglichkeit auf das Verfahren und dessen Ergebnis hat (BGer, 22.2.2013, 9C_208/2012, E. 5.1). Mit BGE 137 V 210 wurden die Gehörs- und Partizipationsrechte der versicherten Personen bei der Einholung von versicherungsexternen Gutachten gestärkt, um einen Ausgleich zu schaffen und den Anspruch auf ein faires Verfahren und auf Waffengleichheit zu gewährleisten (BGer, 22.2.2013, 9C_208/2012, E. 5.1; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 7). In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass mit BGE 137 V 210 diverse verfahrensrechtliche Fragen geregelt wurden, welche von der Bedeutung her durch den Bundesgesetzgeber hätten geregelt werden müssen (KIESER, ATSG, Art. 44 N 7). 3

Ein Sachverständiger verfasst gestützt auf die vollständigen Akten des Sozialversicherungsträgers sowie gestützt auf eine eingehende persönliche Untersuchung und Befragung der versicherten Person zuhanden des Sozialversicherungsträgers (bei medizinischen Gutachten) ein schriftliches Gutachten, welchem ein zu beantwortender Fragenkatalog zu Grunde liegt. Das Gutachten ist das einzige im ATSG in einer eigenständigen Norm ausdrücklich geregelte **Beweismittel**, welches jedoch in der Praxis von erheblicher Bedeu- 4

tung ist (KIESER, ATSG, Art. 44 N 2 ff.). Insbesondere der medizinischen Begutachtung kommt die Sicherung des gesetzeskonformen Vollzugs der Sozialversicherung und dem Gutachter diesbezüglich eine **Schlüsselfunktion** zu (RIEMER-KAFKA, Gutachten, 32, KIESER, Verwaltungsverfahren, N 426). Das Bundesgericht hat deshalb Vorgaben gemacht für medizinische Gutachten bei psychischen Unfallfolgen, Distorsionstraumen der Halswirbelsäule und Schädel-Hirn-Traumen (BGE 134 V 109; GERMANN, SZS 2009, 359 ff.) und hat zudem bei somatoformen Schmerzstörungen (BGE 141 V 281; ALIOTTA, Diss., 53) sowie bei psychischen Leiden (BGE 143 V 418) ein genau definiertes strukturiertes Beweisverfahren eingeführt. Die **beweisrechtliche Bedeutung** des medizinischen Gutachtens liegt darin, den rechtserheblichen medizinischen Sachverhalt abzuklären. Beweisgegenstand des medizinischen Gutachtens ist die Abklärung des Gesundheitszustandes einer versicherten Person. Damit können die einschlägigen Rechtsbegriffe der Arbeitsunfähigkeit einer versicherten Person i.S.v. Art. 6, der Arbeitsfähigkeit im Rahmen der Invaliditätsbemessung i.S.v. Art. 7 und 8 definiert sowie allfällige medizinische Kausalitätsfragen beantwortet werden (MEYER-BLASER, 93 ff.) Die medizinischen Sachverständigen haben mit der Begutachtungspraxis in der Schweiz und den dabei verwendeten **versicherungsmedizinischen Begriffen** zureichend vertraut zu sein (BGer, 13.9.2011, 8C_290/2011, E. 5.3; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 13). Der Rechtsanwender kann im Rahmen des im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren geltenden **Grundsatzes der freien Beweiswürdigung** (so bereits BGE 125 V 351 E. 3a) auf ein von einem versicherungsexternen Sachverständigen verfasstes medizinisches Gutachten vollumfänglich abstellen. Dies, wenn es 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 Situation einleuchtet und die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind. Dabei ist für den Beweiswert grundsätzlich weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten ausschlaggebend, sondern dessen Inhalt (BGE 137 V 210 E. 6.2.2; 134 V 231 E. 5.1).

5 Bisweilen werden von einer IV-Stelle zur Abklärung des Sachverhaltes **Fremdgutachten** eines anderen Sozial- oder Privatversicherungsträgers eingeholt. Dabei sind nach Auffassung des Bundesgerichtes von der IV-Stelle, welche das Fremdgutachten beizieht, die Verfahrensgrundsätze und die Mitwirkungsrechte einer versicherten Person nach BGE 137 V 210 nicht zu beachten (BGer, 13.7.2015, 9C_192/2015, E. 3; 31.3.2015, 8C_15/2015, E. 6.4).

b) Fehlende gesetzliche Definition eines Gutachtens

6 Art. 44 enthält **keine gesetzliche Definition eines Gutachtens** (ALIOTTA, Diss., 102; BÖHME, 273). Es geht zudem nicht hervor, ob die Bestimmung sich nur auf versicherungsexterne Gutachten oder aber auch auf versicherungsinterne Gutachten bezieht. Auch in der Literatur gibt es bis dato keine einheitliche Definition des Begriffes «Gutachten» i.S.v. Art. 44 (zu den medizinischen Gutachten HOFFMANN-RICHTER/JEGER/SCHMIDT, Handwerk, 15). Ebenso wenig erfolgt in der Literatur eine einheitliche Abgrenzung des medizinischen Gutachtens zu Arztzeugnissen, Arztberichten und ärztlichen Stellungnahmen. Diese Fragen sind für das gesamte Bundessozialversicherungsrecht betreffend die Gehörs- und Partizipationsrechte und Beweiswürdigung zentral, weil nur bei Gutachten die Gehörs- und Partizipationsrechte nach Art. 44 gewährt werden (BGE 137 V 210; KIESER, Verwaltungsverfahren, N 424; FANKHAUSER, Diss., 84). Noch vor Inkrafttreten des ATSG bezeichnet PETER das Gutachten als die fachkundige Äusserung des Sachverständigen, wobei er zwischen Gutachten (i.e.S.) und dem Bericht unterscheidet (PETER, Diss., 63). LARGIER/RICHTER unterscheiden unter dem Titel «verschiedene Gutachtensarten» das

ärztliche Zeugnis, den ärztlichen Befundbericht, die Stellungnahmen von Vertrauensärzten der Versicherer, Gutachten mit persönlicher Untersuchung, Obergutachten, Schiedsgutachten sowie multidisziplinäre Expertisen (LARGIER/RICHTER, 38 ff.; FANKHAUSER, Diss., 107 f.). MEYER-BLASER definiert ein medizinisches Gutachten

> «als die in Schriftform gebrachten, auf Grund ihres Fachwissens und ihrer Kenntnis des Einzelfalls erarbeiteten Darlegungen, Auffassungen, Schlussfolgerungen und Schätzungen der ärztlichen Gutachterin zu einem vergangenen, gegenwärtigen, künftigen (prognostischen) oder hypothetischen medizinischen Sachverhalt (...), welcher für die vom Rechtsanwender (...) vorzunehmende Anwendung des einschlägigen Rechtsbegriffes und der davon im (streitigen) Einzelfall abhängenden Anspruchsberechtigung erheblich ist.» (MEYER-BLASER, Gutachten, 91 f.).

Nach FANKHAUSER werden die von Sachverständigen produzierten Beweismittel als Berichte oder Gutachten bezeichnet, wobei der Bericht kein in Art. 12 VwVG genanntes Beweismittel ist und entweder unter Auskünfte Dritter nach Art. 12 lit. c VwVG, Gutachten von Sachverständigen nach Art. 12 lit. e VwVG oder Amtsberichte nach Art. 49 BZP fällt (FANKHAUSER, Diss., 83; BÜHLER, Gutachten, 186 f.). Generell ist die **Abgrenzung** zwischen Bericht und Gutachten bei medizinischen Stellungnahmen **unscharf** (FANKHAUSER, Diss., 83; BGE 122 V 157 E. 1b.; RIEMER-KAFKA, Gutachten, 92 ff.). Auch nach BGE 122 V 157 E. 1b (bestätigt in BGE 135 V 254 E. 3.3.1) besteht keine klare Abgrenzung zwischen medizinischen Gutachten (insb. Administrativgutachten) und einfachen bzw. qualifizierten ärztlichen Stellungnahmen.

Unter den Begriff «Gutachten» nach Art. 44 fallen nicht nur medizinische Gutachten, zumal Art. 44 ausdrücklich **keine Beschränkung auf medizinische Gutachten** vorsieht. Art. 44 umfasst somit alle Gutachten von Sachverständigen, welche zur Abklärung des Sachverhaltes eingeholt werden (KIESER, ATSG, Art. 44 N 14). Nach BGE 136 V 117 E. 3.3.2.3 gelten im Verfahren der Unfallversicherung nach dem sinngemäss anwendbaren Art. 57 Abs. 1 BZP als Sachverständige sämtliche Drittpersonen, die – von einer Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde – aufgrund ihrer besonderen Fachkenntnisse zur Aufklärung des Sachverhalts beigezogen werden. Nicht dazu zählen ungeachtet der fachlichen Qualifikation Personen, die eine Verfügung zu treffen oder vorzubereiten haben i.S.v. **Art. 10 Abs. 1 VwVG** und **Art. 36 Abs. 1 ATSG**. Die **Berichte behandelnder Ärzte** stellen demgegenüber Auskünfte Dritter i.S.v. Art. 28 ATSG dar (LEUZINGER-NAEF, Beweismittel, 56). 7

c) Arten von Gutachten

Die Abklärung des Sachverhaltes nach Art. 43 Abs. 1 beschränkt sich nicht nur auf den medizinischen Sachverhalt. Es können alle Arten von Gutachten durch einen Sozialversicherungsträger eingeholt werden. Von diesen **Administrativgutachten** sind die von einer Partei in Auftrag gegebenen **Parteigutachten** (MEYER-BLASER, 100; ALIOTTA, Diss., 95 ff.; GERBER, Jusletter 10. 8. 2009, Rz 1 ff.; FANKHAUSER, Diss., 106) sowie die von einem Gericht im Beschwerdeverfahren bei einem unabhängigen medizinischen oder nichtmedizinischen Sachverständigen in Auftrag gegebenen **Gerichtsgutachten** (FANKHAUSER, Diss., 107; MEYER-BLASER, 99) zu unterscheiden. 8

Bei den **medizinischen** Gutachten als Abgrenzung zu den Arztberichten des behandelnden Arztes (dazu GRAF, 23 ff.) lassen sich verschiedene Arten von Gutachten unterscheiden. Die Unterscheidung erfolgt vor allem nach dem Verhältnis des Sachverständigen zum Sozialversicherungsträger und nach den berücksichtigten Fachdisziplinen (MEYER-BLASER, 99). Ein **Aktengutachten** wird lediglich gestützt auf die Akten des Sozialversicherungsträgers ohne persönliche Untersuchung der versicherten Person erstellt (FANKHAUSER, Diss., 107; MEYER-BLASER, 100; FREDENHAGEN, 90; MUMENTHALER, Un- 9

fallgutachten, 1524). Nach richtiger Auffassung von FREDENHAGEN sollen solche Aktengutachten nur dann erstellt werden, wenn die Akten bereits ein vollständiges Bild über Anamnese, Verlauf und gegenwärtigen Status ergeben, diese Daten auch unbestritten sind und der Untersuchungsbefund lückenlos vorliegt (FREDENHAGEN, 90). Bei medizinischen Begutachtungen mit persönlicher Untersuchung der versicherten Person (LARGIER/RICHTER, 39) wird unterschieden zwischen **monodisziplinären** Gutachten mit nur einer Fachdisziplin (FANKHAUSER, Diss., 107; MEYER-BLASER, 100; LARGIER/RICHTER, 39), **bidisziplinären** Gutachten mit zwei Fachdisziplinen und **polydisziplinären** Gutachten mit drei oder mehr Fachdisziplinen (FANKHAUSER, Diss., 108; FREDENHAGEN, 92 f.; MEYER-BLASER, Gutachten, 100; LARGIER/RICHTER, 41). Ein **Obergutachten** wird eingeholt, wenn in den Akten bereits sich widersprechende Gutachten vorliegen (FANKHAUSER, Diss., 108). Ein Obergutachten ist von einem **«second-opinion»-Gutachten** abzugrenzen. Letzteres liegt dann vor, wenn der Sozialversicherungsträger auf ein von ihm eingeholtes Administrativgutachten nicht abstellen will, weil er es nicht als beweistauglich ansieht und deshalb ein zweites Gutachten in Auftrag gibt (ALIOTTA, Diss., 438).

10 Im Einzelfall entscheidet der Sozialversicherungsträger, welche Art eines medizinischen Gutachtens eingeholt wird. Nach BGE 139 V 349 E. 3.2 existieren **keine festen Kriterien zur allgemeingültigen Abgrenzung der Anwendungsfelder** der verschiedenen Kategorien von Expertisen. Die grosse Vielfalt von Begutachtungssituationen erfordert Flexibilität. Die jeweiligen Einsatzbereiche lassen sich wie folgt umreissen: Die umfassende administrative Erstbegutachtung wird regelmässig polydisziplinär und damit zufallsbasiert (nur für die Invalidenversicherung, nicht die Unfallversicherung) anzulegen sein; eine direkte Auftragserteilung soll die Ausnahme 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. Eine mono- oder bidisziplinäre Begutachtung genügt, sofern die medizinische Situation offenkundig ausschliesslich ein oder zwei Fachgebiete beschlägt.

11 In der Invalidenversicherung wie auch in der Unfallversicherung werden nebst den medizinischen Gutachten noch weitere Arten von Gutachten eingeholt: **Betriebswirtschaftliche** Gutachten im Zusammenhang mit der Abklärung der Einkommensverhältnisse von selbstständig Erwerbenden, Gutachten über **Berufskunde, unfallanalytische** Gutachten im Zusammenhang mit Unfallrekonstruktionen bei Verkehrsunfällen (BERGER, SJZ 2006, 25 ff.; PETER, Erfahrungen, 45 ff), **biomechanische** Gutachten im Zusammenhang mit einem Personenschaden, Gutachten über **Bergunfälle** (CHRISTEN, HAVE 2015, 268 ff.), Gutachten über **Tauchunfälle**, Gutachten über **Schneesportunfälle**, Gutachten über **Arbeitsunfälle**, Gutachten über **Transportunfälle**, Gutachten über **Schadstoffexpositionen** am Arbeitsplatz oder weitere, an dieser Stelle nicht abschliessend aufzählbare Arten von Gutachten (KIESER, ATSG, Art. 44 N 14).

2. Auftragserteilung an einen unabhängigen Sachverständigen

a) Rechtsnatur des Gutachtensauftrages

12 Das Rechtsverhältnis zwischen einem Sozialversicherungsträger und einem oder mehreren versicherungsexternen Sachverständigen ist als verwaltungsrechtlicher **Gutachtervertrag** zu bezeichnen (BÜHLER, Rahmen, 5). Er untersteht nach einhelliger Meinung in der Lehre den auftragsrechtlichen Bestimmungen von Art. 394 ff. OR, welche als subsidiäres öffentliches Recht anwendbar sind (BÜHLER, Rahmen, 5; LARGIER/RICHTER, 37; MEYER-BLASER, 107; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 12).

Das Bundesgericht definiert in BGE 141 V 330 E. 4.1 die Rechtsnatur des **medizinischen** Gutachtensauftrages wie folgt: «Der Begutachtung liegt danach ein Auftrag des Versicherungsträgers zu Grunde. Dieser enthält den Fragenkatalog, welcher den versicherten Personen vorgängig zu unterbreiten ist. Der Katalog umfasst regelmässig Fragen zu den klinischen Grundlagen (Anamnese, Angaben der versicherten Person, objektive Befunde, Diagnosen, Beurteilung und Prognose), deren Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit in der bisherigen oder in einer angepassten Tätigkeit und zur Eingliederungsfähigkeit (mögliche Therapien/Massnahmen). Dazu kommen allenfalls Spezialfragen, die einen Bezug zur konkreten Situation der zu begutachtenden Person aufweisen, also auf den individuellen Fall zugeschnitten sind.» 13

Das Bundesgericht weist seit BGE 124 I 170 E. 4 konstant darauf hin, dass **Behandlungs- und Begutachtungsauftrag nicht vermischt** werden sollen (BGE 136 V 117 E. 3.3; CR LPGA-Piguet, Art. 44 N 37). 14

Eine Auftragsvergabe gestützt auf Art. 44 kann auch direkt an eine privatrechtliche Gutachterinstitution (etwa eine MEDAS der Invalidenversicherung) erfolgen, in welcher mehrere Sachverständige tätig sind, anstatt an einzelne Sachverständige (vgl. BGE 132 V 376 E. 7.3; Kieser, ATSG, Art. 44 N 26). 15

b) Unabhängigkeit von versicherungsexternen Sachverständigen

Nach dem Wortlaut von Art. 44 hat die Auftragsvergabe an einen **unabhängigen** Sachverständigen zu erfolgen (Kieser, ATSG, Art. 44 N 18; CR LPGA-Piguet, Art. 44 N 15). Das Bundesgericht hat bis dato den Begriff der Unabhängigkeit i.S.v. Art. 44 nicht näher definiert. In diesem Zusammenhang ist die vorzunehmende Unterscheidung zwischen einem **versicherungsinternen** und einem **versicherungsexternen** Sachverständigen zentral. Diese Unterscheidung ist seit BGE 136 V 117 entscheidend für die Anwendung von Art. 44 (Kieser, ATSG, Art. 44 N 25; Fankhauser, Diss., 79). Zudem sind mit BGE 137 V 210 die Mitwirkungsrechte der versicherten Personen lediglich bei der Einholung von klar als versicherungsextern zu bezeichnenden Gutachten von Sachverständigen i.S.v. Art. 44 gestärkt worden. Die verfahrensrechtlichen Anforderungen bei der Einholung von versicherungsinternen Berichten, Stellungnahmen und Gutachten, welche dem Verfügungserlass durch den Sozialversicherungsträger dienen, sind durch BGE 137 V 210 nicht tangiert worden (Wiederkehr, 6). Weiterhin werden vom Bundesgericht bei Berichten, Stellungnahmen und Gutachten von versicherungsinternen Sachverständigen den versicherten Personen die Gehörs- und Partizipationsrechte nur eingeschränkt gewährt (Kieser, ATSG, Art. 44 N 20. Zur Rechtslage vor BGE 137 V 210 s. Fankhauser, Diss., 65 ff. und zur Rechtslage noch vor Inkrafttreten des ATSG Peter, Diss., 125 ff.). Nach Auffassung des Bundesgerichtes sind gar **beratende Ärzte** von Sozialversicherungsträgern, welche nicht in einem Anstellungsverhältnis zum Sozialversicherungsträger stehen, hinsichtlich des Beweiswertes der ärztlichen Beurteilung versicherungsinternen Ärzten gleichzusetzen (BGer, 17.12.2015, 8C_608/2015, E. 3.3.3). 16

c) Meinungen in Lehre und Literatur

Es gibt in Lehre und Literatur nach wie vor (dazu bereits Fankhauser, Diss., 105) **keine einheitliche Definition** eines versicherungsinternen Gutachtens als Abgrenzung zu einem versicherungsexternen Gutachten. Dies führt zu Unklarheiten über die den versicherten Personen bereits im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren zustehenden Gehörs- und Partizipationsrechten bei Begutachtungen. Zentral ist die Abgrenzung zu den von versicherungsintern angestellten Ärztinnen und Ärzten der Sozialversicherungsträger verfassten medizinischen Berichten und Stellungnahmen. Solchen Berichten und Stellungnahmen kann materiell-inhaltlich durchaus auch gutachterlicher Charakter zukommen. 17

18 Noch vor Inkrafttreten des ATSG bezeichnet PETER ein Sachverständigengutachten, welches von einer Person stammt, welche durch Anstellungsverfügung, Arbeitsvertrag oder ein anderes auf Dauer angelegtes obligationenrechtliches Rechtsverhältnis an die Verwaltungsbehörde gebunden ist, **nicht** als Sachverständigengutachten i.S.v. Art. 12 lit. e VwVG und Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 57 ff. BZP und somit als **rein verwaltungsinternes** Sachverständigengutachten (PETER, Diss., 16). BÜHLER versteht unter einem versicherungsinternen medizinischen Gutachten die von einem Sozialversicherungsträger in Auftrag gegebene und von einem in seinen Diensten stehenden Arzt in aller Regel im nichtstreitigen Verwaltungs- oder Einspracheverfahren erstattete, begründete Beantwortung von medizinischen Sachfragen (BÜHLER, Gutachten, 185). Demgegenüber steht das Administrativ- oder Privatgutachten, welches sich vom verwaltungsinternen medizinischen Gutachten einzig dadurch unterscheidet, dass es von einem verwaltungsunabhängigen Arzt als Beauftragten erstattet wird (BÜHLER, Gutachten, 186). Als Abgrenzungskriterium gilt dabei die für den verwaltungsinternen Gutachter **typische Eingliederung in die Arbeitsorganisation** des Sozialversicherungsträgers (BÜHLER, Gutachten, 186). Nach WIEDERKEHR ist die Abgrenzung zwischen versicherungsinternen und -externen Gutachten kasuistisch geprägt. Es wird mehrheitlich darauf abgestellt, ob der Sachverständige seine Tätigkeit **weisungsungebunden** verrichten kann (sachliche Unabhängigkeit) und in **keinem Anstellungsverhältnis** zur Versicherung steht (organisatorisch-institutionelle Unabhängigkeit) (WIEDERKEHR, 6, m.V. auf BGE 135 V 465 E. 4.4). Nach EGLI ist die Abgrenzung zwischen verwaltungsinternen und verwaltungsexternen Gutachten schwierig (EGLI, Diss., 226). Nach herrschender Auffassung ist das **enge Kriterium des Anstellungsverhältnisses** ausschlaggebend (EGLI, Diss., 226). Nach MEYER-BLASER macht bei einem versicherungsärztlichen (oder auch versicherungsinternen Gutachten; MEYER-BLASER, 99) der Sozialversicherungsträger sich den Sachverstand eines von ihm beschäftigten oder institutionell mit ihm zusammenarbeitenden Arztes zunutze (MEYER-BLASER, 99). Er spricht von Gutachten, welche aus dem **Einflussbereich der Versicherungsträgers** stammen (MEYER, 157). KIESER nimmt keine eigene Umschreibung des Begriffes eines versicherungsinternen Gutachtens vor, spricht sich aber im Gegensatz zur Rechtsprechung des Bundesgerichtes für die Anwendbarkeit von Art. 44 auch für versicherungsinterne Gutachten aus (KIESER, ATSG, Art. 44 N 24). FANKHAUSER weist darauf hin, dass die von Sachverständigen produzierten Beweismittel als Berichte oder Gutachten bezeichnet werden. Dabei ist der Bericht kein in Art. 12 VwVG genanntes Beweismittel. Er fällt entweder unter Auskünfte Dritter nach Art. 12 lit. c VwVG, Gutachten von Sachverständigen gem. Art. 12 lit. e VwVG oder Amtsberichte nach Art. 49 BZP (FANKHAUSER, Diss., 83; BÜHLER, Gutachten, 186 f.; WEISS, HAVE 2016, 420). Zudem ist generell die Abgrenzung zwischen Bericht und Gutachten insb. bei den medizinischen Stellungnahmen unscharf (FANKHAUSER, Diss., 83; BGE 122 V 157 E. 1b). Auch ist darauf hinzuweisen, dass eine Abgrenzung zwischen unabhängigen und «nicht-unabhängigen» Sachverständigen sich deshalb als schwierig erweist, weil auch die Angestellten der Verwaltung in dem Sinne unabhängig sein müssen, als sie die Ausstandsgründe nach Art. 36 Abs. 1 ATSG bzw. Art. 10 VwVG zu beachten haben. (FANKHAUSER, Diss., 79).

d) Würdigung der Lehrmeinungen und der Rechtslage

19 Die von einzelnen Autoren, vor allem aber von MEYER sehr weit gefasste Umschreibung des Begriffes der versicherungsinternen Gutachten, kann aus diversen Gründen nicht nachvollzogen werden. Dies unabhängig von der überaus zentralen Frage nach der fachlichen und wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Ärzte aus dem Einflussbereich der Sozialversicherungsträger, welche für die Anwendung von Art. 44 zentral ist (KIESER, ATSG, Art. 44 N 18 ff.). Art. 44 bezieht sich nicht nur auf medizinische Gutachten, sondern auch

auf nichtmedizinische Gutachten. Bei der Einholung von medizinischen Berichten, Stellungnahmen und Gutachten im Rahmen der Unfallversicherung holen zudem die privaten Versicherungsunternehmen i.S.v. Art. 68 Abs. 1 lit. a UVG Berichte und Stellungnahmen von versicherungsexternen Vertrauensärzten ohne Anstellungsverhältnis zum Sozialversicherungsträger ein, welchen unbestreitbar materiell-inhaltlich Gutachtenscharakter zukommt. Auch MEYER-BLASER weist darauf hin, dass es sich bei den von ihm als rein versicherungsinterne Gutachten bezeichneten Gutachten materiell um vollwertige medizinische Gutachten handelt, auch wenn diese Gutachten beweisrechtlich keine Administrativgutachten i.S.v. Art. 44 sind (MEYER-BLASER, 100). Solche Berichte und Stellungnahmen werden zuweilen auch unter Umgehung der Gehörs- und Partizipationsrechte der versicherten Personen bei Vertrauensärzten eingeholt. Auch die fest angestellten versicherungsinternen Ärzte der SUVA verfassen schriftliche Berichte und Stellungnahmen, welchen ebenfalls materiell-inhaltlich durchaus gutachterlicher Charakter zukommen kann. Diese werden von der Rechtsprechung konstant als Amtsberichte i.S.v. Art. 49 BZP qualifiziert (WIEDERKEHR, 7). Bei den von den Vertrauensärzten der privaten Versicherungsunternehmen i.S.v. Art. 68 Abs. 1 lit. a UVG verfassten Berichten, Stellungnahmen und Gutachten liegt hingegen keine klare rechtliche Qualifikation vor. Diese unscharfe Trennung zwischen versicherungsinternen und versicherungsexternen Gutachten tangiert aber auch grundsätzliche **Fragen der rechtsgleichen Behandlung** der versicherten Personen. Im Rahmen der Abwicklung der Unfallversicherung erfolgt eine ganz offensichtlich rechtsungleiche Behandlung der versicherten Personen bei der Gewährung der Gehörs- und Partizipationsrechte. Dies sowohl bei medizinischen wie auch bei nichtmedizinischen Gutachten (ALIOTTA, Diss., 164). Die bereits von BÜHLER vorgenommene **klare Abgrenzung** der versicherungsinternen von den versicherungsexternen Gutachten mit dem Kriterium der **Eingliederung in die Arbeitsorganisation** des Sozialversicherungsträgers ist zu bevorzugen (BÜHLER, Gutachten, 186). Dies ist jedoch ohnehin nur dann relevant, wenn in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes weiterhin eine Unterscheidung getroffen wird zwischen versicherungsinternen und versicherungsexternen Gutachten bei der Gewährung der den versicherten Personen zustehenden Gehörs- und Partizipationsrechte, was in der Lehre teilweise abgelehnt wird (KIESER, ATSG, Art. 44 N 19).

3. Ablauf der Begutachtung

a) Anordnung einer Begutachtung

Der Sozialversicherungsträger hat bei Vorliegen der Voraussetzungen nach Art. 43 Abs. 1 und 2 und Art. 44 medizinische mono-, bi- oder polydisziplinäre Gutachten oder nichtmedizinische Gutachten einzuholen. Die versicherten Personen haben dabei grundsätzlich keinen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf einen Sachverständigen ihrer Wahl (betreffend medizinische Gutachten: BGE 132 V 93 E. 6.5; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 18). Die seit BGE 137 V 210 entwickelte Praxis zu den formellen Erfordernissen betreffend Gehörs- und Partizipationsrechte hat auch für die nichtmedizinischen versicherungsexternen Gutachten zu gelten. Es gibt keinen sachlich zu rechtfertigenden Grund, weshalb die Gehörs- und Partizipationsrechte von versicherten Personen bei nichtmedizinischen Gutachten i.S.v. Art. 44 anders zu handhaben sind als bei medizinischen Gutachten. **20**

Es fragt sich bei der Auftragsvergabe für ein medizinisches Gutachten, welche Stelle im Rahmen der Gutachtensvergabe für die **Auswahl der Fachdisziplinen** zuständig ist. Für die **Invalidenversicherung** wird in BGE 139 V 349 E. 3.3 auf den Anhang V des KSVI verwiesen. Die Gutachterstellen entscheiden definitiv darüber, in welchen Fachdisziplinen – neben den von der IV-Stelle gewünschten – im Einzelfall zu begutachten ist. Eine Erweiterung des Begutachtungsumfangs muss sie im Rahmen der SuisseMED@P begrün- **21**

den. Jedoch sollen die von der IV-Stelle gewählten Fachdisziplinen für die Gutachterstelle bindend sein (**krit.** ACKERMANN ULRICH, Begutachtung, 59). Diese vorgesehene Bindung ist nach Auffassung des Bundesgerichtes zu absolut, da die fachliche Koordination einen zentralen Teil von Interdisziplinarität ausmacht. Die beauftragten Sachverständigen sind letztverantwortlich für die fachliche Güte und die Vollständigkeit der interdisziplinär erstellten Entscheidungsgrundlage, aber auch für eine wirtschaftliche Abklärung. Den Gutachtern muss es freistehen, die von der IV-Stelle bzw. dem RAD (oder im Beschwerdefall vom Gericht) bezeichneten Disziplinen gegenüber der Auftraggeberin zur Diskussion zu stellen, wenn ihnen die Vorgaben nicht einsichtig sind. Für die **Unfallversicherung** besteht bei der Suva eine zentrale Gutachter-Clearingstelle in Luzern. Bei den anderen Versicherern i.S.v. Art. 68 Abs. 1 UVG bestehen unterschiedliche zuständige Stellen.

22 Bei **Uneinigkeit** zwischen einer versicherten Person und einem Sozialversicherungsträger betreffend die durchzuführende Begutachtung hat der Sozialversicherungsträger eine vor dem erstinstanzlichen Versicherungsgericht anfechtbare Zwischenverfügung zu erlassen (BGE 137 V 210 E. 3.4.2.6; ACKERMANN, 105; KIESER, ATSG, Art. 44 N 27; EGLI, Diss., 194; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 28). In der Praxis erlassen die Sozialversicherungsträger zunächst **eine formlose Mitteilung** an die versicherte Person, in welcher auf die Notwendigkeit einer Begutachtung i.S.v. Art. 44 hingewiesen wird. Falls die versicherte Person betreffend die Begutachtung per se, den Zeitpunkt der Begutachtung, die Person des Sachverständigen, die zu berücksichtigenden Fachdisziplinen oder betreffend eine Zweitbegutachtung nicht einverstanden ist und mit dem Sozialversicherungsträger darüber keine Einigung findet, hat der Sozialversicherungsträger eine verfahrensrechtliche Zwischenverfügung zu erlassen. Diese entspricht dem Verfügungsbegriff nach Art. 55 Abs. 1 ATSG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 und Art. 46 VwVG (BGE 137 V 210 E. 3.4.2.6; 130 V 388 E. 2.3). Sie ist innerhalb von 30 Tagen **integral** vor dem erstinstanzlichen Versicherungsgericht oder dem Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 43). Das Bundesgericht führt indes dazu aus, dass sich die IV-Stelle und die versicherte Person nach Möglichkeit über die Vergabe des Auftrags einigen sollen; «bei Konsens kann der Erlass einer anfechtbaren Zwischenverfügung unterbleiben.» (BGE 137 V 210 E. 3.1.3.3; EGLI, Diss., 194).

23 **In der Invalidenversicherung** informiert die IV-Stelle die versicherte Person zunächst im Rahmen einer einfachen schriftlichen Mitteilung, welche nicht in Verfügungsform gekleidet ist und demzufolge auch keine Rechtsmittelbelehrung enthält (WIEDERKEHR, 2), dass eine Expertise eingeholt werden soll. Gleichzeitig gibt sie ihr die Art der vorgesehenen Begutachtung (poly- oder mono- bzw. bidisziplinär) sowie die vorgesehenen Fachdisziplinen und Gutachterfragen bekannt (CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 28). Bei medizinischen polydisziplinären Begutachtungen sind von der IV-Stelle gem. Rz 2076 1/16 KSVI zunächst nur die vorgesehenen Fachdisziplinen zu erwähnen, zudem sind der Auftrag für ein medizinisches Gutachten und allfällige Fragen beizulegen. Die versicherte Person wird auf die Möglichkeit hingewiesen, Zusatzfragen in schriftlicher Form bei der IV-Stelle einzureichen. Bei medizinischen mono- und bidisziplinären Gutachten stellt die IV-Stelle gem. Rz 2083 1/14 KSVI der versicherten Person eine Mitteilung zu, welche die Art der Begutachtung (mono- oder bidisziplinär) und den Namen sowie den Facharzttitel der mit dem Gutachten beauftragten Person bzw. Personen festhält. Der Auftrag für ein medizinisches Gutachten und allfällige Fragen sind der versicherten Person zusammen mit der Mitteilung zuzustellen. Zudem muss die versicherte Person auf die Möglichkeit hingewiesen werden, Zusatzfragen in schriftlicher Form bei der IV-Stelle einzureichen. In der **Unfallversicherung** werden bei allen Arten von medizinischen und nichtmedizinischen versicherungsexternen Gutachten in einer einzigen schriftlichen Mitteilung die vorgesehenen Fachdisziplinen, die Namen der Sachverständigen sowie die Fragen an den oder die Sachverständigen mitgeteilt.

Der Anspruch einer versicherten Person auf das **Beiziehen eines Dolmetschers** zur Begutachtung zwecks Vermeidung sprachlicher Schwierigkeiten ergibt sich unter Berücksichtigung des Untersuchungsprinzips nach Art. 43, aber auch als Teilaspekt des rechtlichen Gehörs nach Art. 42 (KIESER, ATSG, Art. 42 N 17 sowie Art. 43 N 23; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 50). Die versicherte Person hat von sich aus den Antrag auf das Beiziehen eines Dolmetschers zu stellen. Es erfolgt keine Abklärung des Bedarfs eines Beiziehens eines Dolmetschers von Amtes wegen (BGer, 16.11.2011, 9C_697/2011, E. 2.2). 24

Es besteht kein Recht der versicherten Person, von einer **Begleitperson** ihrer Wahl zur Begutachtung begleitet zu werden (BGE 140 V 360 E. 3.2.3; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 52). 25

b) Bekanntgabe des Namens des Sachverständigen

Der Sozialversicherungsträger muss vorgängig einer Begutachtung durch einen Sachverständigen der Partei dessen Namen bekannt geben (CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 20). **Entgegen** dem Gesetzeswortlaut von Art. 44 lässt es die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu, dass auch eine Begutachtungsstelle (etwa eine MEDAS der Invalidenversicherung; KIESER, ATSG, Art. 44 N 33; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 20) als solche beauftragt wird (BGE 132 V 376). 26

Was den Zeitpunkt der Bekanntgabe der Namen der Sachverständigen anbelangt, ist vom Normzweck von Art. 44 ausgehend eine **vorgängige** Bekanntgabe erforderlich (KIESER, ATSG, Art. 44 N 37). Nach Einführung des in BGE 137 V 210 angeregten Zufallsprinzips bei der Erteilung eines Gutachtensauftrages an eine MEDAS der Invalidenversicherung (dazu N 30 ff.) musste sich das Bundesgericht auch neu zur Vorgehensweise betreffend Namensnennung äussern. In der Invalidenversicherung teilt die IV-Stelle erst nach der erfolgten Auswahl der Gutachterstelle gem. SuisseMED@P in einem zweiten Verfahrensschritt der versicherten Person die durch SuisseMED@P zugeteilte Gutachterstelle bzw. bei mono- und bidisziplinären Expertisen die von ihr ausgewählten Gutachter und die Namen der Sachverständigen mit jeweiligem Facharzttitel mit (BGE 139 V 349 E. 5.2.2.2; WIEDERKEHR, 23; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 28). 27

In der **Unfallversicherung** wird der zweite Verfahrensschritt weggelassen. Die für die Invalidenversicherung erst in einem zweiten Verfahrensschritt vorgesehenen Informationen werden der versicherten Person bereits im ersten Verfahrensschritt mitgeteilt. Dies, weil in der Unfallversicherung bei medizinischen polydisziplinären Begutachtungen das Zufallsprinzip selbst bei einer Auftragsvergabe an eine MEDAS der Invalidenversicherung keine Anwendung findet. Die Namen der einzusetzenden Sachverständigen können der versicherten Person von Anbeginn weg mitgeteilt werden. Aufgrund der Gefahr von Unstimmigkeiten bei der Festlegung von Teilgutachten im Rahmen einer polydisziplinären Begutachtung an einem Spital sind vorgängig einer solchen Begutachtung die einzelnen Namen der Teilgutachter von vornherein festzulegen und der versicherten Person mittels einer schriftlichen Mitteilung bekannt zu geben. 28

Die versicherte Person hat zudem das Recht, vorgängig einer Begutachtung zu erfahren, über welche **fachlichen Qualifikationen** ein versicherungsexterner Sachverständiger verfügt (BGE 139 V 349 E. 5.2.2.2; WEISS, AJP 2016, 1214; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 21). Dies ermöglicht es ihr, formelle oder materielle **personenbezogene** Einwendungen geltend zu machen (für die Invalidenversicherung s. Rz 2081.2 sowie Rz 2083.3 KSVI). Bei einem medizinischen Sachverständigen ist eine schweizerische Ausbildung bzw. der FMH-Titel nicht Bedingung für die Eignung als Sachverständiger in einer bestimmten medizinischen Disziplin (BGer, 1.2.2018, 8C_460/2017, E. 5.5; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 40). Ein Sozialversicherungsträger ist zudem nicht verpflichtet, der versicherten Person Hinweise zum beruflichen 29

Werdegang oder zu **Aus- und Weiterbildungstiteln** des Sachverständigen zu machen (KIESER, ATSG, Art. 44 N 36; SVR 2007 IV Nr. 27 = BGer, 7.9.2006, I 193/05, E. 5.4).

c) Elektronische Vergabeplattform in der Invalidenversicherung

30 In BGE 137 V 210 E. 3.1 wurde angeregt, medizinische polydisziplinäre Begutachtungen bei den MEDAS der Invalidenversicherung zukünftig nach dem **Zufallsprinzip** zu vergeben (EGLI, Diss., 195 ff.; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 7).). Es soll damit verhindert werden, dass diejenigen MEDAS, welche häufiger Arbeitsunfähigkeiten bei den versicherten Personen feststellen, weniger Begutachtungsaufträge zugeteilt bekommen oder sich sonstige sachfremde Überlegungen bei der Auftragsvergabe auswirken. Das BSV hat die entsprechenden Grundlagen im Bundesrecht auf Verordnungsebene angepasst (KOCHER, HAVE sh2012, 201; WIEDERKEHR, 22). In der seit 1.3.2012 gültigen Fassung von Art. 72bis Abs. 2 IVV wird das Zufallsprinzip für die Gutachtensvergabe bei den MEDAS der Invalidenversicherung statuiert. Zu dessen Umsetzung hat das BSV die webbasierte Vergabeplattform **SuisseMed@P** eingerichtet. Der gesamte Verlauf der Einholung von Gutachten bei den MEDAS der Invalidenversicherung wird damit gesteuert und kontrolliert (BGer, 3.7.2013, 9C_207/2012, E. 2.1). Das somit praktizierte Vergabeverfahren bei Begutachtungen durch die MEDAS der Invalidenversicherung entspricht einer **lotterieähnlichen Ziehung** aus Gutachterstellen und berücksichtigt definierte Eignungskriterien für die jeweilige Auftragsanfrage (KOCH, SZS 2016, 276; EGLI, Diss., 276 ff.). Ob die in BGE 137 V 210 vorgesehenen Korrektive der Vergabe von MEDAS-Begutachtungsaufträgen nach dem Zufallsprinzip auf das in der **Unfallversicherung** herrschende System anwendbar sind, ist vom Bundesgericht bis heute offen gelassen worden (BGE 138 V 318 E. 6.1.1). Dem neu eingeführten Zufallsprinzip wurde in Lehre und Literatur auch Kritik entgegengebracht (EGLI, Diss., 195 ff.; ALIOTTA, Diss., 233 ff.).

31 Das BSV hat mit den MEDAS der Invalidenversicherung nach BGE 137 V 210 neue **Vereinbarungen** abgeschlossen. Darin wird die Durchführung der polydisziplinären Begutachtungen nach dem Zufallsprinzip geregelt. Vom Zufallsprinzip sind **Verlaufsgutachten** ausgenommen, welche innerhalb einer Frist von drei Jahren seit der letzten polydisziplinären Begutachtung notwendig werden. Das Bundesgericht hat die Rechtmässigkeit einer solchen Ausnahmebestimmung noch nicht beurteilt.

32 Betreffend **Anwendung und Ausgestaltung** des Zufallsprinzips wird in BGE 139 V 349 in E. 5.2.1 bestätigt, dass nur bei medizinischen polydisziplinären Begutachtungen in der Invalidenversicherung die Gutachterauswahl immer nach dem Zufallsprinzip zu erfolgen hat. Die Zufallszuweisung ist im Falle stichhaltiger Einwendungen gegen bezeichnete Sachverständige allenfalls zu wiederholen bzw. zu modifizieren (CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 28). Bei mono- und bidisziplinären Gutachten werden von den IV-Stellen die Aufträge weiterhin freihändig vergeben. Nach BGE 140 V 507 E. 3.1 hat bei polydisziplinären medizinischen Begutachtungen bei einer MEDAS der Invalidenversicherung die Gutachterwahl **immer** nach dem Zufallsprinzip zu erfolgen. Bei solchen Gutachten bleibt für eine einvernehmliche Benennung der Sachverständigen kein Raum (CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 28). Beim Vorliegen einer **ungebührlichen Verzögerung** bei der Durchführung einer Begutachtung nach SuisseMED@P durch eine IV-Stelle ist beim BSV gestützt auf Art. 64*a* IVG eine **Aufsichtsbeschwerde** einzureichen (BGer, 26.5.2015, 9C_140/2015). Falls eine medizinische Fachperson bei verschiedenen MEDAS der Invalidenversicherung gleichzeitig tätig ist, könnte die Zufälligkeit der Gutachterstellenauswahl via SuisseMED@P-Plattform **unterlaufen** werden (BGer, 15.3.2016, 8C_47/2016, E. 3.2.1). Im dem zitierten Entscheid zugrunde liegenden Fall wurde keine Scheinauslosung festgestellt. Es könne offen bleiben, ob und bei welcher Häufung einer Gutachtertätigkeit desselben Arztes für mehrere Abklärungsstellen das

Zufallsprinzip als nicht mehr gewahrt zu gelten hat. In BGer, 19.8.2016, 9C_160/2016, E. 7.3.2.3 werden die Ausführungen in BGE 139 V 349 zur Anwendbarkeit der **justiziablen Garantien** (Partizipationsrechte, Verfügungspflichten und Rechtsschutz) sowohl bei der Einholung von polydisziplinären Gutachten mittels Zufallsprinzip wie auch bei mono- und bidisziplinären Gutachten bestätigt.

d) Erhebung triftiger Ablehnungsgründe

33 Die versicherte Person kann **triftige Ablehnungsgründe** gegenüber dem oder den vorgesehenen Sachverständigen geltend machen. Dies setzt zunächst voraus, dass der Sozialversicherungsträger gegenüber der versicherten Person die Namen der Sachverständigen bekannt gibt. Der Gesetzeswortlaut von Art. 44 ist weit gefasst und muss in einzelne Kategorien aufgeteilt werden. Es werden die eigentlichen gesetzlichen Ausstandsgründe erfasst, zudem zählen weitere Aspekte zu den triftigen Gründen (KIESER, ATSG, Art. 44 N 38; BÖHME, 258; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 32). In Ergänzung zu Art. 44 hat eine versicherte Person gleichzeitig das Recht, gestützt auf Art. 58 Abs. 1 BZP gegen einen Sachverständigen Ausstandsgründe nach Art. 34 Abs. 1 BGG sinngemäss geltend zu machen (TRAUB, SZS 2010, 393; WEISS, AJP 2016, 1216; EGLI, Diss., 232; BÖHME, 229). Zudem kann eine versicherte Person gestützt auf Art. 58 Abs. 2 BZP vor der Ernennung eines Sachverständigen Einwendungen gegen die in Aussicht gestellten Sachverständigen geltend machen (EGLI, Diss., 232; WEISS, AJP 2016, 1216). Solche Einwendungen sind z.B. die gesetzlichen Ausstandsgründe nach Art. 36 ATSG und Art. 34 BGG oder die mangelnde fachliche Qualifikation des vorgesehenen Sachverständigen (WEISS, AJP 2016, 1217; KIESER, ATSG, Art. 44 N 39). Die Ausstands- und Ablehnungsgründe sind **unverzüglich** nach erstmaliger Kenntnisnahme durch die versicherte Person geltend zu machen, ansonsten das Recht auf Geltendmachung verwirkt (BGE 132 II 485; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 47).

34 Der Begriff «Ablehnungsgründe» i.S.v. Art. 44 wird auch umgangssprachlich weit verstanden. Er umfasst **alle Umstände**, welche gegen eine Begutachtung durch den betreffenden Sachverständigen sprechen (BGer, 22.2.2013, 9C_908/2012, E. 5.3.2). Darunter fallen Gründe, welche die Frage der **Unparteilichkeit** des Gutachters beschlagen, sowie solche, die **in der Person** des Gutachters liegen, etwa eine ungenügende fachliche Qualifikation des Gutachters (KIESER, ATSG, Art. 44 N 38; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 40). Das Bundesgericht unterscheidet zwischen Einwendungen **formeller** Natur und Einwendungen **materieller** Natur (EGLI, Diss., 233; BGE 132 V 93 E. 6.5; MÜLLER URS, N 1803 f.). Angesichts der umfassenden Möglichkeit der Geltendmachung von Ablehnungsgründen wird gefordert, dass Art. 44 mit einem Katalog von Rügen zu ergänzen ist, die in keinem Fall einen triftigen Grund für die Gutachterablehnung darstellen können (WEISS, SZS 2011, 360). Dieser Vorschlag ist abzulehnen, weil der Gesetzgeber bewusst die **offene Formulierung** von Art. 44 gewählt hat und das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung bestätigt hat, dass der Begriff «Ablehnungsgründe» weit zu verstehen ist (BGer, 22.4.2013, 9C_908/2012, E. 5.3.2.)

35 Die **Einwendungen formeller Natur** beziehen sich vor allem auf das Vorliegen von gesetzlichen Ausstandsgründen nach Art. 36 Abs. 1 (KIESER, ATSG, Art. 36 N 2 ff.; FANKHAUSER, Diss., 110; WIEDERKEHR, 10; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 24) und Art. 10 Abs. 1 VwVG (MOOR/POLTIER, 270 ff.; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 32). Die Anforderungen an die Unbefangenheit eines Sachverständigen leiten sich ab aus Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Sie ergeben sich nicht aus der Garantie eines unabhängigen und unparteiischen Gerichts nach Art. 30 Abs. 1 BV (BGer, 23.4.2013, 9C_970/2012, E. 2; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 30).

36 Die **Einwendungen materieller Natur** betreffen materielle Aspekte der Begutachtung, wie z.B. eine fehlende Sachkunde des Sachverständigen oder die Unzulässigkeit der Ein-

holung eines Zweitgutachtens durch den Sozialversicherungsträger (EGLI, Diss., 234; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 24). Nach BGE 132 V 93 E. 6.5 richten sich Einwendungen materieller Art zwar ebenfalls gegen die Person des Gutachters. Diese beschlagen jedoch nicht dessen Unparteilichkeit, sondern sind oft von der Sorge getragen, das Gutachten könne mangelhaft ausfallen oder jedenfalls nicht im Sinne der zu begutachtenden Person (BGE 132 V 93 E. 6.5). Solche Einwendungen sind i.d.R. mit dem Entscheid in der Sache im Rahmen der Beweiswürdigung zu behandeln (BGE 132 V 93 E. 6.5; TRAUB, SZS 2010, 394).

37 Für Sachverständige gelten grundsätzlich die gleichen Ausstands- und Ablehnungsgründe wie sie für die Richterschaft vorgesehen sind (LEUZINGER-NAEF, Beweismittel, 59; BGE 132 V 93 E. 7.1; BGer, 23.1.2015, 8C_531/2014, E. 6.1.1) Sobald **Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen an der Unparteilichkeit des Sachverständigen zu erwecken**, ist Befangenheit anzunehmen (WEISS, SZS 2011, 345; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 30). Bei der Befangenheit handelt es sich um einen inneren Zustand, der nur schwer bewiesen werden kann. Für die Ablehnung eines Sachverständigen genügt es deshalb, dass Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen (BGE 132 V 93 E. 7.1; BÖHME, 233; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 30). Dies können z.B. ein unangebrachtes und unhöfliches Verhalten des Sachverständigen gegenüber der versicherten Person (CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 36), ein unangebrachtes freundschaftliches oder familiäres Verhältnis des Sachverständigen zum Auftraggeber (CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 35) oder unangebrachte Bemerkungen des Sachverständigen zur Herkunft, Religion, Rasse oder Geschlecht der versicherten Person sein (CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 36). Der Sachverständige hat sich stets höflich und respektvoll gegenüber der versicherten Person zu verhalten (CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 36). Bei der Beurteilung des Anscheins der Befangenheit und der Gewichtung solcher Umstände darf jedoch nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden. Das Misstrauen muss vielmehr **in objektiver Weise** gerechtfertigt erscheinen (BGE 132 V 93 E. 7.1; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 30). Bei der Beurteilung einer möglichen Voreingenommenheit des Sachverständigen ist zudem darauf zu achten, dass die Begutachtung als solche als **ergebnisoffen** angesehen werden kann (CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 37). Bei Vorliegen einer **wirtschaftlichen Abhängigkeit** des Sachverständigen vom Auftraggeber ist zu differenzieren. Allein die Tatsache, dass ein medizinischer Sachverständiger regelmässig vom gleichen Sozialversicherungsträger Begutachtungsaufträge erhält und somit in wirtschaftlicher Hinsicht weitgehend abhängig ist, begründet per se nicht den Anschein der Voreingenommenheit (BGE 137 V 210 E. 1.3.3; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 39; zu Recht auch kritisch GIRON, Jusletter 16.8.2019, 3). Trotzdem gesteht das Bundesgericht ein, dass sich ein solcher Umstand auf die Akzeptanz des Gutachtens durch die versicherte Person negativ auswirken kann (BGer, 19.8.2016, 9C_793/2015, E. 4.2; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 39).

38 An die Unparteilichkeit der begutachtenden Person ist ein **strenger Massstab** anzulegen (BGE 132 V 93 E. 7.1; KIESER, ATSG, Art. 44 N 39). Die **formelle Natur** der Verletzung des Anspruchs auf einen unabhängigen Experten führt dazu, dass ein Gutachten, das die erforderlichen Attribute nicht aufweist, als Beweismittel auszuschliessen ist. Dies unabhängig davon, wie es sich mit den materiellen Einwendungen tatsächlich verhält (BGE 125 II 541 E. 4d; 120 V 357 E. 3b; TRAUB, SZS 2010, 394).

39 Bei der Einholung eines mono- oder bidisziplinären Gutachtens bei einer MEDAS der Invalidenversicherung ist nach BGer, 12.8.2014, 9C_718/2013, E. 4 im Falle aller von einer versicherten Person vorgebrachten Einwendungen **zwingend konsensorientiert** vorzugehen, wie auch aus BGE 139 V 349 E. 5.4 hervorgeht (**a.M.** MÜLLER URS, Sozial-

versicherungsrechtstagung 2013, 86). Nach BGE 139 V 349 E. 5.2.2.1 werden betreffend die zulässigen Einwendungen bei mono- und bidisziplinären Begutachtungen die beiden Kategorien von Gutachten hinsichtlich der partizipatorischen Verfahrensrechte und der übrigen Rahmenbedingungen der Gutachtensbestellung auf administrativer und gerichtlicher Ebene einander weitgehend angeglichen.

Die zulässigen formellen oder materiellen Einwendungen bei mono- oder bidisziplinären Begutachtungen in der Invalidenversicherung werden in Rz 2083.3 KSVI aufgelistet. Gemäss Rz 2083.2 KSVI wird diesbezüglich eine **Frist von zehn Tagen** gesetzt zur Erhebung von Einwänden sowie für die Einreichung von Zusatzfragen. Diese Frist ist aus Sicht der Praxis als zu kurz anzusehen. Nach Rz 2083.2 KSVI kann die Frist auf schriftlich begründetes Gesuch hin verlängert werden, was aber den versicherten Personen nicht mitgeteilt wird. 40

Nach BGE 139 V 349 E. 5.2.2 ist das Hinwirken auf eine Einigung nach Einführung von SuisseMED@P nur teilweise hinfällig, indem sich die Beteiligten auch nach Einführung von SuisseMED@P mit Einwendungen auseinandersetzen, die sich aus dem konkreten Einzelfall ergeben. Dies ergibt **zwei Verfahrensschritte**: In einem ersten Verfahrensschritt können bei Begutachtungen mit Zufallsprinzip alle Einwendungen eingebracht werden, die sich aus dem konkreten Einzelfall ergeben. **Bevor eine polydisziplinäre Begutachtung durchgeführt wird, ist in dieser ersten Phase nach BGE 140 V 507 E. 3.1 wie bei mono- und bidisziplinären Begutachtungen zunächst konsensorientiert vorzugehen, wenn in diesem ersten Verfahrensstadium von der versicherten Person zulässige Einwendungen gemacht werden. Es können materielle Einwendungen gegen eine Begutachtung an sich oder gegen Art und Umfang der Begutachtung vorgebracht werden** (BGE 140 V 507 E. 3.1). In einem zweiten Verfahrensschritt wird von der IV-Stelle über SuisseMED@P der Begutachtungsauftrag deponiert. Nach Zuteilung durch SuisseMED@P gibt die IV-Stelle der versicherten Person mit einer schriftlichen Mitteilung die Gutachterstelle und die Namen der mit dem Gutachten betrauten Personen mit entsprechendem Facharzttitel bekannt. Die versicherten Personen können sodann nach Bekanntgabe der einzelnen Namen der Sachverständigen die allfälligen übrigen **personenbezogenen Einwendungen** formeller und materieller Art geltend machen (Rz 2081.2 KSVI). Bei stichhaltigen Einwendungen gegen bezeichnete Sachverständige ist die Zufallszuweisung zu wiederholen (Rz 2081.4 KSVI) bzw. zu modifizieren, indem die Beteiligten z.B. übereinkommen, an der ausgelosten MEDAS festzuhalten, dabei aber eine Arztperson nicht mitwirken zu lassen (Rz 2081.3 KSVI). 41

Wird den Einwendungen der versicherten Person nicht oder nur teilweise entsprochen, so erlässt die IV-Stelle eine **Zwischenverfügung**, worin sie die vorgesehenen Fachdisziplinen sowie den oder die Namen der begutachtenden Person bzw. Personen festhält und begründet, weshalb den Einwänden nicht Rechnung getragen wurde (Rz 2081.5 KSVI). Dieses Vorgehen gilt auch für die übrigen, dem ATSG und somit auch Art. 44 unterstehenden Sozialversicherungsträger, welche eine Begutachtung anordnen (vgl. CR LPGA-Piguet, Art. 44 N 27). 42

e) Einreichen von Gegenvorschlägen

Die versicherte Person kann betreffend die einzusetzenden Sachverständigen dem Sozialversicherungsträger **Gegenvorschläge unterbreiten**, sofern er den vom Sozialversicherungsträger einzusetzenden Sachverständigen aus triftigen Gründen abgelehnt hat (Kieser, ATSG, Art. 44 N 40 f.; Egli, Diss., 232; CR LPGA-Piguet, Art. 44 N 26). Ein solches Recht ist demgegenüber in Art. 58 Abs. 2 BZP nicht enthalten (Egli, Diss., 232). Wiederkehr weist darauf hin, dass nach Art. 58 Abs. 2 BZP Einwendungen gegen den in Aussicht gestellten Sachverständigen gemacht werden können und die Rechtsprechung 43

noch nicht entschieden hat, wie der Wortlaut von Art. 44 ATSG mit Art. 58 Abs. 2 BZP zu harmonisieren ist. Er vertritt die Auffassung, dass unter «Einwendungen» auch das Recht verstanden wird, Gegenvorschläge zu machen (WIEDERKEHR, 23, FN 91; vgl. LEUZINGER-NAEF, in: FS Murer, 433). Demgegenüber legt nach EGLI der Wortlaut von Art. 44 nahe, dass sich der Sozialversicherungsträger nicht «nur» mit Einwendungen zu begnügen hat, sondern den Gutachter bei Vorliegen triftiger Gründe wirksam ablehnen kann (EGLI, Diss., 232). Diesbezüglich ist nach der hier vertretenen Auffassung zu betonen, dass Art. 44 nach Erlass der BZP in Kraft getreten ist und der Gesetzgeber im Gesetzestext von Art. 44 wohl bewusst das Recht einer Partei (somit nicht nur der versicherten Person; KIESER, ATSG, Art. 44 N 11) auf das Einreichen von Gegenvorschlägen verankert hat, als ein **offensichtlich weiter gehendes Recht** als das in Art. 58 Abs. 2 BZP statuierte Recht auf Einwendungen.

44 Ein Sozialversicherungsträger hat **unvoreingenommen** den Gegenvorschlag der versicherten Person zu prüfen (KIESER, ATSG, Art. 44 N 40; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 26). Dem Sozialversicherungsträger steht es frei, den Gegenvorschlag der versicherten Person zu akzeptieren. In der Praxis wird nur in Ausnahmefällen vom Sozialversicherungsträger ein von der versicherten Person unterbreiteter Gegenvorschlag akzeptiert. Ein eigentliches Vorschlagsrecht betreffend die Gutachterstelle wird von den Sozialversicherungsträgern nicht praktiziert (GLÄTTLI, Jusletter 2.7.2012, Rz 22; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 26).

45 Die Sozialversicherungsträger bestimmen somit in der Unfallversicherung bei allen medizinischen und nichtmedizinischen Begutachtungen und in der Invalidenversicherung bei mono- und bidisziplinären medizinischen sowie bei nichtmedizinischen Begutachtungen **einseitig und im Sinne des Amtsbetriebes** die Sachverständigen, ohne dass die versicherte Person darauf im Sinne eines Mitwirkungsrechtes Einfluss nehmen kann (ALIOTTA, Diss., 63 ff.; PFÄNDLER, plädoyer 6/2010, 23; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 26). Der Wunsch des Bundesgerichtes bleibt unerfüllt, wonach bei der Bestimmung eines Sachverständigen nach Möglichkeit ein konsensuales Vorgehen angezeigt ist (Vor BGE 137 V 210 bereits in BGer, 10.6.2009, 9C_1/2009, E. 2; MÜLLER, Sozialversicherungsrechtstagung 2013, 122). Davon ausgenommen sind jedoch die medizinischen polydisziplinären Begutachtungen in den MEDAS der Invalidenversicherung, da bei einer solchen Auftragsvergabe strikte und ausnahmslos das Zufallsprinzip angewendet wird, ohne dass von einer versicherten Person Gegenvorschläge unterbreitet werden können (KIESER, ATSG, Art. 44 N 40).

f) Einvernehmliche Gutachtenseinholung

46 Die Rechtsprechung zu einer einvernehmlichen Gutachtenseinholung bei medizinischen Begutachtungen in der Invalidenversicherung (noch offen betreffend Unfallversicherung) hat sich nicht kohärent entwickelt. Die zunächst **wenig konkreten** (LEUZINGER-NAEF, Beweismittel, 57) und **widersprüchlichen** Vorgaben des Bundesgerichtes wurden durch eine ganze Reihe von Urteilen des Bundesgerichtes weiter konkretisiert.

47 Nach BGE 137 V 210 E. 3.4.2.6 ist mehr als bisher das Bestreben um eine einvernehmliche Gutachtenseinholung in den Vordergrund zu stellen. Eine auf beiderseitigem Einverständnis beruhende Begutachtung führt zu tragfähigeren Beweisergebnissen und stösst bei der betroffenen Person zudem auf **bessere Akzeptanz** (BGE 137 V 210 E. 3.4.2.6; bestätigt in BGer, 29.9.2011, 8C_426/2011, E. 7.3; 13.2.2012, 8C_360/2011, E. 4.2; 9.5.2012, 9C_950/2011, E. 1.1; 22.2.2013, 9C_908/2012, E. 5; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 18). Nach BGE 139 V 349 E. 4.2 erhält die **Obliegenheit** (und somit nicht die Verpflichtung) von IV-Stelle und versicherter Person, eine einvernehmliche Gutachterbestellung anzustreben, dort ihre besondere Bedeutung, wo Aufträge für Expertisen mit weniger als drei Fachdisziplinen nicht nach dem Zufallsprinzip vergeben werden. Das Bundesgericht hat aber die-

sen Einigungsversuch nicht näher konkretisiert. Es hat keine rechtsverbindlichen Vorgaben gegenüber den IV-Stellen gemacht, nach welchen Kriterien ein solcher Einigungsversuch mit einer versicherten Person durchzuführen ist, was in der Praxis zu uneinheitlichen Einigungsverfahren führt. Nach BGer, 13.1.2014, 8C_512/2013, E. 3.5 kann betreffend Durchführung von Einigungsbemühungen bei der Einholung eines mono- oder bidisziplinären medizinischen Gutachtens eine Partei zu einer einvernehmlichen Gutachtenseinholung ohnehin **nicht verpflichtet** werden, da dafür stets eine übereinstimmende Willenskundgebung erforderlich ist, welche indessen **nicht verbindlich** durchgesetzt werden kann. Ein Rechtsanspruch auf konsensuale Bestimmung der Gutachterstelle besteht somit nicht. Nach BGer, 12.8.2014, 9C_718/2014, E. 4 ist bei einer mono- oder bidisziplinären Begutachtung **im Falle aller zulässigen Einwendungen zwingend konsensorientiert** vorzugehen. In BGE 140 V 507 E. 3.1 wird jedoch bestätigt, dass bei medizinischen polydisziplinären Begutachtungen bei einer MEDAS der Invalidenversicherung die Gutachterwahl immer nach dem Zufallsprinzip zu erfolgen hat. Bei solchen Gutachten bleibt für eine einvernehmliche Benennung der Sachverständigen kein Raum (BGE 140 V 507 E. 3.2.1). Nach BGer, 19.8.2016, 9C_160/2016, E. 7.3.4 durfte die IV-Stelle des Kantons Solothurn davon ausgehen, dass die versicherte Person mit der Begutachtung in der von ihr vorgeschlagenen Form einverstanden war. Damit eine IV-Stelle Einigungsbemühungen durchführen muss, hat eine versicherte Person zunächst Einwendungen formeller oder materieller Natur vorzubringen, um das **Nichteinverständnis** mit dem Vorgehen der IV-Stelle ausdrücklich **kundzutun**.

g) Fragenkatalog zuhanden des Sachverständigen

Weder in Art. 43 noch in Art. 44 findet sich eine ausdrückliche Bestimmung betreffend die Problematik der Fragestellung an die Sachverständigen durch die Sozialversicherungsträger. Nach BGE 141 V 330 E. 4.1 leitet sich indes aus Art. 44 ab, dass **primär der Sozialversicherungsträger** als Auftraggeber eines Gutachtens auch die Fragen an die Sachverständigen zu formulieren hat. Dies gilt für alle Arten von Gutachten nach Art. 44. 48

Seit BGE 137 V 210 E. 3.4.2.1 hat eine versicherte Person noch **vorgängig** einer Gutachtensanordnung ein Recht, sich zur Fragestellung an den Sachverständigen zu äussern und zuhanden des Sachverständigen eigene Zusatzfragen zu stellen (Egli, Diss., 241 ff.; Böhme, 31, CR LPGA-Piguet, Art. 44 N 22). Eine versicherte Person hat somit nach Art. 57 Abs. 2 BZP das **Recht auf Abänderungs- und Ergänzungsfragen** (Aliotta, Personen-Schaden-Forum 2018, 128; Weiss, AJP 2016, 1215; Böhme, 322; CR LPGA-Piguet, Art. 44 N 22). Nach Weiss geht der Anspruch auf vorgängige Äusserung zu den Fragen deutlich über den verfassungsrechtlichen Anspruch von Art. 29 Abs. 2 BV hinaus (Weiss, AJP 2016, 1215). In BGE 138 V 318 E. 6.1.4 wird präzisiert, dass das vorgängige Äusserungsrecht einer versicherten Person auch in der obligatorischen Unfallversicherung gilt (Ackermann, 106). Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes bezieht sich ausdrücklich auf medizinische Gutachten. Art. 44 ist jedoch nicht auf medizinische Gutachten beschränkt. Nach der hier vertretenen Auffassung müssen die in BGE 137 V 210 eingeführten Gehörs- und Partizipationsrechte der versicherten Personen auch bei allen übrigen, durch einen Sozialversicherungsträger nach Art. 44 eingeholten Gutachten respektiert werden. In keinem Zweig des Bundessozialversicherungsrechtes gibt es gesetzliche Grundlagen, welche als rechtsverbindliche Leitlinien für die Fragestellung an die Sachverständigen dienen würden. In der Praxis zirkulieren in den einzelnen Sozialversicherungszweigen vor allem in Zusammenhang mit medizinischen Gutachten unterschiedliche Fragenkataloge, was sich vor allem in der Unfallversicherung bei den privaten Versicherungsunternehmen i.S.v. Art. 68 Abs. 1 lit. a UVG zeigt. Für die Invalidenversicherung soll nach BGer, 23.9.2015, 8C_421/2015, E. 5.3 der neue Fragenkatalog nach IV-Rundschreiben Nr. 339 den Ärzten als Leitlinie dienen. 49

50 Nach BGE 141 V 330 E. 6.2 werden **vier Arten von Zusatzfragen** bei medizinischen Begutachtungen unterschieden: ergänzende oder präzisierende Zusatzfragen, Suggestivfragen, Rechtsfragen sowie sachfremde Fragen (ALIOTTA, Personen-Schaden-Forum 2018, 128; WEISS, AJP 2016, 1216). Falls ein Sozialversicherungsträger die von der versicherten Person gestellten Zusatzfragen ohne Weiteres zulässt und sie der Begutachtungsstelle weiterleitet, geschieht dies formlos, weil damit dem Begehren der versicherten Person entsprochen wird (BGE 141 V 330 E. 4). Falls keine Einigung betreffend die Zulässigkeit der gestellten Fragen besteht und der Sozialversicherungsträger die von der versicherten Person gestellten Zusatzfragen nur teilweise oder gar nicht zulassen will, muss nach BGE 141 V 330 E. 4.2 der Sozialversicherungsträger über die Zulassung der Zusatzfragen **verfahrensleitend befinden**. Der Entscheid des Sozialversicherungsträgers hat in Form eines Rechtsaktes zu ergehen, welcher dem Verfügungsbegriff von Art. 5 VwVG i.V.m. Art. 55 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 ATSG entspricht. Es verhält sich hier nicht anders als bei der Anordnung des Gutachtens an sich (BGE 141 V 330 E. 4.2). Nach der hier vertretenen Auffassung besteht die Pflicht zum **Erlass einer Zwischenverfügung** auch bei Nichteinigung betreffend Zusatzfragen für alle Arten von Gutachten.

h) Ergänzungsfragen nach Vorliegen des Gutachtens

51 Nach Einholen von versicherungsexternen Gutachten können dem oder den Sachverständigen **Erläuterungs- oder Ergänzungsfragen** gestellt werden. Dies ergibt sich aus dem Recht, sich zum Beweisergebnis zu äussern und erhebliche Beweisanträge zu stellen (Art. 42 ATSG sowie Art. 29 Abs. 2 BV; BGE 136 V 113 E. 5.4; KIESER, ATSG, Art. 42 N 26; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 22). Zudem ergibt sich ein solcher Anspruch nach Auffassung von WEISS auch direkt aus Art. 60 Abs. 1 BZP (WEISS, AJP 2016, 1217).

52 Ergänzungsfragen der versicherten Person sind in Nachachtung des rechtlichen Gehörs den Sachverständigen **gleichzeitig** mit den Ergänzungsfragen des Sozialversicherungsträgers zu unterbreiten. Dies ist nach BGE 136 V 113 E. 5.4 durch den Sozialversicherungsträger zu **koordinieren**.

III. Gesetzesrevision

1. Revisionsbestrebungen des Bundesrates

53 Im Rahmen einer Revisionsvorlage zur Weiterentwicklung der IV will der Bundesrat diverse Bestimmungen des IVG durch den Gesetzgeber ändern lassen. In der Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (Weiterentwicklung der IV) vom 15.2.2017 (BBl 2017 2535 ff.) findet sich auch ein Vorschlag zur Revision von Art. 44 ATSG (ALIOTTA, Diss., 518 ff.; ALIOTTA, SZS 2018, 144 ff.; WEISS, Diss., 233, WEISS, AJP 2016, 476; FISCHER/KOLLER/WIEDERKEHR, 199; BÖHME, 341; CR LPGA-PIGUET, Art. 44 N 8). Das Vorgehen des Bundesrates verwundert, da die Bestimmungen des ATSG gem. Art. 2 für alle dem ATSG unterstehenden Zweige des Bundessozialversicherungsrechtes gelten (KIESER, ATSG, Art. 1 N 8 ff.). Die Bestimmung von Art. 44 wurde vom Bundesgesetzgeber als Ergänzung zu Art. 43 konzipiert (ALIOTTA, Diss., 99 ff.). Sie findet also nicht nur Anwendung in der Invalidenversicherung, sondern vor allem auch in der Unfallversicherung, in welcher zahlreiche medizinische und nichtmedizinische Gutachten von versicherungsexternen Sachverständigen zur Abklärung des Sachverhaltes eingeholt werden. Der Bundesrat weist selber darauf hin, dass die vorgeschlagenen Änderungen des ATSG auf alle dem ATSG unterstellten Sozialversicherungen Anwendung finden (Botschaft des Bundesrates, 2627).

2. *Vorgeschlagener Neuer Gesetzestext*

Der vom Bundesrat in seiner Botschaft zur Weiterentwicklung der IV vorgesehene Wortlaut von Art. 44 E-ATSG lautet wie folgt (Botschaft des Bundesrates, 2735 ff.): 54

> «1 Erachtet der Versicherungsträger im Rahmen von medizinischen Abklärungen ein Gutachten als notwendig, so legt er je nach Erfordernis eine der folgenden Arten fest: a. monodisziplinäres Gutachten; b. bidisziplinäres Gutachten; c. polydisziplinäres Gutachten.
>
> 2 Muss der Versicherungsträger zur Abklärung des Sachverhaltes ein Gutachten bei einem oder mehreren Sachverständigen einholen, so gibt er der Partei deren Namen bekannt. Diese kann innert zehn Tagen aus den Gründen nach Artikel 36 Absatz 1 Sachverständige ablehnen und Gegenvorschläge machen.
>
> 3 Mit der Bekanntgabe der Namen stellt der Versicherungsträger der Partei auch die Fragen an den oder die Sachverständigen zu und weist sie auf die Möglichkeit hin, innert der gleichen Frist Zusatzfragen in schriftlicher Form einzureichen. Der Versicherungsträger entscheidet abschliessend über die Fragen an den oder die Sachverständigen.
>
> 4 Hält der Versicherungsträger trotz Ablehnungsantrag an den vorgesehenen Sachverständigen fest, so teilt er dies der Partei durch Zwischenverfügung mit.
>
> 5 Bei Gutachten nach Absatz 1 Buchstaben a und b werden die Fachdisziplinen vom Versicherungsträger, bei Gutachten nach Absatz 1 Buchstabe c von der Gutachterstelle abschliessend festgelegt.
>
> 6 Der Bundesrat kann: a. für Gutachten nach Absatz 1 Buchstabe c die Art der Vergabe des Auftrages an eine Gutachterstelle regeln; b. für die Zulassung von medizinischen Sachverständigen für alle Gutachten nach Absatz 1 Kriterien erlassen; c. für die Zulassung und die Überprüfung von Gutachterstellen für Gutachten nach Absatz 1 Buchstabe c eine Stelle zur Qualitätssicherung schaffen oder beauftragen.»

3. *Kritik und Zuspruch in der Literatur zur Gesetzesrevision*

Dieser Gesetzestext wird in der Literatur zu Recht kritisiert, da die Vorlage mehrere **zentrale Mängel** aufweist. So wird nebst der mangelnden Systematik (CR LPGA- Piguet, Art. 44 N 9) vor allem kritisiert, dass im vorgesehenen Gesetzestext der zentrale Begriff der «Unabhängigkeit» des Sachverständigen im Gegensatz zum aktuellen Gesetzestext nicht mehr erwähnt wird (Egli, iusNet, 1; Aliotta, SZS 2018, 151). Zudem wird darauf hingewiesen, dass bislang behördliche, erstreckbare Fristen neu als nicht erstreckbare zehntägige gesetzliche Fristen im Gesetzestext vorgesehen sind (Egli, iusNet, 1; Aliotta, Diss., 518 ff.; Aliotta, SZS 2018, 144 ff.). Auch könnten gegenüber einem versicherungsexternen Sachverständigen nur noch die formellen gesetzlichen Ausstandsgründe nach Art. 36 ATSG geltend gemacht werden (Aliotta, SZS 2018, 153; Weiss, Diss., 235; CR LPGA-Piguet, Art. 44 N 9). Zudem wird geltend gemacht, dass die vom Bundesrat vorgesehenen Neuerungen teilweise vage sind und viele Fragen offenbleiben (Giron, Jusletter 16.9.2019, 14; Cupa, Rz 41 f.). Insgesamt erscheint die vorgesehene Gesetzesänderung als eine nicht nachvollziehbare und nicht notwendige **massive Verschlechterung** betreffend die Mitwirkungsrechte der versicherten Personen bei der Einholung von versicherungsexternen Gutachten im Vergleich zur Rechtslage vor BGE 137 V 210 (Aliotta, Diss., 518; Aliotta, SZS 2018, 158; Egli, iusNet, 2; CR LPGA-Piguet, Art. 44 N 9). Demgegenüber wird die verfahrensrechtliche Stellung des Sozialversicherungsträgers gegenüber einer versicherten Person durch die angestrebte Revision einseitig gestärkt (Weiss, Diss., 235). Es bleibt zu hoffen, dass im Gesetzgebungsverfahren im Parlament relevante Nachbesserungen erfolgen werden, falls denn überhaupt in grundsätzlicher Hinsicht eine so grundlegende Änderung von Art. 44 notwendig erscheint (Aliotta, SZS 2018, 158; Egli, iusNet, 1). In der Literatur wird die vom Bundesrat an- 55

gestrebte Gesetzesänderung jedoch teilweise auch unterstützt. Eine **Verschlechterung** der verfahrensrechtlichen Stellung von versicherten Personen sei in Kauf zu nehmen, falls dadurch der Verfahrenseffizienz im Verwaltungsverfahren wieder mehr Gewicht verliehen werde (WEISS, Diss., 236; WEISS, SZS 2018, 494, BÖHME, 344). Dabei wird offensichtlich verkannt, dass die einseitige Verschlechterung der Verfahrensrechte einer versicherten Person und somit die Verstärkung der verfahrensrechtlichen Ungleichheit im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren zulasten von versicherten Personen mitnichten eine automatische Stärkung der Verfahrenseffizienz im Verwaltungsverfahren bedeutet. Auch trägt dies nicht per se zur materiellen Wahrheitsfindung bei. Eine Kompensation des Verlustes der Verfahrensrechte kann nicht durch eine inhaltliche, a priori nie garantierte medizinische Richtigkeit eines Gutachtens kompensiert werden (**a.M.** BÖHME, 344).

56 Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens im Eidgenössischen Parlament in Bern hat die zuständige Kommission des Nationalrates der in der Literatur vielfach aufgeworfenen Kritik am Gesetzesentwurf des Bundesrates leider nur teilweise Rechnung getragen. Es wird in Abs. 2 von Art. 44 E-ATSG der Begriff «unabhängigen Sachverständigen» wieder eingeführt, was sehr zu begrüssen ist. Zudem wird in einem neuen Abs. 5^{bis} Folgendes festgehalten: «Sofern der Versicherte nichts anderes bestimmt, werden Interviews zwischen dem Versicherten und dem Sachverständigen protokolliert und in die Akten des Versicherungsträgers aufgenommen.» Damit wird einem wichtigen Anliegen entsprochen, welches immer wieder auch in der Literatur von verschiedenen Autoren gefordert worden ist. Die zuständige Kommission des Ständerates hat sich dem Vorschlag der Kommission des Nationalrates zu Recht angeschlossen.

Art. 45

Kosten der Abklärung	**[1] Der Versicherungsträger übernimmt die Kosten der Abklärung, soweit er die Massnahmen angeordnet hat. Hat er keine Massnahmen angeordnet, so übernimmt er deren Kosten dennoch, wenn die Massnahmen für die Beurteilung des Anspruchs unerlässlich waren oder Bestandteil nachträglich zugesprochener Leistungen bilden.** **[2] Der Versicherungsträger entschädigt die Partei und die Auskunftspersonen für Erwerbsausfall und Spesen.** **[3] Die Kosten können der Partei auferlegt werden, wenn sie trotz Aufforderung und Androhung der Folgen die Abklärung in unentschuldbarer Weise verhindert oder erschwert hat.**
Frais de l'instruction	[1] Les frais de l'instruction sont pris en charge par l'assureur qui a ordonné les mesures. A défaut, l'assureur rembourse les frais occasionnés par les mesures indispensables à l'appréciation du cas ou comprises dans les prestations accordées ultérieurement. [2] L'assureur indemnise les parties ainsi que les personnes tenues de fournir des renseignements si elles subissent une perte de gain ou encourent des frais. [3] Les frais peuvent être mis à la charge de la partie qui empêche ou entrave l'instruction de manière inexcusable après sommation et indication des conséquences.
Spese d'accertamento	[1]L'assicuratore assume le spese per l'accertamento, sempre che abbia ordinato i provvedimenti. Se non ha ordinato alcun provvedimento, ne assume ugualmente le spese se i provvedimenti erano indispensabili per la valutazione del caso oppure se fanno parte di prestazioni accordate successivamente.