

Sicherstellung eines fairen Verwaltungs- und Beschwerdeverfahrens bezüglich medizinischer Gutachten

Hintergründe, Folgerungen und Auswirkungen von BGE 137 V 210 („MEDAS-Urteil“)

Andreas Traub

**asim-Fortbildungsveranstaltung
Basel, 16. November 2011**

- I. Bisherige Praxis: Unabhängigkeit der MEDAS und beweisrechtliche Folgerungen
- II. Vorgeschichte
 1. Geschäftsbericht 2009 des Bundesgerichts
 2. Rechtsgutachten Müller/Reich vom 11. Februar 2010
 3. BGE 136 V 376 (Urteil vom 9. September 2010)
- III. BGE 137 V 210 (Urteil vom 28. Juni 2011)
 1. Rechtstatsachen
 - a. Tarifvertragliche Grundlage der MEDAS-Begutachtungen
 - b. Bei BSV und MEDAS erhobene Daten
 - c. Rechtsvergleichung
 2. Befund: Latente Gefährdung der Verfahrensgarantien
 3. Massnahmenbündel: Einrichtung eines verfassungs- und EMRK-konformen Gesamtverfahrens
 - a. Korrektive im Verwaltungsverfahren
 - b. Korrektive im Beschwerdeverfahren
 - c. Appellatorisches

I. Bisherige Praxis (1)

Unabhängigkeit der MEDAS

- ***Institutionell-organisatorische Unabhängigkeit:***
 - Soweit Gutachten ein bestimmendes Element des rechtlichen Erkenntnisses bilden, müssen **medizinische Sachverständige grundsätzlich gleich unabhängig und unparteiisch sein wie Richter** (Hinweise in BGE 137 V 210 E. 2.1.3 S. 231)
 - **Fachlich-inhaltliche Weisungsunabhängigkeit** institutionell verankert; Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gutachter somit gewährleistet (BGE 123 V 175; Beschwerde durch die EKMR nicht zugelassen [VPB 1998 Nr. 95 S. 917])
 - **Formelle Parteistellung der IV im Beschwerdeverfahren** und Beschwerdelegitimation der IV-Stelle lassen die Beweiserhebungen im Verwaltungsverfahren nicht als Parteihandlungen erscheinen (BGE 136 V 376)

I. Bisherige Praxis (2)

- ***Wirtschaftliche (Un)Abhängigkeit:***

- Regelmässiger Beizug eines Gutachters / einer Begutachtungsstelle durch denselben Versicherungsträger und ein entsprechendes Honorarvolumen **begründen keinen (formellen) Ausstandsgrund**
- NB: Ausstandsbegehren richtet sich ohnehin immer gegen Personen

(Hinweise in BGE 137 V 210 E. 1.3.3 S. 227)

I. Bisherige Praxis (3)

Beweisrechtliche Vorgaben

- **Grundsatz der freien Beweiswürdigung** (Art. 61 lit. c ATSG)
 - Im **Verwaltungsverfahren** darf abschliessend auf **versicherungsinterne** medizinische Beurteilungen abgestellt werden
 - Im **Beschwerdeverfahren** darf abschliessend auf **Entscheidungsgrundlagen des Verwaltungsverfahrens** abgestellt werden (externe **oder interne** Berichte und Gutachten)
 - Genügen also selbst im Beschwerdeverfahren **versicherungsinterne** medizinische Beurteilungsgrundlagen,
 - so gab es bisher erst recht keinen Anlass, die Frage der (Un)Abhängigkeit der MEDAS als externe Gutachterstellen aufzuwerfen

I. Bisherige Praxis (4)

- **„Richtlinien“ für Beweiswürdigung:**
 - **Verwaltungsexterne** Administrativgutachten, welche alle Beweiswertvoraussetzungen erfüllen, haben volle Beweiskraft, solange nicht **konkrete Indizien** gegen ihre Zuverlässigkeit sprechen (BGE 125 V 351)
 - Kein Anspruch auf versicherungsexterne Begutachtung
 - Aber: Bei **versicherungsinternen** ärztlichen Stellungnahmen soll **bereits bei geringen Zweifeln** an der Zuverlässigkeit ein externes Gutachten angeordnet werden (BGE 135 V 465)

I. Bisherige Praxis (5)

- Die **EMRK** enthält
 - keine Unabhängigkeitsgarantie bezüglich des Sachverständigenbeweises und
 - keine Vorschrift über die Expertenauswahl
- **EGMR** hat die **institutionelle Ordnung und Beweisgrundsätze** des Abklärungsverfahrens der IV, so auch das abschliessende Abstellen auf MEDAS-Gutachten, **nie beanstandet**
- **EGMR**: Mangelnde Neutralität eines Sachverständigen kann **im Einzelfall** gegen die Verfahrensfairness verstossen

(Hinweise in BGE 137 V 210 E. 1.4 S. 227)

II. Vorgeschichte

- Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2009
- Rechtsgutachten Müller/Reich vom 11. Februar 2010
- BGE 136 V 376

II.1 Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2009, Rubrik „Hinweise an den Gesetzgeber“

„Die Erste und Zweite sozialrechtliche Abteilung stellen in ihrer täglichen Spruchpraxis fest, dass das medizinische Abklärungswesen der IV in verschiedener Hinsicht gewisse Defizite institutionell-organisatorischer Art aufweist, die im Rahmen der Rechtsprechung nicht behoben werden können. Dies betrifft namentlich die Qualitätskontrolle, die fehlende Transparenz der Expertenauswahl und ihres Verhältnisses zur IV (seitens der Versicherten wird immer wieder der Verdacht einer zielorientierten Auswahl wirtschaftlich abhängiger Gutachter durch die IV-Stellen geäußert, ohne dass dies – mangels verfügbarer Daten – allgemein entkräftet werden könnte) und die nicht vorhandenen Grundlagendaten diagnostischer Art, soweit sie zur Zusprechung oder Ablehnung von IV-Rentenleistungen führen. (...)“

II.2 Rechtsgutachten Müller/Reich vom 11.2.10 (1)

„Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur medizinischen Begutachtung durch Medizinische Abklärungsstellen betreffend Ansprüche auf Leistungen der Invalidenversicherung mit Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten“

von PROF. DR. IUR. J.P. MÜLLER und DR. IUR. JOHANNES REICH
(auftrags eines Anwaltes im Hinblick auf die Erhebung einer Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg)

II.2 Rechtsgutachten Müller/Reich vom 11.2.10 (2)

Zusammenfassung der Argumentation:

- Art. 6 Ziff. 1 EMRK:
„Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen [...] von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren [...] verhandelt wird.“
- *Administrativgutachten* werden auch im *gerichtlichen* Prozess als massgebende Entscheidungsgrundlage verwendet
- So erhalten sie in der Beweiswürdigung de facto den Stellenwert eines Gerichtsgutachtens

II.2 Rechtsgutachten Müller/Reich vom 11.2.10 (3)

- Folge: Allfällige *Beweisvorteile der Verwaltung* bzw. *Beweisnachteile des Leistungsansprechers* erstrecken sich auch auf das gerichtliche Verfahren:
 - Auswahl der Gutachterstelle durch IV-Stelle
 - strukturelle Nähe der MEDAS zur IV und wirtschaftliche Abhängigkeit
 - fehlende Beteiligungsrechte der versicherten Person im Vorfeld der Begutachtung
- IV-Stelle ist vor Bundesgericht beschwerdebefugt, daher als Partei zu betrachten

II.2 Rechtsgutachten Müller/Reich vom 11.2.10 (4)

- ***Fazit der Rechtsgutachter:*** Ohne kompensatorische Behelfe verletzt die Verwendung von MEDAS-Administrativgutachten als massgebende Entscheidungsgrundlage die prozessuale Chancengleichheit und damit die Verfahrensfairness gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK

II.3 BGE 136 V 376 (Urteil vom 9. September 2010) (1)

- **Grundentscheidung** des Gesetzgebers: Beweisführung über sozialversicherungsrechtliche Ansprüche **schwerpunktmässig im Administrativverfahren**, nicht im gerichtlichen Prozess
- Verfahren vor der IV-Stelle: **Einparteienverfahren** mit dem Leistungsgesuchsteller als Partei und der IV-Stelle als Behörde, die **an die rechtsstaatlichen Grundsätze sowie an den Untersuchungsgrundsatz** (Art. 43 Abs. 1 ATSG) **gebunden** ist

II.3 BGE 136 V 376 (Urteil vom 9. September 2010) (2)

- **Festhalten an ständiger Rechtsprechung:**
 - Solange kein Beschwerdeverfahren angehoben ist, handelt die IV-Stelle nicht als Partei, sondern als zur **Neutralität und Objektivität** verpflichtetes Organ des Gesetzesvollzugs
 - Selbst nach Eintritt der Rechtshängigkeit ist die IV-Stelle **nur *formell* Partei**, nicht im materiellen Sinn (da noch immer der Objektivität verpflichtet)
 - Grundlage der Rechtsprechung über die Beweiskraft versicherungsmedizinischer Berichte und Gutachten im Prozess (BGE 125 V 351; 122 V 157)
 - Kein Anspruch auf eine versicherungsexterne (gerichtliche) Expertise, wenn die medizinischen Entscheidungsgrundlagen des Versicherungsträgers formell einwandfrei und materiell schlüssig sind

II.3 BGE 136 V 376 (Urteil vom 9. September 2010) (3)

- **Fazit:**

- Aus der formellen Parteieigenschaft der Durchführungsstelle der IV im gerichtlichen Prozess bzw. aus deren Legitimation zur Beschwerdeerhebung darf nicht gefolgert werden, die Beweiserhebungen der Verwaltung im vorausgehenden nichtstreitigen Verfahren seien Parteihandlungen
- Der gerichtliche Entscheid hält Art. 6 EMRK stand, weil die massgebenden Beweismittel nicht aus einem einseitig angelegten Verwaltungsverfahren stammen

III. BGE 137 V 210

(Urteil 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011) (1)

- **Verhältnis zu BGE 136 V 376**
 - in BGE 136 V 376 nur Systemfrage (Verfahrensstrukturen, Institutionen) behandelt
 - Fragen der effektiven Verfahrensfairness (Unabhängigkeit, Waffengleichheit) wurden ausgespart
- **Gegenstand von BGE 137 V 210 (Vorbemerkung):**
 - interdisziplinäre Gutachten der *Medizinischen Abklärungsstellen (MEDAS)*
 - Geltungskraft des Urteils ist auf seinen Gegenstand beschränkt
 - Anwendung der Festlegungen auf andere Konstellationen ist grundsätzlich Sache der zukünftigen Judikatur

III. BGE 137 V 210

(Urteil 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011) (2)

- **Verhältnis Regionale Ärztliche Dienste (RAD) – MEDAS :**
 - Die **RAD** sind unmittelbarer Ansprechpartner der IV-Stellen
 - Sie „setzen die für die IV nach Art. 6 ATSG massgebende funktionelle Leistungsfähigkeit der Versicherten fest, eine zumutbare Erwerbstätigkeit [...] auszuüben“ (Art. 59 Abs. 2^{bis} Satz 2 IVG)
 - Die IV-Stellen holen **externe** (meist polydisziplinäre) Gutachten ein, wenn:
 - der ausgeprägt **interdisziplinäre Charakter** einer medizinischen Problemlage dies gebietet,
 - der RAD nicht über die **fachlichen Ressourcen** verfügt, um eine sich stellende Frage beantworten zu können,
 - zwischen RAD-Bericht und allgemeinem Tenor im medizinischen Dossier eine **Differenz** besteht, welche nicht offensichtlich auf unterschiedlichen versicherungsmedizinischen Prämissen beruht (E. 1.2.1 S. 219)

III.1 Rechtstatsachen

Besondere entscheidungserhebliche Tatsachen:

- a. Tarifvertragliche Grundlage der MEDAS-Begutachtungen
- b. Instruktionsrichterlich eingeholte Daten des BSV und der MEDAS
- c. Rechtslage in anderen Ländern

III.1a Tarifvertragliche Grundlage der MEDAS-Begutachtungen (1)

- **MEDAS** (seit 1978): auf versicherungsmedizinische Feststellungen (Gesundheitsschädigungen und funktionelle Folgen) spezialisierte verwaltungsexterne Abklärungsinstitute
- **Rechtsgrundlage:** Art. 59 Abs. 3 IVG
- **Anzahl** jährlich durchgeführter Begutachtungen: 4227 (Schnitt der Jahre 2006-2009)
- **Wesentliche Merkmale** der MEDAS-Gutachten:
 - Interdisziplinarität
 - Beurteilung aufgrund von rechtlich determinierten versicherungsmedizinischen Vorgaben
 - Beweiskraftvorteil gegenüber (abweichenden) Berichten aus therapeutischem Zusammenhang

III.1a Tarifvertragliche Grundlage der MEDAS-Begutachtungen (2)

- **MEDAS-Status** beruht auf **Vereinbarung** mit dem BSV
- **Art. 72^{bis} IVV (per 1. April 2011 aufgehoben)**: Kompetenz des BSV, Organisation und Aufgaben der MEDAS sowie Kostenvergütung zu regeln
- Im Urteilszeitpunkt bestanden Rahmenvereinbarungen mit **achtzehn MEDAS**, davon vier in Basel (ABI, asim, BEGAZ Binningen, ZMB)
- die Vereinbarungen sind **identisch** (bis auf die Zielvorgabe betreffend die jährliche Anzahl durchzuführender Gutachten)

III.1a Tarifvertragliche Grundlage der MEDAS-Begutachtungen (3)

Wesentlicher Inhalt der Vereinbarungen BSV – MEDAS:

- Durchführung von **polydisziplinären Gutachten**, enthaltend mindestens drei (Teil-)Expertisen (inkl. Bearbeitung des Gesamtgutachtens durch einen dritten Gutachter) (*Ziff. 1*)
- **Themen** der Begutachtung (unter Berücksichtigung der relevanten Rechtsprechung) (*Ziff. 2*):
 - Erhebung **medizinischer Befunde und Diagnosen** und Beschreibung der funktionellen Leistungsfähigkeit
 - Beurteilung der **Arbeitsfähigkeit** aus ärztlicher Sicht (bisherige und angepasste Tätigkeiten)
 - Auskunft über zumutbare medizinische und berufliche **Massnahmen zur Verbesserung der Leistungsfähigkeit** aus medizinischer Sicht

III.1a Tarifvertragliche Grundlage der MEDAS-Begutachtungen (4)

- **Pauschale: Fr. 9000.–** (*Ziff. 3*)
(orientiert sich an TARMED: 1x Hauptgutachter, Gutachten Kat. D, Untersuchungsklasse [UK] 4, Schlussbesprechung UK 1; 3x Teilgutachter, Gutachten Kat. D, UK 3)
- **Bearbeitungsdauer:** drei Monate (Gegenstand der formalen Qualitätskontrolle durch das BSV) (*Ziff. 6*)
- Überarbeitung, wenn formal mangelhaft (*Ziff. 7*)
- Fortlaufende **Qualitätskontrolle durch MEDAS** selbst (*Ziff. 9*)
- **Formale Qualitätskontrollen des BSV** (*Ziff. 10*)
- Begutachtende Medizinalpersonen besitzen eine in der Schweiz anerkannte **Facharztausbildung**. Verpflichtung zur laufenden versicherungsmedizinischen Fortbildung (*Ziff. 12*)

III.1a Tarifvertragliche Grundlage der MEDAS-Begutachtungen (5)

- MEDAS ist gegenüber dem BSV / den IV-Stellen **nicht weisungsgebunden** und erstellt die Gutachten nach bestem ärztlichen Wissen und Gewissen entsprechend dem anerkannten Wissensstand der Medizin (*Ziff. 13*)
- Vertrag unbefristet, **kündbar auf Frist von sechs Monaten** (*Ziff. 15/16*)
- Streiterledigung durch **Schiedsgericht** (*Ziff. 17*)
- **Beilagen** zu den Vereinbarungen:
 - Qualitätsanforderungen hinsichtlich des (juristischen) Beweiswerts
 - Anforderungen hinsichtlich Gliederung des Gutachtens
 - dem BSV zuzustellende statistische Angaben (u.a. Versicherten-Nr., auftraggebende IV-Stellen, Bearbeitungsdauer)

III.1b Bei BSV und MEDAS erhobene Daten (1)

Vernehmlassung des BSV:

- **Unabhängigkeit der MEDAS gegenüber IV/BSV:**
 - in Vereinbarungen keine organisatorischen Vorgaben mehr, nur noch essentialia negotii Preis und Leistung geregelt
 - Kontakt des BSV mit MEDAS beschränkt sich in der Regel auf Tarifverhandlungen
- **Art. 72^{bis} IVV diene der Schaffung eines Gutachtenmarktes**
 - ursprünglich engere Beziehung zwischen MEDAS und IV gewollt
 - heute funktioniert der Gutachtenmarkt ohne aktives Zutun des BSV (Gesamtnachfrage),
 - Voraussetzung und Grundlage für den Abschluss eines Tarifvertrags: rechtsprechungsgemässe Anforderungen an Gutachten

III.1b Bei BSV und MEDAS erhobene Daten (2)

- Zurückhaltung auch in „Fragen der Organisation oder der Aufgaben“ könnte zur Akzeptanz der MEDAS-Begutachtungen beigetragen haben
 - Sonderbestimmung des Art. 72^{bis} IVV habe dazu geführt, dass das BSV in der Diskussion über eine Abhängigkeit der MEDAS von der IV in die Rolle einer Aufsichtsbehörde über die MEDAS gedrängt worden sei
 - daher ersatzlose Streichung von Art. 72^{bis} IVV (auf 1. April 2011; Rückzug auf die allgemeine Tarifvertragskompetenz (Art. 27 IVG und Art. 24 Abs. 2 IVV))
- **Anmerkung:** Aufsicht meint Etablierung qualitätsbezogener Rahmenbedingungen und Gewährleistung regelmässiger Abläufe. Solche Aufsicht ist nötig, um *inhaltliche Unabhängigkeit im Einzelfall* zu gewährleisten.

III.1b Bei BSV und MEDAS erhobene Daten (3)

Angaben der MEDAS,

Tabellarische Darstellung (Synopsis)

(Urteil E. 1.2.3, nicht amtlich publiziert)

vollständige Fassung (PDF) im Internet:

www.bger.ch => Presse/Aktuelles => Pressemitteilungen => 06.07.2011

=> „Urteil 9C_243/2010“ (synoptische Darstellung: S. 12 ff.)

oder: www.bger.ch/9c_243_2010_urteil.pdf

III.1b Bei BSV und MEDAS erhobene Daten (4)

Teil A: Anzahl der Begutachtungen nach Auftraggebern (2005-2009)

- überwiegend Aufträge von IV-Stellen: Median der Anteile von Aufträgen der IV-Stellen zwischen 85-90 Prozent (E. 2.4.1 S. 238)
- je nach MEDAS teilweise stark schwankend, vereinzelt unvermitteltes Wegfallen von Aufträgen
- in deutlich geringerem Ausmass Aufträge von Unfallversicherern und Privatassekuranz
- kaum Aufträge von Gerichten (0-3 %, selten ca. 5 %; Achtung: Zivilgerichte [Haftpflicht, VVG] eingeschlossen, also effektiv noch tiefere Quote!)

III.1b Bei BSV und MEDAS erhobene Daten (5)

Teil B: Privatgutachten

- im Bereich Sozialversicherungen unwesentlich

Teil C: Attestierte Arbeits(un)fähigkeiten von 40 % und mehr für leidensangepasste Tätigkeiten

- nur sechs MEDAS lieferten – schwer vergleichbare – Zahlen
- grobe Tendenz: schwerpunktmässig in rund 50-60 % der Begutachtungen AUF ab 40 % attestiert

Teil D: Qualität der medizinischen Begutachtung

- unterschiedlich ausführliche Angaben; schwer vergleichbar
- unterschiedlichste Ansätze der Qualitätssicherung (z.B. Schwerpunkte Fortbildung oder Schwerpunkt organisatorische Vorkehren / Abläufe)

III.1c Rechtsvergleichung

- **Grundsätzliche Verfassungs- und Konventionsmässigkeit der Beschaffung medizinischer Entscheidungsgrundlagen durch externe Gutachtensinstitute in der IV:** Medizinische Sachkompetenz kann bei Behörde selbst liegen oder bei im Einzelfall beizuziehenden Sachverständigen (BGE 137 V 210 E. 2.2.3 S. 233)
- **Es besteht keine allgemeine Rechtsauffassung** im europäischen Raum, dass über streitige Sozialleistungen **nur aufgrund eines gerichtlichen Beweisverfahrens abschliessend entschieden** werden dürfte
- Den einschlägigen Ordnungen aller Nachbarländer ist jedoch gemeinsam, dass die **Gerichte nicht befugt sind, eine Streitsache zur Einholung eines Sachverständigengutachtens (und neuen Entscheidung) an den Sozialversicherungsträger zurückzuweisen** (BGE 137 V 210 E. 4.3 S. 260)

III.2 Befund: Latente Gefährdung der Verfahrensgarantien (1)

Ausgangslage

- Für die Fairness des Verfahrens (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 29 f. BV) bedeutsame **Verfahrensprinzipien** auf Stufe Verwaltung und Gerichte:
 - **Untersuchungsgrundsatz** (Art. 43 Abs. 1 und 61 lit. c ATSG)
 - Grundsatz der **freien Beweiswürdigung** (Art. 55 ATSG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP; Art. 61 lit. c ATSG)
„Richtlinien“ betreffend Beweiswert schränken freie Beweiswürdigung nicht ein!
 - **Partizipationsrechte** (Art. 29 ff. BV), so namentlich
 - rechtliches Gehör (Art. 42 ATSG)
 - **Mitwirkung bei der gutachtlichen Abklärung des medizinischen Sachverhalts (Art. 44 ATSG)**
 - Akteneinsicht (Art. 47 ATSG)

III.2 Befund: Latente Gefährdung der Verfahrensgarantien (2)

- Grundsatz der **prozessualen Chancengleichheit** („Waffengleichheit“):
 - *„Er betrifft den Anspruch der versicherten Person, nicht in eine prozessuale Lage versetzt zu werden, aus der heraus sie keine vernünftige Chance hat, ihre Sache dem Gericht zu unterbreiten, ohne gegenüber der anderen Partei klar benachteiligt zu sein“*
(BGE 135 V 465 E. 4.3.1)
 - **Strukturelle Ungleichheit der Beteiligten:** Versicherte Person (oft in schwieriger sozialer Lage, geringe finanzielle Mittel) vs. spezialisierte Fachverwaltung (mit erheblichen finanziellen und personellen Ressourcen)
 - Waffengleichheit erfordert aber **keinen umfassenden Ausgleich verfahrensspezifischer Unterschiede** in der Rollenverteilung (z.B. kein gleichberechtigter Einbezug von Parteigutachten)

III.2 Befund: Latente Gefährdung der Verfahrensgarantien (3)

- **Institutionelle Selbständigkeit der MEDAS:**
 - **Einerseits** kommt die selbständige Stellung der MEDAS der Neutralität und Objektivität entgegen:
 - verschiedene, selbst gewählte Rechtsformen
 - unterschiedliche Trägerschaften
 - keine fachliche Beaufsichtigung durch das BSV (Art. 64a IVG)
 - **Andererseits** bietet die institutionelle Unabhängigkeit
 - keine Gewähr für „gleich lange Spiesse“ im Verfahren zur Ermittlung des leistungserheblichen medizinischen Sachverhalts,
 - hingegen „Einfallstore“ für materielle Abhängigkeit und für Gefährdungen der Neutralität und Objektivität
- (E. 2.3 S. 236)

III.2 Befund: Latente Gefährdung der Verfahrensgarantien (4)

- **Medizinische Gutachten prägen den Leistungsentscheid**
 - Der **Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit** (Art. 6 ATSG) wird im Einzelfall wesentlich auf der Grundlage einer **gesundheitlich-medizinischen Komponente** konkretisiert
 - Sie haben faktisch vorentscheidenden Charakter
 - Rechtsanwender sind kaum in der Lage, in formal korrekten Gutachten materielle fachliche Mängel zu erkennen

III.2 Befund: Latente Gefährdung der Verfahrensgarantien (5)

- **Streubreite der Möglichkeiten, einen Fall medizinisch zu beurteilen;** dementsprechend geringe Vorbestimmtheit der Ergebnisse
 - Die ärztliche Einschätzung ist oft ermessensgeprägt, weist eine grosse **Varianz** auf (**offen gefasste versicherungsmedizinische Prämissen und fachmedizinische Beurteilungsparameter**)
 - **fehlende eigene Sachkenntnis** der rechtsanwendenden Behörden
 - **Steuerungsfähigkeit** des materiellen Rechts **begrenzt**

III.2 Befund: Latente Gefährdung der Verfahrensgarantien (6)

- **Zusätzlich:** Verschlechterung der „**rechtstatsächlichen Rahmenbedingungen** für eine korrekte MEDAS-Begutachtung“
- ⇒ **(Neue) systemische Gegebenheiten**, welche
- die **rechtlich gewährleistete Unabhängigkeit** der MEDAS in Frage stellen könnten
 - mit der Folge, dass **strukturelle Ungleichheiten** (die an sich bis zu einem bestimmten Grad hinzunehmen sind)
 - mit Blick auf den **vorentscheidenden Charakter** medizinischer Gutachten und die oftmals **grosse Streubreite** der gutachtlichen Einschätzungen
 - in eine verfassungs- und konventionsrechtlich zu beanstandende **Waffenungleichheit** umzuschlagen drohen:

III.2 Befund: Latente Gefährdung der Verfahrensgarantien (7)

- 1. Freie Auftragsvergabe** (E. 2.4.1 S. 238)
 - Vorteil der Flexibilität, rasches Verfahren
 - aber: Möglichkeit der ergebnisorientierten Auswahl
 - unsteter Aufgangseingang und fehlende Planungssicherheit machen wirtschaftliche Abhängigkeit zum Problem
- 2. Fixe Auftragspauschale** von 9000 Franken (E. 2.4.2 S. 238)
 - Systemimmanenter Fehlanreiz: möglichst einfache Erledigung schafft Kapazitäten für weitere – pauschal entschädigte – Begutachtungen
 - Entschädigungsregelung kann dem Regelungsziel von Art. 43 Abs. 1 ATSG zuwiderlaufen (*alle notwendigen* Abklärungen)
- 3. MEDAS** kleiden sich teilweise in **Rechtsformen gewinnorientierter Kapitalgesellschaften**: Spannungsverhältnis zum öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen IV-Stelle und MEDAS und zur **Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe** (E. 2.4.3 S. 239)

III.2 Befund: Latente Gefährdung der Verfahrensgarantien (8)

- Über diese systemischen Gegebenheiten könnten sich **sachfremde Einflüsse materiell** auf die Tatsachenfindung auswirken
- Das heisst: Die bisherigen **Sicherungen der Verfahrensfairness** genügen nicht mehr und müssen verbessert werden: Korrektive sind gefragt
- **Wieso ist dies gerade jetzt akut geworden?**
 - Die letzten Revisionen des IVG bedingen, dass die medizinischen Prämissen der Begutachtung angepasst werden
 - Gefahr des „Überschiessens“ im Rahmen der Interaktion zwischen Auftraggeber und Beauftragtem

III.2 Befund: Latente Gefährdung der Verfahrensgarantien (9)

*„Unzulässig ist eine **zielorientierte Steuerung von medizinischen Feststellungsprozessen** (beispielsweise bei der Auswahl von Experten) [...], wenn sie **sachfremd** erscheint, weil sie **nicht im Zusammenhang von (geänderter) Rechtsgrundlage und versicherungsmedizinischer Umsetzung** [...] erfolgt. Dabei ist nicht entscheidend, ob eine (bewusst) ergebnisgesteuerte Auftragsvergabe in signifikantem Ausmass tatsächlich vorkommt. Es **genügt**, wenn – aufgrund der dargestellten systemischen Einfallstore für Gefährdungen der Unabhängigkeit – ein ernstzunehmendes Risiko und damit eine **objektiv begründete Befürchtung** besteht, die Gutachterstellen könnten sich, jedenfalls in gutachtlichen Zweifels- und Ermessensbereichen, nicht allein von fachlichen Gesichtspunkten, sondern eben **auch von den (vermeintlichen) Erwartungen der Auftraggeberschaft leiten lassen**“ (E. 2.4.4 S. 240)*

III.3 Massnahmenbündel: Einrichtung eines verfassungs- und EMRK-konformen Gesamtverfahrens (1)

Wie kann den latenten Gefährdungen der Verfahrensfairness entgegengetreten werden?

•Direkt an der **Gutachtenserstellung** ansetzende **qualitätsbezogene** Massnahmen:

- laufendes Projekt betreffend **Leitlinien**

•**Weitere** (vom BSV schon verwirklichte oder geplante) **qualitätsbezogene** Massnahmen:

- BSV unterstützt Initiativen zur **Aus- und Weiterbildung** im versicherungsmedizinischen Gutachterwesen
- **Forschung**, z.B. Qualitätsanalyse
- **Zulassungskriterien** im Hinblick auf neue Tarifverträge
- BSV verbessert **statistische Grundlagen** hinsichtlich MEDAS-Gutachten

III.3 Massnahmenbündel: Einrichtung eines verfassungs- und EMRK-konformen Gesamtverfahrens (2)

- **Indirektes Ansetzen bei den verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen**
 - Prozessuale Korrektive
 - Verfahrensmässige Beteiligung als Voraussetzung materiell-inhaltlicher Beteiligung
 - Indirekte Qualitätsförderung (Diskurs führt zu materiell besseren Ergebnissen)
 - vergleichbar mit der Kompensation einer normativen Unbestimmtheit durch verfahrensrechtliche Garantien (Rationalisierung des Entscheidungsprozesses)
 - Partizipationsrechte müssen so ausgestaltet sein, dass die Fairness des Verfahrens während des funktionellen Instanzenzuges **insgesamt** gewährleistet wird
 - Vorwirkungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK auf das der gerichtlichen Instanz vorgelagerte Verwaltungsverfahren

III.3a Korrektive im **Verwaltungsverfahren** (1)

- **Allgemeiner Standard** der Mitwirkungsrechte (Art. 19 VwVG und Art. 57 ff. BZP):
 - Gelegenheit zur Äusserung zu den Fragen an Sachverständige und dazu, Abänderungs- und Ergänzungsanträge zu stellen
 - Möglichkeit, Einwendungen gegen in Aussicht genommene Sachverständige zu erheben (bei Ausstandsgründen)
 - Gelegenheit, nachträglich Erläuterung oder Ergänzung oder eine neue Begutachtung zu beantragen
- **Sozialversicherung** (Art. 44 ATSG):
 - Bekanntgabe der Namen der beizuziehenden unabhängigen Sachverständigen
 - Partei kann Gutachter aus triftigen Gründen ablehnen und Gegenvorschläge machen

III.3a Korrektive im **Verwaltungsverfahren** (2)

- **Bisherige Praxis** (E. 3.4.1 S. 247):
 - Die Begutachtung war nur in Form einer einfachen Mitteilung an die versicherte Person **anzuordnen**, *nicht* in Form einer Verfügung
 - **Ausnahme**: Nur wenn die **Ausstandspflicht** eines Gutachters streitig war – oder andere „triftige Gründe“ zur Ablehnung gegeben waren – musste diese Frage durch eine selbständig anfechtbare Zwischenverfügung entschieden werden (nur Einwendungen formeller Natur)
 - Keine Verpflichtung der Verwaltung, der versicherten Person bei der Formulierung der **Expertenfragen** Mitwirkungsrechte einzuräumen; Gehörsrechte wurden nach Erstellung des Gutachtens gewährt
- Das medizinische Abklärungsverfahren sollte nicht mit kontradiktorischen Elementen belastet werden

III.3a Korrektive im **Verwaltungsverfahren** (3)

Neu: Art. 44 ATSG ist – entgegen der bisherigen Rechtsprechung – **nicht abschliessend** (E. 3.4.2 S. 251)

- Mitwirkungsrechte nach Art. 55 ATSG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 57 BZP
- verfassungs- und konventionskonforme Auslegung der massgebenden Verfahrensbestimmungen

III.3a Korrektive im **Verwaltungsverfahren** (4)

1. **Praxisänderung:** Anordnung der Expertise durch eine **gerichtlich anfechtbare Zwischenverfügung**

(E. 3.4.2.6 und 3.4.2.7 S. 256)

- Priorität einer **einvernehmlichen** Einholung des Gutachtens (vgl. MVG)
 - tendenziell tragfähigere Lösungen, bessere Akzeptanz, schnelleres Verfahren
 - Anordnung erst, wenn kein Konsens zu erzielen ist
- Zwischenverfügung: **anfechtbar**, wenn ein **nicht wieder gutzumachender Nachteil** gegeben ist
 - für Rechtsanwender fachfremde Materie, faktisch nur beschränkt überprüfbar
 - Durchsetzung der qualitätsbezogenen Rahmenbedingungen **von Beginn weg**
 - Eine medizinische Untersuchung bedeutet in der Regel eine erhebliche Belastung
- **Neu** können **auch materielle Einwendungen** Beschwerdegrund sein, z.B.
 - die beabsichtigte Begutachtung sei eine unnötige „second opinion“

III.3a Korrektive im **Verwaltungsverfahren** (5)

- **Modalitäten** des Verfügungsverfahrens (E. 3.4.2.8 S. 257)
- **Offengelassen**, ob die Entscheide der kantonalen Gerichte oder des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Gutachtenanordnungen ihrerseits beim **Bundesgericht** anfechtbar sind (E. 3.4.2.7 S. 257 in fine)

III.3a Korrektive im **Verwaltungsverfahren** (6)

2. **Praxisänderung: Vorgängiges Äusserungsrecht zu den Gutachterfragen**

- IV-Stellen unterbreiten die **vorgesehenen Expertenfragen** der versicherten Person zur Stellungnahme **zusammen mit der Verfügung über die Anordnung der Begutachtung**

- Begründung:

- Sinngemäss gleiche Gründe wie bei Anordnung des Gutachtens in Verfügungsform
- Einzelfalladäquate Fragestellung trägt zur gutachtlichen Qualität wesentlich bei

(E. 3.4.2.9 S. 258)

III.3b Korrektive im **Beschwerdeverfahren** (1)

- **Ausgangslage:** Gericht erkennt, dass der (medizinische) Sachverhalt durch ein (evtl. neues) Gutachten abgeklärt werden muss
- **Änderung** der (seit jeher geübten, nicht amtlich publizierten) **Rechtsprechung**, wonach es dem Sozialversicherungsgericht freigestellt ist,
 - den Sachverhalt *selber zu vervollständigen* **oder**
 - eine abklärungsbedürftige Sache an den Versicherungsträger *zurückzuweisen*
- **Neu:** Das Gericht **muss** bei Feststellung von Mängeln in der Entscheidungsgrundlage prinzipiell ein **gerichtliches Gutachten** einholen (E. 4 S. 258 ff.)

III.3b Korrektive im **Beschwerdeverfahren** (2)

- Vgl. schon BGE 136 V 376: *„Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass den kantonalen Gerichten die Kompetenz zur vollen Tatsachenprüfung zufällt (Art. 61 lit. c ATSG), die sie nötigenfalls durch Einholung gerichtlicher Expertisen auszuschöpfen haben.“*
- Gerichtsgutachten sind **nicht Prozessstandard**:
 - Grundentscheidungen der Verfahrensausgestaltung sind Sache des Gesetzgebers
 - Die Rechtsstaatlichkeit der Versicherungsdurchführung litte, wenn klar wäre, dass in jedem Fall eine „gerichtliche Nachbesserung“ Platz greift (E. 4.2 S. 260)

III.3b Korrektive im **Beschwerdeverfahren** (3)

Gründe für diese Praxisänderung:

- **Administrativgutachten** bleiben oft massgebliche medizinische Entscheidungsgrundlage **für den gesamten Instanzenzug**
- **Typische Beweiswertschwäche** der Beweismittel, auf die sich die versicherte Person i.d.R. beruft (Berichte behandelnder Ärzte)
- Struktureller Nachteil für die versicherte Person, die an sich beanspruchen kann, **unter Bedingungen der Waffen-gleichheit** zur Sammlung der Beweise beitragen zu können

III.3b Korrektive im **Beschwerdeverfahren** (4)

- Diese **Ungleichverteilung** der Einwirkungsmöglichkeiten ist **problematisch** mit Blick auf
 - die bestätigte wirtschaftliche Abhängigkeit der Gutachterstellen
 - die herabgesetzte Kontrollkapazität der rechtsanwendenden Behörden, da fachfremde (medizinische) Materie

III.3b Korrektive im **Beschwerdeverfahren** (5)

- Die Verpflichtung der Gerichte, ggf. gerichtliche Gutachten einzuholen (1), **ergänzt** die partizipativen Rechte der versicherten Person bei der Anordnung eines Administrativgutachtens (2):
 - (2) trägt zur **abstrakten** Chancengleichheit bei
 - (1) fördert die Waffengleichheit im Prozess, wo dies nach der **konkreten** Beweislage angezeigt ist
- **Weitere Vorteile** eines Gerichtsgutachtens gegenüber einer Rückweisung:
 - Straffung des Gesamtverfahrens
 - beschleunigte Rechtsgewährung, Vermeidung wiederholter Begutachtung

III.3b Korrektive im **Beschwerdeverfahren** (6)

Konstellationen des Rückweisungsverbots (E. 4.4.1.4 S. 264)

- **Gerichtsgutachten** im Regelfall, wenn
 - das Gericht festhält, ein (im Verwaltungsverfahren anderweitig erhobener) medizinischer Sachverhalt müsse (erstmalig) **gutachtlich abgeklärt** werden
 - wenn eine Administrativexpertise in einem rechtserheblichen Punkt nicht beweiskräftig ist, wenn ein **Beweiswertproblem** festgestellt wird
- **Rückweisung** bleibt möglich, wenn
 - es um die Beantwortung einer **bisher vollständig ungeklärten Frage** geht („weisser Fleck auf der Landkarte“)
 - nur eine **Klarstellung, Präzisierung oder Ergänzung von gutachterlichen Ausführungen** erforderlich ist (unter dem Aspekt der Verfahrensökonomie allerdings wenig sinnvoll)

III.3b Korrektive im **Beschwerdeverfahren** (7)

Auftragsvergabe Gerichtsgutachten (E. 4.4.1.5 S. 265)

- Fällt aufgrund der Beweiswürdigung eine **interdisziplinäre** Beurteilungsgrundlage weg, so ist diese Lücke regelmässig gleichartig zu füllen
- **MEDAS** stehen im Vordergrund (versicherungsmedizinische Ausrichtung; **Interdisziplinarität**)
- Indessen stehen m.E. grundsätzlich im Ermessen der Gerichte:
 - der Entscheid, ob *polydisziplinäre* Begutachtung notwendig ist oder der Abklärungsumfang allenfalls eingeschränkt werden kann
 - die Wahl einer anderen Begutachtungsstelle (v.a. wenn monodisziplinär); Flexibilität und Verfahrensbeschleunigung
- Ziel: Zugang der Gerichte zur geplanten **Zuweisungsplattform**

III.3b Korrektive im **Beschwerdeverfahren** (8)

Kostenregelung (E. 4.4.2 S. 265)

- Kosten der gerichtlichen Begutachtung gehen **zu Lasten der IV**
 - Hinweis: Rückweisungsmöglichkeit entfällt (nur) wegen verfahrensrechtlicher Garantien
- m.E. greift Kostenübernahme durch IV auch, wenn das Gerichtsgutachten nicht bei einer MEDAS eingeholt wird
 - mono-/bidisziplinäre Ergänzungen/Klärungen durch Einzelgutachter, Kliniken etc. müssen gegebenenfalls möglich sein (Wirtschaftlichkeit!)
 - eine Beschränkung der Kostenauflegung auf gerichtliche *MEDAS*-Urteile würde falsche Anreize setzen

III.3b Korrektive im **Beschwerdeverfahren** (9)

Beschwerde an das Bundesgericht?

- Anfechtbarkeit eines gerichtlichen Zwischenentscheids mit der Rüge, die Rückweisung sei ungerechtfertigt?
- In BGE 137 V 210 **offengelassen** (E. 4.4.1.4 in fine S. 265)
- M.E. ist der nicht wieder gutzumachende Nachteil gegeben; Begründung analog Anfechtbarkeit einer Gutachtensanordnung (Präjudizialität des einmal vorhandenen Gutachtens)

III.3c Änderungsanregungen (appellatorischer Natur) zuhanden Verordnungsgeber und Aufsichtsbehörde (1)

- **Vorbestimmte bzw. zufällige Zuweisung der Aufträge**
(E. 3.1.1 und 3.1.2 S. 242)
 - **Grund: Unabhängigkeitserfordernis** ist dem richterlichen angenähert
 - Zuleitung der Aufträge via **gemeinsame Einrichtung der IV-Stellen**
(ev. auch für Sozialversicherungsgerichte zu öffnen!)
 - geeignet nur für **polydisziplinäre** Gutachten
 - mono-/bidisziplinäre Gutachten: weiterhin direkte Auftragserteilung an praktizierende Ärzte, Kliniken etc.
 - Verhältnis zu Obliegenheit, sich auf Gutachterstelle zu einigen:
 - Der „zufallsgenerierte“ Vorschlag soll auf das Einverständnis beider Seiten stossen
 - falls nicht: Verwaltung entscheidet m.E., inwieweit weitere Vorschläge gemacht werden und ab welchem Punkt verfügt wird

III.3c Änderungsanregungen (appellatorischer Natur) zuhanden Verordnungsgeber und Aufsichtsbehörde (2)

- in Fachkreisen seit längerem gefordertes Fernziel: „Zentrale Zuweiserstelle für medizinische Begutachtungen“; ev. mit Zuständigkeit für Qualitätsmanagement
- im Aufbau: IT-Plattform „MED@P“ durch BSV/Konferenz der IV-Stellen
 - Berücksichtigung der individuellen Kapazitäten der MEDAS
 - Möglichkeit zur Ausgestaltung als Instrument zur Evaluation

III.3c Änderungsanregungen (appellatorischer Natur) zuhanden Verordnungsgeber und Aufsichtsbehörde (3)

- **„Gemeinschaftliche Begutachtung“?** (E. 3.1.3 S. 243)
 - **Paritätische Begutachtung** nach französischem oder italienischem Modell? (E.3.1.3 S. 243)
 - **Keine Begleitung** in der gutachterlichen Untersuchung durch Vertrauensperson (z.B. behandelnder Arzt)
 - aber: andere Wege zu einem **verstärkten Einbezug der behandelnden Ärzte**

III.3c Änderungsanregungen (appellatorischer Natur) zuhanden Verordnungsgeber und Aufsichtsbehörde (4)

- **Differenzierung der Entschädigung (E. 3.2 S. 244)**
 - bisherige Pauschale leistet nicht Gewähr für eine (im Rahmen des Notwendigen) umfassende Abklärung
 - neues Entschädigungssystem erforderlich
 - zumindest „grobe kategorielle Unterteilung nach Schwierigkeitsgrad und Untersuchungsumfang“
 - Berücksichtigung ausserordentlicher Aufwendungen

III.3c Änderungsanregungen (appellatorischer Natur) zuhanden Verordnungsgeber und Aufsichtsbehörde (5)

- **Vorkehrungen für eine objektive Würdigung der Gutachten durch die Verwaltung (E. 3.3.1 S. 245)**
 - Erschwerung einer auf ein gewünschtes Ergebnis ausgerichteten Einstufung des Beweiswerts
 - z.B. kein leichtfertiger Wechsel der Gutachterstelle bei Ergänzungsbedürftigkeit; Problematik der „*second opinions*“
- **Mindeststandards für die Abwicklung der Begutachtung (E. 3.3.2 S. 245)**
 - Internes Qualitätsmanagement sehr unterschiedlich ausgestaltet
 - Institutsinterne Kontrollmechanismen (Konsiliarsachverständige in die Konsensfindung einbinden)
 - *Dissenting opinions*? (Transparenz; Risiken!)

III.3c Änderungsanregungen (appellatorischer Natur) zuhanden Verordnungsgeber und Aufsichtsbehörde (6)

- **Feedback an Gutachter** durch Zustellung des Verwaltungsaktes: Postulat verwirklicht (Art. 76 Abs. 1 lit. g IVV) (E. 3.3.3 S. 246)
- **Fachmedizinische Leitlinien** (E. 3.3.4 S. 246)
 - Konkretisierung der Beweiswertkriterien
 - Anpassung an neue Erkenntnisse
 - Schaffung einer zentralen Stelle für fachspezifische Begutachtungsleitlinien (Sammeln, Koordinieren, Aufbereiten, Verbindlicherklären)?

Bisher erschienene Kommentare zu BGE 137 V 210

- PHILIPP EGLI/THOMAS GÄCHTER, Die Unabhängigkeit der medizinischen Begutachtung im Verfahren der Invalidenversicherung. Grundprobleme und jüngste Entwicklungen der Rechtsprechung, in: „Justice – Justiz – Giustizia“ 2011/3
- MIRIAM LENDFERS, Zur Verfahrensfairness im Zusammenhang mit medizinischen Abklärungen, in: AJP 9/2011, S. 1247 ff.
- GEORGES PESTALOZZI-SEGER, Grundsatzurteil des Bundesgerichts zu Waffengleichheit und Fairness im IV-Verfahren, in: Behinderung und Recht 4/11, S. 7 ff.
- VIVIAN WINZENRIED, Leitentscheid zur medizinischen Begutachtung im Verfahren der Invalidenversicherung, in: Weblaw, Push-Service, 25.10.11