

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

zuhanden von

lic. iur. Philip Stolkin
Rechtsanwalt
Schaffhauserstrasse 345, Postfach 6734, 8050 Zürich

erstattet von

Prof. Dr. iur. JÖRG PAUL MÜLLER, LL.M. (Harvard)
em. Ordinarius für Staatsrecht, Völkerrecht und Rechtsphilosophie
an der Universität Bern, ehem. nebenamtlicher Bundesrichter
[Gutachter I]

und

Dr. iur. JOHANNES REICH, LL.M. (Yale)
Rechtsanwalt
Kellerhals Anwälte, Bern
[Gutachter II]

Bern, 11. Februar 2010

I. Gutachterauftrag

A. Fragestellung

- 1 Mit Schreiben vom 1. Oktober 2009 beauftragte Rechtsanwalt lic. iur. Philip Stolkin den Gutachter I damit, im Hinblick auf eine Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte die schweizerische Rechtslage bei der Beurteilung von Ansprüchen auf Leistungen der Invalidenversicherung hinsichtlich ihrer Konventionskonformität abzuklären. Im Wesentlichen geht es um die Frage, ob die entsprechenden Verfahren der Invalidenversicherung vor den Anforderungen eines fairen Verfahrens nach Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)¹ standhalten. Im Vordergrund steht die Unabhängigkeit der beurteilenden Instanz. Fragen wirft insbesondere der Beweiswert von medizinischen Gutachten auf, die im Rahmen sog. Medizinischer Abklärungsstellen (MEDAS) erarbeitet werden (vgl. auch N 28).

B. Beauftragte

- 2 Mit Einverständnis des Auftraggebers zog der Gutachter I Dr. Johannes Reich, LL.M., Rechtsanwalt, Kellerhals Anwälte, Bern (Gutachter II) als Mitgutachter bei.

C. Grundlagen

- 3 Die Beantwortung der eingangs formulierten Rechtsfrage erfolgt ausschliesslich auf der Grundlage der allgemein zugänglichen Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, einschliesslich des vormaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts, und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der zugänglichen publizier-

¹ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK).

ten rechtswissenschaftlichen Fachliteratur sowie der in Randnote 19/Anm. 54 und Randnote 20/Anm. 58 abschliessend genannten weiteren Unterlagen.

II. Problemstellung

A. Invalidenversicherung

- 4 Art. 112 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV)² ermächtigt den Bund, „Vorschriften über die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung“ zu erlassen. Gleichzeitig bestimmt die Bundesverfassung, dass „[d]ie Versicherung (...) obligatorisch“ ist (Art. 112 Abs. 2 Bst. b BV). Dieses bereits verfassungsrechtlich begründete allgemeine Versicherungsobligatorium wird auf gesetzlicher Ebene präzisiert:³ Danach sind sämtliche natürlichen Personen mit Wohnsitz in der Schweiz, natürliche Personen, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben, sowie bestimmte Schweizer Bürger, die im Ausland tätig sind, verpflichtet, sich gegen die Risiken der Invalidität, der drohenden Invalidität und der Hilflosigkeit zu versichern (Art. 1b Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG)⁴ i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG)⁵).⁶

² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

³ Ueli KIESER, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar. Band II, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2008, Art. 112 BV N 8.

⁴ Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG; SR 831.20).

⁵ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10).

⁶ Vgl. zu den versicherten Tatbeständen Alfred MAURER/Gustavo SCARTAZZINI/Marc HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, 3. Auflage, Basel 2009, § 12 N 14; ferner auch Jean-Louis DUC, L'assurance-invalidité, in: Heinrich Koller/Georg Müller/René Rhinow/Ulrich Zimmerli/Ulrich Meyer (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht. Band XIV: Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2007, Teil I/S. 1371-1617, N 47.

- 5 Die Invalidität stellt das durch die Invalidenversicherung hauptsächlich versicherte Risiko dar.⁷ Invalidität wird in Art. 7 und Art. 8 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG)⁸ definiert. Den Bestimmungen liegt ein Begriffsverständnis zu Grunde, welches an einen bestimmten Zustand (Beeinträchtigung der Gesundheit) und den sich aus diesem Zustand kausal ergebenden Folgen (Verlust der Erwerbsfähigkeit) anknüpft.⁹ Als Invalidität gilt daher „die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit“ (Art. 8 Abs. 1 ATSG).¹⁰ Erwerbsunfähigkeit wird gesetzlich als „der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt“ definiert (Art. 7 Abs. 1 ATSG¹¹).¹² Invalidität „kann Folge von

7 Ueli KIESER, Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, in: Heinrich Koller/Georg Müller/René Rhinow/Ulrich Zimmerli/Ulrich Meyer (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht. Band XIV: Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2007, Teil D/S. 217-335, N 32; MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER (Anm. 6), § 12 N 14.

8 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; SR 830.1).

9 KIESER (Anm. 7), N 32.

10 Für die Bestimmung des Grades der Invalidität wird auf einen Einkommensvergleich abgestellt: Dem Einkommen ohne Invalidität (sog. Valideneinkommen) wird das bei Invalidität hypothetisch erzielbare Einkommen (sog. Invalidität) gegenüber gestellt und in einem Prozentsatz ausgedrückt (vgl. Art. 28a Abs. 1 Satz 1 IVG i.V.m. Art. 16 ATSG); zum diesbezüglichen Verhältnis zwischen ATSG und IVG vgl. Ueli KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 16 N 56; zur Frage der Berechnung des Invaliditätsgrades Teil- oder Nichterwerbstätiger siehe statt anderer KIESER (Anm. 7), N 33; unter besonderen Voraussetzungen wird das Invalideneinkommen nach dem tatsächlich erzielten Einkommen bestimmt; vgl. KIESER (Anm. 10), Art. 16 N 21.

11 Arbeitsunfähigkeit bezieht sich demgegenüber enger auf den „bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich“; vgl. Art. 6 Abs. 1 ATSG: „Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt.“

12 Volljährige Nichterwerbstätige gelten als invalid, sofern deren Betätigung im bisherigen Aufgabenbereich unmöglich ist (vgl. Art. 5 Abs. 1 IVG; Art. 8 Abs. 3 ATSG). Bei Nichterwerbstätigen liegt Invalidität vor, wenn die Beeinträch-

Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall sein“ (Art. 4 Abs. 1 IVG). Die Invalidenversicherung stellt daher in erster Linie einen finalen Versicherungsweig dar: Sie erbringt Leistungen beim Eintritt eines bestimmten Schadens unabhängig von dessen Ursache.¹³

- 6 Hinsichtlich der Versicherungsleistungen unterscheidet das Bundesgesetz über die Invalidenversicherung zwischen Massnahmen der Früherfassung und Frühintervention¹⁴, Eingliederungsmassnahmen und Taggeldern¹⁵, Renten¹⁶ und Hilflosenentschädigung¹⁷. Neben Sachleistungen¹⁸ umfassen die Leistungen der Invalidenversicherungen auch Geldleistungen^{19,20}

B. Verfahren

a. Verwaltungsverfahren

- 7 Die Leitung des Verfahrens betreffend die Ausrichtung von Versicherungsleistungen obliegt dem Versicherungsträger (Grundsatz des Amtsbetriebes).²¹ Es wird durch die Anmeldung des Anspruchs auf Leistungen der Versicherung bei der zuständigen IV-Stelle (vgl. Art. 29 Abs. 1 ATSG und Art. 65-67 Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV)²²) eingeleitet.²³ Die kantonalen IV-Stellen sind als

tigung ihrer körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit voraussichtlich eine ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit zur Folge haben wird (Art. 5 Abs. 2 IVG; Art. 8 Abs. 2 ATSG).

13 KIESER (Anm. 10), N 50 der Vorbemerkungen; MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER (Anm. 6), § 12 N 18.

14 Art. 3a-3c und Art. 7d IVG.

15 Art. 8-27^{bis} IVG.

16 Art. 28-40 IVG.

17 Art. 42-42^{ter} IVG.

18 Art. 14 ATSG.

19 Art. 15 ATSG.

20 KIESER (Anm. 10), Art. 14 N 34.

21 BGE 133 V 446 E 7.4 S. 449.

22 Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201).

kantonale öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit konstituiert (Art. 54 Abs. 4 IVG).²⁴ Die Überwachung der Durchführung der Invalidenversicherung ist Aufgabe des Bundesamtes für Sozialversicherungen (Art. 64 Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 72 Abs. 1 AHVG und Art. 76 ATSG).²⁵ Es übt die fachliche und administrative Aufsicht über die IV-Stellen aus und kann den IV-Stellen hinsichtlich ihrer Aufgaben allgemeine Weisungen und Weisungen im Einzelfall erteilen (Art. 64a Abs. 1 Bst. b IVG).

- 8 Die in diesem Sinn der Aufsicht des Bundesamtes für Sozialversicherungen unterstellten IV-Stellen haben die Aufgabe, das Vorliegen versicherungsmässiger Voraussetzungen von Amtes wegen abzuklären (Untersuchungsgrundsatz).²⁶ Dabei bemessen sie den Grad der Invalidität und erlassen Verfügungen über die Leistungen der Invalidenversicherung im erstinstanzlichen, nichtstreitigen Verwaltungsverfahren (vgl. Art. 57 Abs. 1 Bst. c, f. und g IVG). Zur Klärung der tatsächlichen *medizinischen* Voraussetzungen eines Versicherungsanspruchs sind die IV-Stellen – und im Beschwerdefall das Gericht – nach Worten des Bundesgerichts „auf Unterlagen angewiesen, die ärztliche und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben“²⁷ (vgl. N 16-24). Nach Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse (Art. 43 Abs. 1 ATSG; Art. 57 Abs. 1 Bst. d IVG i.V.m. Art. 69-73 IVV²⁸) und einem Vorbescheid (vgl. Art. 57a IVG), be-

²³ Dazu detailliert Stéphanie BLANC, La procédure administrative en assurance-invalidité, Diss. Fribourg, Fribourg 1999, S. 39-59, 67-70.

²⁴ MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER (Anm. 6), § 12 N 4.

²⁵ Vgl. Art. 16 Abs. 2 Bst. C IVG, wonach der Terminus „Bundesamt“ für „Bundesamt für Sozialversicherungen“ steht.

²⁶ Vgl. eingehend Ueli KIESER, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, Zürich 1999, N 190-220.

²⁷ BGE 132 V 93 E 4 S. 99.

²⁸ So auch BGE 132 V 93 E 4 S. 99.

schliesst die IV-Stelle durch Verfügung (vgl. Art. 49 Abs. 1 ATSG)²⁹ über die Leistungsbegehren (Art. 74 Abs. 1 IVV).

b. Rechtsmittelverfahren

aa. Beschwerdeverfahren auf kantonaler und auf Bundesebene

- 9 Die Verfügung (Art. 49 Abs. 1 ATSG) kann innert Frist beim örtlich zuständigen kantonalen Verwaltungsgericht angefochten werden (Art. 69 Abs. 1 Bst. a IVG; vgl. Art. 58 ATSG). Der Entscheid des kantonalen Verwaltungsgerichts ist mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82-89 Bundesgerichtsgesetz (BGG)³⁰) und allenfalls mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde (Art. 113-119 BGG) beim Bundesgericht innerstaatlich in letzter Instanz anfechtbar (vgl. auch Art. 62 Abs. 1 ATSG).

bb. IV-Stellen und Bundesamt für Sozialversicherungen als Parteien im Beschwerdeverfahren in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

- 10 Im Sozialversicherungsverfahren gelten diejenigen Behörden als Parteien, „denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung eines Versicherungsträgers oder eines ihm gleichgestellten Durchführgorgans zusteht“ (Art. 34 ATSG). Die „behördliche Parteistellung“³¹ ist also Folge der Befugnis zur Ergreifung von Rechtsmitteln.³² Für das kantonale Verfahren ist damit in erster Linie Art. 59 ATSG³³, für das Beschwerdeverfahren in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor Bundesgericht Art. 89 BGG massgebend.³⁴

²⁹ BGE 133 V 446 E 7.4 S. 449, wonach der Versicherungsträger „einen Sozialversicherungsfall hoheitlich zu bearbeiten (...) und mit dem Erlass einer materiellen Verfügung zu erledigen“ habe.

³⁰ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110).

³¹ BGE 124 V 393 E 2d S. 399.

³² KIESER (Anm. 10), Art. 34 N 11 f.

³³ KIESER (Anm. 10), Art. 59 N 2 und allgemein Alfred KÖLZ/Isabelle HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, N 523.

³⁴ KIESER (Anm. 10), Art. 34 N 12, Art. 62 N 44.

- 11 Zur Erhebung der Beschwerde gegen ein Urteil eines kantonalen Verwaltungsgerichts sind Departemente des Bundes oder – soweit das Bundesrecht dies vorsieht – die ihm unterstellten Dienststellen berechtigt, sofern das angefochtene Urteil die Bundesgesetzgebung im Aufgabenbereich der genannten Verwaltungseinheiten verletzen kann (Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG). Denjenigen Bundesämtern und Dienststellen, die den Departementen unterstellt sind, steht das Beschwerderecht also nicht unmittelbar gestützt auf Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG zu; vielmehr ist dazu eine generell-abstrakte Regelung in einer Verordnung des Bundesrates oder eines Departementes notwendig.³⁵
- 12 Hinsichtlich der Entscheide betreffend die Invalidenversicherung erklärt Art. 89 IVV den sechsten Abschnitt der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV)³⁶ für „sinngemäss anwendbar“, soweit im IVG und in der IVV „nichts Abweichendes bestimmt wird“. Der sechste Abschnitt der AHVV umfasst Art. 200-204 AHVV. Laut Art. 201 Abs. 1 Satz 1 AHVV sind das Bundesamt für Sozialversicherungen „und die beteiligten Ausgleichskassen beziehungsweise IV-Stellen berechtigt, gegen Entscheide der kantonalen Versicherungsgerichte beim Bundesgericht Beschwerde zu erheben.“ Gleiches gilt für Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 201 Abs. 1 Satz 2 AHVV). Weder das IVG noch die IVV enthalten von dieser Regelung abweichende Vorschriften. Daher ist das Bundesamt für Sozialversicherungen in Angelegenheiten der Invalidenversicherung gestützt auf Art. 201 Abs. 1 AHVV i.V.m. Art. 89 IVV und Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG zur Erhebung der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten legitimiert, sofern der angefochtene Akt „die Bundesgesetzgebung“ im „Aufgabenbereich“ des Bundesamts für Sozialversicherungen „verletzen kann“.³⁷ Dieses zuletzt ge-

³⁵ Bernhard WALDMANN, Art. 89, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N 50.

³⁶ Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101).

³⁷ WALDMANN (Anm. 35), Art. 89 N 52, wonach das Kriterium selbständige Bedeutung hat.

nannte Erfordernis ist bereits dann erfüllt, wenn die objektiv richtige und einheitliche Anwendung des Bundesrechts in Frage steht.³⁸

- 13 Daraus folgt, dass das Bundesamt für Sozialversicherungen zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Entscheide kantonaler Verwaltungsgerichte im Bereich der Invalidenversicherung legitimiert ist. Das Bundesamt für Sozialversicherungen ist also im Rechtsmittelverfahren vor Bundesgericht mit Bezug auf das ordentliche Rechtsmittel *Partei*.³⁹ Dadurch wird die gerichtliche Überprüfung der Praxis der IV-Stellen zum Zweck einer rechtsgleichen und einheitlichen Anwendung des Sozialversicherungsrechts des Bundes sichergestellt.⁴⁰ Um dem Bundesamt für Sozialversicherungen die effektive Wahrnehmung seiner Beschwerdebefugnis zu ermöglichen, sind ihm die relevanten Entscheide zuzustellen (vgl. Art. 201 Abs. 1 Satz 1 AHVV i.V.m. Art. 89 IVV).
- 14 Das Beschwerderecht und damit die Parteistellung der IV-Stellen ergibt sich aufgrund von Art. 201 Abs. 1 AHVV i.V.m. Art. 89 IVV. Die nach Art. 89 Abs. 2 Bst. d BGG notwendige bundesgesetzliche Regelung der Beschwerdeberechtigung, welche mit dem Ausdruck „Durchführungsorgane“ speziell die IV-Stellen nennt,⁴¹ findet sich in Art. 62 Abs. 1^{bis} ATSG.⁴²
- 15 *Zusammengefasst* ist festzuhalten, dass das Bundesamt für Sozialversicherungen in Verfahren, welche Fragen der Invalidenversicherung zum Gegenstand haben und Entscheide kantonaler Ver-

³⁸ WALDMANN (Anm. 35), Art. 89 N 52.

³⁹ Im Unterschied zur Berechtigung zur Erhebung der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist die Legitimation zur Erhebung der subsidiären Verfassungsbeschwerde in Art. 115 BGG restriktiv umschrieben. Insbesondere existiert bei diesem ausserordentlichen und gegenüber der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur subsidiär zulässigen Rechtsmittel kein allgemeines Anfechtungsrecht von Behörden; vgl. Giovanni BIAGGINI, Art. 115 BGG, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N 6.

⁴⁰ KIESER (Anm. 10), Art. 62 N 49.

⁴¹ KIESER (Anm. 10), Art. 62 N 72.

⁴² KIESER (Anm. 10), Art. 62 N 50, 72.

waltungsgerichte oder des Bundesverwaltungsgerichts betreffen, zur Erhebung der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht berechtigt ist (Art. 201 Abs. 1 AHVV i.V.m. Art. 89 IVV und Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG). Im entsprechenden Verfahren ist das Bundesamt für Sozialversicherungen daher Partei. Gleiches gilt für die IV-Stellen (Art. 201 Abs. 1 AHVV i.V.m. Art. 89 IVV, Art. 62 Abs. 1^{bis} ATSG und Art. 89 Abs. 2 Bst. c BGG).

C. Beweisrechtliche Behandlung von Gutachten medizinischer Sachverständiger durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung

a. Gegenstand und Aufgabe medizinischer Gutachten

- 16 Gestützt auf Art. 43 Abs. 1 ATSG hat die Invalidenversicherung als Versicherungsträger die notwendigen Abklärungen im Zusammenhang mit einem Begehren um die Ausrichtung von Versicherungsleistungen von Amtes wegen vorzunehmen und die erforderlichen Auskünfte einzuholen (sog. Abklärungsverfahren⁴³). In diesem Rahmen kann die Invalidenversicherung „ein Gutachten einer oder eines unabhängigen Sachverständigen einholen“ (Art. 44 ATSG). Das Gutachten dient der Erstellung und Würdigung des Sachverhalts, nicht jedoch der Beantwortung rechtlicher Fragen.⁴⁴
- 17 Nach den Worten des Bundesgerichts besteht die Aufgabe des begutachtenden Arztes oder der entsprechenden Ärztin darin, „den Gesundheitszustand“ der Person, die eine Versicherungsleistung beansprucht (vgl. Art. 29 Abs. 1 ATSG), zu „beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten die versicherte Person arbeitsunfähig“ ist.⁴⁵ Nach bundesgerichtlicher Feststellung sind „die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen

⁴³ Vgl. KIESER (Anm. 10), Art. 44 N 2 m.w.H.

⁴⁴ KIESER (Anm. 10), Art. 44 N 5; KIESER (Anm. 26), N 424.

⁴⁵ BGE 132 V 93 E 4 S. 99 f.

der Person noch zugemutet werden“ kann.⁴⁶ Auch in der Literatur steht ausser Zweifel, dass „[d]em Gutachten (...) im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, insbesondere bei den sich in Leistungsstreitigkeiten stellenden medizinischen Fragen, eine *eminente Bedeutung*“ zukommt.⁴⁷

b. Medizinische Abklärungsstellen (MEDAS)

18 Die IV-Stellen haben das Vorliegen versicherungsmässiger Voraussetzungen abzuklären und den Grad der Invalidität zu bemessen (vgl. N 7 f.). Sie können zur Erfüllung dieser Aufgaben Institutionen und Organe beiziehen, die nicht Organe der Invalidenversicherung sind.⁴⁸ Gutachten, welche die medizinischen Voraussetzungen des Leistungsanspruchs des Versicherten zum Gegenstand haben, werden daher regelmässig bei „medizinischen Abklärungsstellen“ (MEDAS) in Auftrag gegeben.

19 Die Errichtung von MEDAS beruht auf Vereinbarungen, welche das Bundesamt für Sozialversicherungen „mit Spitälern oder anderen geeigneten Stellen“ trifft (Art. 72^{bis} Satz 1 IVV). Das Bundesamt für Sozialversicherungen ist befugt, die Organisation der MEDAS und die Kostenvergütung zu regeln (Art. 72^{bis} Satz 2 IVV). Grösse und Organisation der einzelnen MEDAS variieren stark.⁴⁹ Auch rechtlich sind die einzelnen MEDAS unterschiedlich organisiert.⁵⁰ Beispielsweise sind einige MEDAS Universitätsspitalern als Abteilung angegliedert⁵¹, während andere einen rechtlich und wirtschaftlich selbstständigen, privatrechtlich ausgestalteten Verbund praktizierender Ärztinnen und

46 BGE 132 V 93 E 4 S. 99.

47 KIESER (Anm. 26), N 426 (Hervorhebungen im Original).

48 MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER (Anm. 6), § 12 N 9.

49 BGE 132 V 376 E 8.3 S. 385.

50 Lukas S. BRÜHWILER-FRÉSEY, Die Eröffnung von Gutachten und Konsiliarberichten im Verfahren vor einer medizinischen Abklärungsstelle (MEDAS), Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge 33 (1989) S. 185-191, 185.

51 Vgl. etwa die Ausführungen in BGE 132 V 376 E 8.3 S. 385.

Ärzte verschiedener Fachrichtungen bilden.⁵² Zumindest in einem den Gutachtern bekannten Fall hat sich eine MEDAS als Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) nach Art. 772-882 Obligationenrecht (OR)⁵³ konstituiert.⁵⁴ Diese Rechtsform war zum Zeitpunkt der Errichtung der fraglichen MEDAS⁵⁵ und noch bis zum 1. Januar 2008 ausschliesslich Personenzusammenschlüssen mit *wirtschaftlicher*, lukrativer Zwecksetzung vorbehalten.⁵⁶

20 In sämtlichen der zwanzig zwischen dem Bundesamt für Sozialversicherungen und MEDAS abgeschlossenen Vereinbarungen i.S.v. Art. 72^{bis} Satz 1 IVV, die dem Auftraggeber gestützt auf Art. 6 Öffentlichkeitsgesetz⁵⁷ durch das Bundesamt für Sozialversicherungen ausgehändigt wurden und den Gutachtern seitens des Auftraggebers in Kopie zur Verfügung gestellt und von den Gutach-

52 Vgl. BRÜHWILER-FRÉSEY (Anm. 50), S. 185.

53 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

54 Vgl. der den Gutachtern vom Auftraggeber unterbreitete Auszug aus dem Handelsregister von „ABI Aerztliches Begutachtungsinstitut GmbH“ mit Sitz in Basel (Firmennummer CH-270.4.002.001-0) auf dem Stand vom 13. Januar 2010. Darin wird der Gesellschaftszweck wie folgt umschrieben: „Betrieb eines Zentrums für Diagnostik, speziell Vornahme medizinischer Abklärungen und Begutachtungen. Die Gesellschaft kann sich an Unternehmen gleicher oder ähnlicher Art beteiligen.“

55 Die hier in Frage stehende als MEDAS organisierte GmbH wurde gemäss Handelsregisterauszug am 14. April 2000 – also unter altem Recht – in das Handelsregister eingetragen; vgl. den Handelsregisterauszug (zitiert in Anm. 54) unter dem Titel „Eintragung“.

56 Explizit Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, Bundesblatt 2002 S. 3148-3264, 3171: „Nach dem geltenden Recht steht die GmbH ausschliesslich für wirtschaftliche Zwecke offen (Art. 772 Abs. 3 OR) (...)“. Der vorgenannte Art. 772 Abs. 3 OR wurde durch das Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), in: Amtliche Sammlung des Bundesrechts [AS] 2007 S. 4791-4850, per 1. Januar 2008 abgelöst, so dass die GmbH weiterhin – aber nicht ausschliesslich – zur Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke verwendet werden darf.

57 Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3).

tern ausgewertet worden sind,⁵⁸ wird den MEDAS in ihrem medizinischen Sachentscheid im Einzelfall Weisungsfreiheit gegenüber den

⁵⁸ Es handelt sich dabei um die folgenden 15 Vereinbarungen nach Art. 72^{bis} Satz 1 IVV:

1. Vereinbarung Bundesamt für Sozialversicherungen, Bern und Medizinisches Zentrum Römerhof (MZR), Zürich betreffend Durchführung ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen (Art. 72^{bis} IVV) vom 16./20.05.2008;
2. Convention office fédéral des assurances sociales, Berne et Clinique CO-RELA, Genève concernant la réalisation d'examens médicaux permettant d'apprécier le droit aux prestations (Art. 72^{bis} RAI) de 07.01.2008;
3. Convention office fédéral des assurances sociales, Berne et CEMed, Nyon concernant la réalisation d'examens médicaux permettant d'apprécier le droit aux prestations (Art. 72^{bis} RAI) de 07.01./25.02.2008;
4. Vertrag Bundesamt für Sozialversicherungen, Bern und ABI Ärztliches Begutachtungsinstitut GmbH, Basel betreffend Durchführung ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen (Art. 72^{bis} IVV) vom 07.01.2008;
5. Vertrag Bundesamt für Sozialversicherungen, Bern und asim Medizinische Abklärungsstelle (MEDAS), Basel betreffend Durchführung ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen (Art. 72^{bis} IVV) vom 07.01.2008;
6. Vertrag Bundesamt für Sozialversicherungen, Bern und Asim Begutachtung, Basel betreffend Durchführung ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen (Art. 72^{bis} IVV) vom 16.05.2008;
7. Vertrag Bundesamt für Sozialversicherungen, Bern und BEGAZ GmbH, Binningen betreffend Durchführung ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen (Art. 72^{bis} IVV) vom 07.01.2008;
8. Vertrag Bundesamt für Sozialversicherungen, Bern und BEGAZ GmbH, Binningen betreffend Durchführung ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen (Art. 72^{bis} IVV) vom 16.05.2008;
9. Convention office fédéral des assurances sociales, Berne et Centre d'expertise médicale (COMAI), Genève concernant la réalisation d'examens médicaux permettant d'apprécier le droit aux prestations (Art. 72^{bis} RAI) de 07.01.2008;
10. Convention office fédéral des assurances sociales, Berne et Centre d'expertise médicale, Genève concernant la réalisation d'examens médicaux permettant d'apprécier le droit aux prestations (Art. 72^{bis} RAI) de 16.05.2008;
11. Convention office fédéral des assurances sociales, Berne et Centre d'expertise médicale (COMAI), Genève concernant la réalisation d'examens médicaux permettant d'apprécier le droit aux prestations (Art. 72^{bis} RAI) de 07.01.2008;
12. Convention Office fédéral des assurances sociales, Berne et Clinique romande de réadaptation CRR, Sion concernant la réalisation d'examens médicaux permettant d'apprécier le droit aux prestations (Art. 72^{bis} RAI) de 16./21.05.2008

IV-Stellen und dem Bundesamt für Sozialversicherungen garantiert.⁵⁹ Die Vereinbarungen enthalten zudem standardisiert eine pauschal und einheitlich festgelegte Vergütung für die Erstellung eines Gutachtens.⁶⁰ Eine erhöhte medizinische Komplexität der Beurteilung im Einzelfall, die naturgemäss zu einem grösseren betriebswirtschaftlichen Aufwand führt, darf sich auf die vergüteten Kosten aber nicht auswirken: Durch die Vereinbarungen verpflichten sich die MEDAS nämlich, Aufträge nicht aus Kostengründen zurückzuweisen.⁶¹ Die Rechnungsstellung der MEDAS für erstellte Gutachten erfolgt laut den Vereinbarungen an die zuständige IV-Stelle.⁶² Sämtliche der zwi-

13. Convention office fédéral des assurances sociales, Berne et Clinique romande de réadaptation, Sion concernant la réalisation d'examens médicaux permettant d'apprécier le droit aux prestations (Art. 72^{bis} RAI) de 07.01.2008;

14. Convention office fédéral des assurances sociales, Berne et Clinique CORELA, Genève concernant la réalisation d'examens médicaux permettant d'apprécier le droit aux prestations (Art. 72^{bis} RAI) de 07.01.2008 ;

15. Vereinbarung Bundesamt für Sozialversicherungen, Bern und MEDAS Oberaargau AG, Langenthal betreffend Durchführung ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen (Art. 72^{bis} IVV) vom 16.05.2008;

16. Vertrag Bundesamt für Sozialversicherungen, Bern und MEDAS Oberaargau AG, Langenthal betreffend Durchführung ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen (Art. 72^{bis} IVV) vom 07.01.2008;

17. Vereinbarung Bundesamt für Sozialversicherungen, Bern und MEDAS Ostschweiz, St. Gallen betreffend Durchführung ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen (Art. 72^{bis} IVV) vom 16.05.2008;

18. Vereinbarung Bundesamt für Sozialversicherungen, Bern und MEDAS Ostschweiz, St. Gallen betreffend Durchführung ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen (Art. 72^{bis} IVV) vom 07.01.2008;

19. Vertrag Bundesamt für Sozialversicherungen, Bern und MEDAS Zentralschweiz, Luzern betreffend Durchführung ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen (Art. 72^{bis} IVV) vom 07.01.2008;

20. Convention office fédéral des assurances sociales, Berne et Servizio Accertamento Medico, Bellinzona concernant la réalisation d'examens médicaux permettant d'apprécier le droit aux prestations (Art. 72^{bis} RAI) de 07.01.2008 ;

⁵⁹ Die entsprechende Klausel findet sich jeweils in Ziff. 12 der in Anm. 58 aufgeführten Vereinbarungen Nr. 2-5, 7, 9, 13, 14, 16, 19 sowie jeweils in Ziff. 13 der in Anm. 58 aufgeführten Vereinbarungen Nr. 1, 6, 8, 10-12, 15, 17, 18, 20.

⁶⁰ Die entsprechende Klausel findet sich jeweils in Ziff. 3 sämtlicher in Anm. 58 aufgeführten Vereinbarungen.

⁶¹ Die entsprechende Klausel findet sich jeweils in Anhang I/Ziff. 12 der in Anm. 58 aufgeführten Vereinbarungen Nr. 1, 3-5, 7, 9, 11, 13, 14, 18-20.

⁶² Die entsprechende Klausel findet sich jeweils in Anhang I/Ziff. 12 der in Anm. 58 aufgeführten Vereinbarungen Nr. 1, 3-5, 7, 9, 11, 13, 14, 18-20.

schen dem Bundesamt für Sozialversicherungen und den MEDAS abgeschlossenen Vereinbarungen i.S.v. Art. 72^{bis} Satz 1 IVV, die den Gutachtern vorliegen, sind jeweils auf zwei Termine pro Jahr unter Einhaltung einer Frist von zwölf Monaten ohne weiteres kündbar.⁶³

c. Richtlinien und Grundsätze zum Beweiswert medizinischer Gutachten in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

- 21 Im öffentlichen Recht im Allgemeinen und im Sozialversicherungsrecht im Besonderen gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung.⁶⁴ Dies ergibt sich – mangels expliziter Bestimmung im ATSG – aus Art. 19 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)⁶⁵, welcher wiederum auf Art. 40 Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess (BZP)⁶⁶ verweist:⁶⁷ Art. 40 BZP hält fest, dass das Gericht „die Beweise nach freier Überzeugung“ würdigt. Für den Beweiswert eines Beweismittels ist demnach weder die Herkunft noch dessen Kennzeichnung massgebend, sondern allein seine objektive Überzeugungskraft.⁶⁸

⁶³ Die entsprechende Klausel findet sich jeweils in Ziff. 16 der in Anm. 58 aufgeführten Vereinbarungen Nr. 1, 6, 8, 10, 12, 17 sowie jeweils in Ziff. 15 der in Anm. 58 aufgeführten Vereinbarungen Nr. 2-5, 7, 9, 11, 13-16, 18-20.

⁶⁴ BGE 125 V 351 E 3a S. 352; Leo R. GEHRER, Zur Erhebung und Würdigung medizinischer Entscheidungsgrundlagen im Sozialversicherungsrecht, Schweizerische Juristenzeitung 96 (2000) S. 461-466, 461, 463; KIESER (Anm. 10), Art. 43 N 33; KIESER (Anm. 26), N 424.

⁶⁵ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021).

⁶⁶ Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

⁶⁷ BGE 125 V 351 E 3a S. 352; Thomas LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003, § 68 N 37.

⁶⁸ In diesem Sinn BGE 125 V 351 E 3a S. 352: „Das Bundesrecht schreibt nicht vor, wie die einzelnen Beweismittel zu würdigen sind. Für das gesamte Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (...). Danach haben Versicherungsträger und Sozialversicherungsrichter die Beweise frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Für das Beschwerdeverfahren bedeutet dies, dass der Sozialversicherungsrichter alle Beweismittel, unabhängig davon,

22 Gleichwohl hat das Bundesgericht im Bereich sozialversicherungsrechtlicher Leistungsansprüche Richtlinien und Grundsätze zur Würdigung medizinischer Gutachten entwickelt.⁶⁹ Darin findet sich eine Bewertungsskala für Gutachten aufgrund der institutionellen Stellung des Autors oder der Autorin des Gutachtens. Es ist dabei eine als „Regelanordnung“⁷⁰ bezeichnete „hierarchische Abstufung“⁷¹ zu erkennen, die „vom gerichtlich angeordneten Gutachten einerseits bis zum hausärztlichen Attest andererseits“⁷² reicht:

- *Gerichtlich beauftragter medizinischer Experte*: Gemäss den genannten Richtlinien darf „von der Einschätzung des medizinischen Experten“, welcher von einem Gericht als Gutachter bestellt worden ist, „nicht ohne zwingende Gründe“ abgewichen werden.⁷³ Ein solcher zwingender Grund liegt insbeson-

von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten.“; vgl. auch KIESER (Anm. 10), Art. 43 N 33.

69 BGE 125 V 351 E 3b S. 352: „Dennoch hat es die Rechtsprechung mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung als vereinbar erachtet, in Bezug auf bestimmte Formen medizinischer Berichte und Gutachten Richtlinien für die Beweiswürdigung aufzustellen“; vgl. auch KIESER (Anm. 10), Art. 43 N 35.

An dieser vom Bundesgericht vorgenommenen hierarchischen Ordnung der Beweiskraft von Gutachten wird in der Literatur berechnete Kritik erhoben; vgl. etwa Alfred BÜHLER, Versicherungsinterne Gutachten und Privatgutachten, in: René Schaffhauser/Franz Schlauri (Hrsg.), Rechtsfragen der medizinischen Begutachtung in der Sozialversicherung, St. Gallen 1997, S. 179-225, 215 f.; GEHRER (Anm. 65), S. 465 f.; KIESER (Anm. 26), N 455. Dabei wird zutreffend bemängelt, dass die bundesgerichtlichen Richtlinien und Grundsätze Gefahr laufen, dass Gutachten ohne Rücksicht auf ihre objektive Überzeugungskraft im Einzelfall ein bestimmter Grad an Beweiskraft zugeschrieben wird, was mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung unvereinbar ist; vgl. GEHRER (Anm. 65), S. 465; KIESER (Anm. 26), N 455 a.E.

70 GEHRER (Anm. 65), S. 464.

71 Hans-Jakob MOSIMANN, Zum Stellenwert ärztlicher Beurteilungen. Vom Formular-Attest zum polydisziplinären Gutachten, in: ders. (Hrsg.), Aktuelles im Sozialversicherungsrecht, Zürich 2001, S. 255-273, 268.

72 MOSIMANN (Anm. 72), S. 268.

73 BGE 125 V 351 E 3b/aa S. 352 f.

dere vor, wenn das Gutachten als in sich widersprüchlich erscheint.⁷⁴

- *MEDAS*: Art. 44 ATSG schreibt für den Fall, dass ein Versicherungsträger zur Klärung des Sachverhalts ein Gutachten „einer oder eines unabhängigen Sachverständigen“⁷⁵ einholen muss, bestimmte Verfahrensregeln vor (dazu N 23 f.). Diese Vorschriften sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch dann einzuhalten, wenn eine MEDAS mit der Begutachtung beauftragt werden soll.⁷⁶ Wurde Art. 44 ATSG beachtet, genießt ein von einer MEDAS verfasstes Gutachten laut Bundesgericht „vollen Beweiswert“⁷⁷, bzw. „volle Beweiskraft“⁷⁸. Ausnahmen gelten nur, wenn „konkrete Indizien“ gegen die Zuverlässigkeit des Gutachtens sprechen.⁷⁹ Ärztliche Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen durch MEDAS haben also einen Beweiswert, der demjenigen eines gerichtlich angeordneten Gutachtens zumindest nahe kommt. Dafür spricht auch, dass den MEDAS durch die Rechtsprechung ausdrücklich Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zuerkannt wird:⁸⁰ Gemäss bundesgerichtlicher Auffassung handelt es sich „bei der MEDAS um eine unabhängige, unparteiliche Gutachterstelle (...)“⁸¹

⁷⁴ BGE 125 V 351 E 3b/aa S. 353 (mit weiteren Nachweisen). – Die Aufdeckung von Widersprüchen und fehlender Schlüssigkeit medizinischer Gutachten überfordert Gerichts- und Verwaltungsbehörden jedoch regelmässig, da sie zwar über hohe juristische, nicht jedoch über vertiefte medizinische Sachkompetenz verfügen; vgl. KIESER (Anm. 26), N 453. Dieses Defizit wäre eigentlich durch die Anordnung von Zusatz- oder Obergutachten zu kompensieren, doch erfolgt dies in der Praxis laut KIESER (Anm. 26), N 453 a.E. nur in Ausnahmefällen.

⁷⁵ Wortlaut von Art. 44 Satz 1 ATSG.

⁷⁶ BGE 132 V 376 E 6 f. S. 380-384.

⁷⁷ BGE 8C_216/2009 E 4.4 vom 28. Oktober 2009 (zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

⁷⁸ BGE 125 V 351 E 3b/bb S. 353.

⁷⁹ BGE 125 V 351 E 3b/bb S. 353, 8C_216/2009 E 4.4 (vgl. Anm. 77).

⁸⁰ BGE 123 V 175 E 3.4 S. 178 f.; KIESER (Anm. 26), N 455.

⁸¹ BGE I 711/03 E 3.3 vom 9. November 2004.

- *Versicherungsinterne Ärzte:* Anders sind dagegen laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung versicherungsinterne ärztliche Beurteilungen zu werten.⁸² Solchen Befunden kommt laut der Rechtsprechung „nicht dieselbe Beweiskraft wie einem gerichtlichen oder einem im Verfahren nach Art. 44 ATSG vom Versicherungsträger in Auftrag gegebenen Gutachten“ zu.⁸³ Gleichwohl darf nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung aus der Tatsache, dass ein gutachterlich tätiger Arzt in einem Anstellungsverhältnis zum Versicherungsträger steht, mangels besonderer Umstände „nicht schon auf mangelnde Objektivität und auf Befangenheit“ geschlossen werden.⁸⁴
- *Hausärztliches Attest und Parteigutachten:* Bei Berichten von Hausärzten ist gemäss Gerichtspraxis schliesslich der „Erfahrungstatsache Rechnung“ zu „tragen, dass Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen (...).“⁸⁵ In ähnlicher Weise hält das Bundesgericht auch Parteigutachten nicht prinzipiell für wertlos, misst solchen Eingaben jedoch nicht den gleichen Rang zu wie einem vom Gericht oder vom Versicherungsträger nach dem relevanten Verfahrensrecht eingeholten Gutachten.⁸⁶

⁸² BGE 123 V 331 E 1b S. 333 f.

⁸³ BGE 8C_216/2009 E 4.4 (vgl. Anm. 77); so auch BGE 125 V 351 E 3b/ee S. 353 f.

⁸⁴ BGE 123 V 331 E 1b S. 334.

⁸⁵ BGE 125 V 351 E 3b/cc S. 353.

⁸⁶ Vgl. BGE 125 V 351 E 3c S. 354 und KIESER (Anm. 10), Art. 43 N 35.

d. Verfahren zur Einholung eines Gutachtens eines „unabhängigen Sachverständigen“ zur Abklärung des Sachverhaltes (Art. 44 ATSG)

23 Die MEDAS gelten wie erwähnt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung hinsichtlich der Durchführung ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen als unabhängige Sachverständige im Sinne des Art. 44 ATSG⁸⁷, was auch bedeutet, dass die Verfahrensvorschriften dieses Artikel befolgt werden müssen (N 22).⁸⁸ Die Anordnung eines Gutachtens bildet gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allerdings keine Verfügung, sondern eine einfache Mitteilung.⁸⁹ Dies hat zur Folge, dass dem Gesuchsteller nicht sämtliche Ansprüche aus rechtlichem Gehör zustehen, die vor dem Erlass einer Verfügung zu beachten wären.⁹⁰ Das Bundesgericht geht entsprechend davon aus, dass dem Gesuchsteller weder die an den Gutachter zu richtenden Fragen vorgängig bekannt zu geben sind, noch dieser berechtigt ist, an den medizinischen Sachverständigen zu richtende Ergänzungsfragen zu formulieren.⁹¹ Die versicherte Person ist also lediglich befugt, sich nach Erstellen des Sachverständigengutachtens im Rahmen des rechtlichen Gehörs zum Beweisergebnis zu äussern und erhebliche Beweisanträge vorzubringen.⁹²

⁸⁷ Die Bestimmung hat in der deutschen Fassung folgenden Wortlaut: „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.“

⁸⁸ BGE 132 V 376 E 6 f. S. 380-384.

⁸⁹ BGE 132 V 93 E 5.2.10 S. 106; kritisch dazu René WIEDERKEHR, Begutachtungsanordnung im Kontext des ATSG, Aktuelle Juristische Praxis 13 (2004) S. 1139-1149, 1146-1148.

⁹⁰ KIESER (Anm. 10), Art. 44 N 13, Art. 49 N 13, wonach unter bestimmten Voraussetzungen bei der Anordnung der Begutachtung das Vorliegen eines anfechtbaren Realakts anzunehmen ist (vgl. Art. 25a VwVG).

⁹¹ BGE 133 V 446 E 7.4 S. 449.

⁹² BGE 133 V 446 E 7.4 S. 449.

e. Ausstandsgründe, wirtschaftliche Abhängigkeit und Befangenheit „unabhängiger Sachverständiger“ i.S.v. Art. 44 ATSG

24 Hinsichtlich der Gründe, aufgrund derer der Ausstand eines sachverständigen Gutachters verlangt werden kann, betont das Bundesgericht „die erhebliche Bedeutung, welche den Arztberichten im Sozialversicherungsrecht zukommt“ und schliesst daraus auf einen strengen Massstab, welcher „an die Unparteilichkeit des Gutachters (...) anzulegen“ ist.⁹³ Die Rechtsprechung unterscheidet dabei „zwischen Einwendungen formeller und Einwendungen materieller Natur.“⁹⁴ Die gesetzlichen Ausstandsgründe werden dabei den Einwendungen formeller Natur zugeschlagen, „weil sie geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Sachverständigen zu erwecken.“⁹⁵ Die „gesetzlichen Ausstandsgründe“ finden sich in Art. 36 Abs. 1 ATSG und in Art. 10 Abs. 1 VwVG.⁹⁶ Demnach haben insbesondere Personen in den Ausstand zu treten, die mit einer Partei verheiratet, verschwägert oder eng verwandt sind.⁹⁷ „Einwendungen materieller Natur“ beziehen sich demgegenüber nicht auf die Unparteilichkeit des Gutachters, sondern sind laut dem Bundesgericht meist „von der Sorge getragen, das *Gutachten* könne *mangelhaft* ausfallen“.⁹⁸ Diese „Einwendungen materieller Natur“ verpflichten

⁹³ BGE 122 V 157 E 1c S. 162.

⁹⁴ BGE 132 V 93 E 6.5 S. 108; vgl. auch BGE 123 V 331 E 1b S. 333. – In der Literatur wird die Unterscheidung zuweilen auch als Anwendung der allgemeinen Ausstandsgründe gemäss Art. 10 VwVG und Nichtanwendung der „für Sachverständige geltenden verschärften Ausschliessungs- und Ablehnungsregeln“ bezeichnet; GEHRER (Anm. 65), S. 463.

⁹⁵ BGE 132 V 93 E 6.5 S. 108.

⁹⁶ BGE 132 V 93 E 6.5 S. 108; vgl. auch KIESER (Anm. 10), Art. 36 N 11, wonach Art. 36 Abs. 1 ATSG die Anwendung von Art. 10 Abs. 1 VwVG nicht ausschliesst.

⁹⁷ Gemäss Art. 36 Abs. 1 ATSG tritt in den Ausstand, wer in einer Sache ein „persönliches Interesse haben oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein“ könnte. Nach Art. 10 Abs. 1 VwVG hat in den Ausstand zu treten, wer in der Sache ein persönliches Interesse hat, mit einer Partei verheiratet ist oder in einer eingetragenen Partnerschaft oder einer faktischen Lebensgemeinschaft verbunden ist, mit einer Partei eng verwandt oder verschwägert ist, Vertreter einer Partei ist oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig war.

⁹⁸ BGE 132 V 93 E 6.5 S. 108 (Hervorhebungen hinzugefügt).

den betreffenden Gutachter nicht dazu, in den Ausstand zu treten, sondern fliessen lediglich im Rahmen der Beweiswürdigung in den Sachentscheid ein.⁹⁹ Als „Einwendung materieller Natur“ gilt neben der ungenügenden Qualifikation des sachverständigen Gutachters insbesondere dessen wirtschaftliche Abhängigkeit von einer Partei.¹⁰⁰

- 25 Keinen Ausstandsgrund, sondern eine Einwendung materieller Natur, bildet gemäss Rechtsprechung die Tatsache, dass ein Gutachter von Aufträgen einer IV-Stelle wirtschaftlich abhängig ist, da er einen erheblichen Teil seines Einkommens aus der Durchführung ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen erzielt.¹⁰¹ Von Gutachtern, welche ihre Abklärungen im Rahmen des Verwaltungsverfahrens erstellten, sei nämlich im Unterschied zu gerichtlichen Gutachtern lediglich „fachlich-inhaltliche Weisungsunabhängigkeit im Einzelfall“ zu verlangen.¹⁰² Folglich „stelle der Umstand, dass ein Arzt wiederholt von einem Sozialversicherungsträger als Gutachter beigezogen“ werde, „für sich allein keinen Ausstandsgrund dar (...)“.¹⁰³ Eine „ausgedehnte Gutachtertätigkeit für die Verwaltung“ vermöge deshalb „keine Befangenheit“ zu begründen.¹⁰⁴ Dies soll

⁹⁹ BGE 132 V 93 E 6.5 S. 108 a.E.

¹⁰⁰ BGE 132 V 93 E 6.5 S. 108 a.E.

¹⁰¹ Die wirtschaftliche Abhängigkeit wird in der Literatur zum Allgemeinen Verwaltungsrecht freilich konträr beurteilt; vgl. nur Benjamin SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Diss. Zürich, Zürich 2002, S. 116: „Ohne dass ein eigentliches Arbeitsverhältnis oder ein Vertretungsverhältnis in derselben Sache besteht, kann ein Entscheidungsträger durch (...) regelmässig wiederkehrende Geschäftsbeziehungen gegenüber einem Verfahrensbeteiligten befangen erscheinen.“; unzweideutig auch Stephan BREITENMOSE/Marion SPORI FEDAIL, Art. 10 VwVG, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), VwVG. Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, N 83: „Eine Ausstandspflicht besteht bei *wirtschaftlicher Abhängigkeit* (...)“ (Hervorhebung im Original.)

¹⁰² BGE 9C_67/2007 E 2.4 vom 28. August 2007.

¹⁰³ BGE 9C_67/2007 E 2.3 vom 28. August 2007; so auch BGE I 885/06 E 5.1 vom 20. Juni 2007.

¹⁰⁴ BGE 9C_67/2007 E 2.4 vom 28. August 2007; im gleichen Sinn bereits BGE I 885/06 E 5.1 vom 20. Juni 2007; anders die AHV-Rekurskommission des Kantons Zürich, Urteil vom 14. Juli 1994 in Sachen X gegen Ausgleichskasse Y, in: Sozialversicherungsrecht – Rechtsprechung IV (1995) Nr. 36 S. 95-97E 4b/bb S. 96 f.

nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung selbst dann gelten, „wenn der betreffende Gutachter sein Einkommen *vollständig* durch Gutachtensaufträge der Invalidenversicherung erzielen sollte.“¹⁰⁵ Das Bundesgericht rechtfertigt die restriktive Handhabung der Ausstandsgründe unter anderem mit dem rechtsstaatlich fragwürdigen Argument, es gelte „zu vermeiden, dass das Verwaltungsverfahren um ein kontradiktorisches Element erweitert und das medizinische Abklärungsverfahren judikalisiert“ werde (vgl. aber N 46).¹⁰⁶

- 26 Da die Rechtsprechung auch die wirtschaftliche Abhängigkeit nicht zu den „formellen“ Ausstandsgründen, sondern zu den „Einwendungen materieller Natur“ zählt, können solche Vorbehalte erst gegen den Endentscheid vorgebracht werden (vgl. N 24).¹⁰⁷ Diese Differenzierung hat vor allem für Personen Konsequenzen, die Anspruch auf Leistungen der Invalidenversicherung erheben, jedoch nicht über die für ein Verfahren erforderlichen Mittel verfügen und daher von ihrem Recht auf unentgeltliche Rechtspflege Gebrauch machen (vgl. Art. 29 Abs. 3 Satz 1 BV): Stellen sie ein Gesuch, die ärztliche Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen sei von einer ärztlichen Fachperson durchzuführen, die nicht von Aufträgen der IV-Stellen wirtschaftlich abhängig ist, wird ihnen hierfür die unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit des Verfahrens verweigert.¹⁰⁸ Begründet wird dies mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach es sich dabei um eine „Einwendung materieller Natur“ handle, die erst im Sachentscheid zu würdigen sei (vgl. N 24). Da eine Person, die auf unentgeltliche Rechtspflege angewiesen ist, aus finanziellen Gründen kaum je ein eigenes Gutachten in Auftrag zu geben vermag, kann sie nicht effektiv und gleich-

¹⁰⁵ BGE 9C_67/2007 E 2.4 vom 28. August 2007 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁰⁶ BGE 132 V 93 E 6.5 S. 109.

¹⁰⁷ BGE 132 V 93 E 6.5 S. 108 f.; kritisch zu dieser Praxis Rainer J. SCHWEIZER, Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und schweizerisches Sozialversicherungsrecht, in: Eidgenössisches Versicherungsgericht (Hrsg.), Sozialversicherungsrecht im Wandel, Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, S. 19-52, 44.

¹⁰⁸ Vgl. statt anderer BGE 9C_772/2008 vom 17. November 2008.

berechtigt mit der Verwaltung auf das Beweisverfahren einwirken (vgl. dazu auch hinten unter N 63).¹⁰⁹

D. Fragestellung und Perspektive des Gutachtens

- 27 Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden: Der Entscheid von Verwaltungs- und Gerichtsbehörden betreffend Leistungsansprüche der Invalidenversicherung stützt sich regelmässig auf medizinische Entscheidungsgrundlagen (N 17), welche von Medizinischen Abklärungsstellen (MEDAS) erstellt werden. Diese MEDAS erzielen zumindest einen erheblichen Teil ihres Umsatzes mit der Durchführung ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen und verfolgen gleichzeitig auch wirtschaftliche Interessen (N 19). Diese Gutachten werden von der zuständigen IV-Stelle in Auftrag gegeben und beruhen auf einer kündbaren Vereinbarung mit dem Bundesamt für Sozialversicherungen (N 20). Der IV-Stelle kommt im ganzen Verfahren, dem Bundesamt für Sozialversicherungen im Verfahren betreffend Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor Bundesgericht Parteistellung zu (N 15). Gleichwohl gelten die auf solche Art verfassten Gutachten als von einem „unabhängigen Sachverständigen“ gemäss Art. 44 ATSG erstellt (N 22). Diesen Gutachten kommt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein mit jenen Gutachten, die von gerichtlich bestellten medizinischen Experten verfasst wurden, zumindest vergleichbarer Beweiswert – also „volle Beweiskraft“¹¹⁰ – zu (N 22). Daher stellt sich die Frage, ob die Garantie auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 EMRK in solchen Konstellationen gewahrt bleibt.
- 28 Dabei ist zu beachten, dass dieses Gutachten nicht zur Aufgabe hat, die einzelnen Verfahrensabschnitte in der Verwirklichung gesetzlich zugesicherter Sozialleistungen auf ihre Rechtsstaatlichkeit und prozedurale Fairness (je im Sinne der Anforderungen des Art. 6 EMRK) zu überprüfen. Vielmehr nehmen die Gutachter gemäss ihrem Auf-

¹⁰⁹ Vgl. statt anderer BGE 9C_772/2008 vom 17. November 2008.

¹¹⁰ BGE 125 V 351 E 3b/bb S. 353.

trag die Optik einer Begutachtung aus der Sicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Strassburg ein. Entscheidend ist somit, dass im schweizerischen Hoheitsgebiet, also in einer Gesamtsicht der beteiligten Verwaltungs- und Rechtsmittelinstanzen, die erwähnten rechtsstaatlichen Forderungen erfüllt werden.

III. Garantie eines fairen Verfahrens gemäss Art. 6 EMRK

A. Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK in persönlicher und sachlicher Hinsicht

a. Voraussetzungen im Allgemeinen

29 Gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat „[j]ede Person (...) ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen (...) in einem fairen Verfahren (...) verhandelt wird (...).“ In den zwei gemäss Art. 59 Ziff. 4 Abs. 2 EMRK authentischen und daher in gleicher Weise verbindlichen englischen und französischen Vertragstexten (vgl. Art. 33 Abs. 1 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge¹¹¹) ist vom „*Right to a fair trial*“ bzw. vom „*Droit à un procès équitable*“ die Rede, das sich insbesondere auf „*civil rights and obligations*“ bzw. „*contestations sur ses droits et obligations de caractère civil*“ bezieht.¹¹²

b. Persönlicher Geltungsbereich

30 In *persönlicher Hinsicht* stehen die aus Art. 6 EMRK fliessenden Rechte gemäss den für die Normauslegung relevanten authentischen

¹¹¹ Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111).

¹¹² Zu den Schwächen der deutschen Übersetzung des Konventionstexts Herbert MIEHLER, in: Wolfram Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 1. Lieferung/1986, Köln/Berlin/München 1986, Art. 6 EMRK N 3 f.

Vertragstexten „*each person*“ zu. Der Begriff umfasst nach ständiger Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sowohl natürliche als auch juristische Personen unabhängig von ihrer Staatsbürgerschaft.¹¹³ Eingegrenzt wird der Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK in persönlicher Hinsicht einzig durch Art. 34 EMRK,¹¹⁴ wonach der Gerichtshof „von jeder natürlichen Person, nichtstaatlichen Organisation oder Personengruppe, die behauptet“, in einem durch die EMRK garantierten Recht verletzt worden zu sein, „mit einer Beschwerde befasst werden“ kann. Der Staat oder öffentliche Körperschaften können demnach aus Art. 6 EMRK keine Rechte für sich ableiten.¹¹⁵

c. Sachlicher Geltungsbereich

- 31 In *sachlicher Hinsicht* ist Art. 6 EMRK bereits nach dessen Wortlaut nur anwendbar, soweit eine „strafrechtliche Anklage“ (engl.: „*criminal charge*“/frz.: „*accusation en matière pénale*“) oder „zivilrechtliche Ansprüche“ (engl.: „*civil rights and obligations*“/frz.: „*droits et obligations de caractère civil*“) in Frage stehen. Der erste Fall – die „strafrechtliche Anklage“ – ist vorliegend nicht relevant.
- 32 Gemäss einer Standardformulierung des Gerichtshofs¹¹⁶ müssen für die Anwendung von Art. 6 EMRK aufgrund von „*civil rights and obligations*“ insgesamt drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

¹¹³ Wolfgang PEUKERT, in: Jochen Abr. FROWEIN/Wolfgang PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar, 3. Auflage, Kehl am Rhein 2009, Art. 6 N 4.

¹¹⁴ PEUKERT, in: Frowein/Peukert (Anm. 113), Art. 6 N 4.

¹¹⁵ PEUKERT, in: Frowein/Peukert (Anm. 113), Art. 6 N 4.

¹¹⁶ Zuletzt EGMR No. 17056/06 vom 15. Oktober 2009 i.S. Micallef vs. Malta, Ziff. 74, mit weiteren Nachweisen: „The Court reiterates that for Article 6 § 1 in its ‘civil’ limb to be applicable, there must be a dispute (‘contestation’ in the French text) over a ‘civil right’ which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law, irrespective of whether it is also protected under the Convention. The dispute must be genuine and serious; it may relate not only to the actual existence of a right but also to its scope and the manner of its exercise; and, finally, the result of the proceedings must be directly decisive for the right in question, mere tenuous connections or remote consequences not being

1. Es steht gestützt auf eine zumindest vertretbare Rechtsauffassung ein „*right*“ (frz.: „*droit*“) bzw. eine „*obligation*“ (frz.: „*obligation*“), d.h. ein aus dem innerstaatlichen Recht abgeleiteter Anspruch bzw. ein entsprechendes Recht in Frage;¹¹⁷
2. Es steht eine echte Streitigkeit ernsthafter Natur in Frage¹¹⁸, deren Ausgang für den betreffenden Anspruch bzw. das in Frage stehende Recht direkt erheblich ist¹¹⁹;
3. Der strittige Anspruch bzw. das strittige Recht stellt ein „*civil right*“ bzw. eine „*civil obligation*“ dar, wobei der Gerichtshof, soweit nicht rein privatrechtliche Ansprüche betroffen sind, einer autonomen Vertragsauslegung folgt, bei welcher er die Analyse des Einzelfalls und die Bildung von Fallgruppen in den Vordergrund rückt.¹²⁰

33 Zur ersten und zweiten Voraussetzung ist zu bemerken, dass das Vorliegen eines „Anspruchs“¹²¹ bzw. einer ernsthaften Streitigkeit darüber vorliegend ausser Zweifel steht, da sowohl Art. 29 Abs. 1 BV als auch Art. 61 ATSG (insbes. Bst. c, f-h) eine unabhängige und unvoreingenommene Beurteilung von Leistungsansprüchen auch im Bereich der Invalidenversicherung garantieren. Schliesslich belegt

sufficient to bring Article 6 § 1 into play (...).“; für eine nahezu vollständige Aufarbeitung der Praxis siehe Pieter VAN DIJK, in: Pieter van Dijk/Fried von Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th ed., Antwerpen/Oxford 2006, S. 519 f.

117 EGMR No. 67\1996\686\876 vom 26. August 1997 i.S. Balmer Schafroth et al. vs. Schweiz Ziff. 32: „Under the Court’s case-law, for Article 6 § 1 in its ‘civil’ limb to be applicable, there must be a dispute (‘contestation’ in the French text) over a ‘right’ which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law.“

118 EGMR No. 67\1996\686\876 vom 26. August 1997 i.S. Balmer Schafroth et al. vs. Schweiz Ziff. 32: „The dispute must be genuine and serious (...).“

119 EGMR No. 67\1996\686\876 vom 26. August 1997 i.S. Balmer Schafroth et al. vs. Schweiz Ziff. 32: „The outcome of the proceedings must be directly decisive for the right in question.“; vgl. auch VAN DIJK (Anm. 116), S. 521-524.

120 Vgl. die in den folgenden Anm. 124-128 zitierten Entscheide sowie allgemein PEUKERT, in: Frowein/Peukert (Anm. 113), Art. 6 N 15-21.

121 Vgl. PEUKERT, in: Frowein/Peukert (Anm. 113), Art. 6 N 7.

bereits die Ausschöpfung des Instanzenzugs und die materielle Behandlung der Beschwerde durch die angerufenen Gerichte auf den Ebenen des Kantons und des Bundes das Vorliegen einer „echten“ Streitigkeit,¹²² welche im Wesentlichen die Klagbarkeit eines Anspruchs voraussetzt. Zudem ist der Ausgang des Verfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof in Strassburg für dieses in Frage stehende Recht direkt erheblich.

34 Zum letzten Punkt – dem Vorliegen von „*civil rights and obligations*“ – ist zu bemerken, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Begriffe vertragsautonom auslegt.¹²³ Dabei behandelt der Gerichtshof Streitigkeiten betreffend Sozialversicherungsrenten und Leistungen aus öffentlicher Fürsorge seit seinen Entscheidungen in Sachen Feldbrugge gegen die Niederlande¹²⁴ und Deumeland gegen Deutschland¹²⁵ aus dem Jahr 1986, die 1993 im Urteil Salesi gegen Italien¹²⁶ umfassend bestätigt wurden, in ständiger Rechtsprechung als „*civil rights and obligations*“.¹²⁷ In der Entscheidung Schuler-Zraggen gegen die Schweiz vom 24. Juni 1993 hielt der Gerichtshof diese Praxis auch gegenüber der Schweiz aufrecht.¹²⁸ Schliesslich bestätigte der Gerichtshof in seinem Urteil in Sachen Dauti gegen Albanien vom 3. Februar 2009 die umrissene Praxis umfassend und hielt Folgendes fest:

¹²² Vgl. PEUKERT, in: Frowein/Peukert (Anm. 113), Art. 6 N 11.

¹²³ Vgl. VAN DIJK (Anm. 116), S. 516-519; Christoph GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, München 2009, § 5 N 9-11; MIEHSLER (Anm. 112), Art. 6 EMRK N 56-58.

¹²⁴ EGMR No. 8562/79 vom 29. Mai 1986 i.S. Feldbrugge v. Niederlande, Ziff. 40.

¹²⁵ EGMR No. 13023/87 vom 29. Mai 1986 i.S. Deumeland vs. Deutschland, Ziff. 74.

¹²⁶ EGMR No. 13023/87 vom 26. Februar 1993 i.S. Salesi vs. Italien, Ziff. 17-19.

¹²⁷ Vgl. die kasuistische Aufarbeitung der Praxis bei VAN DIJK (Anm. 116), S. 526.

¹²⁸ EGMR No. 14518/89 vom 24. Juni 1993 i.S. Schuler-Zraggen vs. Schweiz, Ziff. 46. Vgl. zum Ganzen auch Elisabeth CHIARIELLO, Der Richter als Verfassungsgeber? Berner Habilitationsschrift, Zürich 2009 S. 222 f.

„The Court reiterates that it has previously determined that welfare benefits and rights to social insurance are ‚civil rights‘ within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention (...).“¹²⁹

- 35 Vor diesem Hintergrund ist Art. 6 EMRK nach Auffassung der Gutachter auf die hier zu untersuchende Rechtsfrage sowohl in sachlicher als auch in persönlicher Hinsicht anwendbar.

B. Relevante Teilgehalte von Art. 6 EMRK

a. Grundsatz

- 36 Wie die Sachüberschrift der authentischen Vertragstexte zum Ausdruck bringt, sichert Art. 6 EMRK die Ausgewogenheit des Gerichtsverfahrens („*fair trial*“/„*procès équitable*“). Während der Normtext einzelne Garantien vor allem im strafprozessualen Zusammenhang präzise auflistet (vgl. Art. 6 Ziff. 2 und 3 EMRK), wurden andere erst durch die Rechtsprechung evolutiv konkretisiert.¹³⁰ Der Europäische Gerichtshof hat es indessen bisher stets vermieden, den Begriff der „Fairness“ des Verfahrens erschöpfend zu umschreiben.¹³¹ Relevant ist vielmehr, ob ein bestimmtes landesrechtliches Verfahren im Rahmen einer *Gesamtwürdigung* insgesamt – in den

¹²⁹ EGMR No. 19206/05 vom 3. Februar 2009 i.S. Dauti vs. Albanien Ziff. 38; im gleichen Sinn auch EGMR No. 42454/02 vom 15. Januar 2009 i.S. Menchinskaya gegen Russland, Ziff. 24: „Regarding the applicability of Article 6 § 1 of the Convention, the Court reiterates that this provision is applicable in the field of social insurance, including welfare assistance (...).“; zur abweichenden älteren Praxis MIEHSLER (Anm. 112), Art. 6 EMRK N 174.

¹³⁰ Vgl. zur evolutiv-teleologischen Auslegung etwa EGMR No. 53924/00 vom 8. Juli 2004 i.S. Vo v. Frankreich, Ziff. 82: „[T]he Court generally considers that States should enjoy in this sphere, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention, a ‚living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions‘“; ständige Rechtsprechung seit EGMR No. 5856/72 vom 25. April 1978 i.S. Tyrer v. Vereinigtes Königreich, Ziff. 31; aus der Literatur statt anderer GRABENWARTER (Anm. 123), § 5 N 12-14 m.w.H.

¹³¹ Marc VIERING, in: Pieter van Dijk/Fried von Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th ed., Antwerpen/Oxford 2006, S. 579.

Worten des Gerichts „*the proceedings (...) taken as a whole*“¹³² – als „*fair*“ („*équitable*“) erscheint.¹³³ Indessen kann unter Umständen bereits aufgrund des konkreten Ablaufs eines bestimmten Verfahrensschrittes wie etwa der Sachverhaltsermittlung darauf geschlossen werden, ob ein Verfahren dem Massstab eines fairen Verfahrens genügt.¹³⁴

- 37 Gemäss ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs müssen die Garantien im gesamten innerstaatlichen Verfahren wenigstens ein Mal umfassend gewahrt sein.¹³⁵ Einer erstinstanzlichen Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde, welche den Anforderungen von Art. 6 EMRK nicht genügt, steht somit grundsätzlich nichts entgegen, sofern eine umfassende Nachprüfung des erstinstanzlichen Entscheids in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht durch eine richterliche Instanz vorgesehen ist.¹³⁶

b. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit

- 38 Art. 6 EMRK garantiert die unparteiliche („*impartial*“) und unabhängige („*independent*“) gerichtliche Behandlung von Rechtssachen, soweit strafrechtliche Verurteilungen („*any criminal charge*“) oder „*civil rights and obligations*“ in Frage stehen. Auch wenn sich die

132 EGMR No. 10590/83 vom 6. Dezember 1988 i.S Barberà, Messegué and Jabardo v. Spanien, Ziff. 89.

133 VIERING (Anm. 131), S. 579; vgl. auch EGMR No. 10563/83 vom 26. Mai 1988 i.S Ekbatani v. Schweden, Ziff. 27: „[A]ccount must be taken of the entirety of the proceedings in the domestic legal order (...)“

134 Vgl. EGMR No. 10563/83 vom 26. Mai 1988 i.S Ekbatani v. Schweden, Ziff. 27; EGMR No. 11826/85 vom 29. Oktober 1991 i.S Helmers v. Schweden, Ziff. 36; VIERING (Anm. 131), S. 579.

135 EGMR No. 6878/75, 7238/75 vom 23. Juni 1981 i.S Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgien, Ziff. 54-61; VAN DIJK (Anm. 116), S. 567-569; HERZOG (Anm. 174), S. 310; Hans-Heiner KÜHNE, Art. 6 EMRK, in: Wolfram Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 11. Lieferung/April 2009, Köln/Berlin/München 2009, N 318.

136 Vgl. EGMR No. 19178/91 vom 22. November 1995 i.S Bryan v. Vereinigtes Königreich, Ziff. 44-47; EGMR No. 17358/90 vom 22. Februar 1996 i.S Bulut v. Österreich, Ziff. 41; HERZOG (Anm. 174), S. 310; KÜHNE (Anm. 135), Art. 6 EMRK N 318 f.

Unparteilichkeit auf das Verhältnis des Gerichts zu den Prozessparteien, die Unabhängigkeit dagegen auf das Verhältnis des Gerichts zu den übrigen Staatsgewalten bezieht, nimmt der Gerichtshof keine trennscharfe Unterscheidung der beiden Kriterien vor.¹³⁷

- 39 Nach schweizerischem Recht gelten für gerichtlich bestellte Sachverständige die gleichen Unabhängigkeitserfordernisse wie für Richterinnen und Richter. Für das Verwaltungsverfahren des Bundes ergibt sich dies aus dem Verweis von Art. 19 VwVG auf Art. 58 Abs. 1 BZP, wonach die Ausstandsgründe nach Art. 34 BGG für Sachverständige sinngemäss gelten.¹³⁸ Diese landesrechtliche Sichtweise lässt sich nicht unmittelbar auf die EMRK übertragen. Nach seinem Wortlaut beziehen sich die Garantien der Unparteilichkeit und der Unabhängigkeit nämlich ausschliesslich auf das „Gericht“: In Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK ist nur von „*an independent and impartial tribunal*“ bzw. „*un tribunal indépendant et impartial*“ die Rede.¹³⁹
- 40 Soweit Sachverständige eine mit der richterlichen vergleichbare Funktion erfüllen, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Grundsätze, nach welchen die Unparteilichkeit und Unbefangenheit von Richterinnen und Richtern beurteilt wird, im Resultat gleichwohl auf solche Sachverständige übertragen,¹⁴⁰ berief sich dabei jedoch vorwiegend auf die Garantie eines fairen Verfahrens im Allgemeinen und den Grundsatz der Waffengleichheit im Besonderen

¹³⁷ VIERING (Anm. 131), S. 613, 623.

¹³⁸ Isabelle HÄNER, Art. 34, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N 5.

¹³⁹ Vgl. KÜHNE (Anm. 135), Art. 6 EMRK N 296-316, mit erschöpfenden Verweisen auf Gerichtspraxis und Literatur.

Vgl. auch den authentischen englischen und französischen Wortlaut: „In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an *independent and impartial tribunal* established by law.“/„Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par *un tribunal indépendant et impartial* (...).“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

¹⁴⁰ Vgl. EGMR No. 31930/04 vom 5. Juli 2007 i.S. Sara Lind Eggertsdóttir v. Island, Ziff. 47 (auszugsweise wiedergegeben in Anm. 142).

(dazu nachfolgend unter N 46-51).¹⁴¹ Die Rechtsprechung des Gerichtshofs verlangt denn auch nicht explizit („*not expressly*“), dass ein gerichtlich bestellter Sachverständiger die identischen Voraussetzungen hinsichtlich seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit erfüllt wie ein Richter oder eine Richterin.¹⁴² Das Gericht betont aber den erheblichen Einfluss, welcher der Meinung eines gerichtlich bestellten Sachverständigen zukommt und verlangt deshalb, dass auch in dieser Hinsicht die Garantien eines fairen Verfahrens gewahrt bleiben.¹⁴³

- 41 Die Prüfung der Unbefangenheit von Richterinnen und Richtern nimmt der Gerichtshof nach ständiger Praxis in einem zweistufigen Test vor.¹⁴⁴ Demnach ist in einem ersten Schritt die subjektive und konkrete Unbefangenheit als innerer Zustand zu prüfen, der auf die persönlichen Überzeugungen und Ansichten abstellt und mögliche Vorurteile gegenüber einer Partei im konkreten Verfahren im Auge hat.¹⁴⁵ Der objektive Test stellt darauf ab, ob ein genügend Garan-

¹⁴¹ Vgl. EGMR No. 8658/79 vom 6. Mai 1985 i.S. Bönisch v. Österreich, Ziff. 29; vgl. auch EGMR No. 8562/79 vom 29. Mai 1986 i.S. Feldbrugge v. Niederlande, Ziff. 44.

¹⁴² EGMR No. 31930/04 vom 5. Juli 2007 i.S. Sara Lind Eggertsdóttir v. Island, Ziff. 47: „It should be noted that Article 6 § 1 of the Convention guarantees a right to a fair hearing by an independent and impartial ‘tribunal’ and does not expressly require that an expert heard by that tribunal fulfils the same requirements (...).“; vgl. N 45 für eine ausführlichere Wiedergabe.

¹⁴³ EGMR No. 31930/04 vom 5. Juli 2007 i.S. Sara Lind Eggertsdóttir v. Island, Ziff. 47 (ausführlich zitiert hinten im Haupttext in N 45).

¹⁴⁴ Vgl. statt anderer EGMR No. 10486/83 vom 24. Mai 1989 i.S. Hauschildt v. Dänemark, Ziff. 43: „The existence of impartiality for the purposes of Article 6 para. 1 (art. 6-1) must be determined according to a subjective test, that is on the basis of the personal conviction of a particular judge in a given case, and also according to an objective test, that is ascertaining whether the judge offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect (...)“ sowie mit Bezug auf die Schweiz EGMR No. 33958/96 vom 21. Dezember 2000 i.S. Wettstein v. Schweiz, Ziff. 42; ferner KÜHNE (Anm. 135), Art. 6 EMRK N 308; zur Übernahme der Strassburger Rechtsprechung durch das Bundesgericht s. Jörg Paul MÜLLER/Markus SCHEFER, Grundrechte, 4. Auflage, Bern 2009, S. 936-947.

¹⁴⁵ Zuletzt etwa EGMR No. 24810/06 vom 22. Dezember 2009 i.S. Parlov-Tralicic v. Kroatien, Ziff. 78; statt andere auch EGMR No. 33958/96 vom 21. Dezember 2000 i.S. Wettstein v. Schweiz, Ziff. 43; KÜHNE (Anm. 135), Art. 6 EMRK N 308, 313 f.

ten aufweist, um legitime Zweifel an der Unbefangenheit der am Verfahren beteiligten Personen auszuschliessen.¹⁴⁶ In den Worten des Gerichts sind mithin „*sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in respect of its impartiality*“¹⁴⁷ notwendig. Für den objektiven Test sind dabei nicht in erster Linie entsprechende Befürchtungen der betroffenen Person entscheidend, sondern vielmehr die Frage, ob diese Befürchtungen objektiv gerechtfertigt („*objectively justified*“) sind.¹⁴⁸ Gleichwohl vermag der blosse *Anschein* von Befangenheit auszureichen, um die Unparteilichkeit eines gerichtlichen Verfahrens in Zweifel zu ziehen, da Art. 6 Ziff. 1 EMRK auch das Vertrauen in die Unabhängigkeit der Justiz in einer demokratischen Gesellschaft schützt.¹⁴⁹

- 42 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in analoger Anwendung dieser Grundsätze auf Sachverständige festgehalten, dass die mangelnde Neutralität eines gerichtlich bestellten Sachverständigen zu einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren führen könne.¹⁵⁰ Im Hinblick auf ein Strafverfahren hielt der Gerichtshof überdies fest, dass der Umstand allein, dass ein Sachverständiger Angehöriger der Verwaltung sei, noch keine objektiv legi-

¹⁴⁶ Vgl. KÜHNE (Anm. 135), Art. 6 EMRK N 308-312.

¹⁴⁷ Zuletzt wiederum EGMR No. 24810/06 vom 22. Dezember 2009 i.S. Parlov-Tralcic v. Kroatien, Ziff. 78 sowie mit Bezug auf die Schweiz etwa EGMR No. 33958/96 vom 21. Dezember 2000 i.S. Wettstein v. Schweiz, Ziff. 44.

¹⁴⁸ EGMR No. 24810/06 vom 22. Dezember 2009 i.S. Parlov-Tralcic v. Kroatien, Ziff. 80 m.w.H.

¹⁴⁹ EGMR No. 33958/96 vom 21. Dezember 2000 i.S. Wettstein v. Schweiz, Ziff. 43: „There thus remains the objective test. Here, it must be determined whether, quite apart from the judge's conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his impartiality. In this respect even appearances may be of a certain importance. What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public (...).“

¹⁵⁰ EGMR No. 31930/04 vom 5. Juli 2007 i.S. Sara Lind Eggertsdóttir v. Island, Ziff. 47: „ In its case-law the Court has recognised that the lack of neutrality on the part of a court appointed expert may in certain circumstances give rise to a breach of the principle of equality of arms inherent in the concept of a fair trial (...).“

time Befürchtung zu begründen vermöge, dass dieser nicht in der Lage sei, die erforderliche Neutralität an den Tag zu legen.¹⁵¹

43 Darüber hinaus ist die Rechtsprechung des Gerichtshofs von einem *stark kasuistischen Vorgehen* geprägt, welches sich weitgehend an den spezifischen Besonderheiten des jeweiligen Sachverhalts orientiert und sich daher nur sehr bedingt verallgemeinern lässt. Der Gerichtshof betonte denn auch selbst, dass die prozessuale Funktion und Rolle des Sachverständigen im Einzelfall beurteilt werden müsse.¹⁵² Er nahm denn auch in einem Enteignungsverfahren an der Abstützung des Gerichtsentscheids auf „Amtssachverständige“ nur deshalb keinen Anstoss, weil sich das Verwaltungsgericht im betreffenden Fall mit sämtlichen Einwendungen des Beschwerdeführers detailliert („*point by point*“¹⁵³) auseinandergesetzt hatte.¹⁵⁴ In der Folge verzichtete der Gerichtshof ohne weitere Begründung auf eine materielle Prüfung der Rüge der Befangenheit.¹⁵⁵ Anders entschied der Gerichtshof bei der Beurteilung eines weiteren Strafverfahrens: Aus dem Umstand, dass dem Sachverständigen im Verfahren grosses

¹⁵¹ EGMR No. 11170/84, 12876/87, 13468/87 vom 28. August 1991 i.S. Brandstetter v. Österreich, Ziff. 44: „[I]n the Court’s opinion, the fact that an expert is employed by the same institute or laboratory as the expert on whose opinion the indictment is based, does not in itself justify fears that he will be unable to act with proper neutrality.“; so auch die hieran ausdrücklich anschliessenden, in Anm. 153 zitierten Entscheide der Europäischen Kommission für Menschenrechte; im Resultat ebenso EGMR No. 12235/86 vom 21. September 1993 i.S. Zumtobel v. Österreich, Ziff. 35, allerdings ohne jegliche materielle Prüfung der Befangenheitsrüge (vgl. den Haupttext oben in N 42 sowie weiter hinten in N 59 a.E.).

¹⁵² EGMR No. 31930/04 vom 5. Juli 2007 i.S. Sara Lind Eggertsdóttir v. Island, Ziff. 47: “In particular, regard must be had to such factors as the expert’s procedural position and role in the relevant proceedings.”

¹⁵³ EGMR No. 12235/86 vom 21. September 1993 i.S. Zumtobel v. Österreich, Ziff. 32; im gleichen Sinn European Commission of Human Rights (First Chamber), No. 26527/95 vom 18. Oktober 1995, i.S. Wolfgang Blum und Klaus Ignaz Jacobi v. Österreich und European Commission of Human Rights (Second Chamber). No. 21491/93 vom 29. November 1995 i.S. Beleggings- en Beheersmaatschappij Indiana B.V. v. Niederlande.

¹⁵⁴ EGMR No. 12235/86 vom 21. September 1993 i.S. Zumtobel v. Österreich, Ziff. 35 i.V.m. Ziff. 32 und 14.

¹⁵⁵ Vgl. EGMR No. 12235/86 vom 21. September 1993 i.S. Zumtobel v. Österreich, Ziff. 35 i.V.m. Ziff. 32.

Gewicht („*dominant role*“¹⁵⁶) zugekommen war und die Verteidigung keine realistische Möglichkeit besass, einen eigenen Sachverständigen („*counter-expert*“¹⁵⁷) zu bestellen, schloss der Gerichtshof auf eine Verletzung von Art. 6 EMRK.¹⁵⁸

44 Diese kasuistische Rechtsprechung erfordert nach Meinung der Gutachter einen *sorgfältigen und detaillierten Vergleich* zwischen den jeweiligen tatsächlichen und rechtlichen Elementen der betreffenden Entscheide einerseits und der hier zu beurteilenden Rechtsfrage andererseits. Erst eine solche intensive Prüfung ergibt, ob die angeführten Entscheide für die hier zu beurteilende Rechtsfrage aufgrund analoger Grundlagen tatsächlich als „*controlling case law*“ (Präjudizen) gelten können oder nicht (dazu N 58-60).

45 *Zusammenfassend* ist hinsichtlich der Rechtsprechung des Gerichtshofs betreffend Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts gemäss Art. 6 EMRK mit Bezug auf gerichtlich bestellte Sachverständige festzuhalten, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Fairness des Verfahrens zwar inhaltlich auf einer stark kasuistisch orientierten Basis an der Neutralität des Sachverständigen misst, sich formell aber vorwiegend auf den aus dem Fairnessprinzip abgeleiteten Grundsatz der Waffengleichheit beruft (dazu N 46-51).¹⁵⁹ Paradigmatisch zeigt sich dies in der Entscheidung in Sachen *Sara Lind Eggertsdóttir gegen Island* vom 5. Juli 2007, in welcher der Gerichtshof wie folgt argumentiert hat:

„It should be noted that Article 6 § 1 of the Convention guarantees a right to a fair hearing by an independent and impartial ‘tribunal’ and does not expressly require that an expert heard by that tribunal fulfils the same requirements (...). However, the opinion of an expert who has been appointed by the competent court to address issues arising in the case is likely to carry significant weight in that court’s

156 EGMR No. 8658/79 vom 6. Mai 1985 i.S. Bönisch v. Österreich, Ziff. 33.

157 EGMR No. 8658/79 vom 6. Mai 1985 i.S. Bönisch v. Österreich, Ziff. 34.

158 EGMR No. 8658/79 vom 6. Mai 1985 i.S. Bönisch v. Österreich, Ziff. 33 f.

159 Regina KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Berner Habilitationsschrift, Bern 2001, S. 82.

assessment of those issues. In its case-law the Court has recognised that the lack of neutrality on the part of a court appointed expert may in certain circumstances give rise to a breach of the principle of equality of arms inherent in the concept of a fair trial (...). In particular, regard must be had to such factors as the expert's procedural position and role in the relevant proceedings."¹⁶⁰

c. „Waffengleichheit“: Anspruch auf materielle Gleichwertigkeit und tatsächliche prozessuale Chancengleichheit

46 In ständiger Rechtsprechung leitet der Gerichtshof aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK das Prinzip der „*equality of arms*“ („Waffengleichheit“) ab.¹⁶¹ Der Gerichtshof hat die zentrale Bedeutung, die dem Grundsatz in einer demokratischen Gesellschaft zukommt, mehrfach und ausdrücklich betont.¹⁶² Der mit dem kontradiktorischen Verfahren eng verknüpfte Grundsatz¹⁶³ ist bereits gestützt auf seine positivrechtliche Grundlage – Art. 6 Ziff. 1 EMRK – sowohl auf strafrechtliche Verfahren als auch auf Verfahren, die „*civil rights*“ betreffen, anwendbar.¹⁶⁴ Der Gerichtshof hat diesen Zusammenhang denn

¹⁶⁰ EGMR No. 31930/04 vom 5. Juli 2007 i.S. Sara Lind Eggertsdóttir v. Island, Ziff. 47.

¹⁶¹ EGMR No. 12952/87 vom 23. Juni 1993 i.S. Ruiz-Mateos v. Spanien, Ziff. 63, wörtlich zitiert in der nachfolgenden Anm. 163; mit Bezug auf die Schweiz etwa EGMR No. 18990/91 vom 18. Februar 1997 i.S. Nideröst-Huber v. Schweiz, Ziff. 33; vgl. ferner VIERING (Anm. 131), S. 580.

¹⁶² EGMR No. 68416/01 vom 15. Mai 2005 i.S. Steel und Morris v. Vereinigtes Königreich, Ziff. 59: „The Court reiterates that the Convention is intended to guarantee practical and effective rights. This is particularly so of the right of access to a court in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial (...). It is central to the concept of a fair trial, in civil as in criminal proceedings, that a litigant is not denied the opportunity to present his or her case effectively before the court (...) and that he or she is able to enjoy equality of arms with the opposing side (...).“

¹⁶³ EGMR No. 12952/87 vom 23. Juni 1993 i.S. Ruiz-Mateos v. Spanien, Ziff. 63 („[T]he principle of equality of arms is only one feature of the wider concept of a fair trial, which also includes the fundamental right that proceedings should be *adversarial* (...).“) (Hervorhebungen hinzugefügt); VIERING (Anm. 131), S. 580.

¹⁶⁴ Vgl. KÜHNE (Anm. 135), Art. 6 EMRK N 373; als ein die Schweiz betreffendes Beispiel vgl. etwa EGMR No. 18990/91 vom 18. Februar 1997 i.S. Nideröst-Huber v. Schweiz, Ziff. 7 f., welches sich auf ein Zivilverfahren bezog, in welchem die Entlassung bzw. die Abgangsentschädigung eines Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführers einer Aktiengesellschaft in Frage stand.

auch mehrfach bestätigt.¹⁶⁵ Eine unterschiedliche Akzentuierung des Grundsatzes der Fairness des Verfahrens hinsichtlich strafrechtlicher Verfahren einerseits und „civil rights“ andererseits ist dadurch jedoch nicht ausgeschlossen.¹⁶⁶

- 47 Das Prinzip der Waffengleichheit besagt, dass zwischen den Parteien ein „fairer Ausgleich“ in dem Sinn herrschen muss, dass jede Partei eine vernünftige Gelegenheit haben muss, ihre Sache ohne Nachteil gegenüber der Gegenpartei in einem kontradiktorischen Verfahren vorzubringen: Die Parteien müssen einander mit anderen Worten verfahrensrechtlich tatsächlich – also „materiell“ – *gleichgestellt* werden und jede Partei muss Gelegenheit haben, ihren Standpunkt in einer Weise vorzutragen, der sie gegenüber der Gegenpartei nicht wesentlich benachteiligt.¹⁶⁷ Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte haben sowohl das Schweizerische Bundesgericht als auch das deutsche Bundessozialgericht zutreffend ausgeführt, dass gemäss dem Grundsatz der Waffengleichheit eine bloss „formale Gleichheit der prozessualen Rechtspositionen der Parteien in einem Gerichtsverfahren“ nicht genügt.¹⁶⁸ Vielmehr verlange die Waffengleichheit eine „durch

¹⁶⁵ Vgl. etwa EGMR No. 8562/79 vom 29. Mai 1986 i.S. Feldbrugge v. Niederlande, Ziff. 44 sowie PEUKERT, in: Frowein/Peukert (Anm. 113), Art. 6 N 153 und Mark E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2. Auflage, Zürich 1999, N 481 f.

¹⁶⁶ EGMR No. 14448/88 vom 27. Oktober 1993 i.S. Dombo Beheer B.V. v. Niederlande, Ziff. 32.

¹⁶⁷ Statt aller EGMR No. 13616/88 vom 22. September 1994 i.S. Hentrich v. Frankreich, Ziff. 56; EGMR No. 14448/88 vom 27. Oktober 1993 i.S. Dombo Beheer B.V. v. Niederlande, Ziff. 33 sowie KÜHNE (Anm. 135), Art. 6 EMRK N 373; VIERING (Anm. 131), S. 580; zum kontradiktorischen Verfahren vgl. N 46 mit den Hinweisen und Zitaten in den Anm. 161 und 163.

¹⁶⁸ BGE 8C_216/2009 E 4.3.1 vom 28. Oktober 2009 (zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehen); damit übereinstimmend Bundessozialgericht, Urteil Nr. B 2 U 8/07 R vom 5. Februar 2008, Ziff. 37.

das Gericht zu verwirklichende *materielle Gleichwertigkeit im Sinne einer prozessualen Chancengleichheit*.¹⁶⁹

48 Der Grundsatz der Waffengleichheit ist bereits dann verletzt, wenn eine verfahrensrechtliche Bevorteilung einer Partei bloss abstrakt besteht, unabhängig davon, ob letztere diesen Vorteil tatsächlich ausnutzt.¹⁷⁰ Das Erfordernis der Waffengleichheit gilt auch hinsichtlich der Stellungnahme zu und der Nennung von Beweismitteln, namentlich auch betreffend Gutachten von Sachverständigen.¹⁷¹

49 In ständiger Rechtsprechung umschreibt der Gerichtshof das Prinzip der Waffengleichheit wie folgt:

„The Court reiterates that the principle of equality of arms is part of the wider concept of a fair hearing within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention. It requires a ‚fair balance‘ between the parties: each party must be afforded a reasonable opportunity to present their case under conditions that do not place them at a disadvantage *vis-à-vis* their opponent or opponents (...).“¹⁷²

50 Vor diesem Hintergrund zieht der heutige Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Professor Dr. MARK E. VILLIGER in der Literatur den zutreffenden Schluss, „dass der Anspruchsberechtigte

¹⁶⁹ BGE 8C_216/2009 E 4.3.1 (Hervorhebungen hinzugefügt) vom 28. Oktober 2009 (zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehen); so auch Bundessozialgericht, Urteil Nr. B 2 U 8/07 R vom 5. Februar 2008, Ziff. 37 (Kursivdruck hinzugefügt), u.a. unter Hinweis auf EGMR No. 68416/01 i.S. vom 15. Mai 2005 i.S. Steel und Morris v. Vereinigtes Königreich, Ziff. 59.

¹⁷⁰ EGMR No. 12005/86 vom 30. Oktober 1991 i.S. Borgers v. Belgien, Ziff. 27 f.; GRABENWARTER (Anm. 123), § 24 N 61 a.E.

¹⁷¹ EGMR No. 8562/79 vom 29. Mai 1986 i.S. Feldbrugge v. Niederlande, Ziff. 44; EGMR No. 14448/88 vom 27. Oktober 1993 i.S. Dombo Beheer B.V. v. Niederlande, Ziff. 32 f.; EGMR No. 13616/88 vom 22. September 1994 i.S. Hentrich v. Frankreich, Ziff. 56 sowie VIERING (Anm. 131), S. 581.

¹⁷² EGMR No. 62543/00 vom 27. April 2004 i.S. Gorraiz Echamendi v. Spanien, Ziff. 56.

der *Verwaltung* (z.B. der Sozialversicherung) nunmehr grundsätzlich *gleichberechtigt* gegenüber steht.“¹⁷³

- 51 Aus dem Grundsatz der Waffengleichheit folgen keine konkreten Regeln zur Abnahme von Beweisen, der Zulässigkeit von Beweismitteln oder der Beweiswürdigung. Vielmehr verbleibt das Beweisrecht in erster Linie („*primarily*“) Sache des innerstaatlichen Rechts.¹⁷⁴ Art. 6 EMRK verlangt indessen, dass die Beweiswürdigung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unparteiisch vorgenommen wird.¹⁷⁵ Der Gerichtshof prüft daher, ob das Verfahren auch in beweisrechtlicher Hinsicht *insgesamt* als „fair“ im Sinne von Art. 6 EMRK bezeichnet werden kann.¹⁷⁶

173 VILLIGER (Anm. 165), N 482 (Hervorhebungen im Original; Hinweise am Ende des Zitats auf weitere Literaturstellen weggelassen).

174 Vgl. EGMR No. 31930/04 vom 5. Juli 2007 i.S. Sara Lind Eggertsdóttir v. Island, Ziff. 44 („The Court further reiterates that the Convention does not lay down rules on evidence as such.“); EGMR No. 14518/89 vom 24. Juni 1993 i.S. Schuler-Zraggen vs. Schweiz, Ziff. 44 („The Court reiterates that the admissibility of evidence is governed primarily by the rules of domestic law, and that it is normally for the national courts to assess the evidence before them.“); dazu auch Ruth HERZOG, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Diss. Bern, Bern 1995, S. 326 m.w.H.

175 KÜHNE (Anm. 135), Art. 6 EMRK N 406.

176 EGMR No. 14518/89 vom 24. Juni 1993 i.S. Schuler-Zraggen vs. Schweiz, Ziff. 44 („The Court’s task under the Convention is to ascertain whether the proceedings, considered as a whole, including the way in which the evidence was submitted, were fair (...).“); EGMR No. 17748/91 vom 23. Oktober 1996 i.S. Ankerl v. Schweiz, Ziff. 36 („At all events, the issue of compliance with the principle of equality of arms had to be looked at in the context of the fairness of the hearing as a whole.“).

C. Analyse: Vereinbarkeit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Gutachten der MEDAS mit dem Recht auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 EMRK

a. Einholung des Gutachtens im Verwaltungsverfahren

52 Die bisherigen Ausführungen dieses Gutachtens haben ergeben, dass ein Sozialversicherungsverfahren *als Ganzes* betrachtet das Gebot der Fairness nach Art. 6 EMRK erfüllen muss (N 36). Art. 6 EMRK verlangt nicht, dass das erstinstanzliche Verfahren (Verwaltungsverfahren) kontradiktorisch ausgestaltet ist (N 37). Art. 6 EMRK eröffnet vielmehr die Möglichkeit, prozessuale Defizite des Verwaltungsverfahrens im gerichtlichen Verfahrensabschnitt zu kompensieren (vgl. auch N 62). Das gilt auch für die mangelhafte Unabhängigkeit eines sachverständigen medizinischen Gutachters. Auch diesbezüglich ist eine „Heilung“ durch kompensatorische Elemente im gerichtlichen Verfahren nicht grundsätzlich ausgeschlossen.¹⁷⁷ Gerichte könnten etwa konsequent eigene Obergutachten anordnen und anschliessend auf dieser Grundlage in der Sache selbst entscheiden.

53 Solche „heilende“ oder „kompensatorische“ prozessuale Garantien fehlen jedoch im innerstaatlichen schweizerischen Recht (vgl. auch N 62). Im Verwaltungsverfahren begegnen sich die Verwaltung und der gesuchstellende Private nicht gleichberechtigt. Wie sich aus der vorstehenden Darstellung ergibt, ist die Heilung allfälliger Verletzungen der Fairness (unter Einschluss eines vollen rechtlichen Gehörs) auch im allenfalls nachfolgenden gerichtlichen Verfahren nicht sichergestellt, da nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung von einem Gutachten, das unter Einhaltung der Verfahrensregeln nach Art. 44 ATSG erstellt worden ist, im gerichtlichen Verfahren nur unter erschwerten Voraussetzungen abgewichen werden darf (vgl.

¹⁷⁷ Vgl. dazu etwa EGMR No. 12235/86 vom 21. September 1993 i.S. Zumtobel v. Österreich, Ziff. 35 sowie EGMR No. 10328/83 vom 29. April 1988 i.S. Belilos v. Schweiz, Ziff. 71-73 sowie die in in Anm. 153 zitierten Entscheide der Europäischen Kommission für Menschenrechte.

N 22/3. Abschnitt). Aufgrund dieser Rechtsprechung werden Zusatz- oder Obergutachten nur ganz ausnahmsweise angeordnet.¹⁷⁸

b. Beurteilung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit Medizinischer Abklärungsstellen in institutioneller, rechtlicher und faktischer Hinsicht

54 Zur Frage der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der MEDAS ist in tatsächlicher Hinsicht darauf hinzuweisen, dass sich die ärztlichen Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen aufgrund der vorgenannten repräsentativen Vereinbarungen (N 19/Anm. 58) als ein Teil der modernen „Massenverwaltung“¹⁷⁹ erweisen:¹⁸⁰ Die MEDAS erstellen durchschnittlich etwa ein Gutachten pro Tag und generieren damit einen erheblichen finanziellen Umsatz. Dadurch werden ärztliche Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen in eine auch nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten rationell organisierte lukrative Tätigkeit transformiert (vgl. N 19). Bei dieser Sichtweise erscheint es nur folgerichtig, dass sich MEDAS auch in Rechtsformen organisieren, welche der Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke vorbehalten sind (N 19). Umso drastischer wirkt sich bei dieser Interessenlage das Gewicht des Kündigungsrechts aus, welches dem Bundesamt für Sozialversicherung aufgrund jeder einzelnen im Rahmen dieses Gutachtens analysierten Vereinbarung i.S.v. Art. 72^{bis} Satz 1 IVV zusteht (N 20 a.E.): Kündigt das Bundesamt für Sozialversicherung die Vereinbarung, kann eine MEDAS dadurch in eine existentielle wirtschaftliche Nöte geraten.

¹⁷⁸ Vgl. nur KIESER (Anm. 26), N 453, wonach „die Anordnung von Zusatz- oder Obergutachten (...) in der Praxis zu wenig“ erfolge.

¹⁷⁹ So auch GEHRER (Anm. 65), S. 465 und ein von diesem zitiertes, amtlich nicht publiziertes Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts aus dem Jahr 1999.

¹⁸⁰ Gemäss den statistischen Erhebungen des Bundesamts für Sozialversicherungen aus dem Jahre 2006, welche den Gutachtern vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurden, verfassten die 15 MEDAS, die 2006 im Rahmen der Vereinbarungen mit dem Bundesamt für Sozialversicherungen i.S.v. Art. 72^{bis} Satz 1 IVV ärztliche Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen durchführten, 4'475 solcher Beurteilungen durch, was knapp 300 Gutachten pro MEDAS und Jahr entspricht.

- 55 In institutioneller und rechtlicher Hinsicht gilt es ferner zu beachten, dass das Bundesamt für Sozialversicherungen sowohl Vertragspartei der Vereinbarungen i.S.v. Art. 7^{2bis} Satz 1 IVV und damit indirekter Auftraggeber MEDAS (N 18-20) als auch Partei im Beschwerdeverfahren in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist (N 10-15). Ferner ist das Bundesamt für Sozialversicherungen gegenüber den IV-Stellen, welche im Einzelfall den konkreten Auftrag zur Durchführung ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen erteilen, befugt, konkrete und allgemeine Weisungen zu erteilen (N 7 f.).
- 56 Dagegen sind die MEDAS in ihrer gutachterlichen Tätigkeit ausdrücklich nicht an Weisungen gebunden (vgl. N 19). Die praktische Verwirklichung dieser Weisungsfreiheit im Einzelfall wird durch die faktische wirtschaftliche Interessenlage, in der sich eine MEDAS typischerweise befindet, möglicherweise in Frage gestellt. Generiert ein Gutachter einen Grossteil oder sogar sein ganzes Einkommen aus Aufträgen einer Verfahrenspartei oder der Aufsichtsbehörde einer Verfahrenspartei, besteht nach allgemeiner Lebenserfahrung die zumindest abstrakte Gefahr, dass die gutachterliche Wertung in Zweifelsfällen in der Sorge um die eigene berufliche Position bzw. durch Rücksichtnahme auf wirtschaftliche Interessen des Auftraggebers oder deren Aufsichtsbehörde beeinflusst wird. Damit entsteht der Anschein von Parteilichkeit.
- 57 Mit Blick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte liegt damit nicht bloss der für sich allein nicht zu beanstandende Fall der Bestellung eines Gutachters i.S.v. Art. 44 ATSG vor, welcher für die Verwaltung tätig ist (vgl. N 42 f., 59). Vielmehr stehen die MEDAS zu einer Partei im Rechtsmittelverfahren direkt (Bundesamt für Sozialversicherungen) und zu einer Partei im Verwaltungsverfahren und im Rechtsmittelverfahren (IV-Stellen) in einem besonderen Nahe- und Abhängigkeitsverhältnis. Unterstellt man aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung, dass die MEDAS aus Personen zusammengesetzt sind, welche ihr Verhalten

auch an den Gesetzen wirtschaftlicher Rationalität ausrichten, bestehen nach Meinung der Gutachter *schwerwiegende objektive Zweifel* an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen durch MEDAS. Die blossе Möglichkeit, dass das Bundesamt für Sozialversicherungen eine Vereinbarung gemäss Art. 72^{bis} IVV aufgrund einer Reihe von Gutachten, welche seinen Interessen widersprechen, aufkündigt, kann Angehörige der MEDAS nämlich in „vorausseilendem Gehorsam“ dazu verleiten, ihre Beurteilung auf die Interessen des Bundesamtes für Sozialversicherungen auszurichten. Da die Gründe für eine Kündigung einer Vereinbarung gemäss Art. 72^{bis} IVV nicht beschränkt sind (vgl. N 19 a.E.), besteht für die tatsächliche Respektierung des Weisungsverbots im Einzelfall (N 19) rechtlich keine ausreichende Gewähr. Es besteht seitens einer MEDAS kein genügender Kündigungsschutz gegenüber dem Bundesamt für Sozialversicherungsrecht, sodass sich die Weisungsfreiheit rechtlich letztlich nicht einfordern lässt.

58 Allein schon vor diesem Hintergrund ist ersichtlich, dass sich die vom Bundesgericht für die vorliegende Frage zur Begründung seiner Rechtsprechung herangezogenen Fälle Zumtobel¹⁸¹ und Brandstetter¹⁸² von der hier zu untersuchenden Konstellation in verschiedener Hinsicht wesentlich unterscheiden.¹⁸³ In *rechtlicher* Hinsicht ist dar-

181 Vgl. EGMR No. 12235/86 vom 21. September 1993 i.S. Zumtobel v. Österreich und dazu N 42 mit Anm. 153-155.

182 Vgl. EGMR No. 11170/84, 12876/87, 13468/87 vom 28. August 1991 i.S. Brandstetter v. Österreich und dazu N 42 mit Anm. 151.

183 Demgegenüber berief sich das Bundesgericht in BGE 122 V 157 E 2c S. 165 zur Frage der Unabhängigkeit medizinischer Sachverständiger im Lichte von Art. 6 EMRK auf die Entscheide *Brandstetter* und *Zumtobel* als Leitentscheide. BGE 122 V 157 E 2c S. 165 betraf jedoch die Unfallversicherung, die sich von der Invalidenversicherung hinsichtlich der medizinischen Begutachtung unterscheidet (vgl. N 22 zur Unabhängigkeit versicherungsinterner Ärzte). Dennoch führte das Bundesgericht die Entscheidung auch ausserhalb der Unfallversicherung wiederholt als Präzedenzfall zur Unabhängigkeit Sachverständiger an, ganz besonders in BGE 123 V 175 E 3d S. 176 f. betreffend die MEDAS und im Grundsatzentscheid BGE 125 V 351 E 3b/ee S. 354 zur Beweiswürdigung im Sozialversicherungsrecht generell.

auf hinzuweisen, dass die hier untersuchte Rechtsfrage eine verwaltungsrechtliche ist, die den „*civil rights and obligations*“ zugerechnet wird (vgl. N 34). Ob die Garantie auf ein faires Verfahren eingehalten worden ist, beurteilt sich daher allein aufgrund von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Demgegenüber handelte es sich beim Fall Brandstetter um eine strafrechtliche Entscheidung wegen mutmasslicher Weinpanscherei.¹⁸⁴ Die Frage der Waffengleichheit stellte sich also mit Blick auf die Wahrung der strafprozessualen Verteidigungsrechte eines Angeklagten. Entsprechend beurteilte der Gerichtshof die Frage vor allem auf der Basis von Art. 6 Ziff. 3 Bst. d EMRK.¹⁸⁵

59 Auch in tatsächlicher Hinsicht besteht eine Vielzahl von Unterschieden: Im Fall Brandstetter war der fragliche Experte *erstens* lediglich bei derjenigen Verwaltungseinheit (Landwirtschaftlich-chemische Bundesversuchsanstalt) angestellt, welche aufgrund ihrer gesetzlichen Pflicht Strafanzeige erstattete.¹⁸⁶ Parteistellung kam der Bundesversuchsanstalt nicht zu: Neben dem Angeklagten Karl Brandstetter war einzig der Bezirksanwalt Partei.¹⁸⁷ Zwischen dem Bezirksanwalt und der Bundesversuchsanstalt bestand auch kein besonderes, faktisches oder organisationsrechtliches Nahe- oder Abhängigkeitsverhältnis. Insbesondere war der fragliche Experte auch nicht in die

Das Urteil Brandstetter führt das Bundesgericht ferner in BGE 8C_216/2009 E 4.3.1 vom 28. Oktober 2009 (zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehen) zur Frage der Waffengleichheit im Unfallversicherungsrecht an. Im Zusammenhang mit der hier nicht relevanten Frage der Gerichtsöffentlichkeit wurde der Fall Zumtobel in BGE 119 V 375 E 4b/cc S. 381 BGE 120 V 1 E 3c S. 8 sowie EVG I 573/03 E 3.7.1 angeführt. Zur Frage der Anforderungen an Sachverständige berief sich das Bundesgericht auch ausserhalb des Sozialversicherungsrechts wiederholt auf das Urteil Brandstetter; vgl. BGE 125 II 541 E 4b S. 545 (Verwaltungsrecht), BGE 127 I 73 E 3d S. 78 und BGE 118 Ia 144 E 1c S. 146 (je zum Strafprozessrecht).

184 Vgl. EGMR No. 11170/84, 12876/87, 13468/87 vom 28. August 1991 i.S. Brandstetter v. Österreich, Ziff. 10 f.

185 EGMR No. 11170/84, 12876/87, 13468/87 vom 28. August 1991 i.S. Brandstetter v. Österreich, Ziff. 42, 47.

186 Vgl. EGMR No. 11170/84, 12876/87, 13468/87 vom 28. August 1991 i.S. Brandstetter v. Österreich, Ziff. 11 f.

187 EGMR No. 11170/84, 12876/87, 13468/87 vom 28. August 1991 i.S. Brandstetter v. Österreich, Ziff. 12.

Abklärungen involviert, welche zur Anzeige führten.¹⁸⁸ Wie auch das Bundesgericht in anderem Zusammenhang selbst eingeräumt hat, bestand – *zweitens* – das eigentliche Prozessthema im Fall Brandstetter in der ganz spezifischen Konstellation, „dass ein Experte“, der „im gleichen Institut arbeitet wie ein Kollege, dessen Meinungsäußerung zu beurteilen“ hat.¹⁸⁹ Darum geht es vorliegend nicht. Im Zentrum stehen vielmehr die institutionelle Stellung der MEDAS und die Beweiskraft, welche diesen Gutachten gemäss Rechtsprechung zukommt. Weiter bildete im Fall Brandstetter – *drittens* – nicht primär die Frage der Abhängigkeit oder Unabhängigkeit des gerichtlich bestellten Experten das Prozessthema, sondern der vom betreffenden Bezirksgericht abgewiesene Antrag der Verteidigung, einen weiteren Experten zuzulassen.¹⁹⁰ Bei der hier rechtlich abzuklärenden Konstellation steht das besondere Nahe- und Abhängigkeitsverhältnis der Sachverständigen zur Verwaltung im Zentrum, während die vermehrte Einholung gerichtlicher Gutachten lediglich eine mögliche, näher zu prüfende kompensatorische Massnahme bilden könnte (vgl. N 52 f.). *Viertens* wurde der fragliche Gutachter im Fall Brandstetter nur ausnahmsweise und isoliert als gerichtlicher Experte beigezogen. Dagegen besteht die Tätigkeit der MEDAS in der Durchführung ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen im Rahmen eines auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrages (vgl. N 18-20). Die Angehörigen der MEDAS befinden sich in engen Kontakt mit den behördlichen Verfahrensparteien – also mit den IV-Stellen und dem Bundesamt für Sozialversicherungen (N 15) –, was potentiell zu einem weit intensiveren Naheverhältnis und daher zum Anschein der Befangenheit führt.¹⁹¹ Auch sind die MEDAS damit – *fünftens* – anders als der fragliche Experte im Fall Brandstetter finanziell erheblich von den Aufträgen ei-

¹⁸⁸ EGMR No. 11170/84, 12876/87, 13468/87 vom 28. August 1991 i.S. Brandstetter v. Österreich, Ziff. 14, 21 und 23.

¹⁸⁹ BGE 125 II 541 E 4b S. 545.

¹⁹⁰ Vgl. EGMR No. 11170/84, 12876/87, 13468/87 vom 28. August 1991 i.S. Brandstetter v. Österreich, Ziff. 14

¹⁹¹ Ähnlich BÜHLER (Anm. 69), S. 220 f. für die Unfall- und Militärversicherung.

ner Verfahrenspartei abhängig (N 14, 15). Aus dem Sachverhalt der Entscheidung Brandstetter ist nicht ersichtlich, dass der fragliche Experte von der Bezirksanwaltschaft als Verfahrenspartei entschädigt worden wäre. Anders verhält es sich mit den MEDAS: Sie müssen ihre Rechnungen den IV-Stellen zustellen (vgl. N 20 mit Anm. 61). Auch stehen die MEDAS – *sechstens* – gegenüber der Verwaltung als Auftraggeber in einer vertraglichen Rechtsbeziehung, die zumindest nach dem Wortlaut der entsprechenden Vereinbarungen keinerlei Kündigungsschutz bietet (N 20 a.E.). Anders stellt sich die Lage im Fall Brandstetter dar, wo der fragliche Experte in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis bzw. Beamtenverhältnis nach österreichischem Recht mit einem traditionell weit ausgebauten Kündigungsschutz stand. Dieser Punkt unterscheidet die hier zu beurteilende Konstellation auch vom Fall Zumtobel. Weiter ist – *siebtens* – anzufügen, dass den Gutachter der MEDAS mit Blick auf die Beweiskraft, die ihnen zugestanden wird (N 22), ganz erhebliches Gewicht zukommt: Diese spielen jene „*dominant rôle*“, welcher der Gerichtshof im Fall Brandstetter beim fraglichen Experten vermisste (vgl. N 42).¹⁹² Auch ist – *achtens* – das erforderliche Expertenwissen, auf das Verwaltung und Justiz im Sozialversicherungsrecht angewiesen sind (N 8, 16-24), anders als in den Fällen Brandstetter und Zumtobel nicht in der Verwaltung oder bei ganz wenigen Fachpersonen konzentriert. Die Beweiserhebung würde daher nicht unzulässig eingeschränkt, wenn Verwaltung und Justiz nicht mehr nur auf das Fachwissen der MEDAS als Durchführungsorgan der Invalidenversicherung zurückgreifen dürften.¹⁹³ Ärztliches Fachwissen ist gerade in der Schweiz mit ihrer hohen Ärztedichte und mehreren medizini-

¹⁹² Vgl. EGMR No. 11170/84, 12876/87, 13468/87 vom 28. August 1991 i.S. Brandstetter v. Österreich, Ziff. 62.

¹⁹³ So jedoch die Argumentation des Gerichtshofs in EGMR No. 11170/84, 12876/87, 13468/87 vom 28. August 1991 i.S. Brandstetter v. Österreich, Ziff. 44: „To hold otherwise would in many cases place unacceptable limits on the possibility for courts to obtain expert advice.“; diese Begründung wurde in der Folge auch von der Europäischen Kommission für Menschenrechte in den zwei in Anm. 153 zitierten Entscheiden übernommen.

schen Fakultäten breit gestreut.¹⁹⁴ Zum Fall Zumtobel ist schliesslich zu bemerken, dass sich der Gerichtshof darin nicht materiell mit der Frage der Befangenheit auseinandergesetzt hat, sondern lediglich auf die freie Überprüfung der Befangenheitsrüge durch das Verwaltungsgericht verwies (vgl. N 42). Entsprechend gering ist das präjudizielle Gewicht der Entscheidung.¹⁹⁵

60 Aus all diesen Gründen kommt den Entscheidungen Brandstetter¹⁹⁶ und Zumtobel¹⁹⁷ nach Meinung der Gutachter aufgrund wesentlicher und zahlreicher rechtlicher und tatsächlicher Unterschiede keine präjudizielle Wirkung zu. Die beiden Urteile bilden also kein „*controlling case law*“.

c. **Beurteilung nach dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit**

61 Das Prinzip der „*equality of arms*“ („Waffengleichheit“) verlangt die *tatsächliche* Gleichstellung der Parteien in verfahrensrechtlicher Hinsicht (vgl. N 46-51). Dieses Prinzip ist im Sozialversicherungsrecht besonders zentral, weil „das Verfahren um Zusprechung oder Verweigerung von Sozialversicherungsleistungen“ nach den zutreffenden Ausführungen des Bundesgerichts „durch ein relativ hohes Mass an Ungleichheit zwischen den Beteiligten zu Gunsten der Verwaltung“ geprägt ist.¹⁹⁸ In Verfahren betreffend das Sozialversicherungsrecht tritt – wiederum in den Worten des Bundesgerichts – regelmässig eine Person, die sich „in einer schwierigen sozialen Lage befindet und nur über geringe finanzielle Mittel verfügt“, einer spezialisierten Fachverwaltung „mit erheblichen finanziellen Ressourcen,

194 Ähnlich BÜHLER (Anm. 69), S. 220.

195 So auch BÜHLER (Anm. 69), S. 220.

196 Vgl. EGMR No. 11170/84, 12876/87, 13468/87 vom 28. August 1991 i.S. Brandstetter v. Österreich und dazu N 42 mit Anm. 151.

197 Vgl. EGMR No. 12235/86 vom 21. September 1993 i.S. Zumtobel v. Österreich und dazu N 42 mit Anm. 153-155.

198 BGE 8C_216/2009 E 4.3.1 vom 28. Oktober 2009 (zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

besonders ausgebildeten Sachbearbeitern und entsprechend geschulten juristischen und medizinischen Fachpersonen gegenüber.“¹⁹⁹ Dem durch den Grundsatz der Waffengleichheit als Teilgehalt von Art. 6 EMRK geforderten Postulat nach Herstellung *materieller Gleichwertigkeit im Sinne prozessualer Chancengleichheit* (N 47 a.E.) kommt daher im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren herausragende Bedeutung zu. Da ärztliche Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen durch die MEDAS im Verwaltungsverfahren angeordnet werden, auf welches Art. 6 EMRK nur beschränkt Anwendung findet, ist dieser verfahrensrechtliche Vorsprung der Verwaltung im gerichtlichen Verfahrensabschnitt durch *kompensatorische Massnahmen* auszugleichen, um die vom Prinzip der Waffengleichheit verlangte Gleichstellung tatsächlich herzustellen (N 52 f.). Solche Kompensationen sind nach Meinung der Gutachter umso mehr erforderlich, als dass die Verwaltung bereits durch das Verfahren zur Bestellung von Sachverständigen gemäss Art. 44 ATSG deutliche Vorteile genießt, indem der Private insbesondere lediglich berechtigt ist, sich nach der Erstellung des Sachverständigengutachtens – also zu einem Zeitpunkt, in welchem sich der Gutachter inhaltlich in der Hauptsache bereits festgelegt hat – zum Beweisergebnis zu äussern (N 23 a.E.).

- 63 Kompensatorische Behelfe zur Herstellung der Waffengleichheit, wie sie als notwendig aufgezeigt wurden, sind nun aber nach Meinung der Gutachter in dem zur Beurteilung stehenden Verwaltungs- und

¹⁹⁹ BGE 8C_216/2009 E 4.3.1 vom 28. Oktober 2009 (zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehen); das deutsche Bundessozialgericht schilderte die typische Ausgangslage in sozialversicherungsrechtlichen Verfahren in seinem Urteil Nr. B 2 U 8/07 R vom 5. Februar 2008, Ziff. 37 ähnlich wie folgt: „Denn das sozialgerichtliche Verfahren ist durch ein hohes Maß an Ungleichheit zwischen den Beteiligten zu Gunsten der Verwaltung geprägt, weil meistens ein ‚normaler‘ Mensch gegen eine Sozialverwaltung klagt, die eine von ihm begehrte Feststellung oder Sozialleistung abgelehnt hat. Diesem ‚normalen‘ Menschen, der oftmals durch Armut, Alter, Arbeitslosigkeit oder körperliche Gebrechen eingeschränkt ist, steht eine spezialisierte Fachverwaltung mit nahezu unbegrenzten finanziellen Ressourcen, besonders ausgebildeten Sachbearbeitern, entsprechend geschulten Juristen und oftmals Ärzten sowie weiteren Fachwissenschaftlern gegenüber (...)“

Rechtsmittelverfahren nicht auszumachen. Da das Bundesgericht dem Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen (Art. 44 ATSG), zu welchen auch die MEDAS zählen, ausdrücklich „vollen Beweiswert“ bzw. „volle Beweiskraft“ (N 22) zuerkennt, vermag der Private den Vorsprung der Verwaltung im gerichtlichen Verfahren rechtlich und faktisch kaum mehr aufzuholen. Das ist vor allem in denjenigen Fällen offenkundig, in welchen der Private auf unentgeltliche Rechtspflege angewiesen ist: Sein Antrag, einen Sachverständigen zu bestellen, welcher nicht dem Anschein der Parteilichkeit und Befangenheit ausgesetzt ist, wird von der Rechtsprechung als aussichtslos beurteilt und die Einwendungen werden auf den Sachentscheid verwiesen, in welchen die gesamte Beweisaufnahme de facto bereits abgeschlossen ist (vgl. dazu eingehend unter N 26).²⁰⁰

64 Angesichts des Umstandes, dass der Grundsatz der Waffengleichheit nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bereits dann verletzt ist, wenn eine verfahrensrechtliche Bevorteilung einer Partei bloss *abstrakt* besteht und es daher nicht darauf ankommt, ob dieser Vorteil tatsächlich ausgenutzt wird (N 47), erachten die Gutachter das Prinzip der Waffengleichheit im Sinne von Art. 6 EMRK in dem zur Beurteilung stehenden Verfahren als ungenügend verwirklicht.

65 Die Gutachter übersehen nicht, dass eine einfache und rasche Verfahrenserledigung²⁰¹ auch im Interesse des Gestalters liegt. Art. 61 Abs. 1 Bst. a ATSG²⁰² hält den Grundsatz des einfachen und raschen Verfahrens für das Rechtsmittelverfahren vor den kantonalen Verwaltungsgerichten auch ausdrücklich fest. Die Anforderungen, die das Bundesrecht an die Ausgestaltung des sozialversicherungsrechtlichen Verfahrens der Kantone stellt, dienen dem Schutz der *sozial*

²⁰⁰ Kritik an dieser Praxis auch bei SCHWEIZER (Anm. 107), S. 44.

²⁰¹ Vgl. dazu die besondere Erörterung des grundsätzlichen Problems unter N 70.

²⁰² Zur Vorschrift des einfachen und raschen Verfahrens insbesondere KIESER (Anm. 10), Art. 61 N 24-29.

schwächeren Partei, also der versicherten Person.²⁰³ Auch deshalb vermag der Grundsatz des einfachen und raschen Verfahrens die elementaren Anforderungen, die Art. 6 EMRK auch an sozialversicherungsrechtliche Verfahren stellt, nicht zurückzudrängen. Zudem zeitigt der Grundsatz des raschen Verfahrens keine besonderen, über Art. 29 Abs. 1 BV oder Art. 6 EMRK hinaus gehenden Auswirkungen.²⁰⁴ Daher ist der Grundsatz des raschen Verfahrens nicht als Einschränkung des Rechts auf ein faires Verfahren zu verstehen. Schliesslich ist in Erinnerung zu rufen, dass die Garantien der EMRK grundsätzlich Minimalgarantien darstellen, die von den Mitgliedstaaten nicht unterschritten, aber sehr wohl verstärkt werden dürfen.²⁰⁵ Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthält im Unterschied zu andere Konventionsgarantien – insbesondere zu Art. 8-11 EMRK²⁰⁶ – keine allgemeine Schrankenregelung. Nur für die Zulassung der Öffentlichkeit sieht Art. 6 Ziff. 1 EMRK Einschränkungen vor. E contrario müssen die Garantien der unabhängigen und unparteiischen gerichtlichen Beurteilung in einem fairen Verfahren vorbehaltlos gelten.

d. Gesamtwürdigung der „Fairness“ des Verfahrens

- 66 Nach Ansicht der Gutachter begründet das besondere faktische und rechtliche Nahe- und Abhängigkeitsverhältnis der MEDAS zur behördlichen Prozesspartei objektive Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ärztlicher Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen durch MEDAS (N 54-58). Das gerichtliche Verfahren bietet anschliessend keine genügenden kompensatorische Massnahmen zur Verwirklichung des Prinzips der Waffengleichheit (N 64 f.). Die Gutachter gelangen damit zum Schluss, dass Verfah-

²⁰³ KÖLZ/HÄNER (Anm. 33), N 62 a.E.; KIESER (Anm. 10), Art. 61 N 3.

²⁰⁴ KIESER (Anm. 10), Art. 61 N 26.

²⁰⁵ Vgl. Jochen Abr. FROWEIN, in: Frowein/Peukert (Anm. 113), Art. 53 S. 619: „Aus Art. 53 folgt, dass die Konvention einen Mindeststandard darstellt.“

²⁰⁶ Vgl. zur einheitlich abgefassten Einschränkungsklauseln im zweiten Absatz der Art. 8-11 EMRK Jochen Abr. FROWEIN, in: Frowein/Peukert (Anm. 113), Vorbemerkung zu Art. 8-11 N 2-16.

ren, in welchen hinsichtlich der medizinischen Voraussetzungen des Leistungsanspruchs der Invalidenversicherung allein auf gutachterliche Erkenntnisse einer bei einer MEDAS tätigen Person abgestellt wird, dem Recht auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 EMRK nicht zu genügen vermögen.

IV. Schlussfolgerung

A. Grundsätzliche Würdigung

a. Normative Grundfrage

67 Art. 6 EMRK verlangt, dass eine Entscheidung über Bestand oder Nichtbestand von „*civil rights*“ „von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren“ ergeht. Eine Grundfrage des vorliegenden Gutachtens geht dahin, ob diese rechtsstaatliche Garantie in vollem Umfang auch im Streit um Sozialversicherungsansprüche gilt. Mit anderen Worten ist zu beurteilen, ob der Sozialstaat in der Form des Rechtsstaats verwirklicht wird oder andern Grundregeln folgt.

b. Besonderheiten der Rechtsverwirklichung im Sozialstaat

68 Die Gutachter verschliessen sich nicht der Wirklichkeit des Sozialrechts, die zeigt, dass eine wirksame Erledigung der zahlreichen Fälle etwa im Bereich der Ansprüche gegenüber der Invalidenversicherung und ihre Komplexität eine gewisse Stabilisierung oder Straffung des medizinischen Gutachterwesens, wie sie in den vorgenannten Vereinbarungen deutlich wird (N 19/Anm. 58), erforderlich macht. Das Bedürfnis der Verwaltung nach Übersichtlichkeit und Praktikabilität der Begutachtungen legt den Rückgriff auf bekannte und in gewissem Sinne eingeübte Experten durch die Verwaltung nahe. Mit

dieser „Reduktion von Komplexität“²⁰⁷ geht eine wirtschaftliche Abhängigkeit der am meisten beanspruchten Gutachter von einer Verfahrenspartei einher, die abstrakt objektive Zweifel an deren Unparteilichkeit und Unbefangenheit begründen. Diese Situation sollte gerade durch eine verstärkte prozessuale Stellung der potenziellen Leistungsempfänger kompensiert werden, wogegen die Wirklichkeit zeigt, dass diese Personen regelmässig der Verwaltung nicht gleichberechtigt zu begegnen vermögen. Es ist ihnen in der Praxis oft nur unzureichend möglich, ihren von den eingesetzten Gutachtern abweichenden Standpunkt in ausreichender Weise darzulegen. Dies ist rechtsstaatlich bedenklich.

69 Nach Ansicht der Gutachter verlangt ein zeitgemässes Gerechtigkeitsverständnis, dass die Formen und Verfahren des Rechtsstaats auch bei der Verwirklichung sozialstaatlicher Ansprüche der Menschen voll geachtet werden. Dafür spricht auch, dass die existenzielle Sicherheit eines Grossteils der Bevölkerung heute in ähnlichem Masse von der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit im Gebiet der Sozialleistungen des Staates abhängt wie dies früher für eine Person in der liberalen Wirtschaftsgesellschaft im Gebiet des Eigentumsschutzes und der Verbindlichkeit von Verträgen zutraf. Das Vertrauen in eine gerechte, rechtsgleiche und faire Durchsetzung des Rechts muss jedenfalls unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten, wie sie für die EMRK massgeblich sind, für den Einzelnen unter den sozialstaatlichen Bedingungen der Existenzsicherung genau so gewährleistet sein wie unter den Eigentums- und vertragsorientierten Bedingungen der liberalen Gesellschaft, in der die *rule of law* und das Prinzip des *due process of law* zu ihrer umfassenden Geltung kam.²⁰⁸ Diese an die prozedurale Garantie eines *due process of law* gekoppelte *rule of law* als eines der fundamentalsten Rechtsprinzi-

²⁰⁷ Die Wendung entstammt ursprünglich Niklas LUHMANN, Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie, Frankfurt am Main 1984, S. 50 (Hervorhebungen weggelassen), wo sie jedoch in einem anderen Kontext verwendet wird.

²⁰⁸ Klassisch das 14th Amendement der United States Constitution von 1868: „[N]or shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law;“

pien unter den Lebensbedingungen unserer sozialmarktwirtschaftlichen Gesellschaften lebendig zu erhalten, ist Aufgabe einer zeitgemässen Interpretation des Art. 6 EMRK.

70 Wichtig ist für die vorliegende Problematik, dass die *rule of law* des Art. 6 EMRK sowohl Rechts- wie auch Tatbestandsfragen gleichwertig umfasst. Mit anderen Worten: Liegt ein Rechtsstreit vor, sind sowohl für die zu entscheidenden Rechts- wie auch Sachverhaltsfragen die Regeln einer unabhängigen, fairen und raschen Erledigung zu beachten. So erscheint selbstverständlich, dass nicht nur die Auslegung des massgeblichen Rechts, sondern auch die Ermittlung der relevanten Sachverhalte (konkret etwa das Vorliegen eines Invaliditätsfalles im Sinne des Gesetzes) nach den gefestigten Regeln des rechtlichen Gehörs (und damit der Mitwirkungsrechte der Parteien in allen Entscheidungsphasen) und durch unabhängige und unparteiliche Personen erfolgen muss, durch Entscheidungsträger oder „Mitträger“, die nicht willkürlich, sondern nach gesetzlicher Ordnung zu bestimmen sind. Die medizinischen Sachverständigen nehmen im Entscheidungsprozess eines Sozialversicherungsfalles eine entscheidende Rolle ein (vgl. N 17). Sie unterstehen damit zentral den Anforderungen an Entscheidungsorgane, wie sie in Art. 6 EMRK formuliert sind.

c. Abgrenzung der Verantwortlichkeiten der Justiz gegenüber den politischen Staatsorganen (Verfassungs- und Gesetzgeber)

71 Ein entscheidender Gesichtspunkt für das vorliegende Gutachten ist auch, dass die Ausbildung des Sozialstaates in erster Linie Sache des Verfassungs- und des Gesetzgebers ist. Noch mehr als im Bereich des Rechtsstaats (wo etwa die Konkretisierung der Grundrechte in weitem Umfang durch die Gerichte erfolgte), ist der Sozialstaat durch den Gesetzgeber gestaltungs- und konkretisierungsbedürftig. Wo der Gesetzgeber die allgemeingültigen Regeln der Sozialleistungen normiert hat, kommt in der rechtsgleichen und fairen Durchset-

zung des Gesetzes der Rechtsstaat vor allem mit seinen Verfahrenserfordernissen voll zum Tragen. Von seinen Verpflichtungen kann keine politische Stimmung oder finanzpolitische Sorge entheben. Solche Impulse allenfalls umzusetzen, ist ausschliesslich Sache des politisch handelnden Gesetzgebers.

B. Beantwortung der Gutachtensfrage

72 Die Gutachter kommen zum Ergebnis, dass die gegenwärtige Ausgestaltung des Verfahrens zur Beurteilungen von Leistungsansprüchen gegenüber der Invalidenversicherung im Hinblick auf das grosse Gewicht der von Medizinischen Abklärungsstellen (MEDAS) erstellten Gutachten dem Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) *nicht genügt*. Hinsichtlich der Unabhängigkeit der MEDAS gegenüber der Verwaltung bestehen nämlich schwerwiegende objektive Zweifel. Dennoch misst die Rechtsprechung den durch MEDAS durchgeführten ärztlichen Untersuchungen zur Beurteilung von Leistungsansprüchen einen sehr hohen Beweiswert zu. Zur Herstellung echter prozessualer Chancengleichheit im gerichtlichen Verfahren zu Gunsten derjenigen Person, die Leistungsansprüche stellt, bestehen keine genügenden kompensatorischen Behelfe.

Bern, 11. Februar 2010

Prof. Dr. Jörg Paul Müller, LL.M.

Dr. Johannes Reich, LL.M.