

Blick auf die Beweismittel im Sozialversicherungsrecht – Wie sieht das schlüssige Beweisverfahren aus?

Massimo Aliotta

Inhaltsverzeichnis

I.	Beweismittel im Sozialversicherungsrecht	1038
1.	Beweismittel und -recht im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren	1038
1.1	Beweismittel im ATSG, im VwVG und im BZP	1038
1.2	Beweisthema	1040
1.3	Beweisgrad	1041
1.4	Beweislast	1041
1.5	Beweiswürdigung	1042
1.6	Beweislosigkeit	1042
2.	Beweismittel im Rechtspflegeverfahren	1043
2.1	Kantonale Versicherungsgerichte	1043
2.2	Beweismittel im Rechtspflegeverfahren	1044
II.	Ein schlüssigeres Beweisverfahren: wie auszugestalten?	1045
1.	Korrekturen im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren	1046
1.1	Weiterhin bestehende verfahrensrechtliche Ungleichheit	1046
1.2	Stärkung der Aufklärung und der Partizipationsrechte	1046
1.3	Vermehrte Anwendung des bestehenden Beweismittelinstrumentariums	1048
1.4	Erweiterung des bestehenden Beweismittelinstrumentariums	1048
1.5	Qualitätssicherung bei medizinischen Begutachtungen	1049
2.	Korrekturen im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren	1050
2.1	Problematische Einfachheit und Raschheit des Verfahrens	1050
2.2	Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren	1051
2.3	Richterliche Fragepflicht	1052
2.4	Öffentliche Verhandlungen, Parteibefragungen und Zeugeneinvernahmen	1052

Literaturverzeichnis

ALIOTTA MASSIMO, Begutachtungen im Bundessozialversicherungsrecht, Diss. Zürich 2017 (zit. ALIOTTA, Begutachtungen); DERS., Zur geplanten Revision von Art. 44 ATSG, SZS 2018 144 ff. (zit. ALIOTTA, Art. 44 ATSG); BÖHME ANNA, Der medizinische Sachverständigenbeweis in der obligatorischen Unfallversicherung, Diss. Luzern 2018; CUPA RAPHAEL, Art. 44 E-ATSG – die verpasste Chance, Jusletter vom 20.5.2019; EBNER GERHARD/GÄCHTER THOMAS/HERZOG-ZWITTER IRIS, Zur Rolle der medizinischen Begutachtung in der Missbrauchsbekämpfung, SZS 2020 113 ff.; EGLI PHILIPP, Qualitätssicherung medizinischer Gutachten – «ideal, aber nicht zwingend»?; in: Kieser Ueli/Lendfers Miriam (Hrsg.), JaSo 2018, Zürich/St. Gallen 2018, 147 ff.; FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE/KLETT BARBARA/LEUZINGER SUSANNE (Hrsg.), Basler Kommentar, ATSG, Basel 2020 (zit. BSK ATSG-AUTOR/IN, Art. ... N ...); FURRER ERIK, Rechtliche und praktische Aspekte auf dem Weg zum Gerichtsgutachten in der Invalidenversicherung, SZS 2019 3 ff.; GIRON SOLUNA, Art. 44 E-ATSG – die Chance nutzen!, Jusletter vom 16.9.2019; KIESER UELI, ATSG-Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020; LEUZINGER-NAEF SUSANNE, Beweismittel und Beweiswürdigung, in: Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, Zürich 2013, 31 ff.; MANFREDINI LORENZO, Versicherungs-

medizinische Erfahrungstatsachen in der obligatorischen Unfallversicherung, in: Kieser Ueli/Lendfers Miriam (Hrsg.), JaSo 2018, Zürich/St. Gallen 2018, 231 ff.; PETER ROGER, Der Augenschein in der obligatorischen Unfallversicherung, ZBJV 2001 509 ff. (zit. PETER, Augenschein); DERS., Medizinische Begutachtung in der obligatorischen Unfallversicherung, Jusletter vom 16.12.2019 (zit. PETER, Begutachtung); SAMUELSSON EVALOTTA, Wie viel Beweis für welchen Schaden?, SZS 2019 115 ff.; SCHLEIFER ROMAN/KIESER UELI/LIEBRENTZ MICHAEL, Verwendung von Observationsmaterial im Rahmen von psychiatrischen Begutachtungen, SZS 2019 197 ff.; SLAVIK EVA, Gerichtliche Qualitätssicherung medizinischer Gutachten, in: Kieser Ueli/Lendfers Miriam (Hrsg.), JaSo 2018, Zürich/St. Gallen 2018, 163 ff.; WEISS MARCO, Anmerkungen zur geplanten Revision des Art. 44 ATSG, SZS 2018 467 ff. (zit. WEISS, Art. 44 ATSG); DERS., Der Anspruch auf Gerichtsgutachten im Sozialversicherungsrecht, HAVE 2018 137 ff. (zit. WEISS, Gerichtsgutachten); DERS., Gerichtsgutachten: Rückweisungen an die Vorinstanz reduzieren, plädoyer 2020 32 ff. (zit. WEISS, Rückweisungen); WIEDERKEHR RENÉ/ROSALDES-GEYER IVY, Art. 27 ATSG und seine Bedeutung für das öffentliche Verfahrensrecht, AJP 2019 463 ff.

I. Beweismittel im Sozialversicherungsrecht

Die einzelnen Beweismittel, welche im Sozialversicherungsrecht Verwendung finden können, sind in unterschiedlichen Gesetzen auf Bundesebene geregelt. Ergänzend zu den bundesrechtlichen Normen finden zudem die massgebenden Bestimmungen der EMRK sowie der BV *direkte* Anwendung.

Die massgebenden beweismittelrechtlichen Bestimmungen betreffend das *nichtstreitige* Verwaltungsverfahren bei den Sozialversicherungsträgern finden sich in Art. 27–54 ATSG. Durch diverse Verweisungsnormen sind zudem *ergänzend* zum ATSG die beweismittelrechtlichen Bestimmungen des VwVG sowie des Bundesgesetzes über den Zivilprozess (BZP) für das nichtstreitige Verwaltungsverfahren anwendbar.

Für das *erstinstanzliche* Beschwerdeverfahren vor den kantonalen Versicherungsgerichten im Sinne von Art. 57 ATSG sind die Bestimmungen im 3. Abschnitt über das Rechtspflegeverfahren nach Art. 56 ff. ATSG anwendbar. Zudem kommen *ergänzend* die von den Kantonen erlassenen verfahrensrechtlichen Vorschriften für das Beschwerdeverfahren zur Anwendung.

1. Beweismittel und -recht im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren

1.1 Beweismittel im ATSG, im VwVG und im BZP

Für alle Sozialversicherungszweige, in welchen das ATSG *ergänzend* zu den spezialgesetzlichen Bestimmungen Anwendung findet,³ ist Art. 43 ATSG die zentrale Bestimmung. Diese definiert die Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes durch einen Sozialversicherungsträger. Es gilt der *Untersuchungsgrundsatz*, nach welchem die Sozialversicherungsträger verpflichtet sind, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen *vollständig und richtig* zu

³ Siehe dazu Art. 2 ATSG, wonach die Bestimmungen des ATSG nur dort anwendbar sind, wenn und soweit die einzelnen Sozialversicherungsgesetze es vorsehen. Im BVG wird die Anwendbarkeit nicht vorgesehen, sodass die gesamte berufliche Vorsorge nicht nach den Bestimmungen des ATSG abgewickelt wird.

ermitteln.⁴ Die Sozialversicherungsträger haben dabei den rechtserheblichen Sachverhalt unter *Mitwirkung* der Parteien⁵ nach den rechtsstaatlichen Grundsätzen der *Objektivität, Neutralität und Gesetzesgebundenheit* zu ermitteln.⁶ Diese Vorgaben des Bundesgerichtes sind deshalb in der Praxis von grosser Relevanz, weil sich die kantonalen Versicherungsgerichte vor allem betreffend den rechtserheblichen medizinischen Sachverhalt in weiten Teilen auf die durch die Sozialversicherungsträger eingeholten Beweismittel abstützen, ohne ein Beweisverfahren durchzuführen.⁷

Den Sozialversicherungsträgern stehen zur Abklärung des Sachverhaltes diverse *medizinische* und *nichtmedizinische* Beweismittel zur Verfügung, welche jedoch nur *teilweise* ausdrücklich im ATSG geregelt sind. Zudem enthält Art. 43 ATSG *keinen* Katalog der zulässigen Beweismittel, welche vom Sozialversicherungsträger eingesetzt werden können. Es handelt sich somit bei dieser Bestimmung offensichtlich um eine *unvollständige* Ordnung des Abklärungs- und Beweisverfahrens.⁸

Folgendes beweisrechtliches Instrumentarium findet sich ausdrücklich im ATSG: Formulare (Art. 29 Abs. 2 ATSG), Arztberichte (Art. 29 Abs. 2 ATSG), Arbeitgeberberichte (Art. 29 Abs. 2 ATSG), Daten im Rahmen der Amtshilfe (Art. 32 Abs. 1 ATSG), Daten im Rahmen der Verwaltungshilfe (Art. 32 Abs. 2 ATSG), mündliche Auskünfte (Art. 43 Abs. 1 Satz 2 ATSG), schriftliche Auskünfte (Art. 28 Abs. 2 und Abs. 3 ATSG).⁹ Auf den 1. Oktober 2019 sind zudem im Rahmen einer *Gesetzesrevision* die neuen Bestimmungen von Art. 43a ATSG¹⁰ und Art. 43b ATSG¹¹ in Kraft getreten. Die für die Abklärung des Sachverhaltes ebenfalls äusserst zentrale Bestimmung von Art. 44 ATSG wurde zudem kürzlich in zentralen Punkten *revidiert*.¹²

Ergänzend zu den genannten Bestimmungen im ATSG stehen den Sozialversicherungsträgern die in Art. 12 lit. a–d VwVG vorgesehenen Beweismittel *uneingeschränkt* zur Verfügung.¹³ Somit sind als Beweismittel ausdrücklich vorgesehen: Urkunden (Art. 12 lit. a VwVG), Auskünfte der Parteien (Art. 12 lit. b VwVG), Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen (Art. 12 lit. c VwVG), Augenschein (Art. 12 lit. d VwVG), Gutachten von Sachverständigen (Art. 12 lit. e VwVG).

⁴ Siehe dazu etwa SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 13 ff.; BSK ATSG-SCHIAVI, Art. 43 N 2.

⁵ Dazu ausdrücklich Art. 43 Abs. 3 ATSG.

⁶ Siehe dazu statt vieler BGer, 9C_908/2012, 22.2.2013, E. 2.2, mit Verweis auf BGE 136 V 376.

⁷ Dazu hinten 2.

⁸ SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 4.

⁹ SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 32.

¹⁰ Betreffend die versteckte Observation von versicherten Personen. Dazu eingehend BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43a N 1 ff., sowie SK ATSG-KIESER, Art. 43a N 1 ff.

¹¹ Betreffend die Genehmigung des Einsatzes von technischen Instrumenten zur Standortbestimmung bei Observationen von versicherten Personen. Dazu eingehend BSK ATSG-GÄCHTER/MEIER, Art. 43b N 1 ff., sowie SK ATSG-KIESER, Art. 43b N 1 ff.

¹² Dazu etwa BSK ATSG-ALIOTTA, Art. 44 N 53 ff., sowie SK ATSG-KIESER, Art. 44 N 2 ff. *Kritisch* zur Revision von Art. 44 ATSG ALIOTTA, Art. 44 ATSG, 144 ff.; CUPA sowie GIRON. Der Revision mehrheitlich *zustimmend* etwa WEISS, Art. 44 ATSG, 467 ff. Siehe auch die detaillierte Problemanalyse und die diversen interessanten Reformvorschläge betreffend die medizinische Begutachtung im Unfallversicherungsrecht durch PETER, Begutachtung.

¹³ Dies kraft Verweis in Art. 55 ATSG, wonach für im ATSG nicht geregelte spezielle Fragen die Bestimmungen des VwVG *ergänzend* Anwendung finden.

Gemäss einer *weiteren* Verweisung in Art. 19 VwVG finden die Bestimmungen von Art. 37, 39 bis 41 und 43 bis 61 BZP auf das Beweisverfahren im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren gemäss ATSG *ergänzend und sinngemäss* Anwendung, falls das ATSG eine bestimmte Frage nicht abschliessend regelt. Folglich können die Sozialversicherungsträger allenfalls Zeugen (Art. 43 ff. BZP), Auskünfte von Amtsstellen und Privaten (Art. 49 BZP), Urkunden (Art. 50 ff. BZP), Augenschein (Art. 55 ff. BZP), Sachverständige (Art. 57 ff. BZP) und Parteiverhör (Art. 62 ff. BZP) als Beweismittel zur Abklärung des Sachverhaltes im Sinne von Art. 43 ATSG beiziehen.

1.2 Beweisthema

Die soeben skizzierten, in der Regel von den Sozialversicherungsträgern rechtmässig¹⁴ erlangten Beweismittel werden eingesetzt, um die von den versicherten Personen gestützt auf Art. 29 Abs. 1 ATSG¹⁵ eingereichten Leistungsbegehren abzuklären. Bei dieser Abklärung geht es ausschliesslich um denjenigen *Sachverhalt*, von dessen Vorliegen es abhängt, ob über den in Frage stehenden Anspruch einer versicherten Person so oder anders zu entscheiden ist. Vor allem im Rahmen der Unfallversicherung hat das Bundesgericht in diesem Zusammenhang eine differenzierte Rechtsprechung¹⁶ entwickelt betreffend diffizile Fragen bei der Abklärung des *natürlichen* Kausalzusammenhanges zwischen einem Unfallereignis und dem eingetretenen Gesundheitsschaden.¹⁷

Demgegenüber sind *notorische Tatsachen* und *natürliche Vermutungen* vom Sozialversicherungsträger nicht näher abzuklären. Eine besondere Problematik ergibt sich bei der Berücksichtigung und Würdigung von *versicherungsmedizinischen Erfahrungstatsachen* in der obligatorischen Unfallversicherung.¹⁸

¹⁴ Unrechtmässig erlangte Beweismittel dürfen infolge des *Grundsatzes des fairen Verfahrens* grundsätzlich vom Sozialversicherungsträger nicht verwendet werden. Das Bundesgericht lässt gemäss BGE 136 V 117 E. 4.2.2 nur dann Ausnahmen zu, wenn im Rahmen einer vorzunehmenden *Interessensabwägung* das Interesse der Versichertengemeinschaft, keine nicht geschuldeten Leistungen zu erbringen, höher zu gewichten ist als das Interesse der versicherten Person an der Nichtberücksichtigung der unrechtmässig erlangten Beweismittel.

¹⁵ Wer eine Versicherungsleistung beansprucht, hat sich gemäss Art. 29 Abs. 1 ATSG beim zuständigen Versicherungsträger in der für die jeweilige Sozialversicherung *gültigen Form* anzumelden.

¹⁶ Siehe etwa BGE 129 V 177 E. 3.1.

¹⁷ Die Beurteilung eines natürlichen Kausalzusammenhanges ist etwa dann problematisch, wenn bei einer versicherten Person im Unfallzeitpunkt ein *krankhafter Vorzustand* vorlag, welcher durch das Unfallereignis verschlimmert oder überhaupt erst manifest wurde.

¹⁸ Dazu eingehend MANFREDINI, 231 ff.

1.3 Beweisgrad

Als Regelbeweismass¹⁹ gilt im Bundessozialversicherungsrecht²⁰ grundsätzlich der Beweisgrad der *überwiegenden Wahrscheinlichkeit*, sofern im Gesetz nicht ausdrücklich etwas Abweichendes vorgesehen ist.²¹ Die Sozialversicherungsträger sind gehalten, alle aktenkundigen Beweismittel unabhängig von ihrer Herkunft²² objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Anspruches gestatten. Dabei lässt sich der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nur schwierig *quantifizieren*, was sich vor allem bei der Beurteilung von *natürlichen* Kausalzusammenhängen bei medizinischen Sachverhalten erschwerend auswirkt.²³

1.4 Beweislast

Sowohl in der Lehre wie auch in der Rechtsprechung²⁴ herrscht dahingehend Einigkeit, dass der im Bundessozialversicherungsrecht geltende *Untersuchungsgrundsatz* begriffsnotwendig eine Beweislast der Parteien im Sinne einer *Beweisführungslast* ausschliesst.²⁵ Der versicherten Person, welche gestützt auf Art. 29 Abs. 1 ATSG bei einem Sozialversicherungsträger einen Leistungsanspruch geltend macht, obliegt jedoch bereits im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren eine Beweislast für das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen. Die versicherte Person trägt dabei die Folgen der Beweislosigkeit.²⁶

¹⁹ In einzelnen spezialgesetzlichen Bestimmungen bestehen vom Regelbeweismass insofern Abweichungen, als teilweise strengere, teilweise geringere Beweiserfordernisse vorgesehen sind. Siehe dazu etwa SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 57 f. Zur Problematik des erforderlichen Beweismasses bei *Körperschäden* nach Unfällen siehe eingehend SAMUELSSON, 115 ff.

²⁰ Somit auch im Rahmen des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens vor den kantonalen Versicherungsgerichten.

²¹ SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 53; BSK ATSG-SCHIAVI, Art. 43 N 11. Eine relevante *Ausnahme* besteht bei einem Revisionsgesuch oder einer Neuanschuldung im Sinne von Art. 17 ATSG, indem nach BGE 130 V 64 E. 5.2.5 eine versicherte Person eine erhebliche Tatsachenänderung lediglich *glaubhaft* machen muss, sie jedoch insofern eine Beweisführungslast trifft. Siehe dazu BSK ATSG-BOLLINGER, Art. 61 N 41.

²² Somit auch die von versicherten Personen dem Sozialversicherungsträger eingereichten Unterlagen wie etwa medizinische *Parteigutachten*. Dazu eingehend ALIOTTA, Begutachtungen, 456 ff.

²³ SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 60, welcher zu Recht darauf hinweist, dass deswegen vor allem im Bereich der Unfallversicherung vermehrt der rechtliche *adäquate* Kausalzusammenhang in den Vordergrund rückt, *ohne* dass der natürliche Kausalzusammenhang vertieft abgeklärt wird. Diese Praxis der Sozialversicherungsträger wird gar vom Bundesgericht in seiner Rechtsprechung geschützt, obwohl gerade bei medizinischen Beschwerdebildern nach einem Distorsionstrauma der Halswirbelsäule die Sozialversicherungsträger nach BGE 134 V 109 E. 9.4 eigentlich grundsätzlich gehalten wären, sechs Monate nach einem Unfallereignis ein medizinisches polydisziplinäres Gutachten in Auftrag zu geben. Gleichwohl wurde in BGE 135 V 465 E. 5.1 diese Abklärungspflicht wieder relativiert. Sofern es nämlich ohnehin an einem *adäquaten* Kausalzusammenhang fehlt, sind die Sozialversicherungsträger von ihrer Abklärungspflicht entbunden, womit nur noch in wenigen Fällen die vom Bundesgericht geforderten medizinischen Gutachten eingeholt werden. Siehe dazu bereits ALIOTTA, Begutachtungen, 98 f.

²⁴ Vgl. BGE 115 V 38 E. 2b.

²⁵ BSK ATSG-SCHIAVI, Art. 43 N 14, m.w.H.

²⁶ Dazu hinten 1.6.

1.5 Beweiswürdigung

Im Bundessozialversicherungsrecht haben die Sozialversicherungsträger die erhobenen Beweismittel ohne Vorliegen einer Hierarchie nach dem Grundsatz der *freien Beweiswürdigung* zu würdigen. Der Sozialversicherungsträger hat sich mithin aufgrund des gesamten, verfahrensmässig korrekt erhobenen Beweisergebnisses eine Auffassung darüber zu erarbeiten, ob die infrage stehende Tatsache mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen ist oder nicht.²⁷ Der Sozialversicherungsträger muss die Beweiswürdigung *sorgfältig, gewissenhaft und unvoreingenommen* vornehmen. Bei dieser Aufgabe ist nach der Rechtsprechung²⁸ weder die Herkunft eines Beweismittels noch dessen Kennzeichnung massgebend. Trotzdem hat das Bundesgericht in einer in der Lehre zu Recht kritisierten²⁹ Rechtsprechung zu einzelnen Beweismitteln, vor allem jedoch zu *medizinischen Berichten und Gutachten*, diverse *Beweiswürdigungsgrundsätze* festgelegt.³⁰ Im Zusammenhang mit den zentral wichtigen medizinischen Administrativgutachten besteht dahingehend eine mittlerweile gefestigte Praxis des Bundesgerichtes, dass diesen eine erhöhte Beweiskraft zukommt und die Rechtsanwender³¹ darauf abzustellen haben, sofern nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen.³²

Der in konstanter Rechtsprechung bestätigte Grundsatz der *antizipierten* Beweiswürdigung hält zudem fest, dass auf die Erhebung von weiteren Beweismitteln verzichtet werden kann, wenn zweifelsfrei davon ausgegangen werden kann, diese vermöchten zur Erhellung eines Sachverhaltselements nichts beizutragen.³³

1.6 Beweislosigkeit

Die Problematik der Beweislosigkeit ist grundsätzlich dann gegeben, wenn der Sozialversicherungsträger den rechtsmassgebenden Sachverhalt nicht mit demjenigen Grad als erstellt betrachtet, der gemäss dem erforderlichen Beweismass notwendig wäre.³⁴ Gemäss Urteil des Bundesgerichtes 8C_794/2016, E. 4.3.1, ist die Annahme einer Beweislosigkeit *erst dann* möglich, wenn es sich *unmöglich* erweist, einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen. Liegt eine solche Beweislosigkeit vor, hat diejenige Partei die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, welche aus den geltend gemachten Tatsachen Rechte ableiten will.³⁵ Somit können die Folgen der Beweislosigkeit sowohl eine versicherte Person wie auch einen Sozialversicherungsträger treffen, da

²⁷ SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 61.

²⁸ BGE 122 V 160 f.

²⁹ Die Kritik geht dahingehend, dass Beweiswürdigungsgrundsätze *im Widerspruch* zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung stehen. Dazu SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 63.

³⁰ Siehe dazu den Grundsatzentscheid BGE 125 V 352 ff. sowie Näheres bei SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 64.

³¹ Sowohl die Sozialversicherungsträger wie auch die kantonalen Versicherungsgerichte.

³² So etwa in BGer, 8C_801/2018, 13.2.2019, sowie 8C_776/2018, 9.5.2019.

³³ Siehe dazu Näheres bei BSK ATSG-SCHIAVI, Art. 43 N 13, sowie SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 67.

³⁴ SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 68.

³⁵ SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 70.

es *alleine* massgebend ist, wer in einer konkreten Situation das Bestehen eines Rechts oder einer Pflicht behauptet.³⁶

Eine Beweislosigkeit kann in ganz verschiedenen *Kategorien* in Erscheinung treten, etwa im Rahmen einer Anpassung von Dauerleistungen nach Art. 17 ATSG,³⁷ bei einer substituierten Begründung bei Anpassungsprüfung,³⁸ bei vernichteten oder untergegangenen Beweismitteln,³⁹ bei besonderen Schwierigkeiten der Beweismittelerhebung,⁴⁰ beim Nichterreichen des massgebenden Beweisgrads⁴¹ oder bei fehlender Substanziierung bzw. fehlender Behauptung mit daraus resultierender Beweislosigkeit⁴².

2. Beweismittel im Rechtspflegeverfahren

2.1 Kantonale Versicherungsgerichte

In Art. 56 ff. ATSG finden sich die massgebenden Bestimmungen betreffend das Rechtspflegeverfahren. Jeder Kanton bestellt gemäss Art. 57 ATSG ein Versicherungsgericht als *einzig* Instanz zur Beurteilung von Beschwerden aus dem Bereich der Sozialversicherung. Die massgebenden verfahrensrechtlichen Bestimmungen für das erstinstanzliche kantonale Beschwerdeverfahren finden sich in Art. 61 ATSG. In dieser Bestimmung finden sich jedoch nur diejenigen verfahrensrechtlichen Grundsätze, welche von allen Kantonen bei der Ausgestaltung der Beschwerdeverfahren vor den kantonalen Versicherungsgerichten *zwingend* einzuhalten sind. Diese bundesrechtlichen Mindestanforderungen sind *abschliessend und direkt anwendbar*.⁴³ Ergänzend können Bestimmungen der EMRK⁴⁴ sowie der Bundesverfassung⁴⁵ Auswirkungen auf die Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens haben. Ansonsten bestimmt sich das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht *unter Vorbehalt* von Art. 1 Abs. 3 VwVG nach kantonalem Recht.⁴⁶ Die einzelnen Kantone haben bei der Umsetzung der bundesrechtlichen Vorgaben *unterschiedliche Varianten* gewählt.⁴⁷

³⁶ SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 71.

³⁷ Näheres dazu siehe SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 73.

³⁸ Näheres dazu siehe SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 74.

³⁹ Näheres dazu siehe SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 75 ff.

⁴⁰ Näheres dazu siehe SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 81 ff.

⁴¹ Näheres dazu siehe SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 83 ff.

⁴² Näheres dazu siehe SK ATSG-KIESER, Art. 43 N 85 ff.

⁴³ Vgl. BGE 143 V 278.

⁴⁴ Siehe vor allem Art. 6 Ziff. 1 EMRK, wonach die Vertragsstaaten der EMRK dazu verpflichtet sind, für ein rechtsstaatliches Verfahren zu sorgen. Gemäss BGE 127 V 493 und BGE 130 V 9 ff. gelten dabei sozialversicherungsrechtliche Streitigkeiten als solche um «*civil rights*» im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

⁴⁵ Ohne Einschränkungen direkt anwendbar sind vor allem Art. 29 BV und Art. 30 BV.

⁴⁶ Art. 1 Abs. 3 VwVG bezieht sich auf die Eröffnung von Verfügungen und die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde. Der Verweis in Art. 61 ATSG auf die Anwendbarkeit des VwVG ist aber *nicht* abschliessend. Näheres dazu siehe SK ATSG-KIESER, Art. 61 N 38 ff., sowie BSK ATSG-BOLLINGER, Art. 61 N 2.

⁴⁷ Siehe dazu BSK ATSG-BOLLINGER, Art. 61 N 4.

eines Sachverhaltes notwendigen Mittel fehlen.⁵⁷ Gleichzeitig aber steht eine solche Rückweisungspraxis im *klaren Widerspruch* zur vorne umschriebenen Untersuchungspflicht der Gerichte. Deshalb wird in der Lehre von diversen Autoren zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Rückweisungspraxis durch die Gerichte möglichst restriktiv zu handhaben ist.⁵⁸ Im Zusammenhang mit medizinischen Gutachten hat das Bundesgericht eine Rückweisung an den Sozialversicherungsträger durch das Versicherungsgericht ausgeschlossen, wenn sich die *Notwendigkeit einer medizinischen Begutachtung* ergibt. Auch hier lässt die Rechtsprechung wiederum Ausnahmen zu.⁵⁹

Hinzuweisen ist ferner auf die äusserst zurückhaltende Praxis der kantonalen Gerichte bezüglich der gestützt auf einen klaren und unmissverständlichen Parteienantrag durchzuführenden *öffentlichen Verhandlungen*⁶⁰ im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 Satz 1 EMRK. Es zeigt sich in der Praxis, dass ohne ausdrücklich gestellten Parteienantrag nur selten solche öffentlichen Verhandlungen von den Versicherungsgerichten durchgeführt werden. Dies hat wohl damit zu tun, dass in vielen vor den Versicherungsgerichten pendenten Gerichtsverfahren oft *medizinische* Sachverhalte umstritten sind, welche von den Versicherungsgerichten primär gestützt auf die von den Sozialversicherungsträgern eingeholten Administrativgutachten im Sinne von Art. 44 ATSG beurteilt werden.

II. Ein schlüssigeres Beweisverfahren: wie auszugestalten?

Wenn dem Autor von der Herausgeberschaft⁶¹ die zu beantwortende Frage gestellt wird, wie ein schlüssigeres Beweisverfahren im Sozialversicherungsrecht auszugestalten ist, so ist letztlich bereits die gestellte Frage eigentlich etwas unklar. Was bedeutet der Begriff «schlüssig»? Wie bereits vorne dargelegt worden ist, müssen die anwendbaren beweisrechtlichen Normen sowie das zur Verfügung stehende Beweismittelinstrumentarium sowohl im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren wie auch im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren vor den kantonalen Versicherungsgerichten primär dazu dienen, den Rechtsanwendern einen möglichst richtigen und nachvollziehbaren *materiellen* Entscheid über den gestützt auf Art. 29 Abs. 1 ATSG beim Sozialversicherungsträger geltend gemachten Leistungsanspruch einer versicherten Person zu ermöglichen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichtes der Beweis über die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche *schwer-*

⁵⁷ Dazu etwa SK ATSG-KIESER, Art. 61 N 112.

⁵⁸ SK ATSG-KIESER, Art. 61 N 112, m.w.H., sowie BSK ATSG-BOLLINGER, Art. 61 N 9. Zu den einzelnen verfahrensrechtlichen Aspekten bei der Einholung von Gerichtsgutachten siehe eingehend FURRER. Die vermehrte Einholung von Gerichtsgutachten befürwortend vor allem WEISS, Gerichtsgutachten, 137 ff., sowie DERS., Rückweisungen, 32 ff.

⁵⁹ Siehe etwa BGE 139 V 99 E. 1.1. Näheres dazu sodann bei SK ATSG-KIESER, Art. 61 N 114, sowie BSK ATSG-BOLLINGER, Art. 61 N 42, m.w.H. Zu den *Kostenfragen* bei Einholung eines Gerichtsgutachtens infolge des Rückweisungsverbotes siehe die Rechtsprechungsübersicht bei SLAVIK, 172 ff., sowie FURRER, 14.

⁶⁰ Die Öffentlichkeit einer Gerichtsverhandlung im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 Satz 1 EMRK umfasst sowohl die *Parteiöffentlichkeit* als auch die *Publikums- und Presseöffentlichkeit*. Siehe Näheres dazu etwa BSK ATSG-BOLLINGER, Art. 61 N 11.

⁶¹ An dieser Stelle ein Dank an die Herausgeberschaft für die überaus herausfordernde Fragestellung!

2.2 Beweismittel im Rechtspflegeverfahren

Die beweisrechtliche Ausgestaltung des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens ist in Art. 61 lit. c ATSG geregelt. Danach hat das Versicherungsgericht im Sinne der *Untersuchungspflicht* unter Mitwirkung der Parteien die für den Entscheid erheblichen Tatsachen festzustellen.⁴⁸ Diese gerichtliche Untersuchungspflicht entspricht derjenigen von Art. 43 Abs. 1 ATSG.⁴⁹ Zudem wird in der gleichen Bestimmung lediglich festgelegt, dass das Versicherungsgericht die *notwendigen Beweise* zu erheben hat und in der *Beweiswürdigung frei*⁵⁰ ist. Es kommt mithin den jeweiligen kantonalen Prozessordnungen die überaus zentrale Aufgabe zu, die zulässigen Beweismittel im Rechtspflegeverfahren zu definieren.

Wie bereits im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren gelten auch im Rechtspflegeverfahren die von der Rechtsprechung entwickelten *Beweiswürdigungsgrundsätze*⁵¹ sowie der Grundsatz der *antizipierten Beweiswürdigung*⁵². Angesichts der vor Versicherungsgericht geltenden Untersuchungspflicht ist zudem die Annahme einer *Beweisführungslast* ausgeschlossen.⁵³ Im Zusammenhang mit der Beweiswürdigung von medizinischen Gutachten ist an dieser Stelle auf die in der Praxis festzustellende Tendenz der Versicherungsgerichte hinzuweisen, selbst bei Vorliegen von festgestellten Mängeln einer medizinischen Expertise *kaum je* den Beweiswert abzusprechen.⁵⁴

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass im Sozialversicherungsrecht *keine Beweismittelbeschränkungen* bestehen. Folglich steht einer versicherten Person gestützt auf den in Art. 29 Abs. 2 BV garantierten Anspruch auf rechtliches Gehör das persönlichkeitsbezogene Mitwirkungsrecht zu, erhebliche Beweise beizubringen, mit entsprechenden Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken.⁵⁵

Unabhängig von den kantonal unterschiedlich gestalteten verfahrensrechtlichen Grundlagen besteht eine mittlerweile gefestigte Praxis der kantonalen Versicherungsgerichte, ohne Erhebung von weiteren Beweisen die Streitsache an den Sozialversicherungsträger zurückzuweisen, wenn das Gericht die Ansicht vertritt, der massgebende Sachverhalt sei im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren ungenügend abgeklärt worden.⁵⁶ Diese ausgedehnte *Rückweisungspraxis* wird mitunter damit erklärt, dass den Rechtspflegeorganen die zur Abklärung

⁴⁸ Der rechtserhebliche Sachverhalt ist *richtig* und *vollständig* abzuklären.

⁴⁹ SK ATSG-KIESER, Art. 61 N 106. Siehe auch BGE 143 V 279.

⁵⁰ Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt somit *uneingeschränkt* auch im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren. Siehe dazu etwa BGE 125 V 351 E. 3a; 132 V 393 E. 4.1; 143 V 124 E. 2.2.2.

⁵¹ Zu den Beweiswürdigungsgrundsätzen betreffend *medizinische* Berichte und Gutachten sowie *medizinisch-diagnostische* Verfahren siehe etwa BSK ATSG-BOLLINGER, Art. 61 N 45 f.

⁵² Vgl. dazu bereits vorne 1.5.

⁵³ Dazu etwa BSK ATSG-BOLLINGER, Art. 61 N 37.

⁵⁴ Dazu SLAVIK, 173 f., mit Verweis auf BGE 143 V 124. In beweiswürdigungsrechtlicher Hinsicht ist dieser Entscheid des Bundesgerichtes ganz offensichtlich nicht nachvollziehbar, zumal er auch dem Inhalt der Vereinbarungen zwischen dem BSV und den MEDAS der Invalidenversicherung widerspricht.

⁵⁵ Dazu etwa BSK ATSG-BOLLINGER, Art. 61 N 40.

⁵⁶ Ausnahmen von einer Rückweisung werden nur dann gemacht, wenn die Rückweisung einer *Verweigerung des gerichtlichen Rechtsschutzes* gleichkäme oder als *unverhältnismässig* zu bezeichnen wäre.

gewichtig auf der Stufe des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens geführt wird und nicht im gerichtlichen Prozess vor einem kantonalen Versicherungsgericht.⁶²

Des Weiteren ist an dieser Stelle erneut auf die bereits vorne dargelegte Ausgangslage zu verweisen, wonach grundsätzlich sowohl im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren wie auch im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren bereits von Gesetzes wegen ein durchaus *umfassendes Beweismittelinstrumentarium* vorhanden ist, welches von den Rechtsanwendern im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen angewendet werden kann. Im Folgenden ist darzulegen, dass aus Sicht der Praxis in beweisrechtlicher Hinsicht sowohl im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren wie auch im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren trotzdem durchaus *Handlungsbedarf besteht* für notwendige und angemessene *Korrekturen bei der Anwendung* des bereits vorhandenen Beweismittelinstrumentariums. Auch eine *Erweiterung der Beweismittel* ist punktuell notwendig.

1. Korrekturen im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren

1.1 Weiterhin bestehende verfahrensrechtliche Ungleichheit

Betreffend die Frage nach einem schlüssigeren Beweisverfahren ist zunächst insbesondere stets die *zentrale* Tatsache nicht aus den Augen zu verlieren, dass im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren ein hohes Mass an verfahrensrechtlicher *Ungleichheit* zwischen den Beteiligten zugunsten der Verwaltung besteht.⁶³ Einer versicherten Person steht bekanntlich in allen Zweigen des Sozialversicherungsrechts eine spezialisierte Fachverwaltung mit erheblichen finanziellen Ressourcen, besonders ausgebildeten Sachbearbeitern und entsprechend geschulten juristischen und medizinischen Fachpersonen gegenüber.⁶⁴ Erschwerend kommt hinzu, dass die nach Art. 37 Abs. 4 ATSG mögliche Bewilligung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes gestützt auf die strenge Rechtsprechung des Bundesgerichtes *nur sehr eingeschränkt* gewährt wird.⁶⁵ Man ist also bereits im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren nach wie vor weit davon entfernt, von einer *verfahrensrechtlichen Waffengleichheit* reden zu können.⁶⁶ Diese spezielle verfahrensrechtliche Ausgangslage ist bei der Frage nach der Ausgestaltung eines schlüssigeren Beweisverfahrens im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren somit stets im Auge zu behalten.

1.2 Stärkung der Aufklärung und der Partizipationsrechte

Da bereits im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren den Sozialversicherungsträgern ein umfassendes Beweismittelinstrumentarium zur Verfügung steht, ist im Folgenden der Frage nachzugehen, welche Beweismittel *vermehrt* im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren zu berücksichtigen sind. Zudem ist danach zu fragen, inwiefern die Mitwirkung sowie die *Gehörs- und*

⁶² So ausdrücklich in BGE 136 V 376 E. 4.2.1.

⁶³ Wie auch vom Bundesgericht etwa in BGE 135 V 465 E. 4.3.1 ausgeführt wird.

⁶⁴ LEUZINGER-NAEF, 31 ff.

⁶⁵ Dazu etwa SK ATSG-KIESER, Art. 37 N 36.

⁶⁶ Siehe zu dieser Problematik auch BÖHME, 345, welche die Einführung eines Vertretungszwangs im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren diskutiert, ohne jedoch eine zwingende rechtliche Vertretung durch einen Rechtsanwalt zu propagieren.

Partizipationsrechte der versicherten Personen gestärkt werden können, um bereits im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren den rechtsrelevanten Sachverhalt besser abklären zu können.

Nach der hier⁶⁷ vertretenen Auffassung gilt es zunächst, bereits kurz nach Einreichen eines Leistungsbegehrens im Sinne von Art. 29 Abs. 1 ATSG die versicherten Personen gestützt auf Art. 27 Abs. 1 ATSG entgegen der bisherigen lediglich schriftlichen Informationspraxis⁶⁸ systematisch ex officio zu einem einmaligen ausführlichen persönlichen Aufklärungsgespräch vorzuladen.⁶⁹ Anlässlich dieses Erstgesprächs sollten die versicherten Personen insbesondere über das ganze Abklärungsverfahren im Sinne von Art. 43 ATSG detailliert aufgeklärt werden. Damit soll sichergestellt werden, dass die versicherten Personen ihre Rechte und Pflichten erkennen und die entsprechenden Schritte zur Wahrnehmung ihrer Rechte und Pflichten einleiten können.⁷⁰ Den versicherten Personen sollten anlässlich des Aufklärungsgesprächs nicht nur die diesen obliegenden Mitwirkungspflichten im Sinne von Art. 28 und Art. 43 ATSG erläutert werden, sondern sie müssten auch über alle Mitwirkungsrechte im Sinne des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 BV und Art. 42 ATSG informiert werden.⁷¹ Es muss mithin von Anbeginn des Abklärungsverfahrens sichergestellt werden, dass die versicherten Personen wissen, dass sie jederzeit bereits im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren *Beweisanträge stellen* und jederzeit uneingeschränkt *Beweismittel einreichen* können. Erst gestützt auf eine umfassende Aufklärung können die versicherten Personen ihre Verfahrensrechte *effektiv* geltend machen.⁷² Eine solcherart verstärkte Partizipation der versicherten Personen bereits im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren dient nicht nur einer *besseren Abklärung* des Sachverhaltes durch die Sozialversicherungsträger. Sie führt zudem auch zu einer *höheren Akzeptanz* der im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren gefällten Entscheide durch die versicherten Personen.⁷³ Diesen wird von den Sozialversicherungsträgern damit klar signalisiert, dass sie unabhängig vom geltenden Untersuchungsgrundsatz auch *wirklich gehört werden*.

Diese Korrekturen sind nötig, da trotz den mit BGE 137 V 210 eingeführten verfahrensrechtlichen Korrektiven bei allen Beteiligten eine *Unsicherheit* besteht über die Tragweite und Möglichkeiten der Mitwirkung der versicherten Personen im Zusammenhang mit einem Gutachtensauftrag.⁷⁴ Dieser Unsicherheit wäre aber mit einer Stärkung der Mitwirkungsrechte zu begegnen. Leider erfolgte aber mit der Revision von Art. 44 ATSG nun eine *teilweise Rückgängigmachung* von Mitwirkungsrechten, welche mit BGE 137 V 210 eingeführt worden sind.

⁶⁷ Dazu bereits eingehend ALIOTTA, Begutachtungen, 252 ff.

⁶⁸ Dazu etwa BSK ATSG-PÄRLI/MOHLER, Art. 27 N 12 ff. zu den in der heutigen Praxis von den Sozialversicherungsträgern zur allgemeinen Aufklärung der versicherten Personen verwendeten schriftlichen *Merkbältern, Broschüren und Wegleitungen*.

⁶⁹ Zur Bedeutung von Art. 27 ATSG generell für das öffentliche Verfahrensrecht siehe WIEDERKEHR/ROSALES-GEYER, 463 ff.

⁷⁰ So etwa WIEDERKEHR/ROSALES-GEYER, 466, m.w.H. Dieselben Autoren weisen zu Recht auch darauf hin, dass generell die Beratung und Aufklärung durch die Sozialversicherungsträger der *Durchsetzung und Verwirklichung* der im Gesetz vorgesehenen Ziele dienen.

⁷¹ Siehe dazu bereits eingehend ALIOTTA, Begutachtungen, 14 ff.

⁷² So auch BSK ATSG-PÄRLI/MOHLER, Art. 27 N 4, sowie WIEDERKEHR/ROSALES-GEYER, 469.

⁷³ So auch bereits WIEDERKEHR/ROSALES-GEYER, 469.

⁷⁴ So SLAVIK, 175, welche sich jedoch im Ergebnis mit Verweis auf die weiterhin unbestreitbar *notwendige Qualitätssicherung* bei medizinischen Gutachten mit wenig überzeugenden Argumenten gegen die Verstärkung von Partizipationsrechten der versicherten Personen im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren ausspricht.

Dies bewirkt in naheliegender Weise keine Verbesserung der Fairness im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren. So wurde im revidierten Art. 44 ATSG die bisherige Möglichkeit, bereits vor Durchführung einer medizinischen Begutachtung triftige Gründe wie etwa eine mangelnde fachliche Qualifikation gegenüber einem medizinischen Sachverständigen vorzubringen, wieder eingeschränkt. Dies bedeutet eine sachlich nicht zu rechtfertigende legislatorische *Verschlechterung* der Partizipationsrechte im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren.⁷⁵

1.3 Vermehrte Anwendung des bestehenden Beweismittelinstrumentariums

Aus Sicht der Praxis ist zudem festzustellen, dass einige der bereits vorne umschriebenen Beweismittel, welche den Sozialversicherungsträgern uneingeschränkt zur Verfügung stehen, im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren praktisch nicht zur Anwendung gelangen. Dies betrifft vor allem die *Zeugen* nach Art. 43 ff. BZP sowie *Augenscheine* nach Art. 55 ff. BZP. Dies erstaunt, zumal vor allem bei der Abklärung des massgebenden Sachverhaltes bei Vorliegen von komplexen Unfällen aller Art es durchaus angezeigt sein kann, weitere, für die Leistungspflicht eines Sozialversicherungsträgers sachdienliche Abklärungen vor Ort durch einen Augenschein oder durch die Einvernahme von Zeugen vornehmen zu lassen.⁷⁶ Es zeigt sich aber, dass die Unfallversicherer bei komplexen Fällen die entsprechenden Abklärungen in aller Regel vollständig den zuständigen Strafverfolgungsbehörden überlassen, zumal bei schweren Körperverletzungen oder Tötungen, welche regelmässig auch Leistungen aus der obligatorischen Unfallversicherung nach sich ziehen, die Strafverfolgungsbehörden gestützt auf Art. 125 Abs. 2 StGB ohnehin ein Strafverfahren zu eröffnen und die entsprechenden Abklärungen zu treffen haben.

1.4 Erweiterung des bestehenden Beweismittelinstrumentariums

Die bereits vor einiger Zeit in der Lehre⁷⁷ geforderte Zulassung von *Tonaufnahmen* als ergänzendes Beweismittel im Rahmen von medizinischen Begutachtungen wurde vom Parlament im Rahmen der umfassenden Revision von Art. 44 ATSG vorgesehen.⁷⁸ Der neue Art. 44 Abs. 5^{bis} ATSG lautet nun wie folgt: «Sofern der Versicherte es nicht anders bestimmt, werden die Interviews in Form von Tonaufnahmen zwischen dem Versicherten und dem Sachverständigen erstellt und in die Akten des Versicherungsträgers aufgenommen.»⁷⁹ Dies ist eine *überfällige, berechtigte* und *erfreuliche* Erweiterung des Beweismittelinstrumentariums im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren. Die Praxis wird zu zeigen haben, inwiefern diese Neuerung die von versicherten Personen und den ihr nahestehenden Organisationen⁸⁰ in sie

⁷⁵ So bereits BSK ATSG-ALIOTTA, Art. 44 N 55. Siehe demgegenüber etwa BÖHME, 343, welche mit Verweis auf die ihrer Ansicht nach ohnehin bereits bestehenden verfahrensrechtlichen Ungleichheiten eine solche Verschlechterung gutheisst.

⁷⁶ Dazu bereits PETER, Augenschein, 509 ff.

⁷⁷ So bereits ALIOTTA, Begutachtungen, 402 ff., sowie BÖHME, 352.

⁷⁸ Das Datum des Inkrafttretens der Gesetzesänderung wurde vom Bundesrat auf den 1.1.2022 festgelegt.

⁷⁹ Vgl. dazu <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170022/N33%20D.pdf> (Abruf 28.8.2021).

⁸⁰ Diverse nichtstaatliche Organisationen haben sich im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens betreffend die Revision von Art. 44 ATSG in beiden Kammern des Bundesparlaments in Bern erfolgreich für die Einführung von Tonaufnahmen eingesetzt.

gesetzten Erwartungen erfüllen kann. Von den zuständigen Bundesverwaltungsstellen wird im Rahmen von verbindlichen Verwaltungsweisungen zu klären sein, in welchem Rahmen die Tonaufnahmen von den Sozialversicherungsträgern beim Vorliegen von Streitigkeiten im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren *abgehört und gewürdigt* werden sollen. Ein gewisser *zusätzlicher Verwaltungsaufwand*⁸¹ ist dabei im Interesse der Verfahrensfairness in Kauf zu nehmen. Dabei ist selbstverständlich jeweils auch das rechtliche Gehör der versicherten Personen zu wahren. Das uneingeschränkte Recht auf Akteneinsicht nach Art. 47 Abs. 1 lit. a ATSG bleibt nach der hier vertretenen Ansicht ohnehin integral gewahrt, sodass die versicherten Personen jederzeit auch die Herausgabe einer *Kopie* der Tonaufnahmen verlangen können. Demgegenüber ist das Urteil des Bundesgerichtes 9C_376/2019 vom 10. September 2019⁸² auch nach geltendem Recht nicht nachvollziehbar.⁸³ In dieser Entscheidung hat das Bundesgericht festgestellt, dass die anlässlich einer medizinischen Begutachtung gemachten Tonaufnahmen praxismässig als *interne* Dokumente der Gutachterstelle zu werten seien und nicht in die amtlichen Akten der IV-Stellen Eingang finden müssten. Es ist somit im Lichte dieses Entscheides des Bundesgerichtes umso begrüssenswerter, dass mit dem revidierten Art. 44 ATSG betreffend diese Problematik vom Gesetzgeber nunmehr Klarheit geschaffen worden ist.

Auf die neuen, per 1. Oktober 2019 in Kraft getretenen Bestimmungen von Art. 43a und Art. 43b ATSG betreffend die zulässigen *Observationen* von versicherten Personen wurde bereits hingewiesen. In der Literatur wird zu Recht ausgeführt,⁸⁴ dass die Sozialversicherungsträger beim Vorliegen von Unterlagen betreffend die Bekämpfung von Versicherungsmissbrauch das rechtliche Gehör einer versicherten Person bereits *vorgängig* einer durchzuführenden medizinischen Begutachtung zu wahren haben.⁸⁵ Konkret muss einer versicherten Person Einblick in *sämtliche* Akten⁸⁶ gewährt und die Möglichkeit zur schriftlichen Stellungnahme geboten werden, bevor die Akten an den medizinischen Gutachter bzw. die Gutachterstelle übermittelt werden.⁸⁷

1.5 Qualitätssicherung bei medizinischen Begutachtungen

Parallel zur geforderten Stärkung der Gehörs- und Partizipationsrechte der versicherten Personen und zur erweiterten Anwendung des zur Verfügung stehenden Beweismittelinstrumentariums steht weiterhin das kontinuierliche Bestreben um eine *Verbesserung der*

⁸¹ Auch BÖHME, 352, weist darauf hin, dass ein nicht zu unterschätzender zeitlicher Verwaltungsaufwand entstehen wird.

⁸² Somit ohne Berücksichtigung des inzwischen revidierten Art. 44 ATSG.

⁸³ Siehe die kritische Berichterstattung zum genannten Entscheid in «Kein freies Ermessen bei der Aktenführung», plädoyer 2019/6 10 ff.

⁸⁴ Zur Diskussion Anlass gibt BGer, 8C_292/2019, 27.8.2019, in welchem sich das Bundesgericht zum *Zeitpunkt* der Gewährung des rechtlichen Gehörs im Zusammenhang mit der Erstellung eines medizinischen polydisziplinären Gutachtens äusserte.

⁸⁵ EBNER/GÄCHTER/HERZOG-ZWITTER, 113 ff.

⁸⁶ Somit auch in das Observationsmaterial und in die anderen Unterlagen wie Fotos aus Facebook-Profilen etc., welche sich in den Unterlagen der IV-Abteilung BVM (Bekämpfung Versicherungsmissbrauch) befinden.

⁸⁷ EBNER/GÄCHTER/HERZOG-ZWITTER, 121. So zu Recht auch bereits SCHLEIFER/KIESER/LIEBRENZ, 201, mit Verweis auf die geltenden Qualitätsleitlinien für versicherungspsychiatrische Begutachtungen.

*Qualität*⁸⁸ des medizinischen Administrativgutachtens im Vordergrund. Bei der Abklärung von sozialversicherungsrechtlichen Dauerleistungen durch die Sozialversicherungsträger stellt das nach Art. 44 ATSG eingeholte medizinische Administrativgutachten das *wichtigste*⁸⁹ Beweismittel dar. Im Rahmen der vom Bundesgericht entwickelten Beweiswürdigungsgrundsätze⁹⁰ kommt diesem eine erhöhte Beweiskraft zu. In diesem Sinne wurde bei der kürzlich im Parlament behandelten Revision von Art. 44 ATSG ein neuer Absatz 6 eingeführt, nach welchem der Bundesrat unter anderem für die Zulassung und die Überprüfung von Gutachterstellen für Gutachten nach Absatz 1 Buchstabe c eine *Stelle zur Qualitätssicherung* schaffen oder beauftragen kann.⁹¹ Damit ist der Gesetzgeber *endlich* einem Anliegen nachgekommen, dessen Wichtigkeit das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung bereits mehrmals unterstrichen hat.⁹² Zu fordern ist, dass durch den Bundesrat sichergestellt werden muss, dass diese Qualitätssicherung *generell* für die medizinischen Gutachten im Bundessozialversicherungsrecht wird greifen müssen, somit nicht nur für medizinische Abklärungen in der Invalidenversicherung.⁹³ Zudem ist an dieser Stelle der in der Literatur vertretenen Ansicht zuzustimmen, wonach die künftige unabhängige Qualitätssicherungsstelle damit zu mandatieren ist, die fachspezifischen Begutachtungsleitlinien zu sammeln (eventuell zu veranlassen), zu koordinieren, aufzubereiten, für die Begutachtung als verbindlich zu erklären und dafür zu sorgen, dass der aktuelle Stand von medizinischer Forschung und Lehre Berücksichtigung findet.⁹⁴

2. Korrekturen im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren

2.1 Problematische Einfachheit und Raschheit des Verfahrens

Im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren definiert Art. 61 ATSG diejenigen verfahrensrechtlichen Grundsätze, welche von allen Kantonen bei der Ausgestaltung der kantonalen Prozessordnungen einzuhalten sind.⁹⁵ Nach Art. 61 lit. a ATSG muss das Verfahren vor den kantonalen Versicherungsgerichten einfach, rasch, in der Regel öffentlich und für die Parteien kostenlos

⁸⁸ Dazu eingehend EGLI, 147 ff. Der genannte Autor setzt sich – ausgehend von BGE 143 V 124 – zu Recht kritisch mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtes auseinander im Zusammenhang mit den Konsensbesprechungen der medizinischen Sachverständigen nach Durchführung eines polydisziplinären Gutachtens. Diese Konsensbesprechungen werden vom Bundesgericht im genannten Entscheid in nicht nachvollziehbarer Weise lediglich als «ideal, aber nicht zwingend» bezeichnet.

⁸⁹ So weist auch EGLI, 153, zu Recht darauf hin, dass die Qualität medizinischer Gutachten das *Herzstück* eines rechtsstaatlichen Abklärungsverfahrens darstellt. In der Rechtsprechung wird zudem immer wieder darauf hingewiesen, dass die *Sicherstellung von Qualität und Einheitlichkeit* der Begutachtungen für ein rechtsstaatliches IV-Abklärungsverfahren entscheidend ist. Dazu etwa BGE 139 V 349 E. 5.5. Zum ganzen Problemkreis der «Fairness durch die Qualität des Sachverständigen-gutachtens» im Unfallversicherungsrecht eingehend BÖHME, 271 ff.

⁹⁰ Dazu vorne I.1.5.

⁹¹ Dazu BSK ATSG-ALIOTTA, Art. 44 N 53 ff., sowie SK ATSG-KIESER, Art. 44 N 2 ff. Zu Recht weist jedoch EGLI, 159, darauf hin, dass leider eine solche Stelle zur Qualitätssicherung nur für polydisziplinäre Gutachten vorgesehen ist, nicht aber für mono- und bidisziplinäre Gutachten. Diese Einschränkung ist tatsächlich nicht nachvollziehbar.

⁹² So z.B. in BGE 137 V 210 E. 3.3.1 sowie 139 V 349 E. 5.5. Dazu EGLI, 155.

⁹³ So bereits ALIOTTA, Begutachtungen, 516 ff.

⁹⁴ So EGLI, 161, mit Verweis auf diese wörtlich bereits in BGE 137 V 210 E. 3.3.4 aufgestellte Forderung des Bundesgerichtes.

⁹⁵ Siehe dazu bereits vorne I.2.1.

sein. Diese anzustrebende *Einfachheit und Raschheit* des Verfahrens vor den kantonalen Versicherungsgerichten verlangt nach Auffassung des Bundesgerichtes grundsätzlich eine effiziente, zweckmässige Verfahrensführung ohne unnötige prozessuale Schritte.⁹⁶ Diese bundesrechtlichen Vorgaben haben indes *automatisch* einen mitunter ungewollten Einfluss auf die hier interessierende Frage nach der Durchführung eines schlüssigen Beweisverfahrens vor den kantonalen Versicherungsgerichten. Dies unabhängig von der unterschiedlichen Ausgestaltung der einzelnen kantonalen Prozessordnungen, welche die für das Gericht zur Verfügung stehenden Beweismittel definieren. In der Lehre wird denn auch zutreffend erkannt, dass etwa der verfahrensrechtliche Grundsatz der *Einfachheit* des Verfahrens nicht damit vereinbart werden kann, dass vor allem Verfahren um sozialversicherungsrechtliche Dauerleistungen⁹⁷ durch die Gerichte im Grunde genommen *mit besonderer Umsicht* zu führen sind.⁹⁸ Diese besondere Umsicht ist unbestreitbar vor allem dann von den Gerichten walten zu lassen, sobald durch das Gericht komplexe polydisziplinäre medizinische Administrativgutachten zu würdigen sind. Dies kann eigentlich nichts anderes bedeuten, als dass bei Bedarf die Gerichte unter Wahrung der Partizipationsrechte der versicherten Personen⁹⁹ weitere Beweise zu erheben haben, um insbesondere einen *komplexen medizinischen Sachverhalt* oder einen *komplexen Unfallhergang* weiter abzuklären. Folglich ist an dieser Stelle auch der in der Literatur erhobene Forderung uneingeschränkt beizupflichten, dass die Gerichte bei der Beweiswürdigung *strengere Massstäbe* anzusetzen haben und einem medizinischen Administrativgutachten bei festgestellten Mängeln konsequenter als bisher in der Rechtsprechung der *Beweiswert abzusprechen* ist.¹⁰⁰

2.2 Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes betreffend die Anforderungen an die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren ist *weniger streng* als im nicht-streitigen Verwaltungsverfahren.¹⁰¹ Dies ermöglicht es einer versicherten Person, für das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren einen unentgeltlichen Rechtsvertreter zu beantragen, welcher dafür zu sorgen hat, dass im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren dem Gericht die notwendigen *Beweisanträge*¹⁰² gestellt werden oder beweisrechtlich relevante schriftliche *Beweisstücke*¹⁰³ eingereicht werden.

⁹⁶ BGE 136 V 2 E. 2.7. Siehe dazu BSK ATSG-BOLLINGER, Art. 61 N 5.

⁹⁷ Zu denken ist dabei vor allem an Rentenleistungen in der IV und in der UV.

⁹⁸ SK ATSG-KIESER, Art. 61 N 49.

⁹⁹ Gemäss richtiger Ansicht von FURRER, 12, sind die Normen von Art. 57 ff. BZP im Sinne der Verfahrenseinheit auch im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren uneingeschränkt anzuwenden.

¹⁰⁰ So zu Recht SLAVIK, 177.

¹⁰¹ Näheres dazu BSK ATSG-BOLLINGER, Art. 61 N 66.

¹⁰² Zu denken ist dabei vor allem an die Parteibefragung im Rahmen einer öffentlichen Gerichtsverhandlung, an Zeugeneinvernahmen und an Augenscheinen.

¹⁰³ Zu denken ist dabei vor allem an medizinische Berichte oder medizinische Parteigutachten.

2.3 Richterliche Fragepflicht

Bei solchen versicherten Personen, welche vor dem kantonalen Versicherungsgericht nicht verbeiständet¹⁰⁴ sind, hat im Sinne einer analogen Anwendung von Art. 56 ZPO¹⁰⁵ vermehrt eine *richterliche Fragepflicht* zu greifen, sobald der rechtsrelevante Sachverhalt unter Berücksichtigung des Untersuchungsgrundsatzes weiter abzuklären ist. Eine solche richterliche Fragepflicht ist etwa dann relevant, wenn im invalidenversicherungsrechtlichen Beschwerdeverfahren die Statusfrage umstritten ist, somit derjenige Lebenssachverhalt, wie er sich bei der versicherten Person mutmasslich *ohne* eingetretenen Gesundheitsschaden verwirklicht hätte.

2.4 Öffentliche Verhandlungen, Parteibefragungen und Zeugeneinvernahmen

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes wird noch zu präzisieren haben, in welchem Rahmen die neu nach Art. 44 Abs. 5^{bis} ATSG anlässlich einer medizinischen Begutachtung erstellten Tonaufnahmen beim Vorliegen von Streitigkeiten im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren *abgehört und gewürdigt* werden sollen. An dieser Stelle ist dafür zu plädieren, dass die Anhörung der Tonaufnahmen im Rahmen einer öffentlichen Verhandlung zu erfolgen hat, wenn eine versicherte Person das Abhören der Tonaufnahmen als *Beweisantrag* in der Beschwerdeschrift stellt. Es stellt sich aber im Sinne einer Gleichbehandlung¹⁰⁶ der versicherten Personen im Beschwerdeverfahren die Frage, ob nicht ohnehin *ex officio* auch ohne Einreichung eines ausdrücklichen Beweisantrages durch eine versicherte Person die Tonaufnahmen vor den Schranken bei Anwesenheit der Parteien abzuhören sind.

Als weiteren Ausbauschritt des Beweisverfahrens vor den kantonalen Versicherungsgerichten ist dafür zu plädieren, dass bei umstrittenen Sachverhalten vermehrt öffentliche Gerichtsverhandlungen mit *Parteibefragungen* oder *Zeugeneinvernahmen* durchgeführt werden. Im Rahmen der geltenden Untersuchungspflicht nach Art. 61 lit. c ATSG ist auch vermehrt eine *richterliche Fragepflicht* im Sinne von Art. 56 ZPO angezeigt, sobald die Vorbringen in einer Beschwerdeschrift einer nicht vertretenen versicherten Person unklar sind oder die Aktenlage sonst unklar ist. Es ist ohne weiteres davon auszugehen, dass die diesbezügliche Zurückhaltung der Gerichte auch auf eingeschränkte personelle Mittel zurückzuführen ist. Somit ist es letztlich auch eine *politische Frage*, ob die öffentliche Hand die notwendigen finanziellen Ressourcen zur Verstärkung des Gerichtspersonals sprechen kann, um die rechtsstaatlich wünschenswerte Zunahme mündlicher Verhandlungen vor den kantonalen Versicherungsgerichten zu garantieren.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Vor den kantonalen Versicherungsgerichten besteht keine Vertretungspflicht und kein Anwaltsmonopol, weshalb viele versicherte Personen ohne jegliche Vertretung eine Beschwerde einreichen. Nach Art. 61 lit. c ATSG muss lediglich *das Recht*, sich vor Gericht verbeiständen zu lassen, gewährleistet sein.

¹⁰⁵ In zahlreichen kantonalen Prozessordnungen wird *ergänzend* auf die ZPO verwiesen. Dazu BSK ATSG-BOLLINGER, Art. 61 N 4.

¹⁰⁶ Infolge mangelnder Rechtsvertretung vor dem kantonalen Versicherungsgericht.

¹⁰⁷ Dazu bereits BSK ATSG-BOLLINGER, Art. 61 N 14.