

Der Augenschein in der obligatorischen Unfallversicherung

Von Dr. iur. ROGER PETER, Rechtsanwalt, Zürich*

Inhaltsverzeichnis

- A. Ausgangslage
- B. Begriff des Augenscheins
- C. Objekt des Augenscheins
 - I. Personen
 - II. Sachen
- D. Duldungspflicht und Rechtsfolgen bei Weigerung
 - I. Versicherte Person bzw. nächste Angehörige
 - II. Dritte
- E. Augenschein durch Gehilfen
 - I. Mittelbarkeit der Beweisaufnahme
 - II. Besondere Fachkenntnisse
- F. Recht auf und am Augenschein
 - I. Grundsatz
 - II. Begriffsimmanente Schranken
 - III. Umfang
 - IV. Beschränkung
 - V. Verletzung
- G. Ergebnisse

A. Ausgangslage

Im Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung haben die Durchführungsorgane (SUVA, Unfallversicherer nach Art. 68 UVG sowie die Ersatzkasse nach Art. 72 UVG) den rechtserheblichen Sachverhalt vollständig und richtig sowie unter Beachtung der Gehörsrechte der betroffenen Personen festzustellen.

Zur Beantwortung der rechtserheblichen Fragen,

- ob und wie das geltend gemachte versicherte Risiko stattgefunden hat,

* Der Autor ist Berater bei PricewaterhouseCoopers und Ersatzrichter am Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich.

- von welcher Beschaffenheit das angeblich schadenverursachende Objekt ist,
 - ob, unter welchen Bedingungen, über welchen Zeitraum und in welcher Intensität die versicherte Person welcher Art von Immissionen ausgesetzt war,
 - welche Befunde und Diagnosen vorliegen,
 - ob und in welchem Umfang eine Arbeitsunfähigkeit besteht,
 - ob und in welchem Ausmass welche Integritätseinbussen bestehen sowie
 - welche Tätigkeiten die versicherte Person in welchem Umfang mit welchen Einschränkungen zumutbarerweise (noch) ausüben kann,
- bedarf es eines Augenscheins.

Aufgrund der Bedeutung dieses Beweismittels für die Durchführungsorgane sowie die versicherten Personen gilt es, den Augenschein näher zu beleuchten. Die vorliegende Abhandlung befasst sich im Wesentlichen mit den Fragen, was Objekt des Augenscheins ist, ob und in welchem Umfang wen eine Duldungspflicht trifft, welche Rechtsfolgen bei Verweigerung der Duldungspflicht eintreten sowie ob, wann, in welcher Form und in welchem Umfang ein Recht auf und am Augenschein besteht und welche Rechtsfolgen bei Verletzung dieser Rechte eintreten.

B. Begriff des Augenscheins

Weder das UVG¹ noch das VwVG², noch das BZP³, noch das ATSG⁴ definieren den Augenschein. Die herrschende Lehre versteht unter «Augenschein» die unmittelbare Sinneswahrnehmung körperlicher Eigenschaften und/oder Zustände von Personen und/oder Sa-

1 Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (UVG; SR 832.20).

2 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021).

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

4 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; BBI 2000, 5041 ff.).

chen durch die entscheidende Behörde⁵. Da Augenschein auch durch Gehör-, Geruchs- Geschmacks-, Haut- (Tast- [Druck-], Temperatur- und Schmerzeindrücke) und Gleichgewichtssinn erfolgen kann, ist die Begriffsbezeichnung «Augenschein» (Wahrnehmung durch Gesichtssinn) zu eng⁶.

Erfordert die richtige Wahrnehmung der relevanten Tatsachen am Augenscheinsobjekt besondere Fachkenntnisse, so sind Sachverständige beizuziehen⁷.

Dieselbe Sache kann Urkunde und Augenscheinsobjekt sein⁸. Ist eine Sache aber nicht ihres gedanklichen Inhaltes, sondern nur ihrer

5 Siehe JÖRG BUCHER, Die Erforschung der materiellen Wahrheit und ihre Grenzen nach dem Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, Diss. Bern 1951, 53; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, 276; RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 169; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, 330; OTHMAR JAUERNIG, Zivilprozessrecht, 24. Auflage, München 1993, 195; SABINE KOFMEL, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Diss. Bern 1992, 189; GEORG LEUCH/OMAR MARBACH/Franz KELLERHALS, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 4. Auflage, Bern 1995, Art. 260; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt am Main 1996, Rz. 1135; LEO ROSENBERG/KARL HEINZ SCHWAB/PETER GOTTWALD, Zivilprozessrecht, 15. Auflage, München 1993, § 120 I; OSCAR VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 6. Auflage, Bern 1999, 10 N. 146; HANS ULRICH WALDER, Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 1996, § 29 Rz. 69.

6 BGE 121 V 153 Erw. 4b; LGVE 1999 II Nr. 25 S. 248 Erw. 3a/bb; ATTILO R. GADOLA, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Eine Darstellung unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Obwalden, Diss. Zürich 1991, 407; BUCHER, (Fn. 5), 53; GYGI, (Fn. 5), 276; ROBERT HAUSER, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage, Basel/Frankfurt am Main, 1984, 181; JAUERNIG, (Fn. 5), 195; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 284; KOFMEL, (Fn. 5), 189; MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Auflage, Bern 1984, 132; THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern (VRPG; BSG 155.21), Bern 1997, Art. 19 N. 23; RHINOW/KOLLER/KISS, (Fn. 5), Rz. 1135; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, (Fn. 5), § 120 I; VOGEL, (Fn. 5), 10 N. 146.

7 Siehe BGE 121 V 150 ff. (Schallimmissionsmessungen), 104 Ia 71 Erw. 3b (Lärmimmissionen); KOFMEL, (Fn. 5), 189.

8 HANS HÜRLIMANN, Der Urkundenbeweis im Zivilprozess, Diss. Freiburg 1944, 42 f.; THEODOR KELLER, Die Edition von Urkunden im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1963, 2; KUMMER, (Fn. 6), 131; EDWIN WALDVOGEL, Das Beweisrecht im eidgenössischen Versicherungsprozess, Diss. Zürich 1928, 107.

äusseren Beschaffenheit wegen von Interesse, so ist sie nicht Urkunde, sondern Augenscheinsobjekt⁹.

C. Objekt des Augenscheins

I. Personen

Sowohl Art. 47 UVG i.V.m. Art. 55 Abs. 2 UVV¹⁰ (medizinische Untersuchungen) und Art. 60 UVV (Autopsie) als auch Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 55 Abs. 1 BZP regeln den Augenschein an der versicherten Person bzw. der Partei. Da die Voraussetzungen und die Durchführung der medizinischen Untersuchung sowie der Autopsie im UVG «eingehender» geregelt ist als im VwVG, finden die spezielleren und späteren Bestimmungen des UVG und deren Verordnung nicht nur auf die Unfallversicherer gemäss Art. 68 Abs. 1 UVG und die Ersatzkasse gemäss Art. 72 UVG, sondern auch auf die SUVA und somit auf sämtliche Durchführungsorgane der obligatorischen Unfallversicherung Anwendung¹¹.

Objekt des Augenscheins kann ausschliesslich die versicherte Person bzw. deren Leichnam sein¹². Der Augenschein an der Person eines Dritten ist im Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung mangels einer gesetzlichen Grundlage nicht zulässig¹³.

9 HÜRLIMANN, (Fn. 8), 42 f.; KELLER, (Fn. 8), 2; KUMMER, (Fn. 6), 131; WALDVOGEL, (Fn. 8), 106 f.

10 Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (UVV; SR 832.202).

11 Zum Verhältnis zwischen UVG und VwVG sowie zwischen VwVG und BZP siehe ROGER PETER, Der Sachverständige im Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung, Zürich 1999, 4 f. und *ders.*, Das (Verwaltungs-)Verfahren bei Zuständigkeitsstreitigkeiten im Leistungsrecht der obligatorischen Unfallversicherung, in: SZS 44 (2000) 120 ff.; Nach Inkraftsetzung des ATSG wird sich die medizinische Untersuchung der versicherten Person nach Art. 43 Abs. 2 ATSG richten. Gemäss dieser Bestimmung hat sich die versicherte Person ärztlichen oder fachlichen Untersuchungen zu unterziehen, soweit solche für die Beurteilung (des rechtserheblichen Sachverhaltes) notwendig und zumutbar sind (siehe BBI 2000, 5051). Der Inhalt von Art. 47 Abs. 4 UVG (Autopsie) wird nach Inkraftsetzung des ATSG vollumfänglich in Art. 47 UVG übergeführt (siehe BBI 2000, 5097). Art. 60 UVV (Autopsien und ähnliche Eingriffe) dürfte ebenfalls keine Änderungen erfahren.

12 Vgl. Art. 47 UVG i.V.m. Art. 55 Abs. 2 und Art. 60 UVV.

13 Vgl. BUCHER, (Fn. 5), 55.

II. Sachen

Nach Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 55 BZP kann der Augenschein an den im Gewahrsam einer Partei und/oder eines Dritten stehenden (beweglichen und unbeweglichen) Sachen erfolgen. Zum Augenschein an Sachen findet sich im UVG lediglich die Regelung von Art. 47 Abs. 3 UVG i.V.m. Art. 56 UVV. Nach dieser Bestimmung hat der Arbeitgeber dem Beauftragten des Unfallversicherers freien Zutritt zum Betrieb zu gewähren.

Da das UVG den Augenschein an den im Gewahrsam einer Partei/versicherten Person und/oder eines Dritten stehenden Sachen über Art. 47 Abs. 3 UVG i.V.m. Art. 56 UVV hinaus nicht regelt und ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers nicht vorliegt, besteht eine planwidrige Unvollständigkeit des UVG, die durch analoge Anwendung von Art. 12 lit. e VwVG und Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 55 BZP zu beheben ist¹⁴.

D. Duldungspflicht und Rechtsfolgen bei Weigerung

I. Versicherte Person bzw. nächste Angehörige

Im Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung ist die versicherte Person gestützt auf Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 55 Abs. 1 BZP zur Duldung des Augenscheins an den in ihrem Gewahrsam stehenden Sachen verpflichtet¹⁵. Nach Art. 47 UVG i.V.m. Art. 55 Abs. 2 UVV muss sie ebenso eine medizinische Untersuchung dulden, sofern diese zum Zwecke der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes erfolgt und verhältnismäs-

¹⁴ Mit Inkraftsetzung des ATSG wird Art. 47 Abs. 3 UVG (und in fine mangels einer gesetzlichen Grundlage wohl auch Art. 56 UVV) aufgehoben werden (siehe BBl 2000, 5097). Da weder das ATSG noch das UVG die Frage des Augenscheins an den im Gewahrsam einer Partei/versicherten Person und/oder eines Dritten stehenden Sachen regeln und ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers nicht vorliegt, bleiben Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 55 BZP auch nach Inkraftsetzung des ATSG beachtlich (vgl. Art. 55 Abs. 1 ATSG i.V.m. Art. 3 Bst. d^{bis} VwVG; BBl 2000, 5054 und 5064).

¹⁵ Siehe oben, C II.

sig¹⁶ ist¹⁷. Des Weiteren kann das Durchführungsorgan der obligatorischen Unfallversicherung gemäss Art. 47 Abs. 4 UVG i.V.m. Art. 60 Abs. 1 UVV die Autopsie oder einen ähnlichen Eingriff bei einer tödlich verunfallten, versicherten Person anordnen, wenn Grund zur Annahme besteht, dass der für die Leistungspflicht massgebende Sachverhalt dadurch besser abgeklärt werden kann. Als ähnlicher Eingriff gilt namentlich die Muskelentnahme zur Bestimmung des Blutalkoholgehaltes¹⁸. Die Autopsie darf nicht angeordnet werden, wenn die nächsten Angehörigen dagegen Einsprache erheben oder eine entsprechende Willenserklärung der verstorbenen Person vorliegt¹⁹. Nach Art. 60 Abs. 2 Satz 2 UVV gelten als nächste Angehörige bei Verheirateten der Ehegatte, bei Unverheirateten oder Verwitweten die Eltern oder volljährigen Kinder. Gemäss Art. 60 Abs. 2 Satz 3 UVV ist der Zeitpunkt der Autopsie so zu wählen, dass den nächsten Angehörigen unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit zur Einsprache gewahrt bleibt, ohne dass der Abklärungserfolg in Frage gestellt wird.

Verweigern die versicherte Person bzw. deren Hinterlassene eine zumutbare und notwendige Mitwirkung, so kann das Durchfüh-

16 Der Eingriff in die Persönliche Freiheit gilt als *verhältnismässig*, wenn er sowohl *tauglich* ist, den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck zu erreichen, als auch in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht *nicht weitergeht, als dies notwendig* ist. Des Weiteren muss *zwischen* Eingriffsmittel und Eingriffszweck ein *vernünftiges Verhältnis* bestehen (siehe ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Ein Grundriss, 4. Auflage, Zürich 1998, N. 1141 ff.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, Rz. 486 ff.; HANS HUBER, Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht, in: ZSR NF 96/I [1977] 27 f.; MAX IMBODEN/RENÉ RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bände, 6. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1986, und Ergänzungsband, Basel/Frankfurt am Main 1990, Nr. 58; ULRICH MEYER-BLASER, zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht [am Beispiel der beruflichen Eingliederungsmassnahme der IV], Diss. Bern 1985, 8 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, Einleitung zu den Grundrechten, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Zürich/Bern, [Stand April 1987], Rz. 145 ff.; ULRICH ZIMMERLI, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, Versuch einer Standortbestimmung, Diss. Bern 1978, 12 ff.). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist die medizinische Untersuchung zumutbar im Sinne von Art. 55 Abs. 2 UVV.

17 Siehe oben, Fn. 11.

18 Art. 60 Abs. 1 Satz 2 UVV.

19 Art. 47 Abs. 4 Satz 2 UVG sowie oben, Fn. 11.

rungsorgan mangels einer gesetzlichen Grundlage zur Durchsetzung *keinen unmittelbaren Zwang*²⁰ ausüben.

Gemäss Art. 60 VwVG kann die Beschwerdeinstanz gegenüber Parteien oder deren Vertreter, die den Anstand verletzen oder den Geschäftsgang stören, einen Verweis oder eine Ordnungsbusse bis zu Fr. 500.– aussprechen. Da das Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung aber kein Beschwerdeverfahren im Sinne von Art. 44 VwVG ist, kann das Durchführungsorgan die Parteien bei unbefugter Verweigerung der Duldung des Augenscheins nicht mit *administrativen Nachteilen* belegen. Diese Kompetenz nach Art. 60 VwVG steht gestützt auf Art. 47 Abs. 1 lit. c VwVG der Aufsichtsbehörde des Durchführungsorgans zu.

Art. 13 Abs. 2 VwVG bestimmt, dass die Behörde auf ein Begehren im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. a und b VwVG²¹ nicht einzutreten braucht, wenn die Parteien die notwendige und zumutbare Mitwirkung verweigern. Gemäss Art. 47 Abs. 3 Satz 2 UVG kann das Durchführungsorgan von weiteren Erhebungen absehen und aufgrund der Akten entscheiden, wenn die versicherte Person bzw. ihre Hinterlassenen die Aufklärung des Sachverhaltes *erheblich*²² erschweren. Sowohl Art. 13 Abs. 2 VwVG als auch Art. 47 Abs. 3 Satz 2 UVG regeln somit die Rechtsfolge bei Mitwirkungsverweigerung²³. Da

20 Zum Beispiel: Beschlagnahme, Hausdurchsuchung, Zwangsuntersuchung, Zwangsautopsie (vgl. Art. 47 Abs. 4 UVG i.V.m. Art. 60 Abs. 2 UVV).

21 Gemäss Art. 13 Abs. 1 VwVG sind die Parteien verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken: a. in einem Verfahren, das sie durch ihr Begehren einleiten; b. in einem Verfahren, soweit sie darin selbständige Begehren stellen.

22 Eine Erschwerung gilt als erheblich, wenn eine *geeignete* und *erforderliche* Sachverhaltsabklärung bzw. Beweismittelbeschaffung mangels Mitwirkung des Pflichtigen nicht erfolgen kann *und* die Behörde diese rechtmässig auch anderweitig nicht oder *nicht ohne besonderen Aufwand* (SVR 1998 UV Nr. 1 S. 2 Erw. 1b) beschaffen bzw. den rechtserheblichen Sachverhalt auch mit anderen Beweismitteln nicht vollständig abklären kann. *Geeignet* sind Abklärung bzw. Beweismittel, wenn sie den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck herbeizuführen vermögen. *Erforderlichkeit* liegt vor, wenn der Beweis noch nicht erbracht ist oder der gleiche, rechtlich relevante Zweck nicht durch weniger eingreifende Abklärungen/Beweismittel erzielt werden kann.

23 Der Inhalt von Art. 13 Abs. 2 VwVG und Art. 47 Abs. 3 Satz 2 UVG wird in Art. 43 Abs. 3 Satz 1 ATSG zusammengeführt. Danach kann der Versicherungsträger aufgrund der Akten verfügen oder die Erhebungen einstellen und Nichteintreten beschliessen, wenn die versicherte Person oder andere Personen, die Leistungen beanspruchen, den Auskunfts- oder Mitwirkungspflichten in unentschuldbarer Weise nicht nachkommen (siehe BBl 2000, 5051).

Art. 47 Abs. 3 Satz 2 UVG eine zu Art. 13 Abs. 2 VwVG nicht eindeutig abweichende Regelung darstellt, bleibt Art. 13 Abs. 2 VwVG für die *SUVA* in Verfahren, die *auf Begehren/Antrag ausgelöst* werden, anwendbar²⁴. In Verfahren, die *von Amtes wegen eingeleitet* werden, findet Art. 13 Abs. 2 VwVG keine Anwendung²⁵. Art. 47 Abs. 3 Satz 2 UVG gilt diesfalls sowohl für die *SUVA* als auch für die *Versicherer* gemäss Art. 68 UVG und die *Ersatzkasse* gemäss Art. 72 UVG. In Verfahren, die *auf Antrag ausgelöst* werden, haben die *Versicherer gemäss Art. 68 UVG sowie die Ersatzkasse gemäss Art. 72 UVG* bei Verletzung der Mitwirkungspflicht durch *Versicherte/Hinterlassene grundsätzlich* Art. 47 Abs. 3 Satz 2 UVG zur Anwendung zu bringen. Nachfolgend ist aufzuzeigen, wann und unter welchen Voraussetzungen vom Grundsatz der Anwendbarkeit von Art. 47 Abs. 3 Satz 2 UVG abzuweichen ist.

Sinn und Zweck von Art. 47 Abs. 3 Satz 2 UVG und Art. 13 Abs. 2 VwVG ist die Verhinderung von Vorteilen aus treuwidrigem Verhalten. Wer seinen gesetzlichen Mitwirkungspflichten nicht nachkommt, soll aus der Unmöglichkeit der (vollständigen) Ermittlung des Sachverhaltes nicht Vorteile ziehen können. Die in Art. 47 Abs. 3 Satz 2 UVG vorgesehene Rechtsfolge (Absehen von weiteren Sachverhaltsabklärungen und Entscheiden aufgrund der Akten) kann jedoch in gewissen Fällen, insbesondere bei anspruchsvermindernden oder -vernichtenden Tatsachen, zu mit Sinn und Zweck der Bestimmung nicht vereinbarenden Ergebnissen führen. Zu denken ist beispielsweise an den Fall, wo der *behandelnde* Arzt einen Kausalzusammenhang zwischen dem Ereignis/Unfall und den von ihm festgestellten Befunden/Diagnosen bejaht. Wenn sich die versicherte Person zusätzlichen, durch das Durchführungsorgan beispielsweise zur Überprüfung von Befunden, Diagnose und Arbeitsfähigkeit angeordneten medizinischen Untersuchungen und/oder Begutachtungen nicht unterzieht, so kann der rechtserhebliche Sachverhalt nicht vollständig festgestellt werden. Insbesondere kann das Durchführungsorgan als entscheidende Verwaltungsbehörde nicht klären, ob sich der Status quo ante/sine, welcher eine Einstellung der Leistungen aus der obligatorischen Unfallversicherung nach sich zöge, inzwischen

24 Siehe oben, Fn. 11 mit Hinweisen.

25 Siehe Wortlaut von Art. 13 Abs. 2 VwVG («... auf Begehren... nicht einzutreten...»).

eingestellt hat. Sofern sich diese rechtserhebliche Frage auch durch ein anderes Beweismittel nicht ausreichend beantworten lässt, liegt ein Ermittlungsnotstand vor.

Die wörtliche Anwendung der Rechtsfolge von Art. 47 Abs. 3 Satz 2 UVG (Absehen von weiteren Sachverhaltsabklärungen und Entscheiden aufgrund der Akten) würde in einem solchen Fall dazu führen, dass der natürliche Kausalzusammenhang aufgrund der Aktenlage bejaht werden müsste und die versicherte Person, sofern die übrigen Leistungsvoraussetzungen erfüllt sind, in den Genuss von Leistungen aus der obligatorischen Unfallversicherung gelangte oder sich laufende Dauerleistungen sichern könnte. Dies kann aufgrund der klaren Aussage in der Botschaft, wonach beabsichtigt wurde, eine Vorteilsziehung aus treuwidrigem Verhalten zu verhindern²⁶, vom Gesetzgeber nicht gewollt gewesen sein. Aus Sinn und Zweck von Art. 47 Abs. 3 Satz 2 UVG ergibt sich, dass dessen Wortlaut nicht immer den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Da die wörtliche Auslegung von Art. 47 Abs. 3 Satz 2 UVG in diesen Konstellationen eine stossende und sinnwidrige Rechtsfolge bewirkt, die mit dem Gerechtigkeitsgefühl und dem Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung nicht zu vereinen ist, liegen triftige Gründe vor, die ein Abweichen vom Wortlaut gebieten.

Als Lösung bietet sich einmal die analoge Anwendung von Art. 13 Abs. 2 VwVG an, wonach bei Verweigerung notwendiger und zumutbarer Mitwirkung die Behörde auf das Begehren der Partei nicht einzutreten braucht²⁷. Mit Art. 13 Abs. 2 VwVG wollte der Gesetzgeber den rechtsanwendenden Behörden ein griffiges Mittel gegen Rechtsmissbrauchsfälle bei notwendiger und zumutbarer Mitwirkung geben. Niemand soll Rechtsvorteile durch Pflichtverletzungen erlangen²⁸. Wer Leistungen will, hat zur Klärung des Sachverhaltes alles Notwendige und Zumutbare beizutragen. Andernfalls soll die Behörde, sofern sie den rechtserheblichen Sachverhalt ohne besonderen Aufwand nicht auf anderem Weg rechtmässig ermitteln kann²⁹, die Sache ohne zusätzliche Arbeit, wie beispielsweise eine materiel-

26 Botschaft UVG, S. 62 (Sonderdruck) = BBl 1976 III 202.

27 ALFRED MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 2. Auflage, Bern 1989, 256.

28 Siehe BGE 108 V 88; ARTHUR HAEFLIGER, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung, Bern 1985, 222.

29 Vgl. SVR 1998 UV Nr. 1 S. 2 Erw. 1b.

le Prüfung des Begehrens, erledigen können. In diesem Sinne kann der Begriff «Nichteintreten» im Rahmen der *ratio legis* ebenfalls ausgelegt werden. So gesehen, könnte das Durchführungsorgan, statt auf die Sache nicht einzutreten (formelle Erledigung), die Sache *ohne umfassende Sachverhalts-/Beweiswürdigung*³⁰ (kurz) mangels rechtsgenügender Substanziierung des Anspruches durch Verfügung abweisen (materielle Erledigung).

Ist das Durchführungsorgan trotz Verweigerung der notwendigen und zumutbaren Mitwirkung auf das Leistungsbegehren eingetreten, so eröffnet sich durch die Anwendung von Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP die dritte Möglichkeit zum Vorgehen bei Verletzung von Mitwirkungspflichten bei anspruchsvermindernden oder -vernichtenden Tatsachen. Nach Art. 40 BZP würdigt der Richter die Beweise nach freier Überzeugung. Er berücksichtigt das Verhalten der Parteien im Prozesse, wie das Nichtbefolgen einer persönlichen Vorladung, das Verweigern der Beantwortung richterlicher Fragen und das Vorenthalten angeforderter Beweismittel. Das Durchführungsorgan kann als (entscheidende Verwaltungs-)Behörde somit die Verweigerung der Mitwirkung aus freier, pflichtgemässer und begründeter Überzeugung unter Beachtung von Erfahrungssätzen und Denkgesetzen würdigen³¹. Vereitelt eine Partei durch Verletzung ihrer Mitwirkungspflicht den Beweis von anspruchsvermindernden oder -vernichtenden Tatsachen, so gilt dies als starkes Indiz dafür, dass sich diese Tatsachen verwirklicht haben. Die rechtsanwendende Behörde kann deshalb die Vereitelung der Beweisführung der gelungenen gleichstellen³².

Zu beachten ist, dass sowohl der Nichteintretensentscheid als auch die zwei Arten der Abweisung (die Abweisung ohne umfassende Sachverhalts-/Beweiswürdigung mangels rechtsgenügender Substanziierung des Anspruches sowie die Abweisung nach freier Wür-

30 Eine umfassende Sachverhalts-/Beweiswürdigung ist aufgrund der unvollständigen Aktenlage nicht möglich.

31 Vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP; KÖLZ/HÄNER, (Fn. 6), Rz. 275; RHI-NOW/KOLLER/KISS, (Fn. 5), Rz. 1138.

32 LGVE 1982 II Nr. 30 S. 272 Erw. 4b mit Hinweis auf ZAK 1978, 470 Erw. 1, ALFRED KÖLZ, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 24. Mai 1959, Zürich 1978, § 7 N. 53, und ALFRED MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. Auflage, Band I: Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 1983, 438.

digung der Verweigerung zur Mitwirkung) nur zulässig sind, wenn die geforderte Mitwirkung auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig und erfüllbar ist und ein Ermittlungsnotstand vorliegt bzw. *sich der rechtserhebliche Sachverhalt ohne besonderen Aufwand nicht auf anderem Wege rechtmässig ermitteln lässt*³³. Des Weiteren dürfen bewiesene Ansprüche durch die Verweigerung oder Entziehung der Versicherungsleistungen nicht erfasst werden. Ist beispielsweise ein Unfall im Sinne von Art. 9 Abs. 1 UVV sowie ein bestimmter Grad an Arbeitsunfähigkeit bis zum Erreichen des Status quo ante bewiesen, so bestehen bis zu diesem Zeitpunkt Ansprüche auf Leistungen aus der obligatorischen Unfallversicherung (Heilbehandlung und Taggelder) im gesetzlichen Rahmen.

Bevor das Durchführungsorgan ein Nichteintreten (Art. 13 Abs. 2 VwVG), eine Abweisung mangels rechtsgenügender Substanziierung des Anspruchs auf Leistungen der obligatorischen Unfallversicherung (Art. 47 Abs. 3 Satz 2 UVG) oder eine Abweisung nach freier Würdigung der Verweigerung der Mitwirkungspflicht (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP) verfügt, hat es der versicherten Person/den Hinterlassenen in analoger Anwendung von Art. 59 UVV die beabsichtigte Rechtsfolge anzudrohen und ihnen eine angemessene Frist zur Mitwirkung anzusetzen³⁴.

Gemäss EVG ist diese schriftliche Ermahnung mit Säumnisan drohung nicht als Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG zu qualifizieren, so dass sie nicht selbständig anfechtbar ist³⁵.

II. Dritte

Gemäss Art. 55 Abs. 2 BZP sind Dritte verpflichtet, an den in ihrem Gewahrsam stehenden Sachen den Augenschein zu dulden³⁶,

33 SVR 1998 UV Nr. 1 S. 2 Erw. 1b.

34 Dieses Vorgehen (Fristansetzung zur Mitwirkung mit Säumnisfolge) sieht ebenfalls Art. 43 Abs. 3 Satz 2 ATSG vor (*«Er muss diese Person vorher schriftlich mahnen und auf Rechtsfolgen hinweisen; ihnen ist eine angemessene Bedenkfrist einzuräumen.»* [Art. 43 Abs. 3 Satz 2 ATSG; BBl 2000, 5051]).

35 SVR 1998 UV Nr. 1 S. 2 Erw. 1b, BGE 108 V 215 f.; siehe Bemerkungen zu dieser Rechtsauffassung bei PETER, Sachverständige (Fn. 11), 120 ff.

36 Der Augenschein an der Person eines Dritten ist nicht zulässig (siehe oben, C I).

soweit sie nicht in sinngemässer Anwendung von Art. 42 BZP zur Weigerung berechtigt sind.

Steht einem Dritten das Zeugnisverweigerungsrecht nach Art. 42 BZP zu, so muss dieser einen Augenschein an einer in seinem Gewahrsam stehenden Sache nicht dulden.

Weigert sich ein Dritter ohne Vorliegen eines Zeugnisverweigerungsgrundes im Sinne von Art. 42 BZP, einen notwendigen und zumutbaren Augenschein an den in seinem Gewahrsam stehenden Sachen zu dulden, so kann das Durchführungsorgan mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage zur Durchsetzung weder unmittelbaren Zwang ausüben noch administrative Nachteile im Sinne von Art. 60 VwVG aussprechen. Allerdings kann die SUVA gestützt auf Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 55 Abs. 2 Satz 2 BZP den Einlass in Liegenschaften zur Besichtigung polizeilich erzwingen³⁷.

Da die Renitenz von Dritten oftmals auf die Intervention der versicherten Person/ihrer Hinterlassenen zurückzuführen ist, hat das Durchführungsorgan die versicherte Person bzw. deren Hinterlassene auf ihre Mitwirkungspflichten im Sinne von Art. 47 Abs. 3 UVG i.V.m. Art. 55 Abs. 1 UVV hinzuweisen, insbesondere auf ihre Pflicht, Dritte zu ermächtigen, den zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes erforderlichen Augenschein an den in ihrem Gewahrsam stehenden Sachen zu dulden. Zur Klärung der Sachlage sowie aus Gründen der Voraussehbarkeit und Verhältnismässigkeit der Rechtsfolgen/-nachteile ist der versicherten Person/ihren Hinterlassenen sowie dem renitenten Dritten eine angemessene Frist zur Mitwirkung bzw. zur Duldung des Augenscheins anzusetzen. Verstreicht diese Frist ungenutzt, ist der Augenschein zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes geeignet, erforderlich und zumutbar, und konnte deren Durchführungsorgan die Informationen auch auf anderem Weg ohne besonderen Aufwand rechtmässig nicht beschaffen, so ist ein Anspruch auf Leistungen aus der obligatorischen Unfallversicherung ungeachtet eines Verschuldens des Anspruchstellers mangels rechtsgenügender Substanziierung der anspruchsbere-

37 Gemäss Art. 47 UVG i.V.m. Art. 56 UVV hat der Arbeitgeber den Beauftragten der Unfallversicherern den freien Zutritt zum Betrieb zu gewähren. Wenn der freie Zutritt zu gewähren ist, kann dieser auch zwangsweise durchgesetzt werden. Demgemäss steht den Unfallversicherern gemäss Art. 68 UVG sowie der Ersatzkasse gemäss Art. 72 UVG grundsätzlich ebenfalls die Möglichkeit auf *polizeiliche* Erzwingung des freien Zutritts zum Betrieb des Arbeitgebers zu.

gründenden Tatsachen abzuweisen. Diese Rechtsfolge ergibt sich weder aus Art. 13 Abs. 2 VwVG noch aus Art. 47 Abs. 3 UVG, sondern aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der materiellen Beweislast³⁸. Da Leistungen aus der obligatorischen Unfallversicherung nur dann zu gewähren sind, wenn die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, ist unbeachtlich, ob den Anspruchsteller an der Mitwirkungspflichtverletzung des Dritten kein Verschulden trifft. Wird jedoch ein Anspruch mangels Mitwirkung des Dritten abgelehnt, so haftet dieser der versicherten Person bzw. deren Hinterlassenen gegenüber allenfalls aus unerlaubter Handlung³⁹ oder Haftung des Beauftragten für getreue Ausführung.⁴⁰

E. Augenschein durch Gehilfen

I. Mittelbarkeit der Beweisaufnahme

Da ein Augenschein nur solange durchführbar ist, als Tatsachen feststellbar sind, bedarf es zur Beweissicherung gelegentlich eines raschen Handelns. Diese Zeitverhältnisse sowie andere besondere Umstände (z.B. Gefährlichkeit des Augenscheins [Bergtour]) bedingen, dass Augenscheine auch durch eine andere als die entscheidende Verwaltungsperson vorgenommen werden müssen⁴¹. Da im Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung die Beweisaufnahme nicht unmittelbar zu erfolgen hat, ist Augenscheinnahme durch einen Gehilfen grundsätzlich möglich. Erfolgt die Augenscheinnahme durch einen Gehilfen (z.B. Schadeninspektor), so müssen die Akten so geführt werden, dass die entscheidende Verwaltungsperson die tatsächlichen Verhältnisse ausreichend beurteilen kann⁴². Da die erkennende Person die Tatsachen nicht aus eigener,

38 Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

39 Art. 41 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220).

40 Art. 398 OR.

41 Vgl. WALDVOGEL, (Fn. 8), 76.

42 Vgl. BGE 110 Ia 82 Erw. 5c; KÖLZ/HÄNER, (Fn. 6), Rz. 324; WALDVOGEL, (Fn. 8), 76.

unmittelbarer Sinneswahrnehmung, sondern aus Augenscheinsprotokollen⁴³ sowie allenfalls Photos kennt, liegt kein echter Augenschein vor⁴⁴.

II. Besondere Fachkenntnisse

Sind zur Durchführung des Augenscheins besondere Fachkenntnisse erforderlich, die der entscheidenden Verwaltungsperson abgehen, so hat sie einen Sachverständigen zum Augenschein beizuziehen⁴⁵. Diesfalls liegt allerdings nicht mehr ein Beweis durch Augenschein, sondern durch Sachverständige vor⁴⁶. Ist der betroffenen Person die Anwesenheit der entscheidenden Verwaltungsperson beim sachverständigen Augenschein *nicht zumutbar*⁴⁷, so hat der Sachverständige den Augenschein ohne Anwesenheit der Verwaltungsperson vorzunehmen⁴⁸. Ist der Augenschein in Abwesenheit der entscheidenden Verwaltungsperson durchzuführen, so ist bei der Auftragserteilung dem Sachverständigen Weisung zu geben, ob die Parteien beizuziehen sind oder nicht⁴⁹.

43 Sämtliche rechtserheblichen Wahrnehmungen und Erläuterungen zum Augenschein sind schriftlich festzuhalten (vgl. BGE 124 V 390 f. = RKUV 1999 Nr. U 337 S. 281 f. Erw. 3; FRANK/STRÄULI/MESSMER, [Fn. 5], § 169 N. 3; GADOLA, [Fn. 6], 409; HAEFLIGER, [Fn. 28], 141; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, [Fn. 5], Art. 261 N. 1a; GEORG MÜLLER, Art. 4 BV, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Zürich/Bern, [Stand Mai 1995], N. 111; ROLF TINNER, Das rechtliche Gehör, in: ZSR NF 83/II [1964] 346 ff.). Aus Beweisgründen ist das Augenscheinsprotokoll durch die Teilnehmer des Augenscheins zu datieren und zu unterzeichnen. (Siehe auch unten, F III).

44 Vgl. WALDVOGEL, (Fn. 8), 76.

45 Vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 56 Abs. 1 BZP sowie oben, B.

46 ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, (Fn. 5), § 120 IV mit Hinweis.

47 Z.B. Untersuchung der versicherten Person.

48 Siehe Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 56 Abs. 2 BZP (Zur Frage, ob ein Rechtsbeistand an einem Augenschein durch Sachverständige teilnehmen kann, siehe BGE 119 Ia 262 Erw. 6c).

49 Siehe unten, F II ff.

F. Recht auf und am Augenschein

I. Grundsatz

Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör⁵⁰. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung setzt sich der Anspruch auf rechtliches Gehör aus dem *Recht auf Orientierung* (Recht auf Auskunft; Recht auf Akteneinsicht; Recht auf Information über Änderungen während des Verfahrens mit rechtserheblicher Bedeutung für die Entscheidung; Recht auf [behördliche] Mitteilung der rechtserheblichen Tatsachen vor Erlass der Verfügung; Recht auf Begründung von Entscheidungen; Recht auf Rechtsmittelbelehrung)⁵¹, dem *Recht auf Äusserung* (Recht auf Äusserung zu den rechtserheblichen Tatsachen vor Erlass der Verfügung)⁵², dem *Recht auf Mitwirkung im Beweisverfahren* (Recht auf Beantragung von tauglichen Beweismitteln zum rechtserheblichen Sachverhalt; Recht auf Einführung von rechtserheblichen Tatsachen in das Verfahren; Recht auf Bestreitung von rechtserheblichen Tatsachen; Recht auf Teilnahme an der Beweiserhebung; Recht auf Stellungnahme zum Beweisergeb-

50 Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) sowie Art. 29 VwVG.

51 Siehe THOMAS COTTIER, Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 4 BV), in: recht 1984, 10 ff. und 122 ff.; GYGI, (Fn. 5), 69 f.; HAEFLIGER, (Fn. 28), 142 ff. und 147 ff.; IMBODEN/RHINOW/ KRÄHENMANN, (Fn. 16), Nr. 82 B III c 2, Nr. 83, 85, 86; KÖLZ/HÄNER, (Fn. 6), Rz. 129; GEORG MÜLLER, (Fn. 43), Rz. 104, 108, 113 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3. Auflage, Bern 1999, 520 ff. und 525 ff.; KLAUS REINHARDT, Das rechtliche Gehör in Verwaltungssachen, Diss. Zürich 1968, 161 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS, (Fn. 5), Rz. 204 und 299 ff.; PETER SALADIN, Das Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes, Basel 1979, 133 ff.; TINNER, (Fn. 43), 346 ff.; ULRICH ZIMMERLI, Zum rechtlichen Gehör im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, in: Sozialversicherungsrecht im Wandel, Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, 315 ff.

52 Siehe COTTIER, (Fn. 51), 10 ff.; GYGI, (Fn. 5), 69 f.; HAEFLIGER, (Fn. 28), 135 ff.; IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, (Fn. 16), Nr. 81, 82; KÖLZ/HÄNER, (Fn. 6), Rz. 129; ULRICH MEYER-BLASER, Die Bedeutung von Art. 4 Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht, in: ZSR NF 111/II (1992) 429 f.; GEORG MÜLLER, (Fn. 43), Rz. 105 f.; JÖRG PAUL MÜLLER, (Fn. 51), 520 ff.; REINHARDT, (Fn. 51), 201 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS, (Fn. 5), Rz. 304 ff.; SALADIN, (Fn. 51), 132 f.; TINNER, (Fn. 43), 330 ff.; ZIMMERLI, (Fn. 51), 315 ff.

nis)⁵³ und den *Prüfungspflichten der Behörden* (Pflicht der entscheidenden Behörde auf Prüfung der rechtserheblichen Parteivorbringen, Beweisanträge und eingereichten Beweismittel; Pflicht der entscheidenden Behörde auf Abnahme der zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes angebotenen, tauglichen Beweismittel; Pflicht auf Würdigung des Beweisergebnisses; Pflicht auf Berücksichtigung des Ergebnisses der Beweiswürdigung bei der Entscheidung)⁵⁴ zusammen.

Die aus Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) fließenden Rechte auf Orientierung und Äusserung bzw. das Recht auf Mitwirkung im Beweisverfahren in Verbindung mit den Prüfungspflichten der entscheidenden Behörde enthalten Garantien, welche Rechtsprechung und Lehre mit den Begriffen «Recht auf Beweisführung und Beweisabnahme»⁵⁵, «Anspruch auf Beweisführung»⁵⁶ oder «Recht auf Beweis»⁵⁷ zusammenfassen. Zu diesem sog. «Recht auf Beweis» werden das Recht auf Einführung von Tatsachen in das Verfahren, das Recht auf Bestreitung von Tatsachen, das Recht auf Beantragung und Abnahme von Beweismitteln, das Recht auf Teilnahme an der Beweiserhebung, das Recht auf Stellungnahme zum Beweisergebnis sowie das Recht auf Berücksichtigung der Beweisergebnisse gezählt⁵⁸.

53 HAEFLIGER, (Fn. 28), 135 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, (Fn. 16), Rz. 1317 ff.; KÖLZ/HÄNER, (Fn. 6), Rz. 129 und 319 ff.; GEORG MÜLLER, (Fn. 43), Rz. 104 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, (Fn. 51), 522 f.; RHINOW/KOLLER/KISS, (Fn. 5), Rz. 310 ff.; SALADIN, (Fn. 51), 134; TINNER, (Fn. 43), 351 f.

54 COTTIER, (Fn. 51), 10; IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, (Fn. 16), Nr. 82 B IV; KÖLZ/HÄNER, (Fn. 6), Rz. 325; MEYER-BLASER, (Fn. 52), 434 f.; JÖRG PAUL MÜLLER, (Fn. 51), 523 f.; REINHARDT, (Fn. 51), 220 ff. RHINOW/KOLLER/KISS, (Fn. 5), Rz. 204 und Rz. 316 ff.; SALADIN, (Fn. 51), 135 f.; TINNER, (Fn. 43), 358 ff.; ZIMMERLI, (Fn. 51), 316.

55 Nicht veröffentlichtes Urteil EVG vom 19. Januar 1993 i.S. B.A., S. 4 Erw. 3b (I 298/92).

56 BGE 126 III 317 Erw. 4a; GYGI, (Fn. 5), 273 f.

57 GERHARD WALTER, Das Recht auf Beweis im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und der Schweizerischen Bundesverfassung, in: ZBJV 1991, 312 ff.; WALTER J. HABSCHIED, Das Recht auf Beweis, in: ZJP 96 (1983) 306 ff.; *ders.*, Das Recht auf Beweis und der Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes – Juristische Entdeckung unserer Zeit?, in: SJZ 80 (1984), 381 ff.; KOFMEL, (Fn. 5), 23 ff.; OSCAR VOGEL, Das Recht auf Beweis, in: recht 1991, 38 ff.

58 Vgl. BGE 122 V 158 Erw. 1a, 119 Ia 139 Erw. 2d und 261 Erw. 6a, 119 V 168 Erw. 4a und 211 Erw. 3b, je mit Hinweisen; KOFMEL, (Fn. 5), 80 f.; WALTER, (Fn. 57), 312 ff. und 322.

II. Begriffsimmanente Schranken

Gemäss Rechtsprechung und herrschender Lehre kann auf die Abnahme (weiterer) Beweise verzichtet werden, wenn sich der Beweis Antrag auf unerhebliche oder offenkundige Tatsachen bezieht, wenn eine Beweisführung mit untauglichen Beweismitteln verlangt wird, wenn bereits Feststehendes bewiesen werden soll oder wenn der rechtserhebliche Sachverhalt ausreichend abgeklärt ist, weil die Behörde nach pflichtgemässer Würdigung der Tatsachenlage zur Überzeugung gelangt, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten und es könnten weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern⁵⁹.

Das Recht auf Beweis ist somit nicht absolut, sondern in seinem sachlichen und zeitlichen Geltungsbereich begrifflich beschränkt⁶⁰. Die begriffsimmanenten Schranken des Rechts auf Beweis äussern sich darin, dass sich dieses nur auf den Beweis *rechtserheblicher*⁶¹ Tatsachen bezieht, lediglich *rechtzeitig und formrichtig gestellte Anträge* zu berücksichtigen sind und die Abnahme (weiterer) Beweise aufgrund einer behördlichen *antizipierten Beweiswürdigung*⁶² abgelehnt werden kann.

59 Vgl. BGE 126 III 317 Erw. 4a, 122 V 162 Erw. 1d, 122 III 223 f. Erw. 3c, 117 Ia 268 f. Erw. 4b, 106 Ia 162 f. Erw. 2b, 104 V 211 Erw. a, RKUV 1996 Nr. U 252 S. 195 Erw. 1d; ZBl 94 (1993) 318; AGVE 1999, 363 Erw. 8a; BVR 1988, 268 Erw. 2 mit Hinweisen; ZR 90 (1991) Nr. 76 S. 247 Erw. 4a mit Hinweisen; GYGI, (Fn. 5), 274 mit Hinweisen; HAEFLIGER, (Fn. 28), 140; KÖLZ/HÄNER, (Fn. 6), Rz. 111 und 320; KUMMER, (Fn. 6), 135; GUSTAVO SCARTAZZINI, Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale, Diss. Genf 1991, 63; VOGEL, (Fn. 5), 10 N. 79b, *ders.*, (Fn. 57), 42 ff.

60 Siehe KOFMEL, (Fn. 5), 25; WALTER, (Fn. 57), 313 f.

61 Als rechtserheblich gelten diejenigen Tatsachen, die von entscheidendem Einfluss auf den zu beurteilenden Anspruch sind, weil im Falle ihres Feststehens anders zu entscheiden ist als bei ihrem Fehlen. Der rechtserhebliche Sachverhalt umfasst sämtliche anspruchsbegründenden, -vermindernden und -vernichtenden Tatsachen. (Siehe ROGER PETER, Besteht eine Pflicht des Arztes auf Herausgabe von Daten seines Patienten an das Durchführungsorgan der obligatorischen Unfallversicherung?, in: SZS 45 [2001] 149 mit Hinweisen).

62 Lassen sich in zahlreichen und ausführlichen medizinischen Abklärungen und Tests keine Hinweise auf eine organische Schädigung finden, erübrigen sich gemäss EVG weitere medizinische Abklärungen, da hievon keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind (nicht veröffentlichtes Urteil EVG vom 1. Oktober 1997 i.S. B., S. 4 ff. [U 148/95] mit Hinweisen, ähnlich BGE 119 V 344 Erw. 3c). In einer solchen antizipierten Beweiswürdigung kann kein Verstoß gegen das rechtliche Gehör erblickt

III. Umfang

Im Rahmen dieser begriffsimmanenten Schranken stehen den Parteien des Verwaltungsverfahrens der obligatorischen Unfallversicherung folgende Rechte auf/am Augenschein zu:

- *Recht auf Beantragung eines Augenscheins*;
- *Recht auf pflichtgemässe Prüfung des Antrages auf Augenschein durch die Behörde*⁶³;
- *Recht auf Abnahme eines zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes rechtzeitig und formrichtig angebotenen, tauglichen Augenscheins durch die Behörde*⁶⁴;
- *Recht auf Teilnahme am Augenschein*⁶⁵;

werden. Nach KOFMEL kann die Zulassung der antizipierten Beweiswürdigung das Recht auf Beweis aushöhlen. Sie postuliert dieses Rechtsinstitut nicht als eine dem Begriff des Rechts auf Beweis immanente Schranke, sondern als Einschränkung des Grundrechts «Recht auf Beweis» zu betrachten. Ein Eingriff in dieses Grundrecht sei nur dann zulässig, wenn die vier Voraussetzungen (gesetzliche Grundlage, überwiegendes öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Wahrung des Kerngehaltes) erfüllt seien (vgl. KOFMEL, [Fn. 5], 87 und 256 ff.).

63 AGVE 1999, 363 Erw. 8a.

64 Auf Abnahme rechtzeitig und formgerecht angebotener Beweismittel darf nur dann verzichtet werden, wenn diese entweder eine nicht rechtserhebliche Tatsache betreffen oder für die Beweisführung untauglich beziehungsweise unnötig sind (siehe Art. 33 VwVG; BGE 117 Ia 268 Erw. 4b, 112 Ia 202, 106 Ia 162 Erw. 2b, 96 I 620; ZBI 94 [1993] 316 ff.; AGVE 1999, 363 Erw. 8a, 1991, 365 f.; BVR 1988, 413 Erw. 3c/aa; LGVE 1999 II Nr. 25 S. 250 Erw. 3a/aa; HAEFLIGER, [Fn. 28], 140 ff.; IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, [Fn. 16], Nr. 82 B IV mit Hinweisen; GEORG Müller, [Fn. 43], N. 106).

65 BGE 121 V 152 Erw. 4a, 119 Ia 262 Erw. 6c, 116 Ia 101 Erw. 3b, 113 Ia 83 Erw. 3a, 112 Ia 6 Erw. 2c, 105 Ia 49 f. Erw. 2a, 105 Ib 49 f., 104 Ia 71 Erw. 3b, 104 Ib 121 Erw. 2a, 99 Ia 47, 98 Ia 339; RKUV 1996 Nr. U 235 S. 28 Erw. 6, 1995 Nr. U 209 S. 27 Erw. 1a; AGVE 1975, 274; BVR 1990, 470; COTTIER, (Fn. 51), 10; GADOLA, (Fn. 6), 407 f.; HAEFLIGER, (Fn. 28), 140 f.; IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, (Fn. 16), Nr. 82 B III c; KÖLZ/HÄNER, (Fn. 6), Rz. 324; GEORG MÜLLER, (Fn. 43), N. 106; RHINOW/KOLLER/KISS, (Fn. 5), Rz. 312 sowie Rz. 1139; SALADIN, (Fn. 51), 134; TINNER, (Fn. 43), 352; Ein «amtsinterner» Augenschein ist zulässig, wenn er lediglich der Vorbereitung des parteiöffentlichen Augenscheines und nicht der Vornahme bindender Feststellungen dient, oder wenn sich die Behörde lediglich über einen an sich feststehenden Sachverhalt ein besseres, unmittelbares Bild von den örtlichen Verhältnisse verschaffen soll (BGE 105 Ib 49 f. Erw. 2b, 104 Ib 121 Erw. 2a, 99 Ia 47 f. Erw. 3b und c; ZBI 72 [1971] 43, 69 [1968] 130; BVR 1998 518; IMBODEN/RHINOW, [Fn. 16], Nr. 82 B III c 1; FRANK/STRÄULI/MESSMER, [Fn. 5], § 169 N. 3). Erhebt die Behörde das Ergebnis des «amtsinternen» Augenscheines zum Beweismittel, so wird der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (BGE 104 Ib 122 Erw. 2b; ZBI 72 (1971) 43, 69 (1968) 130; IMBODEN/RHINOW, [Fn. 16], Nr. 82 B III c 1).

Das Recht auf Teilnahme am Augenschein setzt sich aus den nachfolgenden *Teilgehalten* zusammen:

- *Recht auf rechtzeitige Vorladung* zum Augenschein durch die Behörde⁶⁶;
- *Recht, am Ort des Augenscheins zu sein*;
- *Recht, sich zum Augenscheinsobjekt und zur Durchführung des Augenscheins zu äussern*;
- *Recht auf Orientierung über das Ergebnis des Augenscheins und auf Abgabe des Augenscheinsprotokolls* vor Erlass der Verfügung⁶⁷;
- *Recht auf Stellungnahme zum Ergebnis des Augenscheins sowie zum Augenscheinsprotokoll* vor Erlass der Verfügung⁶⁸;
- *Recht auf Würdigung der Ergebnisse des Augenscheins* durch die Behörde;
- *Recht auf Berücksichtigung der Ergebnisse der Beweismwürdigung bei der Entscheidung*.

IV. Beschränkung

Da der Anspruch auf rechtliches Gehör (inkl. Anspruch auf/am Augenschein) durch die Verfassung garantiert ist, muss seine Einschränkung unter denselben vier Voraussetzungen (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Wahrung des Kerngehaltes) als zulässig erachtet werden, welche Rechtsprechung und Lehre für die Einschränkung der Freiheitsrechte entwickelt haben und welche Art. 36 BV enumeriert.

66 Vgl. BGE 112 Ia 6; ZHVGer 1969 Nr. 34 S. 49; COTTIER, (Fn. 51), 10.; HAELIGER, (Fn. 28), 140.

67 Vgl. BGE 120 V 360 mit Hinweisen, 115 Ia 11 Erw. 2b, 115 V 302, 104 Ia 71, 95 I 148 Erw. 2, 92 I 263 f.; BVR 1990, 470; COTTIER, (Fn. 51), 10 f.; IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, (Fn. 16), Nr. 82 B III b und c 2; MEYER-BLASER, (Fn. 52), 428 ff.; GEORG MÜLLER, (Fn. 43), N. 106; RHINOW/KOLLER/KISS, (Fn. 5), Rz. 310; SALADIN, (Fn. 51), 133 ff; *ders.*, Das Verfassungsprinzip der Fairness, Die aus dem Gleichheitsprinzip abgeleiteten Verfassungsgrundsätze, in: Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultät zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts 1975, Basel 1975, 45; ZIMMERLI, (Fn. 51), 329.

68 Siehe oben, Fn. 67.

1. *Gesetzliche Grundlage*

a) Art. 30 Abs. 2 VwVG

Die Behörde hört die Parteien an, bevor sie verfügt (Art. 30 Abs. 1 VwVG). Sie braucht die Parteien nicht anzuhören vor:

a. Zwischenverfügungen, die nicht selbständig durch Beschwerde anfechtbar sind; b. Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind; c. Verfügungen, in denen die Behörde den Begehren der Parteien voll entspricht; d. Vollstreckungsverfügungen; e. anderen Verfügungen in einem erstinstanzlichen Verfahren, wenn Gefahr im Verzuge ist, den Parteien die Beschwerde gegen die Verfügung zusteht und ihnen keine andere Bestimmung des Bundesrechts einen Anspruch auf vorgängige Anhörung gewährleistet (Art. 30 Abs. 2 VwVG)⁶⁹.

b) Rechtsprechung

In BGE 121 V 155 Erw. 5b hielt das EVG fest, im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung bestehe gestützt auf Art. 30 Abs. 2 lit. b VwVG grundsätzlich kein Anspruch auf Anhörung vor Verfügungserlass. Der Unfallversicherer habe jedoch die allgemeinen Grundsätze des rechtlichen Gehörs spätestens im Einspracheverfahren zu wahren. Werde bereits vor Verfügungserlass beispielsweise ein Augenschein durchgeführt, sei dem Versicherten spätestens im Einspracheverfahren in rechtsgenügender Form Gelegenheit zu geben, sich sowohl zum Inhalt als auch zum Verfahren zu äussern, wobei er auf die Möglichkeit hinzuweisen sei, einen weiteren Augen-

⁶⁹ Eine Art. 29/30 VwVG analoge Bestimmung ist Art. 42 ATSG. Danach haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Sie müssen nicht angehört werden vor Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind (siehe BBl 2000, 5050). Aus den Gesetzesmaterialien zu Art. 42 ATSG erhellt, dass der Gesetzgeber die Beschränkung des rechtlichen Gehörs unter den gleichen Voraussetzungen und im selben Umfang wie nach VwVG zulassen wollte (siehe Parlamentarische Initiative Sozialversicherungsrecht, Bericht der Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 26. März 1999 [85.227], 77; Protokoll der nationalrätlichen Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit [SGK], Subkommission ATSG, [Sitzung vom 8. Mai 1995, 199 ff.; Hauptprotokoll der nationalrätlichen Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit [SGK], [Sitzung vom 16./17. November 1995], 26 f.). Die nachfolgenden Ausführungen (siehe unten, F IV 1 c und F IV 2 ff.) gelten somit auch nach Inkraftsetzung von Art. 42 ATSG.

schein zu beantragen. Mache er davon keinen Gebrauch, so dürfe die Verwaltung davon ausgehen, er habe auf dieses Teilnahmerecht rechtsgenügend verzichtet⁷⁰.

Im Urteil vom 26. August 1996 (U 136/95)⁷¹ nahm das EVG eine Präzisierung seiner Praxis zur Beschränkung des rechtlichen Gehörs vor. Es führt aus, Art. 30 Abs. 2 lit. b VwVG beziehe sich entsprechend seiner systematischen Stellung nur auf die im Abschnitt «H. Rechtliches Gehör» angeführten Teilgehalte des Gehörsanspruchs. Es seien dies das Recht, vor dem Erlass einer Verfügung angehört zu werden (Art. 30 Abs. 1 VwVG), das Recht einer Partei, zu den Vorbringen weiterer Parteien Stellung zu nehmen (Art. 31 VwVG), der Anspruch der Parteien auf Würdigung ihrer erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen durch die entscheidende Behörde (Art. 32 VwVG) und schliesslich deren Anspruch auf Abnahme der angebotenen, tauglichen Beweise durch die entscheidende Behörde (Art. 33 VwVG). Die Anwendung von Art. 30 Abs. 2 lit. b VwVG auf andere, im VwVG und in der BZP geregelte Teilgehalte des Gehörsanspruchs sei aber nicht nur aus gesetzessystematischer Sicht, sondern auch sachlich nicht gerechtfertigt. Namentlich die für den Fall des Beizugs von Sachverständigen in Art. 57 ff. BZP garantierten Parteirechte könnten die ihnen zugedachten Funktionen der Sachaufklärung und Mitwirkung der Betroffenen nur erfüllen, wenn sie im Zeitpunkt, da das Gutachten eingeholt werde, beachtet würden; die blosse Möglichkeit des Versicherten, im Einsprachverfahren zu der im Verfügungsverfahren eingeholten Expertise Stellung zu nehmen und allenfalls Ergänzungsfragen formulieren zu können, vermöge die Missachtung der in Art. 57 ff. BZP garantierten, umfassenden Mitwirkungsrechte nicht auszugleichen. Im Zusammenhang mit den dort garantierten Mitwirkungsrechten sei somit Art. 30 Abs. 2 VwVG nicht anwendbar. Dies gelte für die andern UVG-Versicherer ebenso wie für die SUVA⁷².

c) Würdigung

Aus den Gesetzesmaterialien erhellt, dass der in Art. 29 VwVG niedergelegte Grundsatz, wonach die Parteien Anspruch auf rechtli-

70 BGE 121 V 155 Erw. 5b mit Hinweisen.

71 RKUV 1996 Nr. U 265 = SVR 1997 UV Nr. 67.

72 RKUV 1996 Nr. U 265 S. 294 f. Erw. 3c = SVR 1997 UV Nr. 67 S. 231 Erw. 3c.

ches Gehör haben, nicht identisch ist mit der Verpflichtung der Verwaltungsbehörde gemäss Art. 30 Abs. 1 VwVG, die Parteien vor Erlass der Verfügung anzuhören⁷³. Die vorgängige Anhörung stellt nur *eine* Folgerung aus dem Grundsatz des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar⁷⁴. Weitere Teilgehalte des Anspruchs auf rechtliches Gehör enthalten nach historischer Auffassung Art. 31 ff. VwVG⁷⁵. Art. 29 VwVG, mit dem der Abschnitt «H. Rechtliches Gehör» beginnt, verkörpert somit den Grundsatz bzw. das rechtliche Gehör *im weiteren Sinne*, das sämtliche Verfahrensgarantien umfasst⁷⁶. Art. 30 Abs. 1 VwVG enthält das rechtliche Gehör *im engeren Sinne* bzw. die eigentliche Mitwirkung im Verfahren *vor* Erlass der Verfügung mit den zu diesen Rechten in ergänzender Wechselbeziehung stehenden Behördenpflichten⁷⁷. Demgemäss fallen das Recht auf Begründung von Verfügungen und das Recht auf Rechtsmittelbelehrung *nicht* darunter, weil diese nicht *vor*, sondern *mit* Erlass der Verfügung zu gewähren sind. Aufgrund der Gesetzesmaterialien⁷⁸ sowie der *ratio legis* von Art. 30 Abs. 2 VwVG muss geschlossen werden, dass sich der Geltungsbereich von Art. 30 Abs. 2 VwVG auch auf die systematisch vor Art. 30 Abs. 1 VwVG geregelten Rechte auf Orientierung und Äusserung bzw. Mitwirkung (Gehörsrechte im engeren Sinne) erstreckt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich Art. 30 Abs. 1 VwVG ausschliesslich, aber umfassend auf die *vor* Erlass der Verfügung zu gewährenden *Orientierungsrechte* (Recht auf Akteneinsicht; Recht auf Information über Änderungen während des Verfahrens mit rechtserheblicher Bedeutung für die Entscheidung; Recht auf [behördliche] Mitteilung der rechtserheblichen Tatsachen), *Äusserungsrechte* (Recht auf Äusserung zu den rechtserheblichen Tatsachen), *Mitwirkungsrechte im Beweisverfahren* (Recht auf Beantragung von

73 Siehe Protokoll der Kommission des Ständerates zur Beratung der bundesrätlichen Botschaft über das Verwaltungsverfahren und über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde (4. Sitzung vom 13./14. September 1967), 10 f.

74 Protokoll der Kommission des Ständerates zur Beratung der bundesrätlichen Botschaft über das Verwaltungsverfahren und über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde (1. Sitzung vom 7./8. Februar 1967), 26.

75 Siehe (Fn. 73), 11.

76 Siehe RHINOW/KOLLER/KISS, (Fn. 5), Rz. 285.

77 Siehe RHINOW/KOLLER/KISS, (Fn. 5), Rz. 285; siehe auch oben, F I.

78 BBl 1965 II 1354 f. und 1367; siehe eingehender PETER, Sachverständige (Fn. 11), 132 f.

tauglichen Beweismitteln zum rechtserheblichen Sachverhalt; Recht auf Einführung von rechtserheblichen Tatsachen in das Verfahren; Recht auf Bestreitung von rechtserheblichen Tatsachen im Verfahren; Recht auf Teilnahme an der Beweiserhebung; Recht auf Stellungnahme zum Beweisergebnis) sowie die mit den erwähnten Äusserungs-/Mitwirkungsrechten *korrelierenden Behördenpflichten* bezieht, und dass nur diese Rechte in den in Art. 30 Abs. 2 VwVG genannten Fällen beschränkt werden können.

Art. 30 Abs. 2 VwVG stellt zweifelsohne eine ausreichende gesetzliche Grundlage dar, um die Rechte auf Orientierung, Äusserung und Mitwirkung im Beweisverfahren *vor* Erlass der Verfügung zu beschränken.

2. *Öffentliches Interesse*

Nach TINNER kann die Interessenabwägung nur ausnahmsweise zu einem völligen Ausschluss des rechtlichen Gehörs führen⁷⁹. Als Interessen, die der Verwirklichung des rechtlichen Gehörs im engeren Sinne entgegenstehen können, nennen REINHARDT und TINNER polizeiliche Gebote/Verbote oder allgemeine richterliche Verbote, die sich an eine bestimmbare grosse Zahl oder an eine unbestimmte Vielzahl von Personen wenden⁸⁰, die zeitliche Dringlichkeit eines Entscheides⁸¹, die Gefahr der Durchkreuzung der Verwirklichung des Rechts durch den Äusserungsberechtigten⁸², Geheimhaltungsinteressen⁸³, das Interesse einer beförderlichen Erledigung des Verfahrens⁸⁴ und das Interesse einer allgemein speditiv und ökonomisch arbeitenden Verwaltung⁸⁵. Zum letzteren Punkt führt TINNER aus, müssten *«die Einzelnen vorgängig eines Entscheides, der sie belastet oder doch ihrem Gesuch nicht voll entspricht, angehört werden, so würde dies wenigstens eine schriftliche Mitteilung über den Abschluss des Ermittlungsverfahrens mit Gelegenheit zur Akteneinsicht und zur Stellungnahme bedingen. Alsdann hätte die Behörde dem Vorbringen*

79 TINNER, (Fn. 43), 378.

80 REINHARDT, (Fn. 51), 110 f.; TINNER, (Fn. 43), 379 f.

81 REINHARDT, (Fn. 51), 113 ff.; TINNER, (Fn. 43), 380 ff.

82 TINNER, (Fn. 43), 382 f.

83 REINHARDT, (Fn. 51), 115; TINNER, (Fn. 43), 383 ff.

84 TINNER, (Fn. 43), 385 ff.

85 REINHARDT, (Fn. 51), 111 f.; TINNER, (Fn. 43), 387 ff.

nachzugehen und dem Einzelnen nötigenfalls eine Frist zur Äusserung anzusetzen.» Nach TINNER ist ein derartiges Verfahren der lückenlosen Gewährung des rechtlichen Gehörs für die Massenverwaltung zwar bewältigbar, die Verwaltung müsste dafür aber massiv ausgebaut werden. Die Ausweitung der Verwaltung in dieser Masse sei jedoch in einem Gemeinwesen, dem eine freiheitliche Staatsidee zugrunde liege, unerwünscht. Ein überdimensionierter Verwaltungsapparat laufe Gefahr, die gewaltfreie Sphäre des Einzelnen ohne Not zu beschränken. Er wirke sich auch deshalb als Belastung aus, weil das normale Grössenverhältnis der nichtproduktiven Verwaltung zum volkswirtschaftlichen Ganzen gestört werde. Derartigen Nachteilen komme aber für die Existenz und Funktion eines Gemeinwesens ein so erhebliches Gewicht zu, dass sie selbst neben tragenden Prinzipien des Rechtsstaates, zu denen der Gehörsanspruch zähle, Beachtung verdienen⁸⁶.

Unter Berücksichtigung dieser Überlegungen lassen sich für das Verfügungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung die nachfolgenden Schlussfolgerungen ziehen.

In Fällen, in welchen die fraglichen Ansprüche bereits aufgrund der Unfallmeldung UVG, den Angaben des Versicherten zum versicherten Risiko, den Berichten der behandelnden Ärzte (Operationsberichte, Arztzeugnisse, ärztliche [Behandlungs-]Zwischen- und Abschlussberichte) und ohne zusätzliche Beweiserhebungen ausreichend beurteilt werden können, überwiegt in der Regel das öffentliche Interesse an einer *einfachen und zweckmässigen Verfahrensdurchführung*⁸⁷ und einer funktionierenden Verwaltung das Interesse der betroffenen Privaten auf Gewährung des rechtlichen Gehörs im engeren Sinne vor der Entscheidung⁸⁸. Im Übrigen ist der

86 TINNER, (Fn. 43), 388 f.

87 Zum Grundsatz der Einfachheit und Zweckmässigkeit der Verfahrensdurchführung siehe KLAUS OBERMAYER, Dogmatische Probleme des Verwaltungsverfahrens, in: Verwaltungsverfahren, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Richard Boorberg Verlags, (Hrsg.) WALTER SCHMITT GLAESER, Stuttgart/München/Hannover 1977, 115 ff., und RUDOLF RÜEDI, Allgemeine Rechtsgrundsätze des Sozialversicherungsprozesses, in: Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends: Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, (Hrsg.) WALTER SCHLUEP, Bern/Stuttgart/Wien 1993, 460 ff.

88 Ähnlich ULRICH MEYER-BLASER, Rechtliche Vorgaben an die medizinische Begutachtung, in: Rechtsfragen der medizinischen Begutachtung in der Sozialversicherung, Veröffentlichungen des Schweizerischen Institutes für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen, (Hrsg.) RENÉ SCHAFFHAUSER/Franz SCHLAURI, St. Gallen 1997, 45.

Tatsachengehalt dieser Unterlagen dem Versicherten durch seine Mitwirkung an der Entstehung im Wesentlichen bekannt. Aufgrund der Pflicht der Behörden, die Verfügung schriftlich zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Art. 34 f. VwVG), sowie aufgrund der Einsprachemöglichkeit (Art. 105 Abs. 1 UVG) dürfte die Beschränkung des rechtlichen Gehörs in der Regel verhältnismässig sein und der Kerngehalt des rechtlichen Gehörs im engeren Sinne gewahrt bleiben⁸⁹. Besteht in solchen Fällen kein Anspruch auf Mitwirkung vor Erlass einer Verfügung, so muss der Versicherte im Verfügungsverfahren weder zur Tatbestandsaufnahme noch zu den Beweismitteln noch zum Beweisergebnis Stellung nehmen können.

Verlangt die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes hingegen weitergehende Beweiserhebungen, wie zum Beispiel einen Augenschein, so gebietet grundsätzlich bereits das öffentliche Interesse an der richtigen und vollständigen Sachverhaltsfeststellung die Gewährung der Gehörsrechte im engeren Sinne vor Erlass der Verfügung. Sofern nicht *andere Interessen*⁹⁰ entgegenstehen, ist diesfalls eine Beschränkung des rechtlichen Gehörs im engeren Sinne auch im Verfügungsverfahren nicht zulässig. In diesem Punkt (Beachtung der Mitwirkungsrechte der Parteien) komme ich somit zum selben Schluss wie das EVG im erwähnten Urteil vom 26. August 1996, wo (jedoch) ausgeführt wird, Art. 30 Abs. 2 VwVG sei auf die in Art. 57 ff. BZP (Sachverständige) garantierten Mitwirkungsrechte nicht anwendbar⁹¹. Nach der hier vertretenen Auffassung entfällt die Be-

89 Ähnlich (Fn. 74), 27 Abs. 7 f.

90 Gemäss Rechtsprechung und herrschender Lehre darf ein Augenschein nur dann unter Ausschluss einer Partei erfolgen, wenn entweder überwiegende Geheimhaltungsinteressen oder eine begründete Dringlichkeit vorliegen oder wenn der Augenschein seinen Zweck überhaupt nur dann erfüllen kann, wenn er unangemeldet erfolgt (vgl. BGE 121 V 153 Erw. 4b, 116 Ia 100 Erw. 3b, 113 Ia 83 Erw. 3a, 112 Ia 6 Erw. 2c, 105 Ia 49 f. Erw. 2b, 104 Ia 71 Erw. 3b, 104 Ib 121 Erw. 2a; RKUV 1996 Nr. U 235 S. 26 Erw. 4b; LGVE 1999 II Nr. 25 S. 250 Erw. 3a/bb; Art. 56 Abs. 3 BZP; FRANK/STRÄULI/MESSMER, [Fn. 5], § 169 N. 5; GADOLA, [Fn. 6], 408; HAEFLIGER, [Fn. 28], 141; IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, [Fn. 16], Nr. 82 B III c; KÖLZ/HÄNER, [Fn. 6], Rz. 324; JÖRG PAUL MÜLLER, [Fn. 51], 519 f.). Diesfalls ist der Anspruch auf rechtliches Gehör durch die Möglichkeit einer nachträglichen Stellungnahme zum Beweisergebnis zu wahren (BGE 112 Ia 6, 105 Ia 50, 104 Ia 71 Erw. 3b, 104 Ib 121 Erw. 2a; GADOLA, [Fn. 6], 408; IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, [Fn. 16], Nr. 82 B III c).

91 Siehe oben, F IV 1 b.

schränkung des rechtlichen Gehörs im engeren Sinne vor Erlass der Verfügung nicht mangels Anwendbarkeit von Art. 30 Abs. 2 VwVG auf die durch Verfassung oder Gesetz garantierten Mitwirkungsrechte, sondern wegen des in der Regel fehlenden überwiegenden öffentlichen Interesses an der Grundrechtsbeschränkung. Im Zusammenhang mit der Durchführung von Augenscheinen kann ein solches überwiegendes öffentliches Interesse an der Einschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör – wie bereits oben erwähnt – entweder in einem überwiegenden Geheimhaltungsinteresse, in einer begründeten Dringlichkeit oder in der Sicherung des Augenscheinszweckes liegen⁹².

3. *Verhältnismässigkeit*

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gilt als gewahrt, wenn der Eingriff sowohl *tauglich* ist, den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck zu erreichen, als auch in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht *nicht weiter geht, als dies notwendig* ist. Des Weiteren muss *zwischen* Eingriffsmittel und Eingriffszweck ein *vernünftiges Verhältnis* bestehen⁹³.

Entfällt beispielsweise die Gefahr der Vereitelung des Augenscheinszweckes, weil etwa das Augenscheinsobjekt der Einflussnahme/Manipulation durch die versicherte Person oder Dritte entzogen wurde, so ist eine Beschränkung der Gehörsrechte im engeren Sinne⁹⁴ in zeitlicher Hinsicht nicht mehr erforderlich. Die Aufrechterhaltung der Gehörsbeschränkung wäre deshalb unverhältnismässig. Des Weiteren muss der betroffenen Person Gelegenheit eingeräumt werden, am Augenschein teilzunehmen und die (rechtmässig) vorerhaltenen Gehörsrechte im engeren Sinne nachträglich auszuüben⁹⁵. Es sei denn, es liegen andere, überwiegende Interessen vor.

92 Siehe Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 56 Abs. 3 BZP.

93 Siehe HÄFELIN/HALLER, (Fn. 16), N. 1141 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, (Fn. 16), Rz. 486 ff.; HUBER, (Fn. 16), 27 f.; IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, (Fn. 16), Nr. 58; ULRICH MEYER-BLASER, (Fn. 16), 8 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, (Fn. 16), Rz. 145 ff.; ZIMMERLI, (Fn. 16), 12 ff.

94 Siehe oben, F IV 1 c.

95 Siehe auch unten, F V.

4. *Kerngehalt*

Gemäss Rechtsprechung soll jedes Grundrecht einen Kerngehalt haben⁹⁶. Nach JÖRG PAUL MÜLLER bedeutet die Anerkennung eines Kerngehaltes, dass nicht sämtliche Grundrechtsgehalte zur Disposition von Güterabwägungen stehen, sondern mitunter schlechthin, in jedem Fall von den staatlichen Organen zu beachten sind⁹⁷. Das Bundesgericht verzichtete bisher darauf, die Kerngehalte der einzelnen Grundrechte zu definieren. Vielmehr entscheidet es kasuistisch⁹⁸.

In BGE 115 V 302 Erw. 3e hielt das EVG fest, es gehöre zum Kerngehalt des rechtlichen Gehörs, dass der Verfügungsadressat vor Erlass eines für ihn nachteiligen Verwaltungsaktes zum Beweisergebnis Stellung nehmen könne. Sollte diese höchstrichterliche Rechtsauffassung richtig sein, so wäre Art. 30 Abs. 2 VwVG verfassungswidrig. Dies kann vernünftigerweise kaum der Fall sein. Im erwähnten Entscheid dürfte wohl eher ein redaktionelles Versehen vorliegen, indem an Stelle des Begriffs «Teilgehalt» der Begriff «Kerngehalt» verwendet wurde.

KOFMEL zählt zum Kerngehalt des Rechts auf Beweis, welches einen Aspekt des Anspruchs auf rechtliches Gehör darstellt, das Recht der Parteien, einmal während des Verfahrens sämtliche rechtserheblichen Tatsachen zu behaupten bzw. zu bestreiten, das Recht der Parteien, einmal während des Verfahrens Beweismittel zu beantragen, das Recht auf Abnahme sämtlicher objektiv tauglicher Beweismittel, bis der Richter am Vorliegen der behaupteten Tatsache überzeugt ist bzw. am Vorliegen der bestrittenen Tatsache Zweifel hegt, sowie das Recht auf richterliche Berücksichtigung der Ergebnisse dieser Beweisaufnahmen⁹⁹. Auch der nach KOFMEL zu garantierende Kerngehalt des Rechts auf Beweis dürfte im Lichte der Tatsache, dass die Durchführungsorgane der obligatorischen Unfallversicherung jährlich rund 700 000 UVG-Schadenfälle zu bewältigen haben¹⁰⁰, mangels «Massenverwaltungstauglichkeit» teilweise zu weit gefasst sein.

96 Siehe JÖRG PAUL MÜLLER, (Fn. 16), Rz. 174 mit Hinweisen.

97 JÖRG PAUL MÜLLER, Funktion der Garantie eines Kerngehalts der Grundrechte in der Verfassung, in: recht 1993, 34.

98 JÖRG PAUL MÜLLER, (Fn. 97), 34; *ders.*, (Fn. 16), Rz. 174.

99 KOFMEL, (Fn. 5), 146 f.

100 Siehe PETER, Sachverständige (Fn. 11), 1 f.

Ist der Kerngehalt als derjenige Teil eines Grundrechtes zu definieren, der nicht entzogen werden darf, ohne dass dieses verfassungsmässige Recht ausgehöhlt bzw. sinnentleert würde, so dürften (lediglich) das Recht auf *Würdigung der Ergebnisse* des Beweisverfahrens durch die entscheidende Behörde, das Recht auf *Berücksichtigung* der Ergebnisse der Beweiswürdigung *bei der Entscheidung* sowie das Recht auf *Begründung* von Entscheidungen zum unantastbaren *Kern* des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu zählen sein. Eingriffe in diesen Kernbereich sind von vornherein unzulässig, selbst wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt sein sollte.

V. Verletzung

Die im Verfügungsverfahren der betroffenen Person rechtmässig¹⁰¹ vorenthaltenen Gehörsrechte im engeren Sinne sind spätestens im Einspracheverfahren zu wahren. Das Durchführungsorgan hat ihr daher in rechtsgenügender Form Gelegenheit zu geben, die im Verfügungsverfahren nicht gewährten Gehörsrechte im engeren Sinne nachträglich auszuüben. Andernfalls liegt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor. Macht die betroffene Person von ihrem Anspruch keinen Gebrauch, so darf das Durchführungsorgan davon ausgehen, dass sie auf ihre Teilnahmerechte verzichtet¹⁰².

Gemäss Rechtsprechung und herrschender Lehre ist ein unter Verletzung des rechtlichen Gehörs zustande gekommener Verwaltungsakt in der Regel nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar¹⁰³. Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt ungeachtet der Erfolgsaussichten in der Sache selbst bzw. der Relevanz der Anhörung für den Verfahrensausgang grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Hoheitsaktes¹⁰⁴.

101 Siehe oben, F IV.

102 Wird im anschliessenden Rechtsmittelverfahren die Rüge der Gehörsverletzung erhoben, so ist diese rechtsmissbräuchlich und verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (BGE 121 V 155 Erw. 5b mit Hinweis).

103 BGE 120 V 362 Erw. 2a; RKUV 1995 Nr. U 209 S. 29 Erw. 2a; COTTIER, (Fn. 51), 9; GADOLA, (Fn. 6), 77; IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, (Fn. 16), Nr. 40, 81 B VII und 87 B II; REINHARDT, (Fn. 51), 253 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS, (Fn. 5), Rz. 329; SALADIN, (Fn. 51), 137; TINNER, (Fn. 43), 410; ZIMMERLI, (Fn. 51), 320.

104 BGE 120 Ib 383, 120 V 362 Erw. 2a, 118 Ia 18 Erw. 1a, 109 Erw. c, 118 V 314 Erw. 3c, 116 Ia 54 Erw. 2, 116 V 185 Erw. 1b, 115 Ia 10; BVR 1994, 382 Erw. 4a;

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör als geheilt gelten, wenn die berechtigte Person die Möglichkeit hatte, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die zu freier Prüfung aller Fragen befugt war, welche der unteren Instanz hätten unterbreitet werden können¹⁰⁵. In BGE 121 V 155 f. Erw. 6 führt das EVG konkretisierend aus, dass weder die nachträgliche Äusserungsmöglichkeit noch die vorgängige Befragung der Partei zum Augenscheinobjekt die unmittelbare Teilnahme an der Beweiserhebung im Sinne einer Heilung des Verfahrensmangels aufzuwiegen vermag, wenn durch die Mitwirkung einer Partei am Augenschein sichergestellt werden könne, dass dieser unter denjenigen Bedingungen durchgeführt wird, die den seinerzeitigen Umständen bestmöglich entsprechen¹⁰⁶. Eine solche Gehörsverletzung müsse ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führen¹⁰⁷. Nach JÖRG PAUL MÜLLER sollen Entscheide, welche verzichtbare Kommunikationsansprüche verletzen, grundsätzlich anfechtbar sein. Die Missachtung fundamentaler Kommunikationsansprüche hingegen habe die Nichtigkeit des Entscheides zur Folge, soweit der Beschwerdeführer davon betroffen sei¹⁰⁸.

LGVE 1995 II Nr. 37 S. 246 Erw. 3a; COTTIER, (Fn. 51), 4; GADOLA, (Fn. 6), 77; GYGI, (Fn. 5), 298; HAEFLIGER, (Fn. 28), 132; IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, (Fn. 16), Nr. 87 B I; KÖLZ/HÄNER, (Fn. 6), Rz. 131; GEORG MÜLLER, (Fn. 43), Rz. 100; JÖRG PAUL MÜLLER, (Fn. 51), 516; RHINOW/KOLLER/KISS, (Fn. 5), Rz. 325 ff.; SALADIN, (Fn. 67), 44 f.; JÜRGE SCHEIDEGGER, Die Bestimmungen des bernischen VRPG über das rechtliche Gehör im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren, in: BVR 1992, 378; ZIMMERLI, (Fn. 51), 319 f.

105 Siehe BGE 126 I 72 Erw. 2, 124 V 183 Erw. 4a, 392 Erw. 5a, 122 II 285 Erw. 6, 120 V 362 f. Erw. 2b, 118 Ib 120 f. Erw. 4b, 116 V 185 f. Erw. 1b, 114 Ia 314 Erw. 4a, 110 Ia 82 Erw. d, 105 Ib 174, je mit Hinweisen; RKUV 1999 Nr. 337 S. 283 Erw. 5a; LGVE 1995 II Nr. 37 S. 246 f.; Die Möglichkeit der Heilung von Gehörsverletzungen wird in der Literatur kritisiert (siehe COTTIER, [Fn. 51], 9 und 127; HAEFLIGER, [Fn. 28], 132 ff.; IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, [Fn. 16], Nr. 87 B III; GEORG MÜLLER, [Fn. 43], Rz. 103; KÖLZ/HÄNER, [Fn. 6], Rz. 131 und 326; JÖRG PAUL MÜLLER, [Fn. 51], 517 f.; REINHARDT, [Fn. 51], 262 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS, [Fn. 5], Rz. 332; ZIMMERLI, [Fn. 51], 319 ff. und 332). Siehe zur Problematik der sog. Heilung auch LORENZ KNEUBÜHLER, Gehörsverletzung und Heilung, Eine Untersuchung über die Rechtsfolgen von Verstössen gegen den Gehörsanspruch, insbesondere die Problematik der so genannten «Heilung», in: ZBI 99 (1998) 97 ff.

106 BGE 121 V 155 f. Erw. 6.

107 BGE 121 V 156 mit Hinweisen.

108 JÖRG PAUL MÜLLER, (Fn. 51), 518.

Zur Gewährung von Rechtssicherheit und -klarheit sollte das Problem der Heilung von Gehörsverletzungen über die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit gelöst werden. Gemäss der sog. Evidenztheorie tritt *Nichtigkeit* ein, wenn die Verfügung an einem *schwerwiegenden Mangel* leidet, dieser Mangel *offenkundig oder zumindest leicht erkennbar* ist, und die *Rechtssicherheit* durch die Annahme der Nichtigkeit *nicht ernsthaft gefährdet* wird¹⁰⁹. Liegt ein Nichtigkeitsgrund vor, so ist dieser von Amtes wegen zu beachten und kann jederzeit geltend gemacht werden¹¹⁰. Die Nichtigkeit lässt sich nur durch eine neue (mangelfreie) Verfügung beheben. Nachträgliche Heilung ist ausgeschlossen¹¹¹. Richtigerweise haben diejenigen Verfahrensmängel als schwerwiegend zu gelten, die eine Verletzung der Bundesverfassung bzw. verfassungsmässiger Rechte darstellen. Unmittelbar aus Art. 29 Abs. 2 BV fliesen die Rechte der Parteien auf Orientierung, Äusserung und Mitwirkung im Beweisverfahren sowie die entsprechenden Prüfungspflichten der Behörden¹¹². Somit hat jeder (einzelne) Verstoss gegen diese verfassungsmässigen Rechte als schwerwiegender Verfahrensmangel zu gelten. Da es zur Feststellung dieser gravierenden Verfahrensmängel keiner besonderen Fachkunde bedarf, dürfte das Erfordernis der Offenkundigkeit/leichten Erkennbarkeit (der Mängel) im Sinne der Evidenztheorie ohne weiteres erfüllt sein. Ebenso wenig dürfte *in einem pendenten Verfahren* die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit ernsthaft gefährdet sein. Demgemäss liegt ein Nichtigkeitsgrund vor. Da die nichtige Verfügung ex tunc unwirksam ist, entfällt eine Aufhebung. Die Nichtigkeit der Verfügung ist durch Verfügung (bloss) festzustellen¹¹³. Grundsätzlich hat diejenige Instanz, welche die nichtige Verfügung erlassen hat, das

109 FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, Eine Einführung, Bern 1986, 306; HÄFELIN/MÜLLER, (Fn. 16), Rz. 769; IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, (Fn. 16), Nr. 40 B IV, je mit Hinweisen.

110 GYGI, (Fn. 109), 306; HÄFELIN/MÜLLER, (Fn. 16), Rz. 768; IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, (Fn. 16), Nr. 40 B III.

111 GYGI, (Fn. 109), 306.

112 Siehe BGE 115 Ia 11 Erw. 2b mit Hinweisen, 115 V 303 f. Erw. 2g/bb, 104 Ia 71 Erw. 3b, 99 Ia 46 Erw. 3b, 91 I 92; GADOLA, (Fn. 6), 411 mit Hinweisen; RHINOW/KRÄHENMANN, (Fn. 16), Nr. 82 B III 2 und V; oben, F I.

113 GYGI, (Fn. 109), 306; HÄFELIN/MÜLLER, (Fn. 16), Rz. 768; IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, (Fn. 16), Nr. 40 B II und III.

verletztes Gehörsrecht zu gewähren und anschliessend neu zu verfügen.

Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist von der Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs nach dem Grundsatz der Verfahrensökonomie aber dann abzusehen, wenn dieses Vorgehen zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Person an einer beförderlichen Beurteilung ihrer Sache nicht zu vereinbaren sind¹¹⁴. Eine Heilung der Gehörsverletzung ist somit nur zulässig, wenn die betroffene Person selbst einen entsprechenden Antrag stellt¹¹⁵. Rügt sie selber eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und beantragt sie die Rückweisung der Sache, so ist gemäss Rechtsprechung und Literatur diesem Antrag in der Regel zu entsprechen, da die betroffene Person offensichtlich ihr Interesse an der Durchsetzung eines formell korrekten Verwaltungsverfahrens höher bewertet als ihr Interesse an einer möglichst beförderlichen Beurteilung ihrer Sache¹¹⁶. Es sei denn, dem Hauptbegehren kann vollumfänglich entsprochen werden oder aufgrund der Aktenlage ist abzusehen, dass ohnehin nur gerichtliche Beweismassnahmen zur Feststellung des rechterheblichen Sachverhaltes geeignet sind¹¹⁷. In den übrigen Fällen sind die Parteirechte vor der verfügenden Behörde zu wahren¹¹⁸.

G. Ergebnisse

Augenschein ist die unmittelbare Sinneswahrnehmung körperlicher Eigenschaften und/oder Zustände von Personen und/oder Sachen durch die entscheidende Behörde.

114 BGE 116 V 187 Erw. 3d; BVR 1994, 383 f. Erw. 5b; JÖRG PAUL MÜLLER, (Fn. 51), 518; SCHEIDEGGER, (Fn. 104), 379.

115 Ähnlich KNEUBÜHLER, (Fn. 105), 114; GEORG MÜLLER, (Fn. 43), N. 103; JÖRG PAUL MÜLLER, (Fn. 51), 518.

116 BGE 119 V 218 Erw. 6; ZAK 1989, 466; BVR 1994, 384 Erw. 5b, 1993, 372 und 380 Erw. 5a; SCHEIDEGGER, (Fn. 104), 379; ZIMMERLI, (Fn. 51), 333.

117 RKUV 1996 Nr. U 252 S. 196 Erw. 1d, 1993 Nr. U 170 S. 136 Erw. 4a, 1989 Nr. K 809 S. 207 Erw. 4; BVR 1993, 380; SCHEIDEGGER, (Fn. 104), 379 f.

118 BVR 1993, 380; SCHEIDEGGER, (Fn. 104), 380.

Im Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung kann der Augenschein sowohl an den im Gewahrsam einer Partei und/oder eines Dritten stehenden (beweglichen und unbeweglichen) Sachen als auch an der Person des (lebenden und verstorbenen) Versicherten, nicht aber der Person eines Dritten erfolgen. Eine Duldungspflicht besteht grundsätzlich nur dann, wenn der Augenschein zum Zwecke der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes erfolgt, verhältnismässig ist und der Kerngehalt des betroffenen Grundrechtes (Eigentumsgarantie bzw. Persönliche Freiheit) gewahrt bleibt. Eine Autopsie muss nicht geduldet werden.

Bei Verweigerung der Mitwirkung kann zur Durchsetzung grundsätzlich kein unmittelbarer Zwang ausgeübt werden. Der Einlass in Liegenschaften kann allerdings polizeilich erzwungen werden. Das Durchführungsorgan hat der (renitenten) versicherten Person/den Hinterlassenen und/oder dem (renitenten) Dritten eine angemessene Frist zur Mitwirkung anzusetzen und die voraussichtliche Rechtsfolge bei Säumnis anzudrohen. Beruht die geforderte Mitwirkung auf einer gesetzlichen Grundlage, liegt sie im überwiegenden öffentlichen Interesse, ist sie verhältnismässig und erfüllbar und lässt sich der rechtserhebliche Sachverhalt ohne besonderen Aufwand nicht auf anderem Wege rechtmässig ermitteln, so kann das Durchführungsorgan nach Ablauf der Frist zur Mitwirkung durch Verfügung entweder auf den Antrag auf Versicherungsleistungen nicht eintreten oder den Anspruch ohne umfassende Sachverhalts-/Beweiswürdigung mangels rechtsgenügender Substanziierung bzw. infolge Vereitelung der Beweisführung abweisen. Wird der Anspruch auf Versicherungsleistungen mangels Mitwirkung eines Dritten abgelehnt, so haftet dieser der versicherten Person/deren Hinterlassenen gegenüber allenfalls aus unerlaubter Handlung oder Haftung des Beauftragten für getreue Ausführung.

Augenscheinnahme durch Gehilfen ist grundsätzlich möglich. Die Akten müssen jedoch so geführt werden, dass die entscheidende Verwaltungsperson die tatsächlichen Verhältnisse ausreichend beurteilen kann. Sind zur Durchführung des Augenscheins besondere Fachkenntnisse erforderlich, so ist dieser durch einen Sachverständigen vorzunehmen.

Die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessenden Rechte auf Orientierung, Äusserung, Mitwirkung im Beweisverfahren sowie die entsprechenden Prüfungspflichten der entscheidenden Be-

hörde enthalten Garantien, welche sich im Recht auf Beweis zusammenfassen lassen.

Das Recht auf Beweis ist nicht absolut, sondern in seinem sachlichen und zeitlichen Geltungsbereich begrifflich beschränkt. Die begriffsimmanenten Schranken des Rechts auf Beweis äussern sich darin, dass sich dieses nur auf den Beweis rechtserheblicher Tatsachen bezieht, lediglich rechtzeitig und formrichtig gestellte Anträge zu berücksichtigen sind und die Abnahme (weiterer) Beweise aufgrund einer behördlichen antizipierten Beweiswürdigung abgelehnt werden kann.

Im Rahmen dieser begriffsimmanenten Schranken stehen den Parteien des Verwaltungsverfahrens der obligatorischen Unfallversicherung folgende Rechte auf/am Augenschein zu: Recht auf Beantragung eines Augenscheins; Recht auf pflichtgemässe Prüfung des Antrages auf Augenschein durch die Behörde; Recht auf Abnahme eines zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes rechtzeitig und formrichtig angebotenen, tauglichen Augenscheins durch die Behörde; Recht auf Teilnahme am Augenschein (Recht auf rechtzeitige Vorladung zum Augenschein durch die Behörde; Recht am Ort des Augenscheins zu sein; Recht, sich zum Augenscheinsobjekt und zur Durchführung des Augenscheins zu äussern); Recht, auf Orientierung über das Ergebnis des Augenscheins und auf Abgabe des Augenscheinsprotokolls vor Erlass der Verfügung; Recht auf Stellungnahme zum Ergebnis des Augenscheins sowie zum Augenscheinsprotokoll vor Erlass der Verfügung; Recht auf Würdigung der Ergebnisse des Augenscheins durch die Behörde; Recht auf Berücksichtigung der Ergebnisse der Beweiswürdigung bei der Entscheidung.

Da der Anspruch auf rechtliches Gehör (inkl. Recht auf/am Augenschein) durch die Verfassung garantiert ist, muss seine Einschränkung unter denselben vier Voraussetzungen (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Wahrung des Kerngehaltes) als zulässig erachtet werden, welche Rechtsprechung und Lehre für die Einschränkung der Freiheitsrechte entwickelt haben.

Die im Verfügungsverfahren der betroffenen Person *rechtmässig* vorenthaltenen Gehörsrechte im engeren Sinne sind spätestens im Einspracheverfahren zu wahren. Das Durchführungsorgan hat der betroffenen Person daher in rechtsgenügender Form Gelegenheit zu geben, die im Verfügungsverfahren nicht gewährten Gehörsrechte im

engeren Sinne nachträglich auszuüben. Macht die betroffene Person von ihrem Anspruch keinen Gebrauch, so darf das Durchführungsorgan davon ausgehen, dass sie auf diese Teilnahmerechte verzichtet.

Die Praxis der Heilung von Gehörsverletzungen sollte auch aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit fallen gelassen werden. Jeder Verstoss gegen ein durch die Verfassung gewährleistetes Mitwirkungsrecht sollte als schwere Gehörsverletzung in der Regel die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge haben.

Grundsätzlich hat diejenige Instanz, welche die nichtige Verfügung erlassen hat, das verletzte Gehörsrecht zu gewähren und anschliessend neu zu verfügen. Von der Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs ist nur dann abzusehen, wenn dieses Vorgehen zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Person an einer beförderlichen Beurteilung ihrer Sache nicht zu vereinbaren sind. Eine Heilung der Gehörsverletzung ist somit nur zulässig, wenn die betroffene Person selbst einen entsprechenden Antrag stellt. Rügt sie eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und beantragt sie die Rückweisung der Sache, so ist diesem Antrag zu entsprechen. Es sei denn, dem Hauptbegehren kann vollumfänglich entsprochen werden oder aufgrund der Aktenlage ist abzusehen, dass es zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes gerichtlicher Beweismassnahmen bedarf.