

Roger Peter

Die Vergabe der polydisziplinären Gutachteraufträge in der IV

Eine rechtliche Analyse

SuisseMED@P, ein Lotteriesystem, vergibt aktuell in der Eidgenössischen Invalidenversicherung die polydisziplinären Gutachteraufträge. Allokation durch Lotterie in einem demokratischen Rechtsstaat? Dies wirft viele Fragen auf. Der vorliegende Beitrag analysiert die Rechtslage und unterbreitet Verbesserungsvorschläge.

Beitragsarten: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Sozialversicherungsrecht, Gesundheitsrecht, Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung

Zitiervorschlag: Roger Peter, Die Vergabe der polydisziplinären Gutachteraufträge in der IV, in: Jusletter 16. September 2019

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Das Zufallsprinzip nach Bundesgericht
- III. Das Zufallsprinzip nach «SuisseMED@P»
 - A. Aktueller Zustand
 - B. Analyse
 - 1. Vorbemerkungen
 - 2. Gesetzliche Grundlage
 - 3. Lotterie
 - 4. Manipulation und Dokumentation
 - 5. Exkurs: Produktzulassung und -beobachtung
 - 6. Ergebnisse
 - C. Verbesserungsvorschläge
 - 1. Wer soll Eingriffe vornehmen dürfen?
 - 2. Wahrheitsgemässe, vollständige und transparente Dokumentation
 - 3. Möglichkeit zum Augenschein
 - 4. Datenerfassung, statistische Auswertung und Berichterstattung
- IV. Fazit

I. Ausgangslage

[1] Im Jahr 2016 gaben die 27 IV-Stellen total 16'800 Gutachten in Auftrag. Davon waren 8'064 (48 %) Gutachten monodisziplinär, 3'024 (18 %) bidisziplinär und 5'712 (34 %) polydisziplinär.¹

[2] Das Administrativgutachten ist in der Regel das zentrale Beweismittel zur Feststellung der rechtsbegründenden, -herabsetzenden oder -aufhebenden Tatsachen.² Der Ausgang der Begutachtung präjudiziert faktisch den Entscheid, ob eine Rente zugesprochen, herabgesetzt, aufgehoben oder unverändert gewährt wird.

[3] Daher stellen nicht nur die IV-Stellen und die betroffenen Personen hohe Erwartungen, sondern auch das Recht besonders hohe Anforderungen an die Administrativgutachter. So gelten für Sachverständige grundsätzlich die gleichen Ausstands- und Ablehnungsgründe wie für Richter.³ Somit hat der Sachverständige sein Gutachten entsprechend einem Richter unparteiisch, unvoreingenommen, unbefangen und ohne Einwirken sachfremder Umstände zu erstatten.⁴ Die Garantie des verfassungsmässigen Sachverständigen ist indes nur gewährleistet, wenn sich seine ausschliesslich nach sachgerechten Kriterien zu erfolgende Ernennung objektiv nachvollziehen und überprüfen lässt. Bereits die blosser Möglichkeit von Manipulationen erschüttert das Vertrauen in den Sachverständigen und in dessen Beurteilung und begründet den Anschein der Befangenheit.

[4] Daher haben sowohl die der Ernennung vorgelagerte Auswahl der Sachverständigen als auch die Vergabe der Gutachteraufträge in jedem Zeitpunkt des Verfahrens rechtsstaatlich korrekt zu erfolgen. Sie sind die Grundvoraussetzungen einer fairen Begutachtung.

¹ Siehe BIRGIT LAUBEREAU/Franziska Müller/ANINA HANIMANN/ANDREAS BALTHASAR, Das Bildungsprofil medizinischer Gutachterinnen und Gutachter, in: Soziale Sicherheit/CHSS Nr. 2/Juni 2018 S. 45; in Bezug auf die polydisziplinären Gutachteraufträge 2016 siehe auch «SuisseMED@P Reporting 2016».

² Siehe Art. 43 Abs. 1 und 44 ATSG i.V.m. Art. 55 ATSG i.V.m. Art. 12 lit. e VwVG und Art. 44 ATSG.

³ Urteil des Bundesgerichts U 553/06 vom 22. Februar 2008 Erw. 3.2, BGE 120 V 364 Erw. 3a.

⁴ Siehe Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

[5] Der Autor analysiert im Wesentlichen die aktuelle Art der Vergabe der polydisziplinären Gutachteraufträge in der Eidgenössischen Invalidenversicherung nach Zufallsprinzip (siehe hinten, III. B.) und unterbreitet Verbesserungsvorschläge (siehe hinten, III. C.).

II. Das Zufallsprinzip nach Bundesgericht

[6] Mit Urteil 9C_243/2010 vom 28. Juni 2011 (BGE 137 V 210) erkannte das Bundesgericht, dass polydisziplinäre medizinische Gutachteraufträge an die Medizinischen Abklärungsstellen (MEDAS) im Verwaltungsverfahren der Eidgenössischen Invalidenversicherung nach Zufallsprinzip bzw. nach einer abstrakt formulierten, vorbestimmten Regelung zu vergeben sind.⁵

[7] Das Bundesgericht definiert weder den Begriff des Zufallsprinzips, noch wie dieses Zufallsprinzip ausgestaltet sein sollte. Das Bundesgericht stellt sich ebenso wenig die Frage, ob ein auf Zufall beruhendes Ordnungssystem mit der Bundesverfassung und der EMRK vereinbar ist. Es setzt dies voraus.

[8] Prinzipien sind in ihrer Mehrzahl als Ausprägungen des Verbots formeller Rechtsverweigerung zu qualifizieren.⁶ Ist Zufall ein Prinzip des Verbots formeller Rechtsverweigerung oder stellt (behördlich organisierter) Zufall Rechtsverweigerung dar? Das Handeln der Behörden muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.⁷ Ebenso haben Behörden nach Treu und Glauben zu handeln⁸, dem Bürger gegenüber fair zu begegnen⁹ und die Grundrechte zu verwirklichen.¹⁰ Behörden müssen ihr Handeln begründen. Handeln nach Zufall ist mit diesen verfassungsmässigen Behördenpflichten nicht vereinbar. Daher kann Zufall grundsätzlich nicht Teil eines rechtsstaatlichen und fairen Ordnungssystems sein. Das Bundesgericht als oberste Hüterin der Bundesverfassung, des Rechtsstaates und der Grundrechte kann aber mit Zufallsprinzip kaum gemeint haben, dass die Vergabe der Gutachteraufträge dem Zufall überlassen sein soll.

[9] Die Erkenntnis des Bundesgerichts ist aus ihrem rechtsstaatlichen Sinn und Zweck heraus zu verstehen. Sinn und Zweck des bundesgerichtlichen Postulates ist die Befreiung der Vergabe der Gutachteraufträge von sachfremden Einflüssen. Die Vergabe soll auf rechtsstaatliche Art und Weise erfolgen. Daher muss die Vergabe in diesem Sinne organisiert sein. Dies ist der Fall, wenn die Vergabe objektiv, nicht manipulierbar und transparent, d.h. nachvollziehbar und überprüfbar, ist.¹¹

⁵ BGE 137 V 242 Erw. 3.1.1.

⁶ PETER SALADIN, Das Verfassungsprinzip der Fairness. Die aus dem Gleichheitsprinzip abgeleiteten Verfassungsgrundsätze, in: *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts. Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts*, Basel 1975, S. 43.

⁷ Art. 5 Abs. 2 BV.

⁸ Art. 5 Abs. 3 BV.

⁹ Siehe SALADIN, (Anm. 6), S. 86 ff.

¹⁰ Art. 35 BV; JÖRG PAUL MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Bern 2018, S. 1 ff.

¹¹ Zur Gewährleistung eines verfassungsmässigen Sachverständigen im Sinne von Art. 5 BV und Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK sollten nicht nur die polydisziplinären, sondern ebenso die mono- und bidisziplinären Gutachteraufträge objektiv, transparent und frei von sachfremden Einflüssen vergeben werden. Daher sollte das Bundesgericht seine (Zufallsprinzip-)Rechtsprechung (BGE 137 V 242 Erw. 3.1.1) auf sämtliche Disziplinen (poly- [bisher], mono- und bidisziplinär) sowie sämtliche Sozialversicherungszweige (IV [bisher], UV, KV etc.) ausweiten.

III. Das Zufallsprinzip nach «SuisseMED@P»

A. Aktueller Zustand

[10] Per 1. März 2012 trat Art. 72^{bis} IVV¹² in Kraft. Danach haben medizinische Gutachten, an denen *drei und mehr Fachdisziplinen*¹³ beteiligt sind, bei einer Gutachterstelle zu erfolgen, mit welcher das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) eine Vereinbarung getroffen hat.¹⁴ Die Vergabe dieser Gutachteraufträge hat nach dem Zufallsprinzip zu erfolgen.¹⁵

[11] Das BSV betreibt zusammen mit den IV-Stellen und den vertraglich gebundenen polydisziplinären Gutachterstellen die webbasierte Plattform «SuisseMED@P»,¹⁶ welche die polydisziplinären Gutachteraufträge nach dem sog. Zufallsprinzip gemäss Art. 72^{bis} IVV verteilt.¹⁷

[12] Gemäss Webseite SuisseMED@P könne das Zufallsprinzip mit einer Ziehung aus einem Lotterietopf verglichen werden. Für jede Ziehung (Auftragsvergabe) fülle sich ein Lotterietopf mit Gutachterstellen. Eine Gutachterstelle komme immer dann in den Lotterie- / Vergabetopf, wenn sie (1.) über freie Kapazitäten in den gewünschten Fachdisziplinen verfüge sowie in der Lage sei, (2.) das zu vergebende Gutachten in der gewünschten Verfahrenssprache und (3.) in der erwarteten Bearbeitungszeit zu verfassen.

[13] In der Folge wähle die SuisseMED@P eine im Lotterie- / Vergabetopf sich befindende Gutachterstelle nach einem programmierten Algorithmus aus. Für die eigentliche Verteilung werde der *Microsoft.Net Framework Zufallsgeneratoreingesetzt*.¹⁸ Dabei soll der Zufallsgenerator so konzipiert sein, dass er eine beliebige Reihenfolge verschiedener Nummern oder Objekte auswähle, welche jeglichen Musters entbehren und so «zufällig» erschienen. Da Maschinen und deren Logarithmen immer einer mathematischen Logik folgten, sei eine elektronische Ziehung (pseudo-)zufällig.¹⁹

[14] Gemäss Webseite SuisseMED@P erfolgt die Ziehung unter Ausschluss menschlichen Zutuns und ohne äussere Einflussnahme.²⁰ Weder die IV-Stellen noch die Gutachterstellen sollen die Auswahl beeinflussen können.²¹ Ebenso wenig könne Einblick in den Vergabetopf genommen werden. Daher sei auch nicht bekannt, wie viele bzw. welche Gutachterstellen zu einem bestimmten Zeitpunkt zur Auswahl stünden.²²

¹² Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV; SR 831.201 [AS 2011 5679]).

¹³ Solche Gutachten gelten als polydisziplinär.

¹⁴ Art. 72^{bis} Abs. 1 IVV; aktuell sind 31 polydisziplinäre Gutachterstellen für die IV-Stellen tätig (<https://www.suissemedap.ch/Pages/MedasMap.aspx>).

¹⁵ Art. 72^{bis} Abs. 2 IVV.

¹⁶ https://www.suissemedap.ch/_layouts/15/MEDAP.InformationPortal/Objectives.aspx.

¹⁷ Kreisschreiben über das Verfahren in der Invalidenversicherung vom 1. Januar 2010 (Stand: 1. Dezember 2018) (KSVI; 318.507.03 d) S. 105.

¹⁸ Siehe Broschüre des BSV «Auftragsvergabe und Zufallsprinzip SuisseMED@P» S. 5.

¹⁹ Siehe Broschüre des BSV «Auftragsvergabe und Zufallsprinzip SuisseMED@P» S. 5.

²⁰ Siehe Broschüre des BSV «Auftragsvergabe und Zufallsprinzip SuisseMED@P» S. 5.

²¹ Siehe https://www.suissemedap.ch/_layouts/15/MEDAP.InformationPortal/MedasAllocationProcess.aspx.

²² Siehe Broschüre des BSV «Auftragsvergabe und Zufallsprinzip SuisseMED@P» S. 5.

B. Analyse

1. Vorbemerkungen

[15] Es stellen sich im Wesentlichen die nachfolgenden Fragen:

1. Stellt Art. 72^{bis} IVV eine ausreichende gesetzliche Grundlage dar?
2. Fällt die Gutachtervergabe durch Zufallsprinzip allenfalls unter das Lotteriegesetz?²³
3. Ist die auf der Webseite SuisseMED@P gemachte sinngemässe Aussage, dass der *Microsoft.Net Framework Zufallsgenerator* weder manipuliert noch dessen Abläufe nachvollziehbar und überprüfbar dokumentiert werden können, zutreffend?
4. Ist ein solches System der Vergabe von Gutachteraufträgen bundesverfassungs- und EMRK-konform?
5. Welchen Minimalstandard muss ein System aus rechtstaatlicher Sicht erfüllen?

Nachfolgend werden diese Fragen untersucht:

2. Gesetzliche Grundlage

[16] Der Aufruf des Bundesgerichts, die polydisziplinären Gutachteraufträge in der Eidgenössischen Invalidenversicherung nach dem sog. «Zufallsprinzip» zu vergeben, richtet sich ans Bundesamt für Sozialversicherung (BSV). Das BSV ist Teil der öffentlichen Verwaltung. Die öffentliche Verwaltung muss stets rechtsstaatlich handeln.²⁴ Dies gilt auch bei der Vergabe von Gutachteraufträgen.

[17] Mit einer medizinischen Begutachtung wird in die Privat- und Geheimsphäre der versicherten Personen eingegriffen. Dadurch wird die Möglichkeit der versicherten Personen zur freien Willensbildung und Entscheidung tangiert und ihre Subjektstellung berührt. Die Freiheit, ob, wann, inwieweit und wem ein Individuum Tatsachen aus seinem Privat- und Geheimbereich mitteilen will, stellt eine elementare Erscheinung der Persönlichkeit und wichtige Voraussetzung zur Persönlichkeitsentfaltung dar. Sie ist vom Schutzbereich des *Grundrechts der persönlichen Freiheit*²⁵ erfasst. Gemäss Lehre, Rechtsprechung und Art. 36 BV sind Beschränkungen der persönlichen Freiheit rechtmässig, wenn sie kumulativ auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, einem überwiegenden öffentlichen Interesse entsprechen, verhältnismässig sind und den Kerngehalt des Grundrechts wahren.²⁶ Wenn nun nicht das BSV als Teil der öffentlichen Bundesverwaltung, sondern eine Maschine die polydisziplinäre Gutachterstelle auswählen bzw. die polydisziplinären Gutachteraufträge vergeben soll, bedürfte es hierfür eines Gesetzes im formellen Sinne, weil die medizinische Begutachtung ein schwerer Eingriff in das *Grundrecht der persönlichen Freiheit*²⁷ darstellt.

²³ Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbmässigen Wetten vom 8. Juni 1923 (LG; SR 935.51).

²⁴ Siehe vorne, II. mit Hinweisen.

²⁵ Art. 10 Abs. 2 und 13 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK.

²⁶ ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA TURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, N. 302.

²⁷ Art. 10 Abs. 2 und 13 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK.

[18] Art. 44 ATSG stellt ein formelles Gesetz im Sinne von Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV für die *Sozialversicherungsträger* zur Einholung eines Sachverständigengutachtens dar. Das BSV ist aber nicht Sozialversicherungsträger, sondern Fachbehörde für die soziale Sicherheit, Aufsichtsbehörde über die Durchführungsorgane, Gesetzgeber im Bereich der Sozialversicherungen und Schöpfer von Grundlagen für die politische Steuerung.²⁸ Da das BSV nicht Adressat von Art. 44 ATSG ist, stellt diese Norm *für das BSV* kein formelles Gesetz im Sinne von Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV zur Legitimation der Vergabe der Gutachteraufträge durch eine Maschine dar.

[19] Ebenso wenig ist Art. 72^{bis} IVV ein formelles Gesetz, sondern eine sich auf Art. 86 Abs. 2 IVG²⁹ stützende unselbständige³⁰ gesetzesvertretende Rechtsverordnung. Gemäss herrschender³¹ Lehre und Rechtsprechung sind unselbständige gesetzesvertretende Rechtsverordnungen zulässig, sofern die Gesetzesdelegation durch die Verfassung nicht ausgeschlossen ist, die Delegationsnorm in einem Gesetz enthalten ist, sich die Delegation auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränkt und die Grundzüge der delegierten Materie in einem Gesetz umschrieben sind.³² Im vorliegenden Fall sind meiner Auffassung nach die ersten drei Voraussetzungen, nicht aber die vierte Voraussetzung erfüllt. So regelt Art. 44 ATSG «lediglich», wann ein Sozialversicherungsträger ein Sachverständigengutachten einzuholen hat und was er dabei zu tun hat. Art. 44 ATSG nennt aber weder das Bundesamt für Sozialversicherung, noch ermächtigt er zur Vergabe der Gutachteraufträge durch Zufallsprinzip durch eine Maschine. Andere Gesetzesbestimmungen sind nicht ersichtlich. Daher muss die Delegation der Vergabe von polydisziplinären Gutachteraufträgen an eine Maschine als Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1, Art. 10 Abs. 2 und 13 Abs. 2, Art. 36 Abs. 1 Satz 2 sowie Art. 6 Ziff. 1 und 8 EMRK beurteilt werden.

3. Lotterie

[20] Das BSV vergleicht auf seiner Webseite SuisseMED@P die Gutachterstellenvergabe sinngemäss mit einer Lotterie.³³

[21] Eine Lotterie zeichnet sich dadurch aus, dass die Teilnehmenden einen (1.) *Einsatz leisten*, dass ihnen ein (2.) *Gewinn in Aussicht gestellt* wird und dass die (3.) *Gewinnzuteilung auf der Basis des Zufalls* und (4.) *planmässig* erfolgt.³⁴ Fehlt eines dieser Merkmale, so liegt keine Lotterie im Sinne von Art. 1 Abs. 2 LG vor.³⁵ Da die Teilnehmenden im SuisseMED@P-Lotteriesystem für die Erlangung der Lose keinen *Einsatz*³⁶ zu leisten haben, stellt die Vergabe der polydisziplinären

²⁸ Vgl. Art. 11 der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement des Innern vom 28. Juni 2000 (OV-EDI; SR 172.212.1).

²⁹ Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG; SR 831.20).

³⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER/TURNHERR, (Fn. 26), N. 1856.

³¹ a.M. ZACCARIA GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960, S. 158 f.

³² ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 368; HÄFELIN/HALLER/KELLER/TURNHERR, (Fn. 26), N. 1872; FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 99 f; BGE 143 II 92 Erw. 4.4; 141 II 172 f. Erw. 3.4.

³³ https://www.suissemedap.ch/_layouts/15/MEDAP.InformationPortal/MedasAllocationProcess.aspx.

³⁴ URS SCHERRER/REMUS MURESAN, Handbuch zum schweizerischen Lotterie- und Wettrecht, Zürich/St. Gallen 2014, N. 63 und 92.

³⁵ SCHERRER/MURESAN, (Fn 34), N. 63.

³⁶ Als Einsatz gelten entweder ein Entgelt oder der Abschluss eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts oder Zusatzkosten, welche über Porto und Telefongebühren hinausgehen (SCHERRER/MURESAN, [Fn. 34], N. 63 und 70 f.).

ren Gutachteraufträge mittels Zufallsprinzip keine Lotterie im Sinne von Art. 1 Abs. 2 LG dar, obwohl die übrigen Kriterien erfüllt sind.

[22] Somit fällt die Vergabe zwar nicht unter das Lotteriegesez; sie stellt aber für die Betroffenen nichtsdestotrotz faktisch eine Lotterie dar, weshalb es sich aufdrängt, die Idee der Lotterie näher zu betrachten.³⁷

[23] Die Allokationsrivalen des Loses sind die Wahl, die Kooptation, die Auktion, die strikte Rotation, die Temporalität und die monopolisierte Zuteilung. Die einzelnen Allokationsverfahren lassen sich miteinander kombinieren.³⁸

[24] JOHN RAWLS vertritt die Auffassung, dass dem Los im institutionellen Aufbau liberaler Demokratien grundsätzlich kein Platz einzuräumen ist.³⁹ Nach RAWLS könnte «in einfachen Fällen von Ansprüchen auf unteilbare und zahlenmässig beschränkte Güter ein Rotations- oder Lotteriesystem die faire Lösung sein, falls die Anzahl der gleich gut fundierten Ansprüche zu gross ist.»⁴⁰ Ein solcher Fall liegt bei der Vergabe der Gutachteraufträge aber klarerweise nicht vor. Eine konstruktive Funktion fällt dem Zufall nach RAWLS bei der «reinen Verfahrensgerechtigkeit» zu.⁴¹ «Reine Verfahrensgerechtigkeit liegt dann vor, wenn es keinen unabhängigen Massstab für das richtige Ergebnis gibt, sondern nur ein korrektes oder faires Verfahren, das zu einem ebenso korrekten oder fairen Ergebnis führt, (...)».⁴² RAWLS erläutert das Prinzip der «reinen Verfahrensgerechtigkeit» am Beispiel des Glücksspiels. Wenn die Teilnahme am Glücksspiel freiwillig erfolgt, das Glücksspielverfahren fair, ohne Manipulation und unter fairen Bedingungen durchgeführt wird, sei jedes Ergebnis und jede sich daraus ergebende Vermögensaufteilung fair.⁴³

[25] Die Teilnahme am SuisseMED@P-Lotteriesystem zur Vergabe der polydisziplinären Gutachteraufträge beruht nicht auf Freiwilligkeit, sondern auf Zwang. Ebenso wenig wird das SuisseMED@P-Lotteriesystem ohne Manipulation betrieben.⁴⁴ Im Übrigen ist das SuisseMED@P-Lotteriesystem ebenso wenig fair, weil es den berechtigten Erwartungen der an der Lotterie teilnehmenden versicherten Personen, eine faire, neutrale und erfahrene Gutachterstelle zugeworfen zu erhalten, nicht erfüllen kann. So bestehen unter den beim BSV akkreditierten Gutachterstellen (und deren Gutachter*innen) eklatante Unterschiede betreffend Erfahrung, Fachkompetenz, Neutralität/Unvoreingenommenheit und Fairness. Ist der Vergabetopf aber nicht mit Gutachterstellen von gleicher Qualität gefüllt, sondern asymmetrisch, so ist die Lotterie von vornherein unfair, weil die Lotterieziehungen *nicht stets* Ergebnisse gleicher Qualität hervorbringen. Dies ist aber bei einer fairen Lotterie notwendig. Die Grundstruktur des Lotteriesystems ist mangelhaft.

³⁷ HUBERTUS BUCHSTEIN setzt sich mit dem Thema Demokratie und Lotterie vertieft auseinander. Er beleuchtet die Varianten und Funktionen, welche das Losverfahren im Rahmen verschiedener politischer Systeme von der Antike bis heute ausübt. Er arbeitet diese funktionale Vielfalt heraus, analysiert sie vergleichend und betrachtet sie mit Blick auf Anknüpfungspunkte für heute anstehende Demokratiereformen. Des Weiteren gibt er einen systematischen Überblick über die über Sinn und Unsinn von Losverfahren geführten Diskussionen (HUBERTUS BUCHSTEIN, Demokratie und Lotterie – Das Los als politisches Entscheidungsinstrument von der Antike bis zur EU, Frankfurt a.M. 2009).

³⁸ BUCHSTEIN, (Fn. 37), S. 232 ff. und 240 ff.

³⁹ BUCHSTEIN, (Fn. 37), S. 13.

⁴⁰ JOHN RAWLS, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Baden-Baden 1979, S. 412.

⁴¹ BUCHSTEIN, (Fn. 37), S. 259.

⁴² JOHN RAWLS, (Fn. 40), S. 107; BUCHSTEIN, (Fn. 37), S. 259; JOHANNES J. FRÜHBAUER, John Rawls «Theorie der Gerechtigkeit», Darmstadt 2007, S. 69.

⁴³ JOHN RAWLS, (Fn. 40), S. 107 f.; BUCHSTEIN, (Fn. 37), S. 259; FRÜHBAUER, (Fn. 42), S. 69.

⁴⁴ Siehe hinten, III. B. 4.

Lotterziehungen gleicher Qualität sind aus Gründen der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) notwendig. Dies auch deshalb, weil das Sachverständigengutachten einen entscheidenden Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens hat.⁴⁵ Somit liegt kein Anwendungsfall der «reinen Verfahrensgerechtigkeit» nach RAWLS vor, weshalb das *aktuelle* SuisseMED@P-Lotteriesystem auch aus diesem Grund als Allokationsverfahren abzulehnen ist.⁴⁶

[26] Nach BUCHSTEIN sehen Verfechter des Losverfahrens im Losverfahren im Wesentlichen die nachfolgenden sieben Vorteile: (1.) Das Los sei ein neutraler/unbestechlicher und verfahrensautonomer Mechanismus, das (2.) treffsicher und (3.) kostengünstig sei, (4.) die Entscheidungsträger und -unterworfenen entlaste, (5.) Kreativität und produktive Unsicherheiten erzeuge, (6.) gesellschaftliche Stabilität schaffe und (7.) über eine Art «Rationalität zweiter Ordnung» verfüge, welche in bestimmten Situationen eine Entscheidung erst ermögliche.⁴⁷

[27] Zum Neutralitätsanspruch (angeblicher Vorteil Nr. 1) wirft BUCHSTEIN die Frage auf, woher wir wissen, dass ein durchgeführtes Losverfahren neutral ist, d.h. niemanden begünstigt/benachteiligt, und dass die Technik tatsächlich nichts als den Zufall regieren lässt?⁴⁸ BUCHSTEIN vertritt die Auffassung, dass je umstrittener die von der Lotterie vergebenen Güter sind, desto wichtiger ihre technische Perfektion werde und desto wichtiger sei, dass die Rolle des darin involvierten Personals überschaut werden könne.⁴⁹ Es genüge nicht, wenn das Los die generelle Eigenschaft habe, neutral zu sein. Losverfahren müssten im konkreten Einsatz von sämtlichen Beteiligten als ein neutraler Mechanismus anerkannt werden.⁵⁰ Damit spricht BUCHSTEIN die kardinalen Probleme «Sicherheit» und «Transparenz» als Grund für Misstrauen und Ablehnung von Losverfahren an. Ein (Zufalls-)System, das bei den Teilnehmenden Zweifel an der (Manipulations-)Sicherheit erweckt, verdient bei den Teilnehmenden kein Vertrauen und wird nicht akzeptiert. Akzeptanz (auch) für solche Verfahren ist in einem demokratischen Rechtsstaat jedoch unerlässlich. Dieses notwendige Vertrauen lässt sich nur über Transparenz für die am Losverfahren Teilnehmenden herstellen. Diese Transparenz hat umfassend zu sein. Somit hat sie sich auf das System, die Systembetreiber und das Losverfahren selber zu beziehen. Die Teilnehmenden müssen nachvollziehen und überprüfen können, dass das System ordnungsgemäss funktioniert, dass die System-Betreiber das System ordnungsgemäss betreiben und dass das Losverfahren manipulations- und störungsfrei verläuft.

[28] Nachfolgend wird geprüft, ob das SuisseMED@P diesen rechtstaatlichen Anforderungen gerecht wird.

⁴⁵ Siehe vorne, I.

⁴⁶ Gerechter wäre die Gutachterzuteilung durch ein Allokationsverfahren in Kombination von «Wahl» mit «Wahl». Danach könnte die zu explorierende versicherte Person der IV-Stelle beispielsweise in einem ersten Schritt eine Dreierwahlvorschlag aus der Liste der beim BSV akkreditierten Gutachterstellen unterbreiten und die IV-Stelle wählt anschliessend in einem zweiten Schritt aus diesem Dreiervorschlag eine Gutachterstelle aus und beauftragt die Gutachterstelle mit der polydisziplinären Begutachtung.

⁴⁷ BUCHSTEIN, (Fn. 37), S. 296 ff. sowie S. 314 f.

⁴⁸ BUCHSTEIN, (Fn. 37), S. 315 f.

⁴⁹ BUCHSTEIN, (Fn. 37), S. 318.

⁵⁰ BUCHSTEIN, (Fn. 37), S. 318.

4. Manipulation und Dokumentation

[29] Es ist nicht ganz korrekt, wenn auf der Webseite SuisseMED@P behauptet wird, die Ziehung erfolge unter Ausschluss menschlichen Zutuns und ohne äussere Einflussnahme.⁵¹ Damit wird suggeriert, dass Manipulationen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden können. Es mag vielleicht sein, dass die «Ziehung» als solche nicht manipuliert werden kann; allerdings liegt für eine solche Annahme kein schlüssiger Beweis vor. Selbst wenn ein solcher Beweis vorläge, lässt sich die Gutachtervergabe gemäss SuisseMED@P sehr wohl manipulieren. So kann der Verantwortliche einer Gutachterstelle über die SuisseMED@P-Plattform sein Institut komplett de- bzw. reaktivieren.⁵² Ebenso kann die Vergabe gesteuert werden durch die Angaben bei den medizinischen Fachdisziplinen, Dossiersprachen und der Kapazität.⁵³ Des Weiteren kann im System offenbar auch die Mindestanzahl an Gutachterstellen bestimmt werden, welche für das Auslösen eines Vergabeprozesses benötigt wird.⁵⁴ Wird der Wert auf das Minimum gesetzt, ist zwar eine rasche Verteilung und damit schnellere Auftragsdurchführung gewährleistet;⁵⁵ allerdings kann dies auch zur Folge haben, dass sich im Vergabetopf lediglich eine einzige Gutachterstelle befindet. Befindet sich aber lediglich eine einzige Gutachterstelle im Vergabetopf, so kann kaum ernstlich noch von einer Vergabe nach Zufallsprinzip gesprochen werden, weil es schlicht nichts zu wählen gibt. Die Vergabe funktioniert dann nicht wie eine «Lotterie», sondern eher wie eine Murmelbahn. Es kommt genau diejenige Murmel zur explorierenden Person gerollt, welche vorgängig auf die (Murmel-)Bahn gesetzt wurde. Somit lässt sich die Auftragsvergabe durch Deaktivierung von Gutachterstellen manipulieren. Die Auftragsvergabe kann auch durch entsprechende Programmierung des *Microsoft.Net Framework Zufallsgenerator* gesteuert werden.

[30] Das in der Eidgenössischen Invalidenversicherung aktuell praktizierte SuisseMED@P-Lotteriesystem nimmt die Zuteilung von Gutachteraufträgen an die polydisziplinären MEDAS-Stellen nicht nach einem vorgängig festgelegten (Zuteilungs-)Muster automatisiert, sondern gestützt auf Art. 72^{bis} IVV nach Zufall vor. Der Zufall als Leitlinie des staatlichen Handelns verstösst aber gegen das Transparenzprinzip (Art. 5 BV), das Gebot nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und 9 BV), das Willkürverbot (Art. 9 BV), den Anspruch auf Begründung und faires Verfahren (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) sowie den Anspruch auf einen verfassungsmässigen Gutachter (Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK).

[31] Daher ist Art. 72^{bis} IVV zusätzlich⁵⁶ verfassungswidrig, soweit er die Zuteilung nach dem Zufall fordert und Eingriffe in die automatisierte Zuteilung nicht der Begründung unterliegen und nicht transparent, d.h. nachvollziehbar und überprüfbar, gemacht werden.

[32] Ebenso wenig legt das aktuelle SuisseMED@P-Lotteriesystem offen, wer das (Gutachterzuteilungs-)System unter welchen Voraussetzungen wann manipulieren darf, ob die Eingriffe ins Zuteilungssystem erkennbar, nachvollziehbar und überprüfbar sind, wie viele und welche Gut-

⁵¹ Siehe Broschüre des BSV «Auftragsvergabe und Zufallsprinzip SuisseMED@P» S. 5.

⁵² Siehe Broschüre des BSV «Auftragsvergabe und Zufallsprinzip SuisseMED@P» S. 4.

⁵³ Siehe Broschüre des BSV «Auftragsvergabe und Zufallsprinzip SuisseMED@P» S. 3 f.

⁵⁴ Siehe Broschüre des BSV «Auftragsvergabe und Zufallsprinzip SuisseMED@P» S. 4.

⁵⁵ Siehe Broschüre des BSV «Auftragsvergabe und Zufallsprinzip SuisseMED@P» S. 4.

⁵⁶ Siehe vorne, B. 2.

achterstellen sich im Zeitpunkt der Vergabe eines Gutachterauftrags im Zuteilungstopf befinden und ob die Gutachtervergabe im ersten oder mehreren Versuchen ermittelt wurde.

[33] Diese eklatanten Mängel an Transparenz lassen sich nicht *durch periodische Berichterstattung ergänzt durch die Jahresberichte*⁵⁷ beheben. Solche Massnahmen sind ungenügend.

5. Exkurs: Produktzulassung und -beobachtung

[34] Produkte dürfen nach Produktesicherheitsgesetz nur unter strengen Voraussetzungen in Verkehr gebracht werden.⁵⁸ Nach Inverkehrbringen müssen Hersteller und Importeur allfällige Gefahren, die von ihren Produkten während der angegebenen oder vernünftigerweise vorhersehbaren Gebrauchsdauer eines Produktes bei normaler oder bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung ausgehen können, erkennen und abwenden können und sie den zuständigen Vollzugsbehörden melden.⁵⁹ Sinn und Zweck dieser strengen Produktzulassungs- und -beobachtungsvorschriften ist die Produktesicherheit und damit der Schutz der Konsument*innen vor Schaden.

[35] Das SuisseMED@P-Lotteriesystem (Maschine sowie Software) muss als Produkt im Sinne von Art. 2 Abs. 1 PrSG qualifiziert werden.⁶⁰ Das SuisseMED@P-Lotteriesystem wird den versicherten Personen zwar weder entgeltlich noch unentgeltlich «überlassen»;⁶¹ allerdings fragt sich, ob allenfalls eine «Verwendung oder Anwendung eines Produkts im Rahmen des Erbringens einer Dienstleistung» im Sinne von Art. 2 Abs. 3 lit. b PrSG vorliegt. Gemäss Lehre werden vom Anwendungsbereich des PrSG auch Erbringer von Dienstleistungen in die Verantwortung für die Produktesicherheit miteinbezogen, sofern sie im Rahmen ihrer Tätigkeit Produkte anwenden oder verwenden. Darunter fallen vor allem Gegenstände, mit welchen der Kunde etwas unternimmt (z.B. Fitnessgeräte, Solarien, Spielplätze etc.).⁶² In der Literatur ist strittig, ob der Kunde selbst aktiv mit dem Produkt umgehen muss oder ob es genügt, dem Produkt und seinen Risiken in der Benutzung passiv ausgeliefert zu sein (z.B. Vergnügungsbahnen auf dem Jahrmarkt).⁶³ Die zu explorierenden versicherten Personen nutzen das SuisseMED@P-Lotteriesystem zwar nicht selber aktiv, aber sie sind dem Produkt und seinen Risiken passiv ausgeliefert.

[36] Wenn davon auszugehen ist, dass das PrSG beim SuisseMED@P-Lotteriesystem Anwendung findet, fragt sich, (1.) welche (SuisseMED@P-Beobachtungs-)Massnahmen das BSV tätigt, um Ordnungswidrigkeiten beim Betrieb des SuisseMED@P-Lotteriesystems zu erkennen und abzuwenden, (2.) wem Ordnungswidrigkeiten gemeldet werden und (3.) welche Rechtsnormen den Betrieb des SuisseMED@P-Lotteriesystems regeln.

⁵⁷ Siehe Urteil des Bundesgerichts 9C_411/2018 vom 24. Oktober 2018 Erw. 3.2 unten; BGE 139 V 357 Erw. 5.5.

⁵⁸ Siehe Art. 3 Abs. 1 f., 4 und 5 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes über die Produktesicherheit vom 12. Juni 2009 (PrSG; SR 930.11).

⁵⁹ Art. 8 Abs. 2 und Abs. 5 PrSG.

⁶⁰ Vgl. HANS-JOACHIM HESS, Produktesicherheitsgesetz (PrSG), Bern 2010, Art. 2 N. 2 ff. und 11 f.; EUGÉNIE HOLLIGER-HAGMANN, Produktesicherheitsgesetz (PrSG) – Produktesicherheit und Haftpflichtrecht, Zürich/St. Gallen 2011, S. 8.

⁶¹ Vgl. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 PrSG.

⁶² Siehe HESS, Kommentar PrSG (Fn. 60), Art. 2 N. 26.

⁶³ Siehe HESS, Kommentar PrSG (Fn. 60), Art. 2 N. 27 mit Hinweisen.

6. Ergebnisse

[37] Das durch das BSV zusammen mit den IV-Stellen und den vertraglich gebundenen polydisziplinären Gutachterstellen zur Vergabe der polydisziplinären Gutachteraufträge betriebene webbasierte Plattform «SuisseMED@P-Lotteriesystem» ist aktuell nicht verfassungskonform, weil es nicht in einem formellen Gesetz geregelt ist⁶⁴ und weil nicht erkennbar und sicher dokumentiert wird, (1.) wann (2.) welche Personen (3.) am Programm/an der Software *Microsoft.Net Framework Zufallsgenerator* oder an den Einstellungen (4.) welche Eingriffe (5.) aus welchen Gründen vornehmen, (6.) welche Gutachterstellen sich im Zeitpunkt einer Zuteilung im Vergabetopf befinden und (7.) diese Dokumentation ebenso wenig den zu explorierenden versicherten Personen gegenüber offengelegt wird.

[38] Aus all diesen Gründen verstösst das aktuelle SuisseMED@P-Lotteriesystem zur Vergabe von polydisziplinären Gutachteraufträgen gegen die Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV), das Transparenzprinzip (Art. 5 BV), den Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) sowie den Anspruch auf einen verfassungsmässigen Sachverständigen (Art. 30 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK).

C. Verbesserungsvorschläge

1. Wer soll Eingriffe vornehmen dürfen?

[39] Zur Gewährleistung des Anspruchs auf einen verfassungsmässigen Sachverständigen sollten Manipulationen am Auftragsvergabesystem weder durch die Gutachterstellen noch durch die IV-Stellen, noch Personen des BSV durchgeführt werden dürfen, welche ins Abklärungsverfahren der Eidgenössischen Invalidenversicherung involviert sind, sondern ausschliesslich durch eine «Controlling-Instanz» ohne Bezug zum IV-Abklärungsverfahren und den involvierten Stellen.⁶⁵

2. Wahrheitsgemässe, vollständige und transparente Dokumentation

[40] Ist ein System manipulierbar, so sind die Manipulationen im System schriftlich zu begründen und die Vorgänge im System transparent, d.h. nachvollziehbar und überprüfbar, zu dokumentieren.⁶⁶ Diese Dokumentation hat wahrheitsgemäss, vollständig und klar zu sein. Aus dieser Dokumentation hat hervorzugehen, welche Manipulationen wann durch welche Personen a) am Programm/an der Software *Microsoft.Net Framework Zufallsgenerator* und b) an den Einstellungen vorgenommen wurden und welche Gutachterstellen sich im Zeitpunkt einer Vergabe im Vergabetopf befinden.

[41] Da die Behörde eine aus Art. 29 Abs. 2 BV fliessende Informations- und Aufklärungspflicht der betroffenen Person gegenüber trifft, sind diese Dokumentationen den zu explorierenden versicherten Personen gegenüber *vor* der Ernennung ungefragt offenzulegen.

⁶⁴ Siehe vorne, B. 2.

⁶⁵ Ähnlich ROBERT SCHNETZER, wenn der Computer «manipuliert», in: NZZ Online vom 17. April 2007 (<https://www.nzz.ch/articleF3J3S-1.144281>).

⁶⁶ Diese Transparenz ist beim Fallzuteilungssystem des Bundesverwaltungsgerichts offenbar gewährleistet (siehe MARKUS FELBER, wenn der Computer «manipuliert», in: NZZ Online vom 11. April 2007 [<https://www.nzz.ch/articleF34Z3-1.141413>]).

3. Möglichkeit zum Augenschein

[42] Zur Sicherstellung, dass die Leistungsansprüche durch verfassungsmässige Gutachter (Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) fair (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK), rechtstaatlich korrekt (Art. 5 BV) und unter Wahrung der Grundrechte (Art. 35 BV) festgestellt werden, muss die Gutachtervergabe frei von sachfremden Einflüssen erfolgen.

[43] Zur Verwirklichung dieses Verfassungsauftrags muss der Betreiber der Gutachterzuteilungsplattform sicherstellen, dass der Vergabevorgang weder beeinflusst noch umgangen, noch im Einzelfall unbemerkt solange wiederholt werden kann, bis das System eine Gutachterstelle hervorbringt, welche dem Auftraggeber der Begutachtung passt. Ebenso muss transparent / nachvollziehbar sein, welche Gutachterstellen sich im Zeitpunkt der Zuteilung im Zuteilungstopf befinden und dass die Zuteilung nicht beeinflusst werden kann, weil erst durch diese Offenlegung das Zuteilungsverfahren als mit Art. 5, 29 Abs. 2 und 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziffer 1 EMRK vereinbar beurteilt werden kann.

[44] Ein Mittel der Sicherstellung einer transparenten, rechtstaatlich korrekten und fairen Gutachterzuteilung ist die Überwachung des Vergabevorgangs mittels Augenscheins. Der Augenschein ist Beweismittel und in Art. 12 lit. d VwVG i.V.m. Art. 55 f. BZP geregelt. Diese Normen sind im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren gestützt auf Art. 55 ATSG i.V.m. Art. 19 VwVG ergänzend und sinngemäss anwendbar.

[45] Das Bundesgericht entschied in BGE 121 V 156 E. 6, die SUVA und das kantonale Gericht hätten den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt, weil sie die Durchführung der Schallimmissionsmessungen am früheren Arbeitsplatz des Versicherten ohne dessen Beisein als zulässig erachtet und auf die dabei gewonnenen Ergebnisse abgestellt hätten. Ebenso kam das Bundesgericht zum Schluss, dass mit Blick auf die Bedeutung dieses Beweismittels die nachträgliche Äusserungsmöglichkeit⁶⁷ sowie die vorgängige Befragung des Beschwerdeführers zur Arbeitsplatzsituation die unmittelbare Teilnahme an der Beweiserhebung nicht in der Weise aufzuwiegen vermag, dass eine ausnahmsweise Heilung des Verfahrensmangels bejaht werden könnte.⁶⁸ Das Bundesgericht hob das Urteil auf.

[46] Wenn das Bundesgericht mit BGE 121 V 156 E. 6 explizit erkannte, dass die betroffene versicherte Person ein Recht auf Teilnahme am Augenschein hat, muss aus denselben Überlegungen und Gründen den versicherten Personen die *Möglichkeit eingeräumt werden*, bei der «Gutachterzuteilung durch Zufallsprinzip» anwesend zu sein und dabei festzustellen, wie viele und welche Gutachterstellen sich im «Gutachterstellen-Zufallstopf» befinden und dass die Gutachterzuteilung rechtstaatlich korrekt abläuft. Es ist davon auszugehen, dass nur ein kleiner Teil der versicherten Personen von einem solchen Recht auf Teilnahme am Augenschein (Auslosungsbeobachtung) Gebrauch machen wird.⁶⁹

⁶⁷ BGE 116 Ia 100 Erw. 3b, 105 Ia 51 Erw. 2c.

⁶⁸ BGE 121 V 156 Erw. 6 mit Hinweisen, 119 V 218 Erw. 6 mit Hinweisen.

⁶⁹ 5'712 polydisziplinäre Gutachteraufträge werden in der Eidgenössischen Invalidenversicherung im Jahr durchschnittlich erteilt (siehe vorne, I. erster Satz). Es ist davon auszugehen, dass während der ersten sechs Monate der Gewährung des neuen Rechts schätzungsweise rund ca. 300 versicherte Personen / Semester (ca. 10 % von 5'712) einen Augenschein von der Auslosung nehmen werden. Danach dürfte das Interesse stark zurückgehen und sich bei maximal 60 versicherten Personen / Jahr (ca. 1 % von 5'712) einpendeln. Je transparenter die Vergabe der Gutachteraufträge ist, desto geringer wird das Misstrauen in die Vergabe und damit das Interesse an einem Augenschein sein.

[47] Falls dieses Recht auf Teilnahme am Augenschein der betroffenen versicherten Person nicht gewährt werden könnte, müsste das BSV als Betreiberin der Gutachterzuteilungsplattform auf andere Weise sicherstellen, dass sich die versicherte Person sowie die Rechtsmittelinstanz ein verlässliches Bild über den ordnungsgemässen Verlauf der Gutachterzuteilung machen können. Insbesondere müsste zweifelsfrei geklärt sein: (1.) der Zeitpunkt der Auslosung, (2.) Anzahl und Namen der sich im Zeitpunkt der Gutachterstellenzuteilung im «Topf» befindlichen Gutachterstellen, (3.) der korrekte und pannenfreie Ablauf der Gutachterzuteilung und (4.) dass der Vergabevorgang weder beeinflusst noch umgangen, noch im Einzelfall unbemerkt solange wiederholt wurde, bis das System eine Gutachterstelle hervorbringt, welche dem Auftraggeber der Begutachtung passt.

4. Datenerfassung, statistische Auswertung und Berichterstattung

[48] Ein Geschäftsbericht hat die Aufgabe, Informationen über den Geschäftsverlauf des vergangenen Geschäftsjahres zu vermitteln und den Jahresabschluss zu erläutern. Das BSV erstattet mit dem sog. «SuisseMED@P-Reporting» zwar jährlich Bericht über die Zuteilung der einzelnen Aufträge der IV sowie über die einzelnen Gutachterstellen;⁷⁰ allerdings ist diese Berichterstattung nicht ausreichend, weil sie über das betriebene Begutachtungsgeschäft nicht vollständig berichtet und *die die Öffentlichkeit wirklich interessierenden Fragen*⁷¹ nicht beleuchtet und beantwortet. Eine Beleuchtung und Beantwortung der interessierenden, relevanten Fragen ist zurzeit deshalb unmöglich, weil die wirklich interessierenden Daten nicht erhoben werden. Daher stellt der «SuisseMED@P-Reporting» aktuell lediglich eine (Pseudo-)Berichterstattung dar, welche gegen die aus Art. 5 BV fliessenden Aktenführungsprinzipien der Aktenvollständigkeit und -klarheit verstösst, weshalb sich Anpassungen in der Datenerfassung und der «SuisseMED@P-Reporting»-Berichterstattung aufdrängen.

[49] So sollten bei *jeder* Begutachtung sowohl vom Gesamtgutachten als auch den einzelnen Teilgutachten die *nachfolgenden Parameter* erfasst, durch die Aufsichtsbehörde statistisch ausgewertet und im Rahmen des «SuisseMED@P-Reporting»-Berichterstattung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden:

1. die erhobenen Diagnosen,
2. die Begründungsdichte und -tiefe der Diagnosen,
3. die attestierte Leistungsfähigkeiten in Prozenten in der
 - 3.1 angestammten und
 - 3.2 leidensangepassten Tätigkeit,
4. die Begründungsdichte und -tiefe des Leistungsfähigkeitsprofils sowie
5. die Explorationsdauer.

⁷⁰ Siehe «SuisseMED@P-Reporting 2018».

⁷¹ (1.) Wie arbeiten die einzelnen Gutachter*innen und Gutachterstellen? (2.) Wie dicht und tief begründen die einzelnen Gutachter*innen und Gutachterstellen die erhobenen Diagnosen? (3.) Welche Leistungsfähigkeiten in Prozenten in der (3.1) angestammten und (3.2) leidensangepassten Tätigkeit attestieren die einzelnen Gutachter*innen und Gutachterstellen? (4.) Wie dicht und tief begründen die einzelnen Gutachter*innen und Gutachterstellen die erhobenen Leistungsfähigkeitsprofile? (5.) Wie lange dauert die Exploration bei den einzelnen Gutachter*innen?

IV. Fazit

[50] Das aktuelle, in der Eidgenössischen Invalidenversicherung praktizierte SuisseMED@P-Lotteriesystem zur Vergabe polydisziplinärer Gutachten verstösst *mangels einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinne*⁷², *mangels Transparenz (Nachvollziehbar- und Überprüfbarkeit)*⁷³, *mangels Begründung der Eingriffe ins SuisseMED@P-Lotteriesystem*⁷⁴ und *mangels Einräumung des Rechts der betroffenen Explorand*innen auf Teilnahme am Augenschein (Auslosung)*⁷⁵ gegen das Transparenzprinzip (Art. 5 BV), das Gebot von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und 9 BV), das Willkürverbot (Art. 9 BV), den Anspruch auf Begründung, Waffengleichheit und faires Verfahren (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) sowie den Anspruch auf einen verfassungsmässigen Gutachter (Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK).

[51] Aus all diesen Gründen ist das aktuelle SuisseMED@P-Lotteriesystem verfassungswidrig.

[52] Daher ist es in einem Gesetz im formellen Sinn zu regeln und so anzupassen, dass es mit den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit und des fairen Verfahrens vereinbar ist. Eingriffe in das SuisseMED@P-Lotteriesystem sind (1.) zu begründen, (2.) transparent, d.h. nachvollziehbar und überprüfbar, zu dokumentieren und (3.) den Explorand*innen gegenüber ungefragt offenzulegen. Des Weiteren ist (4.) den Explorand*innen die Möglichkeit einzuräumen, an der Gutachtervergabe als Beobachter teilzunehmen. (5.) Eingriffe ins System sollen ausschliesslich durch eine Controlling-Instanz ohne Bezug zum IV-Abklärungsverfahren und den involvierten Stellen vorgenommen werden dürfen. Des Weiteren muss (6.) den Explorand*innen gegenüber im Zeitpunkt der Vergabe des Gutachterauftrags offengelegt werden, wie viele und welche Gutachterstellen sich im Zeitpunkt der Vergabe im Zuteilungstopf befinden und dass die Vergabe des Gutachterauftrags im ersten Versuch erfolgte. Sollte diese Transparenz nicht gewährleistet werden können, ist die Gutachterzuteilung nach Art. 72^{bis} IVV infolge Verfassungswidrigkeit bis zur Behebung des Rechtsmangels auszusetzen. Diesfalls ist den zu explorierenden versicherten Personen gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben die Möglichkeit einzuräumen, aus der Liste der beim BSV akkreditierten Gutachterstellen eine Gutachterstelle ihrer Wahl frei auszuwählen. Schliesslich (7.) sollten bei *jeder* Begutachtung sowohl vom Gesamtgutachten als auch den einzelnen Teilgutachten die wichtigsten, entscheiderelevanten Begutachtungsparameter erfasst, durch die Aufsichtsbehörde statistisch ausgewertet und im Rahmen des «SuisseMED@P-Reporting»-Berichterstattung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.

ROGER PETER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich, roger.peter@peteranwalt.ch.

⁷² Siehe vorne, III. B. 2. und 4.

⁷³ Siehe vorne, III. B. 3. und 4.

⁷⁴ Siehe vorne, III. B. 3. f.

⁷⁵ Siehe vorne, III. B. 3. f. und C. 3.