

Roger Peter

Medizinische Begutachtung in der obligatorischen Unfallversicherung

Eine Analyse der Probleme und des Bedarfs sowie Reformvorschläge

Per 1. Januar 1984 wurde die Durchführung der obligatorischen Unfallversicherung liberalisiert. Es wurden kommerziell tätige Versicherungsunternehmen zur Durchführung zugelassen. Der Autor analysiert, welche Probleme im Bereich der medizinischen Begutachtung entstanden sind, welcher Bedarf an medizinischem Sachverstand besteht und wie die Probleme und der Bedarf einer Lösung zugeführt werden können. Er entwickelt völlig neue Lösungsansätze und skizziert zwei Reformmodelle.

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung;

Sozialversicherungsrecht; Verwaltungsrecht; Grundrechte; Menschenrechte

Zitiervorschlag: Roger Peter, Medizinische Begutachtung in der obligatorischen Unfallversicherung, in: Jusletter 16. Dezember 2019

Inhaltsübersicht

- I. Die Ausgangslage
- II. Die Probleme
 - A. Das Problem Nr. 1: Die das Verwaltungsverfahren beherrschende Stellung der Versicherer
 - B. Das Problem Nr. 2: Die Verwertung verwaltungseigener Fachkenntnis
 - 1. Vorbemerkungen
 - 2. Anwendbares Recht
 - 3. Der Grundsatz
 - 4. Die Ausnahmen
 - 4.1. Die Ausnahme Nr. 1
 - 4.2. Die Ausnahme Nr. 2
 - 4.3. Die Ausnahme Nr. 3 als Grundsatz
 - 4.4. Exkurs: Auswirkungen einer Präzisierung der Rechtsprechung
 - 5. Das Postulat Nr. 2:
 - C. Das Problem Nr. 3: Die Auswahl und Ernennung der externen Sachverständigen
 - 1. Die Fehlende rechtliche Grundlage
 - 2. Die Rechtsposition der versicherten Person
 - 3. Die zweckgerichtete Symbiose zwischen Durchführungsorgan und Sachverständigen
 - 4. Persönliche Freiheit / verfassungs- und EMRK-widrige Beschränkungen
 - 4.1. Grundrechtseingriff – Voraussetzungen
 - 4.2. Verstoss gegen das Legalitätsprinzip
 - 4.3. Kein überwiegendes öffentliches Interesse
 - 4.4. Verhältnismässigkeit
 - 4.5. Zusammenfassung
 - 5. Die Postulate Nr. 3 – 6
 - D. Das Problem Nr. 4: Die rechtsungleiche medizinische Abklärung
 - E. Das Problem Nr. 5: Die Nichtzulassung der Sachverständigenfragen der versicherten Person
- III. Die Postulate
- IV. Der Bedarf
 - A. Vorbemerkungen
 - B. Einleitung
 - C. Die UVG-Kennzahlen 2018 der Suva
 - D. Die hochgerechneten UVG-Kennzahlen 2018
- V. Die Lösungen de lege ferenda
 - A. Einleitung
 - B. Die Reformmodelle
 - 1. Das Reformmodell Nr. 1
 - 2. Das Reformmodell Nr. 2
 - C. Der Bundessachverständige
 - D. Die Mitwirkungsrechte der versicherten Person
 - E. Obergutachten oder Neubegutachtungen
 - F. Die Finanzierung
 - 1. Die Finanzierung des Reformmodells Nr. 1
 - 2. Die Finanzierung des Reformmodells Nr. 2
- VI. Der nächste Schritt
- VII. Fazit

I. Die Ausgangslage

[1] In der Schweiz muss der Arbeitgeber seine Arbeitnehmende – vorbehaltlich der Bestimmungen in den Bilateralen Verträgen – grundsätzlich obligatorisch unfallversichern.¹ Selbständige können sich freiwillig UVG versichern lassen.² Des Weiteren sind arbeitslose Personen³ obligatorisch UVG-versichert.

[2] Die obligatorische Unfallversicherung wird aktuell durch die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Suva), 22 private Versicherungseinrichtungen nach Art. 68 Abs. 1 lit. a UVG, zwei öffentliche Unfallversicherungskassen nach Art. 68 Abs. 1 lit. b UVG, eine anerkannte Krankenkasse nach Art. 68 Abs. 1 lit. c UVG und die Ersatzkasse UVG nach Art. 72 UVG durchgeführt.

[3] Da die Durchführungsorgane eine öffentliche Aufgabe erfüllen, sind sie zur Rechtstaatlichkeit verpflichtet, weshalb sie nur auf der Grundlage und in den Schranken des Rechts tätig werden dürfen.⁴ Des Weiteren muss ihr Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.⁵ Ebenso haben sie nach Treu und Glauben zu handeln⁶, dem Bürger gegenüber fair zu begegnen⁷ und die Grundrechte zu verwirklichen⁸.

[4] Da in der Schweiz rund 5'055'000 Erwerbspersonen⁹ tätig sind, ist die obligatorische Unfallversicherung eine wichtige kollektive Personenversicherung. Die obligatorische Unfallversicherung beruht auf dem Kausalitätsprinzip.¹⁰ Die Kausalität bezeichnet den direkten Zusammenhang zwischen Ursache und Wirkung. Sofern und solange eine Unfallkausalität besteht, ist der obligatorische Unfallversicherer leistungspflichtig.¹¹ Die Prüfung der Unfallkausalität erfordert medizinischen Sachverstand, welcher dem Rechtsanwender abgeht. Daher muss das Durchführungsorgan Sachverständige beiziehen. Aus dieser Konstellation heraus ergeben sich Probleme. Diese Probleme haben sich aufgrund des Umstandes, dass der Gesetzgeber seit der in Kraftset-

¹ Art. 1a ff. des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (UVG; SR 832.20).

² Art. 4 UVG.

³ Als arbeitslose Personen im Sinne von Art. 1a Abs. 1 lit. b UVG gelten Personen, welche die Voraussetzungen nach Art. 8 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzsachschädigung vom 25. Juni 1982 (Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG]; SR 837.0) erfüllen oder Entschädigungen nach Art. 29 AVIG beziehen.

⁴ Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

⁵ Art. 5 Abs. 2 BV.

⁶ Art. 5 Abs. 3 BV.

⁷ Siehe 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. 86 ff.

⁸ Art. 35 BV; JÖRG PAUL MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Bern 2018, S. 1 ff.

⁹ Erwerbstätige Total (Inlandkonzept). Durchschnittliche Jahreswerte, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/erwerbstaetigkeit-arbeitszeit/erwerbstaetige/entwicklung-erwerbstaetigenzahlen.assetdetail.7206067.html> sowie hinten, IV. B (Alle Webseiten zuletzt besucht am 10. Dezember 2019).

¹⁰ Siehe beispielsweise Art. 4 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; SR 830.1), Art. 6 Abs. 2 UVG, Art. 7 UVG, Art. 9 UVG, Art. 10 UVG, Art. 16 UVG und Art. 18 UVG.

¹¹ Das UVG kennt die nachfolgenden Leistungen: Heilbehandlung (Art. 10 UVG; Art. 15 ff. der Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (UVV; SR 832.202)), Hilfsmittel (Art. 11 UVG), Sachschäden (Art. 12 UVG), Hilfe und Pflege zu Hause (Art. 10 Abs. 3 UVG; Art. 18 UVV), Reise-, Transport- und Rettungskosten (Art. 13 UVG; Art. 20 UVV), Leichentransport- und Bestattungskosten (Art. 14 UVG; Art. 21 UVV), Taggeld (Art. 16 und 17 UVG; Art. 25–27 UVV), Invalidenrente (Art. 18 ff. UVG), Abfindung bei psychischen Störungen (Art. 23 UVG und Art. 35 UVV), Integritätsentschädigung (Art. 24 und 25 UVG; Art. 36 UVV), Hilflosenentschädigung (Art. 26 f. UVG und Art. 37 f. UVV) und Hinterlassenenrenten (Art. 28–33 UVG; Art. 39–43 UVV).

zung des UVG (1. Januar 1984) es unterliess, das medizinische Sachverständigenwesen (Auswahl, Ernennung, Beeidigung, Ablehnung / Ausstand, Rechte, Pflichten, Offenlegung der Interessensbindungen, Schweigepflicht, Beschaffung des Tatsachenstoffs für das Gutachten, Erstattung, Kosten, Entschädigung, haftpflichtrechtliche Verantwortlichkeit, Strafbestimmungen) zu normieren, inzwischen teilweise zu bösartigen Krebsgeschwüren entwickelt.

[5] Nachfolgend wird untersucht, welcher Art diese Probleme sind (siehe hinten II.), welche Postulate sich aus diesen Problemen ergeben (siehe hinten, II. und III.), welcher quantitative Bedarf an medizinischem Sachverstand im Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung besteht (siehe hinten, IV.) und wie sich die festgestellten Probleme (siehe hinten II.) unter Berücksichtigung des quantitativen Bedarfs an medizinischem Sachverstand (siehe hinten, IV.) rechtstaatlich korrekt lösen lassen (siehe hinten, V.). Der Autor entwickelt neue Lösungsansätze für die medizinische Abklärung in der obligatorischen Unfallversicherung und stellt zwei Reformmodelle vor (siehe hinten, V.). Anschliessend wird der nächste Schritt zur Realisierung der Reform des medizinischen Abklärungssystems skizziert (siehe hinten, VI.). Am Schluss der Arbeit werden die Ergebnisse zusammengefasst und ein Fazit gezogen (siehe hinten, VII.).

II. Die Probleme

A. Das Problem Nr. 1: Die das Verwaltungsverfahren beherrschende Stellung der Versicherer

[6] Die Versicherer der obligatorischen Unfallversicherung *gewähren* nicht nur die (1.) *Versicherungsleistungen*, sondern (2.) führen vorgängig auch die *Sachverhaltsabklärungen / -untersuchungen* durch und (3.) *stellen den rechtserheblichen Sachverhalt fest*. Das Untersuchen, Feststellen und Leisten erfolgen in Personalunion. Es gibt keine Gewaltenteilung im Sinne von sog. «Checks and Balances». Diese Situation ist vergleichbar mit einem Fussballspiel, in welchem der Schiedsrichter gleichzeitig das Spiel leitet, beim Team schwarz mitspielt und kraft seines Amtes darüber hinaus auch noch bestimmt, dass der Teamarzt schwarz beim Team weiss als Torwart zu spielen hat. Welches Team ein solches Spiel gewinnen wird, liegt auf der Hand. Die Versicherer haben im Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung die absolute, uneingeschränkte Macht (auch über ihre Mitarbeiter*innen). Dies verursacht einen Mangel an Fairness und Waffengleichheit im Verwaltungsverfahren. Die Möglichkeit, Entscheide der Durchführungsorgane durchs kantonale Sozialversicherungsgericht und anschliessend durchs Bundesgericht überprüfen zu lassen, verschaffen keinen äquivalenten Ausgleich. Die Asymmetrie des Verwaltungsverfahrens zum Vorteil des Versicherers wird dadurch nicht behoben. Dies auch deshalb nicht, weil die Gerichte die systemimmanenten Asymmetrien nicht als Fairness- und Waffengleichheitswidrigkeit, sondern als durch den Gesetzgeber gesetzte und daher gewollte Sollensordnung erkennen.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände ergibt sich das **Postulat Nr. 1:**

Die absolute Macht der Durchführungsorgane im Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung ist durch Einbau von sog. «Checks and Balances» ins Verwaltungsverfahren zu beschränken. Fairness und Waffengleichheit sind zu gewährleisten. (Echte) Mitwirkungsrechte für die versicherten Personen (und nicht blosse Konsultationsrechte) könnten einen gewissen Ausgleich bewirken.

B. Das Problem Nr. 2: Die Verwertung verwaltungseigener Fachkenntnis

1. Vorbemerkungen

[7] Die Suva verfügt über einen eigenen medizinischen Dienst. In diesem medizinischen Dienst waren 2018 auf den Suva-Agenturen 47.2 Suva-Kreisärzt*innen¹² und am Hauptsitz der Suva-Versicherungsmedizin 15.6 Suva-Fachärzt*innen tätig.¹³ Das Rechtsverhältnis zwischen Suva (Durchführungsorgan) und den Suva-Ärzt*innen ist arbeitsvertraglicher Natur. Daher sind die Suva-Ärzt*innen der Suva gegenüber zu Treue verpflichtet (Art. 321a Abs. 1 OR).

[8] Die anderen UVG-Durchführungsorgane (Versicherer nach Art. 68 UVG sowie die Ersatzkasse nach Art. 72 UVG) setzen unter anderem sog. beratende Ärzt*innen ein, obwohl dies gesetzlich weder vorgesehen noch geregelt ist. In der Regel ist das Rechtsverhältnis zwischen ihnen nicht arbeitsvertraglicher, sondern auftragsrechtlicher Natur (Art. 394 ff. OR). Der Beauftragte verpflichtet sich mit der Übernahme des Auftrages zur Wahrung fremder Interessen.¹⁴ Gemäss Lehre beinhaltet die Treuepflicht des Beauftragten (Art. 398 Abs. 2 OR) die Pflicht, die Interessen des Auftraggebers nach besten Kräften wahrzunehmen und alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigen könnte. Sie verpflichtet ihn zur aktiven Wahrung fremder Interessen, für welche er eine bestimmte Verantwortung trage.¹⁵ Nach FELLMANN trifft den Beauftragten eine allgemeine Interessenswahrungspflicht.¹⁶

[9] Den Suva-Ärzt*innen sowie den beratenden Ärzt*innen kommt aufgrund ihrer Fachkunde die Aufgabe zu, (1.) *für ihren Arbeitgeber / Auftraggeber* Tatsachen aufgrund ihrer Fachkunde festzustellen, (2.) *ihrem Arbeitgeber / Auftraggeber* Erfahrungssätze ihres Fachgebietes mitzuteilen und/oder (3.) *für ihren Arbeitgeber / Auftraggeber* Tatsachen aufgrund ihres Fachwissens und der daraus fliessenden Erfahrungssätze zu beurteilen.¹⁷ Die dabei geschuldete Treuepflicht ist omnipräsent. Sie ist vergleichbar mit einem Schatten, der sich nicht abschütteln lässt.

[10] Daher fragt sich, ob die Durchführungsorgane verwaltungseigene Fachkenntnis rechtlich nutzen dürfen, welcher Rechtsnatur eine solche versicherungsinterne sachverständige Aussage ist, ob die versicherungsinternen sachverständigen Beurteilungen Beweiswert haben sowie ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf ein versicherungsexternes Gutachten im Sinne von Art. 44 ATSG besteht. Diese Fragen werden nachfolgend beleuchtet werden.

2. Anwendbares Recht

[11] Das ATSG enthält auf diese Fragen keine expliziten Antworten. So hält Art. 43 Abs.1 ATSG lediglich fest, dass der Sozialversicherungsträger die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen vorzunehmen hat. Muss er ein Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen einholen, so hat er der Partei dessen Namen bekannt zu geben (siehe Art. 44 Satz 1). Da das ATSG die Frage der

¹² Was macht ein Kreisarzt?, <https://www.suva.ch/de-CH/material/Filme/was-macht-ein-kreisarzt>.

¹³ Schriftliche Auskunft der Suva vom 19. September 2019 (zur Einsichtnahme beim Autor) sowie hinten, IV. C.

¹⁴ ROLF H. WEBER, Basler Kommentar OR I, Art. 394 N. 2; WALTER FELLMANN, Berner Kommentar VI/2/4, OR 394 N. 251 sowie OR 398 N. 23 ff.

¹⁵ WEBER, (Fn. 14), Art. 398 N. 9; FELLMANN, (Fn. 14), OR 394 N. 251 mit Hinweis.

¹⁶ FELLMANN, (Fn. 14), OR 394 N. 251 mit Hinweis.

¹⁷ Siehe ROGER PETER, Der Sachverständige im Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung, Diss. Basel, Zürich 1999, S. 11 f. mit Hinweisen.

Verwertung verwaltungseigener Fachkenntnis nicht abschliessend beantwortet, sind gestützt auf Art. 55 ATSG das VwVG für in Art. 27– 54 ATSG oder in den Einzelgesetzen nicht abschliessend geregelten Bereichen und gestützt auf Art. 19 VwVG auf das Beweisverfahren die Art. 37, 39 – 41 und 43 – 61 BZP¹⁸ mit Ausnahme der Straffolgen¹⁹ ergänzend und sinngemäss anwendbar.

[12] Da die Frage der Verwertung verwaltungseigener Fachkenntnis sowohl einen Bereich von Art. 27 – 54 ATSG als auch das Beweisverfahren betrifft, ist *grundsätzlich* sowohl das VwVG als auch die BZP ergänzend und sinngemäss anwendbar, weshalb nachfolgend vorab zu prüfen ist, ob sich allenfalls im VwVG und in der BZP eine anwendbare Norm findet. Falls sich in beiden Gesetzen eine anwendbare Norm fände, müsste geprüft werden, welche Norm vorgeht.

[13] Sind zur Aufklärung des Sachverhaltes Fachkenntnisse erforderlich, so zieht der Richter einen oder mehrere Sachverständige als Gehilfen bei (Art. 57 Abs. 1 BZP). Gemäss Literatur muss der Richter nach Art. 57 Abs. 1 BZP einen Sachverständigen immer dann ernennen, wenn die Aufklärung des Sachverhaltes besondere Sachkunde erfordert.²⁰ Eigene Fachkenntnisse darf er nicht einsetzen.²¹ Im Gesetzgebungsverfahren zur BZP wurde Art. 36 E-BZP²² des Vorentwurfs Leuch mit der Marginale «Eigenes Wissen des Richters» auf Antrag des Bundesgerichts gestrichen, weil das Bundesgericht die Verwendung eigener Kenntnisse des Richters ausgeschlossen haben wollte.²³ Somit ist gestützt auf Art. 57 Abs. 1 BZP die Verwertung eigener Fachkenntnisse ausgeschlossen.

[14] Nach Art. 12 VwVG haben Verwaltungsbehörden Sachverständige hingegen nur dann beizuziehen, wenn sie den Beizug nach pflichtgemässen Ermessen als notwendig erachten. Gestützt auf Art. 12 VwVG ist daher die Verwertung (verwaltungs-)eigener Fachkenntnisse im Verwaltungsverfahren *grundsätzlich* nicht ausgeschlossen.

[15] Gemäss Art. 19 VwVG gelangen die Artikel 37, 39– 41 und 43 – 61 BZP auf das Beweisverfahren nur ergänzend, d.h. bei Vorliegen einer Gesetzeslücke / planwidrigen Unvollständigkeit des VwVG, (sinngemäss) zur Anwendung. Da das VwVG mit Art. 12 VwVG eine Norm zum Problem der Verwertung (verwaltungs-)eigener Fachkenntnisse enthält, liegt weder eine planwidrige Unvollständigkeit des VwVG noch eine echte Normenkollision (zwischen Art. 57 Abs. 1 BZP und Art. 12 VwVG) vor.

3. Der Grundsatz

[16] Somit darf die entscheidende Verwaltungsbehörde gestützt auf Art. 12 VwVG auf ihre Fachkenntnisse *grundsätzlich* abstellen. Darunter fallen nicht nur die Fachkenntnisse der *sachbearbeitenden* Verwaltungsperson, sondern auch die der ganzen Verwaltungsbehörde bzw. desjenigen Teils der Verwaltungsbehörde, auf deren Fachkenntnisse zurückgegriffen werden kann. Demgemäss dürfen sich die Schadensachbearbeiter der Suva, der Versicherer nach Art. 68 UVG sowie

¹⁸ Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (BZP; SR 273).

¹⁹ An die Stelle der Straffolgen, welche die BZP gegen säumige Parteien oder Dritte vorsieht, tritt die Straffolge nach Art. 60 VwVG.

²⁰ JÖRG BUCHER, Die Erforschung der materiellen Wahrheit und ihre Grenzen nach dem Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, Diss. Bern 1951, S. 70 ff. mit Analyse der Entstehungsgeschichte von Art. 57 Abs. 1 BZP; MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auflage, Bern 1984, S. 133.

²¹ KUMMER, (Fn. 20), S. 133; BUCHER, (Fn. 20), S. 71 f.

²² «Tatsachen, von denen der Richter eigene Kenntnis hat, bedürfen keines Beweises.»

²³ Siehe Vernehmlassung des Bundesgerichts zum Vorentwurf Leuch vom 31. August 1946 sowie ausführlich BUCHER, (Fn. 20), S. 45 f.

der Ersatzkasse nach Art. 72 UVG die erforderlichen Fachkenntnisse *grundsätzlich*²⁴ durch *Studium der Fachliteratur*²⁵ sowie durch Bezug des Fachwissens *verwaltungsinterner* Sachverständiger aneignen.

[17] Allerdings beantwortet diese grundsätzliche Kompetenz nicht eo ipso die Fragen, welche Rechtsnatur eine solche *versicherungsinterne* sachverständige Aussage hat, welchen Beweiswert ihr zukommt sowie ob und unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf ein *versicherungsexternes* Gutachten im Sinne von Art. 44 ATSG besteht.

4. Die Ausnahmen

4.1. Die Ausnahme Nr. 1

[18] Wenn die entscheidende Verwaltungsbehörde nach pflichtgemässer Würdigung zur Erkenntnis gelangt, sie verfüge nicht selber über die zur Beurteilung der Sache erforderlichen besonderen Fachkenntnisse, und wenn das (*verwaltungsexterne*) Sachverständigengutachten ein taugliches Beweismittel zur Beschaffung der erforderlichen Fachkenntnisse darstellt, hat sie *verwaltungsexterne* Sachverständige im Sinne von Art. 44 ATSG beizuziehen (*Ausnahme Nr. 1 vom Grundsatz*).²⁶ Zieht die Verwaltungsbehörde trotz Fachkundemangels keinen *verwaltungsexternen* Sachverständigen im Sinne von Art. 44 ATSG bei, so liegt ein Verstoß gegen Art. 29 Abs. 2 BV²⁷ und Art. 6 Ziff. 1 EMRK vor.

[19] Nachfolgend wird untersucht, ob weitere Ausnahmen einen Anspruch auf *verwaltungsexterne* Sachverständige im Sinne von Art. 44 ATSG zu begründen vermögen.

4.2. Die Ausnahme Nr. 2

[20] Wenn sowohl die sachverständige Person als auch die den Gutachterauftrag erteilende sachbearbeitende Person zum selben Durchführungsorgan in einem *auf Dauer angelegten Rechtsverhältnis*²⁸ stehen, mangelt es der *sachverständigen Person*²⁹ an Unabhängigkeit, weshalb die im Verwaltungsverfahren von der sachverständigen Person gegenüber der schadensachbearbeitenden Person abgegebenen Beurteilung kein Sachverständigengutachten im Sinne von Art. 44 ATSG, sondern bloss eine sog. *intrabehördliche fachkundige Aussage* ist.

²⁴ Siehe hinten, II. B. 4.3.

²⁵ Allerdings muss sich das gesuchte Ergebnis aus der beigezogenen Fachliteratur unmittelbar und klar entnehmen lassen, so dass es keiner fachkundigen Auswertung bedarf (siehe UELI KIESER, Die rechtliche Würdigung von medizinischen Gutachten, in: Rechtsfragen der medizinischen Begutachtung in der Sozialversicherung, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen, [Hrsg.] René Schaffhauser/Franz Schlauri, St. Gallen 1997, S. 159; KLAUS MÜLLER, Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren: Handbuch des Sachverständigenbeweises, 3. Auflage, Heidelberg 1988, Rz. 27; HELMUT PIEPER, Richter und Sachverständiger im Zivilprozessrecht, in: ZVP 84 [1971] S. S. 15 f.; LEO ROSENBERG/KARL HEINZ SCHWAB/PETER GOTTWALD, Zivilprozessrecht, 15. Auflage, München 1993, § 123 III 2a mit Hinweis; PETER, [Fn. 17], S. 9 Fn. 30 mit weiteren Ausführungen).

²⁶ Vgl. BGE 99 Ib 109 Erw. 4; WILLY HUBER, Das Recht des Bürgers auf Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren. Unter besonderer Berücksichtigung der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und des Kantons Aargau, Diss. St. Gallen 1980, S. 89.

²⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

²⁸ Dieses Rechtsverhältnis kann arbeitsvertraglicher oder auftragsrechtlicher Natur sein.

²⁹ Unter diese Kategorie von sachverständigen Personen fallen die Suva-Kreisärzt*innen, die Ärzt*innen der Suva-Versicherungsmedizin, die beratenden Ärzt*innen der Versicherer nach Art. 68 UVG und der Ersatzkasse UVG sowie die RAD-Ärzt*innen.

[21] Da die verwaltungsinterne sachverständige Person nicht Drittperson ist, ist ihre fachkundige Aussage nicht als Beweismittel im Sinne von Art. 12 lit. e VwVG / Art. 44 ATSG (Gutachten) zu qualifizieren.

[22] Die *intrabehördliche* sachverständige Beurteilung ist ebenso wenig als Behördenauskunft im Sinne von Art. 19 VwVG i.V.m. Art 49 BZP zu qualifizieren, weil die (schriftliche) Behördenauskunft nach Art. 49 BZP (Bericht) nicht eine *intrabehördliche* fachkundige Beurteilung, sondern eine *interbehördliche* Aussage über *vergangene* Tatsachen oder Zustände ist, welche diese aufgrund ihrer besonderen Sach- und / oder Fachkunde wahrgenommen hat. Da die schriftliche Behördenauskunft im Abschnitt «a. Zeugen» (Art. 42 ff. BZP) geregelt ist, erhellt, dass unter Auskunft im Sinne von Art. 49 BZP weder die Feststellung von Tatsachen auf Grund von Fachkunde noch die Mitteilung von Erfahrungssätzen eines Fachgebietes, noch die Beurteilung von Tatsachen auf Grund eines Fachwissens und der daraus fliessenden Erfahrungssätze, sondern ausschliesslich die Bekanntgabe von vergangenen Tatsachen oder Zuständen fällt, welche die Behörde aufgrund ihrer besonderen Sach- und / oder Fachkunde wahrgenommen hat.

[23] Die *intrabehördliche* sachverständige Beurteilung stellt ein verwaltungsinternes Papier dar, welches der internen Vorbereitung der Verfügung über den Anspruch auf Versicherungsleistungen dient.³⁰ Der Beweiswert einer solchen Beurteilung ist vergleichbar mit einem Parteigutachten. In konstanter Rechtsprechung qualifiziert die zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts Parteigutachten als blosse Parteibehauptungen.³¹ Es bestehen keine sachlichen Gründe diese Rechtsprechung der zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts nicht auch auf die im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren abgegebenen *intrabehördlichen* sachverständigen Beurteilungen auszuweiten und diese Beurteilungen als blosse (Behörden-)Behauptungen zu qualifizieren. Selbstverständlich kann ein solches verwaltungsinternes Papier auch nicht dadurch Beweismittel werden, wenn es nur «schlüssig», «nachvollziehbar» und «widerspruchsfrei» genug abgefasst wird.

[24] Wenn eine sog. *intrabehördliche* sachverständige Beurteilung kein Beweismittel im Rechtsinne darstellt, sondern gemäss analoger Anwendung der Rechtsprechung der öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes lediglich der internen Vorbereitung der Verfügung dient³² und gemäss analoger Anwendung der Rechtsprechung der zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes lediglich eine blosse (Behörden-)Behauptung darstellt,³³ sollen auch die sozialversicherungsrechtlichen Durchführungsorgane mittels solcher Beurteilungen den rechtserheblichen Sachverhalt nicht (rechtsverbindlich) feststellen dürfen. Was in beweisrechtlicher Hinsicht nicht Beweismittel, sondern blosse Partei- / Behördenbehauptung ist, kann bei der Beweiswürdigung nicht rechtsrelevant sein.

[25] Bestreitet die versicherte Person die sachverständigen Ausführungen / Schlussfolgerungen der sog. *intrabehördlichen* sachverständigen Beurteilung beispielweise mittels Berichte der behandelnden Ärzt*innen oder mittels eines Privat- / Parteigutachtens, so muss meines Erachtens gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK ein Anspruch auf ein (versicherungsexternes) Gutachten im Sinne von Art. 44 ATSG bestehen.

³⁰ BGE 113 Ia 288 f. Erw. 2d; 104 Ia 70 f. Erw. 3b; BVR 1994 S. 22 Erw. 2b.

³¹ BGE 141 III 435 Erw. 2.3 mit Hinweisen; 140 III 29 Erw. 3.3.3; 140 III 24 Erw. 2.5; 139 III 319 Erw. 5.2.5; 135 III 677 Erw. 3.3.1; 132 III 88 f. Erw. 3.6.

³² Siehe Fn. 30.

³³ Siehe Fn. 31.

[26] Die Problematik sog. *intrabehördlicher* sachverständiger Beurteilungen hat das Bundesgericht an sich durchaus erkannt; allerdings lehnt es einen absoluten / formellen Anspruch auf ein versicherungsexternes Gutachten im Sinne von Art. 44 ATSG bisher ab.

[27] Gemäss Bundesgericht soll aber ein Anspruch auf ein externes Gutachten im Sinne von Art. 44 ATSG bestehen, wenn «auch nur geringe Zweifel» an der Zuverlässigkeit und Schlüssigkeit der versicherungsinternen ärztlichen Feststellungen vorliegen;³⁴ allerdings genügt es nicht, wenn die versicherte Person, die behandelnden Ärzt*innen oder ein vernünftiger Dritter «geringe Zweifel» haben; vielmehr müssen diese «geringen Zweifel» bei der beweismässigen und rechtsanwendenden *Behörde* vorliegen. Genau dies ist aber das Problem. Weshalb soll das Durchführungsorgan, welches das verwaltungsinterne Gutachten in Auftrag gegeben hat und die Beweismässigkeit im Verwaltungsverfahren durchführt, «auch nur geringe Zweifel» am Gutachten haben? Weshalb soll das Durchführungsorgan «den Ast absägen, auf welchem es sitzt?» Wenn eine *intrabehördliche* sachverständige Beurteilung im Ergebnis den Erwartungen des Durchführungsorgans entspricht, bestehen für das Durchführungsorgan selbstverständlich keine Gründe die Zuverlässigkeit und Schlüssigkeit der *intrabehördlichen* sachverständigen Feststellungen anzuzweifeln, weshalb es den Antrag auf ein externes Gutachten im Sinne von Art. 44 ATSG ohne Weiterungen ablehnen und den Sachverhalt gestützt auf die *intrabehördliche* sachverständige Beurteilung feststellen wird. Da sich die versicherte Person um ihren rechtstaatlichen und fairen Beweis und ihre Versicherungsansprüche «betrogen» sieht, hat sie keine andere Wahl, als den UVG-Einspracheentscheid beim zuständigen kantonalen Sozialversicherungsgericht anzufechten. Im anschliessenden kantonalen Beschwerdegerichtsverfahren wiederholt sich die «Beweismässigkeitsschmerz» in der Regel, weil eine Abweisung für das Gericht einfacher und rascher als eine Gutheissung oder Rückweisung zu begründen ist. Da ein Gerichtsgutachten für das Gericht mit Arbeit verbunden ist, holen die kantonalen Sozialversicherungsgerichte von sich aus ebenso selten ein Gerichtsgutachten ein. Es sei denn, das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und weist die Sache zur Einholung eines Gerichtsgutachtens an das kantonale Sozialversicherungsgericht zurück. Somit hängt aktuell die Bejahung der «geringen Zweifel» und damit der Anspruch auf ein versicherungsexternes Gutachten im Sinne von Art. 44 ATSG im Gerichtsverfahren letztlich vom Zufall ab, ob die dem Fall zugewiesenen Referent*in, Gerichtsschreiber*in und Richter*innen die Rechtstaatlichkeit und Fairness höher gewichten als ihr Eigeninteresse an einem raschen Urteil, welches ihrer Effizienz- und Erledigungsquotenstatistik nützt. Diese Situation ist nicht nur für die betroffenen versicherten Personen unbefriedigend, sondern rechtstaatlich bedenklich und im Lichte von Art. 29 Abs. 2 und 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK unhaltbar.

[28] LEO GEHRER hat bereits 2000 eine Modifizierung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur *intrabehördlichen* sachverständigen Beurteilung in dem Sinne gefordert, dass substantiierte, plausible Bestreitungen und Darlegungen der versicherten Person genügen sollen, um im Verfügungs- und Einspracheverfahren einen Anspruch auf ein versicherungsexternes Gutachten zu haben.³⁵ Ich teile diese Meinung von GEHRER. Meines Erachtens ist auf die Einholung eines versicherungsexternen Gutachtens im Sinne von Art. 44 ATSG lediglich dann zu verzichten, wenn das Durchführungsorgan den Beweis erbringen kann, dass die durch die versicherte Person erhobenen Behauptungen «mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit» nicht zutreffen. Dieses Be-

³⁴ BGE 135 V 471 Erw. 4.6; 122 V 162 f. Erw. 1d.

³⁵ LEO GEHRER, Zur Erhebung und Würdigung medizinischer Entscheidungsgrundlagen im Sozialversicherungsrecht, in: SJZ 96 (2000) Nr. 20 S. 466.

weismass ist deshalb zu fordern, weil das Bundesgericht implizit die Auffassung vertritt, dass die Behörde bei Vorliegen «*geringer Zweifel*» keine Überzeugung bilden kann. Wo «*geringer Zweifel*» der Überzeugungsbildung entgegensteht, bedarf es einer «*an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit*» um den Zweifel zu überwinden und den (Gegen-)Beweis als gelungen anzusehen. Kann das Durchführungsorgan diesen Beweis nicht erbringen, verlangt die Waffengleichheit (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) die Einholung eines versicherungsexternen Gutachtens im Sinne von Art. 44 ATSG.

[29] Somit muss als weitere Ausnahme vom Grundsatz³⁶ ein Anspruch auf ein (externes) Gutachten im Sinne von Art. 44 ATSG bestehen, wenn die versicherte Person die sachverständigen Ausführungen / Schlussfolgerungen der sog. *intra*behördlichen sachverständigen Beurteilung beispielsweise mittels Berichte der behandelnden Ärzt*innen, mittels eines Privat- / Parteigutachtens oder sonst begründet bestreitet und die erkennende Behörde den (Gegen-)Beweis nicht erbringen kann, dass die durch die versicherte Person erhobenen Behauptungen «*mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit*» nicht zutreffen.

4.3. Die Ausnahme Nr. 3 als Grundsatz

[30] Einen Anspruch auf ein (versicherungsexternes) Gutachten im Sinne von Art. 44 ATSG ergibt sich meines Erachtens auch als Rechtsfolge aus Art. 36 Abs. 1 ATSG, wonach Personen in den Ausstand zu treten haben, welche eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, wenn sie (...) aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten. Dieser Tatbestand ist meines Erachtens bei den versicherungsinternen sachverständigen Personen erfüllt, weil diese mit ihrer Tätigkeit die Verfügung der Durchführungsorgane vorbereiten und in einem auf Dauer angelegten Rechtsverhältnis zum Durchführungsorgan stehen. Aufgrund der dem Arbeitgeber / Auftraggeber (Durchführungsorgan) gegenüber geschuldeten Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR und Art. 398 Abs. 2 OR) ist es ausgeschlossen, dass die versicherungsinterne sachverständige Person ihr Gutachten entsprechend einem Richter unparteiisch, unvoreingenommen, unbefangen und ohne Einwirken sachfremder Umstände erstatten kann. Nach der Rechtsprechung gelten für Sachverständige grundsätzlich die gleichen Ausstands- und Ablehnungsgründe, wie sie für Richter vorgesehen sind.³⁷ Befangenheit ist rechtsprechungsgemäss anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit zu erwecken.³⁸ Die Treuepflicht zum Arbeitgeber / Auftraggeber (Durchführungsorgan) macht die versicherungsinterne sachverständige Person parteiisch. Diese Parteilichkeit ist unvereinbar mit der Stellung und den verfassungsrechtlichen Pflichten eines Sachverständigen. Seine durch die Treuepflicht mit dem Makel der Parteilichkeit behaftete Beurteilung leidet an einem Rechtsmangel, weshalb diese weder beweistauglich noch verwertbar ist. In einem Rechtsstaat darf es weder Platz noch Schlupflöcher für parteiliche Sachverständige zweiter Klasse geben. Daher müsste die für die Beurteilung angefragte versicherungsinterne sachverständige Person an sich von sich aus auf ihre Treuepflicht und ihre Pflicht als Sachverständige zur Unparteilichkeit und den damit verbundenen *unüberbrückbaren Interessenskonflikt* hinweisen und den Beurteilungsauftrag ablehnen. Da sich sämtliche versicherungsinternen sachverständigen Personen desselben Durchführungsorgans in derselben

³⁶ Siehe vorne, II. B. 2.

³⁷ BGE 137 V 231 Erw. 2.1.3.; 132 V 109 Erw. 7.1; 120 V 364 Erw. 3a.

³⁸ BGE 132 V 109 Erw. 7.1.

Interessenskonfliktsituation befinden, müssten an sich sämtliche versicherungsinternen sachverständigen Personen den Beurteilungsauftrag ablehnen.

[31] In der Folge wäre das Durchführungsorgan gezwungen, ein (versicherungsexternes) Gutachten im Sinne von Art. 44 ATSG in Auftrag zu geben. Aufgrund der geschuldeten Treuepflicht wird die versicherungsinterne sachverständige Person ihre Beurteilung jedoch abgeben müssen, weshalb die erwähnte Konstellation kaum je eintreten und eine reine Utopie bleiben wird, was aber zur Folge hat, dass die *erstattete* versicherungsinterne Beurteilung an einem Rechtsmangel leidet, weil sie parteiisch im Rechtssinne zu gelten hat, weshalb sie weder beweistauglich noch verwertbar ist und eo ipso die versicherte Person einen Anspruch auf ein (versicherungsexternes) Gutachten im Sinne von Art. 44 ATSG hat. Im Übrigen geht es aus Gründen der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) nicht an, dass ein Teil der versicherten Personen durch Sachverständige erster Klasse und der andere Teil durch parteiliche Sachverständige zweiter Klasse begutachtet werden. Sämtliche versicherten Personen haben Anspruch auf eine faire Begutachtung durch unparteiische, unvoreingenommene, unbefangene Sachverständige, weshalb die Abklärung rechtsgleich zu erfolgen hat. Eine rechtsgleiche Abklärung setzt voraus, dass es nur *eine* Art an Sachverständigen gibt. Nur die Beurteilung des Sachverständigen (erster Klasse) stellt ein verfassungs- und EMRK-konformes Beweismittel dar, falls auch dieses unparteiisch, unvoreingenommen, unbefangen und ohne Einwirken sachfremder Umstände erstattet wurde. Das versicherungsinterne Sachverständigengutachten (zweiter Klasse) stellt *nie* ein Beweismittel dar, weil es am Rechtsmangel der Parteilichkeit leidet.

[32] Unter Berücksichtigung dieser Gründe bin ich der Auffassung, dass die Treuepflichts- und Rechtsgleichheitsproblematik den Beizug eines (externen) Sachverständigengutachtens nach Art. 12 lit. e VwVG und Art. 44 ATSG notwendig im Sinne von Art. 12 VwVG / Art. 44 ATSG machen, weshalb die Durchführungsorgane den rechtserheblichen Sachverhalt *an sich nie* mit versicherungsinternen sachverständigen Personen abklären dürfen, sondern verpflichtet sind, den rechtserheblichen Sachverhalt *stets* mittels versicherungsexterner Sachverständiger im Sinne von Art. 44 ATSG / Art. 12 lit. e VwVG festzustellen.

[33] Da es erfahrungsgemäss Fälle gibt, welche sowohl versicherungsinterne als auch versicherungsexterne sachverständige Personen im Wesentlichen gleich beurteilen, könnte das Recht die versicherungsinternen Sachverständigen Beurteilung jeweils solange dulden, bis die versicherte Person die intrabehördliche sachverständige Beurteilung beispielweise mittels Berichte der behandelnden Ärzt*innen oder mittels eines Privat- / Parteigutachtens bestreitet. Diesfalls müsste meines Erachtens gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK ein Anspruch auf ein (versicherungsexternes) Gutachten im Sinne von Art. 44 ATSG bestehen. Im Säumnisfalle läge eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK vor.

[34] In diesem Sinne verstehe ich die Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend geringer Zweifel bei versicherungsinternen medizinischen Beurteilungen.³⁹

[35] Somit ist die Ausnahme Nr. 3 nicht eine Ausnahme vom Grundsatz, sondern selber der Grundsatz / die Regel.

³⁹ Siehe BGE 135 V 471 Erw. 4.6; 122 V 162 f. Erw. 1d.

4.4. Exkurs: Auswirkungen einer Präzisierung der Rechtsprechung

[36] Abschliessend fragt sich, welche Auswirkungen eine Präzisierung der Rechtsprechung des Bundesgerichts im eben dargelegten Sinne beispielsweise auf die Suva voraussichtlich haben wird.

[37] Bei der Suva gingen 2018 461'112 *UVG-Schadenmeldungen* ein. Des Weiteren erliess die Suva 2018 3'994 *Einspracheentscheide*. Daraus erhellt, dass bei der Suva lediglich 0.87 % der *UVG-Schadenmeldung strittig* werden. Die Suva liess 2018 112'156 *medizinische Beurteilungen* erstellen. Davon entfielen 107'352 (95.7 %) auf die Suva-Kreis*ärztinnen, 4'528 (4 %) auf die Fachärzt*innen der Suva-Versicherungsmedizin und 276 (0.2 %) auf *externe Gutachten*.⁴⁰

[38] Unter Berücksichtigung dieser Parameter erhellt, dass die Suva – im Falle einer Präzisierung der Rechtsprechung durch das Bundesgericht im oben unter Ziffer 4.3 vorgeschlagenen Sinne – nicht in 112'156, sondern *maximal in rund 3'986 Fällen / Jahr* externe Gutachten wird einholen müssen. Meines Erachtens wird sich eine Präzisierung der Rechtsprechung im dargelegten Sinne auf die Tätigkeit der Suva-Kreis*ärztinnen kaum auswirken, weil diese Dienstleistungen nach wie vor zulässig sind und grundsätzlich ohne Einschränkung weiterhin erbracht werden können. Hingegen wird das Arbeitsvolumen der Fachärzt*innen der Suva-Versicherungsmedizin voraussichtlich um schätzungsweise rund 85 % zurückgehen, sofern die Suva-Versicherungsmedizin ihre Tätigkeit nicht anpassen würde. Ebenso werden die bisher im Verfügungsverfahren geführten Begutachtungsdiskussionen und -streitigkeiten entfallen.

5. Das Postulat Nr. 2:

Postulat Nr. 2

*Die versicherte Person soll im Verwaltungsverfahren einen Anspruch auf ein (versicherungs-externes) Gutachten im Sinne von Art. 44 ATSG haben, wenn sie die intrabehördliche sachverständige Beurteilung beispielweise mittels Berichte der behandelnden Ärzt*innen oder mittels eines Privat- / Parteigutachtens bestreitet. Es sei denn die erkennende Behörde kann den (Gegen-) Beweis erbringen, dass die durch die versicherte Person erhobenen Behauptungen «mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit» nicht zutreffen.*

C. Das Problem Nr. 3: Die Auswahl und Ernennung der externen Sachverständigen

1. Die Fehlende rechtliche Grundlage

[39] In der obligatorischen Unfallversicherung (UVG) ist die Vergabe der Gutachteraufträge weder durch Gesetz noch durch Verordnung oder Weisungen / Richtlinien geregelt. Es fragt sich, ob diese Ausgangslage im Verwaltungsverfahren die Verwaltungsbehörde berechtigt, einen Gutachter frei auszuwählen und zu ernennen. Die Versicherer bejahen diese Frage. Sie gehen davon aus, dass die Auswahl und Ernennung der Sachverständigen ihr «gutes Recht ist» bzw. in ihrer Kompetenz als Leiterin des Verwaltungsverfahrens liegt. Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden.

⁴⁰ Siehe schriftliche Auskunft der Suva vom 19. September 2019 (zur Einsichtnahme beim Autor) sowie hinten, IV. C.

Es ist zwar richtig, dass im Verwaltungsverfahren die Leitung des Verfahrens beim Durchführungsorgan liegt. Dies ist eine Folge des sog. «Amtsbetriebes».⁴¹ Diese Kompetenz ist aber nur formeller Natur. So besagt die Kompetenz zur Verfahrensleitung lediglich, dass ihr die Leitung der Verfahrensabwicklung obliegt⁴², weshalb sie das Verfahren zu leiten, Anordnungen zu treffen und das Verfahren zum Abschluss zu bringen hat. Diese (formelle) Kompetenz gibt aber keine Auskunft darüber, *wie* das Durchführungsorgan die Verfahrensleitung auszuüben und *was* das Durchführungsorgan dabei zu berücksichtigen hat. Der Inhalt ergibt sich erst aus dem materiellen Recht, insbesondere dem Organisationsrecht, dem Beweisrecht, der Grundrechte und der grundrechtlichen Verfahrensgarantien nach Art. 29 f. BV⁴³, Recht auf Waffengleichheit und ein faires Verfahren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) sowie der aus Art. 5 BV fließenden Rechtsstaatsprinzipien.

2. Die Rechtsposition der versicherten Person

[40] Da der Mensch von Natur aus frei ist und daher tun und unterlassen kann, was ihm beliebt, und diese Freiheit und die rechtsgleiche Ausübung dieser Freiheit durch die Bundesverfassung und EMRK geschützt sind, muss jede versicherte Person im sozialrechtlichen Verwaltungsverfahren zumindest einen Anspruch auf Mitwirkung bei der Bestellung von Sachverständigen haben. Die Freiheit der versicherten Person kann nur im Rahmen von Art. 36 BV beschränkt werden. Demzufolge hat nicht die versicherte Person nachzuweisen, ob und welche Mitwirkungsrechte ihr zustehen, vielmehr hat die Behörde zu begründen, weshalb ein Mitwirkungsrecht der versicherten Person im konkreten Fall gerade nicht zustehen und weshalb diese Beschränkung im Lichte von Art. 36 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK zulässig sein soll.

[41] Da die Ernennung der Sachverständigen nicht geregelt ist, besteht keine ausreichende Grundlage im Sinne von Art. 36 BV das Recht auf Mitwirkung der versicherten Personen bei der Auswahl und Ernennung der Sachverständigen zu beschränken.

[42] Es stehen den versicherten Personen aufgrund ihrer Subjektstellung bei der Auswahl und Ernennung der Sachverständigen die nachfolgenden aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) und des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) fließenden Mitwirkungsrechte zu:

1. Recht auf Einreichung von Gutachternvorschlägen;
2. Recht auf einen begründeten Gutachternvorschlag des sozialversicherungsrechtlichen Durchführungsorgans;
3. Recht auf Äusserung zum (begründeten) Gutachternvorschlag des sozialversicherungsrechtlichen Durchführungsorgans und Einreichung von Gutachter(-gegen-)vorschlägen;
4. Recht, die vom sozialversicherungsrechtlichen Durchführungsorgan vorgeschlagenen Sachverständigen vor der Begutachtung auf deren Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Unbefangenheit zu prüfen;
5. Recht auf Offenlegung sämtlicher Sachverhalte, welche zu Interessenkollisionen führen bzw. den Anschein der Befangenheit beim Sachverständigen erwecken können;

⁴¹ Siehe FRITZ GYGI, Bundesrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 63 f.

⁴² Siehe GYGI, (Fn. 41), S. 63.

⁴³ So z.B. Anspruch auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren, Verbot der Rechtsverweigerung und des überspitzten Formalismus, Anspruch auf rechtliches Gehör (Recht der versicherten Person am Beweisverfahren mitzuwirken).

6. Recht auf Äusserung von Ausstands- / Ablehnungsgründen;
7. Recht auf Prüfung / Würdigung der Ergebnisse gemäss Ziffer 1 – 6;
8. Recht auf einen begründeten Entscheid des sozialversicherungsrechtlichen Durchführungsorgans über die Auswahl und Ernennung des Sachverständigen;

[43] Diese aus Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK fliessenden Rechte werden den versicherten Personen konsequent und systematisch verweigert.

[44] Echte Mitwirkungsrechte der versicherten Personen bei der Auswahl / Ernennung der Sachverständigen und Transparenz betreffend das Verhältnis zwischen Durchführungsorgan (Auftraggeber) und Sachverständigen (Beauftragten) sind heute inexistent. Die versicherte Person ist von der Auswahl und Ernennung des Sachverständigen ausgeschlossen. Die versicherte Person kann den Gutachter lediglich aus triftigen Gründen ablehnen und Gegenvorschläge machen,⁴⁴ allerdings ist dieses Recht eine Farce, weil das Durchführungsorgan und der Sachverständige keine Transparenz schaffen und Interessenskollisionen nicht offenlegen. Daher kann die versicherte Person ihr Recht auf Ablehnung nicht verfassungs- und EMRK-konform ausüben. Sachverständigengegegenvorschläge der versicherten Person bleiben ungeprüft bzw. werden durch die Durchführungsorgane lediglich dann *geprüft, falls* ein Ablehnungsgrund aus ihrer Sicht besteht. Dies ist aber unwahrscheinlich, weil was aus Sicht der Durchführungsorgane nicht sein darf, nicht existiert. Das den Sachverständigen auswählende und ernennende Durchführungsorgan und der ernannte Sachverständige legen weder ihre Interessensbindungen offen, noch geben sie eine schriftliche Interessenskollisionserklärung ab. Ebenso wenig wird der Sachverständige angehalten, eine Erklärung abzugeben, dass er das Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen verfasst und sich der strengsten Unparteilichkeit befleissigen werde.

[45] Obwohl diese gravierenden Mängel seit Jahren bekannt sind, reagierten bisher weder die Vorsteher*innen des EDI noch der Gesetzgeber. Die Folgen dieser Untätigkeiten sind fatal.⁴⁵

3. Die zweckgerichtete Symbiose zwischen Durchführungsorgan und Sachverständigen

[46] Da der Gesetzgeber es unterliess, das sozialversicherungsrechtliche Sachverständigenwesen zu normieren, ist ein rechtstaatlich bedenkliches Vakuum entstanden, welches insbesondere die Versicherer nach Art. 68 Abs. 1 lit. a UVG (private Versicherungsunternehmen) teilweise schamlos zu ihren Gunsten ausfüllen. Sie wählen als Sachverständige häufig entweder Personen aus, mit welchen sie «verfilzt» sind (Variante-1), oder von welchen bekannt ist, dass sie Gefälligkeitsgutachten erstatten (Variante-2). Selbst wenn diese Varianten-1 und 2 *im Einzelfall* nicht vorliegen, besteht ein Problem, weil Versicherer in der Regel stets dieselben Sachverständigen beauftragen. Durch regelmässige Aufträge wird der Sachverständige sog. «angefüttert» und gefügig gemacht. Der Sachverständige wird vom Auftraggeber wirtschaftlich abhängig. Diese Abhängigkeit führt dazu, dass der Ausgang des Gutachtens nicht mehr offen ist, weil der Sachverständige im Falle eines für den Versicherer negativen Gutachtenergebnisses befürchten muss, zukünftig als Sachverständiger nicht mehr berücksichtigt zu werden. Bei sämtlichen drei Varianten liegt eine sog.

⁴⁴ Siehe Art. 44 Satz 2 ATSG.

⁴⁵ Siehe nachfolgend, II. C. 3.

(«do ut des»⁴⁶-)Symbiose zwischen Versicherer und Sachverständigem zu Lasten der versicherten Personen vor. Der Sachverständige erstattet sein Gutachten nicht mehr unparteiisch, unvoreingenommen, unbefangen und ohne Einwirken sachfremder Umstände, sondern als (Quasi-) Marionette des Versicherers.⁴⁷ Es besteht beim Sachverständigen der Anschein der Befangenheit. In einer solchen «zweckgerichteten Symbiose» «dient» der Sachverständige nicht mehr bloss als Beweismittel⁴⁸, sondern als «Werkzeug» des Versicherers zur Unterbrechung der Unfallkausalität⁴⁹, «Gesundschreibung» oder «Beschönigung der Leistungsfähigkeit» der Explorand*Innen und damit zur Befreiung / Herabsetzung der Leistungspflicht des Versicherers. Dieser und nur dieser Ausgang der Begutachtung ist Sinn und Zweck der durch das Durchführungsorgan mit dem Sachverständigen eingegangenen «Symbiose». Falls der Sachverständige «nicht liefert», was von ihm erwartet wird, beendet der Versicherer die «Symbiose». Der Sachverständige wird zukünftig nicht mehr beauftragt werden. Falls das Ergebnis stimmt, werden weitere Aufträge folgen.

4. Persönliche Freiheit / verfassungs- und EMRK-widrige Beschränkungen

4.1. Grundrechtseingriff – Voraussetzungen

[47] Es fragt sich, ob ein Durchführungsorgan einen Anspruch darauf hat, die versicherte Person durch einen ganz bestimmten und nur diesen Sachverständigen begutachten zu lassen bzw. ob eine Pflicht der versicherten Person besteht, sich durch einen ganz bestimmten und nur diesen Sachverständigen begutachten zu lassen.

[48] Mit der Anordnung einer 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 (Art. 10 Abs. 2 und 13 Abs. 2 BV) und Art. 8 EMRK erfasst.⁵⁰ 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.⁵¹

⁴⁶ «Ich gebe, damit du gibst.»

⁴⁷ Siehe Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

⁴⁸ Siehe Art. 12 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) sowie Art. 44 ATSG.

⁴⁹ Siehe vorne, I.

⁵⁰ BGE 136 V 117 Erw. 4.2.2.1 S. 126.

⁵¹ BGE 136 V 117 Erw. 4.2.2.1 S. 126; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELENE KELLER/DANIELA TURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, § 9 und § 11 N. 370 ff.; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTENBACH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018, § 9 und § 12; MARKUS SCHÄFER, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Bern 2006, S. 1 ff.

4.2. Verstoss gegen das Legalitätsprinzip

[49] Das Legalitätsprinzip gehört zu den wichtigsten Verfassungsprinzipien. Es ist Ausdruck der Rechtsstaatlichkeit und dient der Begrenzung der staatlichen Macht. Behörden dürfen nur insofern und insoweit tätig werden, als dies das Gesetz vorsieht. Das Gesetz gilt als Antrieb, Inhalt und Schranke für die Behörden. Soll in Grundrechte eingegriffen werden, so bedarf es einer generell-abstrakten Norm.⁵² Schwerwiegenden Einschränkungen müssen in einem Gesetz selbst vorgesehen sein.⁵³ Es sei denn, es liegt eine ernste, unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr vor.⁵⁴

[50] Gemäss Art. 43 Abs. 2 ATSG hat sich die versicherte Person einer ärztlichen oder fachlichen Untersuchungen zu unterziehen, sofern diese für die Beurteilung notwendig und zumutbar sind. Muss der Versicherungsträger zur Abklärung des Sachverhaltes ein Gutachten einer oder eines unabhängigen Sachverständigen einholen, so gibt er der Partei deren oder dessen Namen bekannt (Art. 44 Satz 1 ATSG). Diese kann den Gutachter aus triftigen Gründen ablehnen und Gegenvorschläge machen (Art. 44 Satz 2 ATSG).

[51] Aus Art. 43 Abs. 2 und 44 ATSG lässt sich lediglich die allgemeine Pflicht der versicherten Person ableiten, sich (zumutbaren und notwendigen) ärztlichen Untersuchungen / Begutachtungen zu unterziehen. Art. 44 ATSG stellt lediglich eine gesetzliche Grundlage dafür dar, dass das Durchführungsorgan der versicherten Person Sachverständige vorschlagen darf. Hingegen lässt sich weder aus Art. 43 Abs. 2 ATSG noch aus Art. 44 ATSG eine Pflicht der versicherten Personen ableiten, sich durch einen ganz bestimmten Sachverständigen (und nur durch diesen) untersuchen zu lassen oder ein Recht des Durchführungsorgans, dies mit Säumnisandrohung oder anderen Drohungen zu erzwingen.

[52] Der Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel im Sinne von Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV entfällt, weil keine ernste, unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr vorliegt.

[53] Somit können Durchführungsorgane von versicherten Personen im Rahmen von Art. 43 Abs. 2 und 44 ATSG nicht eine Untersuchung / Begutachtung bei einem namentlich bestimmten Arzt, sondern lediglich bei einem Arzt einer bestimmten Fachrichtung verlangen.

[54] Die Auswahl des untersuchenden / begutachtenden Arztes selbst hat unter Beachtung der persönlichen Freiheit und deren Beschränkung (überwiegendes öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit) zu erfolgen. Dies entspricht auch der ratio legis von Art. 43 Abs. 2 und 44 ATSG, welche von ihrem Normgehalt her als Einheit zu betrachten sind. So nimmt Art. 43 Abs. 2 ATSG mit den Rechtsbegriffen «zumutbar» und «notwendig» ausdrücklich Bezug auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

[55] Unter Berücksichtigung dieser Umstände besteht kein Gesetz im formellen Sinne, welches dem Durchführungsorgan erlaubt, eine versicherte Person (mit oder gegen deren Willen) bei

⁵² Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER/TURNHERR, (Fn. 51), N. 308; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, (Fn. 51), § 9 N. 43 und 53 f.

⁵³ Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV; HEINZ AEMISEGGER, Das Legalitätsprinzip – Überlegungen aus dem Blickwinkel des Bundesgerichts, in: Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, (Hrsg.) Felix Uhlmann, Zürich/St. Gallen 2017, S. 33; HÄFELIN/HALLER/KELLER/TURNHERR, (Fn. 51), N. 310; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, (Fn. 51), § 9 N. 43 und 56 ff.; FELIX UHLMANN/FLORIAN FLEISCHMANN, Das Legalitätsprinzip – Überlegungen aus dem Blickwinkel der Wissenschaft, in: Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, (Hrsg.) Felix Uhlmann, Zürich/St. Gallen 2017, S. 11 f.

⁵⁴ Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV; AEMISEGGER, (Fn. 53), S. 33; HÄFELIN/HALLER/KELLER/TURNHERR, (Fn. 51), N. 312 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, (Fn. 51), § 9 N. 43 und 84 ff.; UHLMANN/FLEISCHMANN, (Fn. 53), S. 23.

einem ganz bestimmten Arzt (und nur bei diesem Arzt) begutachten zu lassen. Mangels einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage stellt eine sinngemässe Anordnung des Durchführungsorgans, die versicherte Person habe sich (auch gegen ihren Willen) durch den Sachverständigen XY untersuchen / begutachten zu lassen, ein unzulässiger Eingriff in die persönliche Freiheit der versicherten Person dar.

4.3. Kein überwiegendes öffentliches Interesse

[56] Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.⁵⁵ Dieses öffentliche Interesse ist Voraussetzung und Schranke behördlicher Aktivität. Wenn das öffentliche Interesse fehlt, darf die Behörde nicht aktiv werden. Fällt es dahin, muss sie ihre Aktivitäten beenden.

[57] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vermag nicht jedes irgendwie geartete öffentliche Interesse Eingriffe in Freiheitsrechte zu rechtfertigen.⁵⁶ Eingriffe in die persönliche Freiheit dürfen in der Regel nur zum Schutz von Polizeigütern⁵⁷ oder zum Schutz der Grundrechte anderer eingeschränkt werden.⁵⁸

[58] Das Durchführungsorgan hat im Einzelfall darzulegen, auf welches polizeiliche Schutzgut es sich stützen will und weshalb dieses das Interesse der versicherten Person an der Ausübung ihres Freiheitsrechts überwiegen soll. Das Durchführungsorgan kann sich meines Erachtens im Rahmen einer sozialversicherungsrechtlichen Begutachtung auf kein *polizeiliches Schutzgut*⁵⁹ berufen.

[59] Im Übrigen sind ebenso wenig andere Gründe ersichtlich, weshalb ein *öffentliches* Interesse daran bestehen soll, die versicherte Person gerade durch den Sachverständigen XY und nur durch diesen zu untersuchen und begutachten zu lassen, und weshalb dieses Interesse darüber hinaus auch noch das Interesse der versicherten Person an der Ausübung der verfassungsmässig garantierten persönlichen Freiheit überwiegen soll.

[60] Wenn ein öffentliches Interesse darin gesehen werden könnte, dass der rechtserhebliche medizinische Sachverhalt nach bestem Wissen und Gewissen festzustellen ist, kann das Durchführungsorgan kaum ernsthaft die Auffassung vertreten, der von ihr ins Auge gefasste und für die Begutachtung vorgeschlagene Sachverständige XY sei ausschliesslich hierzu befähigt.

[61] Die Öffentlichkeit hat ein Interesse daran, dass sozialversicherungsrechtliche Leistungsfälle nach rechtstaatlichen Grundsätzen abgeklärt und reguliert werden und dass die beigezogenen Sachverständigen (im Sinne von Art. 12 lit. e VwVG / Art. 44 ATSG) ihre Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen, unparteiisch, unvoreingenommen, unbefangen und ohne Einwirken sachfremder Umstände erstatten. Ein solches öffentliches Interesse kann aber nicht nur ein ausschliesslich dem Durchführungsorgan genehmer Sachverständiger, sondern in der Regel eine Vielzahl an Sachverständigen befriedigen. Wenn ein Durchführungsorgan den rechtserheblichen

⁵⁵ Art. 36 Abs. 2 BV.

⁵⁶ BGE 118 Ia 175 Erw. 1 S. 177; 109 Ia 36.

⁵⁷ Die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit, die öffentliche Gesundheit, die öffentliche Ruhe, die öffentliche Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.

⁵⁸ Siehe HÄFELIN/HALLER/KELLER/TURNHERR, (Fn. 51), N. 313; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, (Fn. 51), § 9 N. 109 ff. und 114 ff.

⁵⁹ Siehe Fn. 57.

Sachverhalt jedoch nur mit einem ganz bestimmten Sachverständigen und ausschliesslich mit diesem feststellen lassen will und vorgängig ebenso wenig eine Offenlegung sämtlicher Sachverhalte stattfindet, welche zu Interessenkollisionen führen könnten, ist dies mit dem Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 und 13 Abs. 2 BV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK) und dem Recht auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) nicht vereinbar. Im Übrigen begründet ein solches Verhalten den Anschein der Befangenheit.

4.4. Verhältnismässigkeit

[62] Staatliches Handeln muss verhältnismässig sein.⁶⁰ Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.⁶¹ Das Erfordernis der Verhältnismässigkeit der Grundrechtsbeschränkung gliedert sich in seine drei Elemente: Eignung, Erforderlichkeit / Notwendigkeit und Abwägung von öffentlichen und betroffenem privatem Interesse (Zumutbarkeit).⁶²

[63] Gemäss Schrifttum soll ein Sachverständiger einen Gutachterauftrag nie ohne ausdrückliche Einwilligung beider Parteien (Versicherer und versicherter Person) annehmen⁶³, dies stellt letztlich nichts anderes als einen Ausfluss des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit dar. Ist eine Begutachtung der versicherten Person für die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes eine geeignete Massnahme, so soll der Eingriff in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht weiter gehen als notwendig.⁶⁴ Kann eine Begutachtung durch einen Gutachter stattfinden, zu welchem die ausdrückliche Einwilligung der versicherten Person vorliegt, so ist eine Begutachtung, bei welcher diese Einwilligung nicht vorliegt, unzulässig, weil sie mangels Erforderlichkeit gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstösst.

[64] Da das Durchführungsorgan den Grundrechtseingriff durchführen lassen will, hat nicht die versicherte Person, sondern das Durchführungsorgan darzulegen, weshalb es erforderlich / notwendig ist, dass sich die versicherte Person gerade durch den Sachverständigen XY und nur durch diesen begutachten lassen muss und weshalb ein anderer Sachverständiger diese Begutachtung nicht ebenso lege artis durchführen kann. Kann das Durchführungsorgan diesen Beweis nicht erbringen, so ist der Grundrechtseingriff in der durch das Durchführungsorgan vorgeschlagenen Art nicht notwendig und daher nicht verhältnismässig.

[65] Da sich das Durchführungsorgan in der Frage der Person des Sachverständigen mit der versicherten Person einvernehmlich einigen kann, ist eine einseitige Auswahl und Ernennung des Sachverständigen durch das Durchführungsorgan nicht notwendig. Daher soll die Auswahl des Sachverständigen einvernehmlich erfolgen, weil dies eine gleichermassen taugliche, aber milde-

⁶⁰ Art. 5 Abs. 2 BV.

⁶¹ Art. 36 Abs. 3 BV.

⁶² ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen, Rz. 521 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/TURNHERR, (Fn. 51), N. 320 ff. und 374 ff.; DAVID HOFSTETTER, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV), Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2014, N. 235 ff. und N. 338 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, (Fn. 51), § 9 N. 127 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, Einleitung zu den Grundrechten, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Zürich/Bern, (Stand April 1987), Rz. 145 ff.; MARKUS MÜLLER, Verhältnismässigkeit, Bern 2013.

⁶³ MARCO MUMENTHALER, Grundsätzliches zum ärztlichen Unfallgutachten, in: Die neurologische Begutachtung, (Hrsg.) Adrian Siegel/Daniel Fischer, Zürich 2004, S. 115.

⁶⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER/TURNHERR, (Fn. 51), N. 322; HOFSTETTER, (Fn. 62), N. 342; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, (Fn. 51), § 9 N. 130; JÖRG PAUL MÜLLER, (Fn. 62), Rz. 148 mit Hinweisen.

re Massnahme darstellt. Dies setzt aber voraus, dass sich das Durchführungsorgan während der formlosen «Einigungsverhandlung» nach Treu und Glauben verhält / handelt.⁶⁵

[66] Unter Berücksichtigung dieser Umstände verletzt eine individuell-konkrete Anordnung des Durchführungsorgans der versicherten Person gegenüber, sich einer Untersuchung / Begutachtung durch den Sachverständigen XY zu unterziehen, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, weil es an der Erforderlichkeit dieser Massnahme gebricht. So kann der mit der Begutachtung angestrebte Erfolg / Zweck (Feststellung des rechtseheblichen medizinischen Sachverhaltes) mit der gleich geeigneten, aber mildereren Massnahme, der Einigung des Durchführungsorgans mit der versicherten Person auf einen einvernehmlich bestimmten Sachverständigen, erreicht werden.

4.5. Zusammenfassung

[67] Wenn das in Personalunion für die Sachverhaltsabklärung, Anspruchsfeststellung und Leistungserbringung zuständige Durchführungsorgan – ohne vorgängige Prüfung von Alternativen – unter Androhung von Rechtsnachteilen anordnet, die versicherte Person habe sich (auch) gegen deren Willen durch den Sachverständigen XY medizinisch untersuchen / begutachten zu lassen, liegt mangels einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage (siehe vorne, 4.2), mangels eines überwiegenden öffentlichen Interesses (siehe vorne, 4.3) und mangels Verhältnismässigkeit (siehe vorne, 4.4) einer solchen Anordnung eine rechtswidrige Beschränkung der persönlichen Freiheit der versicherten Person vor.

[68] Es geht in einem freiheitlichen und demokratischen Rechtsstaat nicht an, dass Versicherer, welche rechtsprechungsgemäss ein naturgemässes ökonomisches Interesse haben⁶⁶, den Beweis (einseitig) mit Sachverständigen führen können, welche ausschliesslich *ihnen* genehm sind und / oder welche sie während Jahren mit regelmässigen Gutachteraufträgen «angefüttert» und sich gefügig gemacht haben.

[69] Ein Durchführungsorgan hat keinen Anspruch darauf, die versicherten Personen von vornherein durch einen ganz bestimmten und nur diesen Sachverständigen medizinisch zu untersuchen / begutachten zu lassen.

[70] Die versicherten Personen haben durch Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK gewährleistete Rechte, welche vor der Ernennung des medizinischen Sachverständigen zu beachten sind.⁶⁷

⁶⁵ In der Praxis scheitern sog. Einigungsversuche in der Regel am treuwidrigen Verhalten der Durchführungsorgane, weil diese ihre verfahrensleitende Stellung missbrauchen und den versicherten Personen entweder ausschliesslich aus der Praxis sattsam bekannte sog. «Pinocchio-Gutachter» vorschlagen oder die Gutachtergegenschlüsse der versicherten Person nicht einmal nach Treu und Glauben prüfen. Dieser unhaltbare Zustand liesse sich dadurch beheben, dass das Durchführungsorgan den Nachweis zu erbringen hat, dass es sich nach Treu und Glauben bemüht hat, mit der versicherten Person eine Einigung in der Frage der Person des Sachverständigen zu erzielen. Daher muss das Durchführungsorgan der versicherten Person die Möglichkeit einräumen, eigene Gutachternvorschläge zu unterbreiten. Des Weiteren muss das Durchführungsorgan die unterbreiteten Gutachternvorschläge nach Treu und Glauben prüfen. Wenn das Durchführungsorgan den Nachweis nicht erbringen kann, dass es sich nach Treu und Glauben um eine Einigung bemüht hat, soll die versicherte Person den Sachverständigen bestimmen dürfen. Ebenso möglich wäre, dass das BAG eine Liste an anerkannten und erfahrenen Fachärzten erstellt, welche im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung mono-, bi- und polydisziplinäre Gutachten erstatten, und diese Liste allgemein zugänglich macht. Die versicherte Person soll im Begutachtungsfall das Recht haben, einen Sachverständigen aus dieser BAG-Gutachterliste auszuwählen zu dürfen. Das Durchführungsorgan beauftragt anschliessend den durch die versicherte Person ausgewählten Sachverständigen mit der Begutachtung.

⁶⁶ Bundesgerichtsurteil U 302/05 vom 30. August 2006 Erw. 4.3.

⁶⁷ Siehe vorne, II. C. 2.

[71] Die sinngemässe Anordnung eines Durchführungsorgans, wonach sich die versicherte Person sich durch einen ganz bestimmten und nur diesen Sachverständigen zu begutachten lassen habe, stellt eine unzulässige mit Art. 36 BV nicht konforme Beschränkung der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 und 13 Abs. 2 BV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK) und des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) der versicherten Person dar.

5. Die Postulate Nr. 3 – 6

Unter Berücksichtigung der unter II. C. dargelegten Gründen ergeben sich die **Postulate Nr. 3 – 6**:

3. Der Sachverständige soll ein echtes und faires Beweismittel sein. Daher muss der Sachverständige unabhängig, unparteilich und unbefangen sein.

4. Das in der obligatorischen Unfallversicherung zentrale Beweismittel, das Sachverständigengutachten, soll dem unmittelbaren Einflussbereich des Durchführungsorgans entzogen werden, weshalb das Durchführungsorgan den Sachverständigen nicht mehr soll auswählen und ernennen dürfen.

5. Der Sachverständige soll seine Interessensbindungen offenlegen, vor jeder Begutachtung eine Interessenskollisionsabklärung durchführen und eine schriftliche Erklärung abgeben müssen, dass keine Sachverhalte vorliegen, welche eine Interessenskollision verursachen können, dass er das Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen und ohne Einflussnahme durch Dritten oder Vorgesetzte verfasst und sich der strengsten Unparteilichkeit befleissigt hat.

6. Das sozialversicherungsrechtliche Sachverständigenwesen (Auswahl, Ernennung, Beeidigung, Ablehnung / Ausstand, Rechte, Pflichten, Offenlegung der Interessensbindungen, Schweigepflicht, Beschaffung des Tatsachenstoffs für das Gutachten, Erstattung, Kosten, Entschädigung, haftpflichtrechtliche Verantwortlichkeit, Strafbestimmungen) sowie die Mitwirkungsrechte der versicherten Person sollen rechtstaatlich korrekt und fair normiert werden.

D. Das Problem Nr. 4: Die rechtsungleiche medizinische Abklärung

[72] Nach Art. 8 Abs. 1 BV sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Dieses allgemeine Rechtsgleichheitsgebot ist von sämtlichen Staatsorganen in allen Funktionen und auf sämtlichen Stufen der Staatstätigkeit zu beachten.⁶⁸ Gemäss Lehre sind generell-abstrakte Rechtsnormen in allen gleich gelagerten Fällen und auf alle Rechtsunterworfenen in gleicher Weise anzuwenden.⁶⁹

[73] Im Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung gilt *unter anderem*⁷⁰ der Untersuchungsgrundsatz. Danach haben die Durchführungsorgane den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes hat

⁶⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER/TURNHERR, (Fn. 51), N. 747; JÖRG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 396 f.; BEATRICE WEBER-DÜRLER, § 41 Rechtsgleichheit, in: Verfassungsrecht der Schweiz, (Hrsg.) Daniel Thürer, Jean-Francois Aubert, Jörg Paul Müller, Zürich 2001, Rz. 8 f.

⁶⁹ GEORG MÜLLER, Art. 4 BV, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Zürich/Bern, (Stand Mai 1995), Rz. 36; JÖRG PAUL MÜLLER, (Fn. 68), S. 397; HÄFELIN/HALLER/KELLER/TURNHERR, (Fn. 51), N. 765; WEBER-DÜRLER, (Fn. 68), Rz. 16.

⁷⁰ Siehe vorne, I. Rz. 3.

rechtsgleich zu erfolgen. Daher haben sämtliche Durchführungsorgane der obligatorischen Unfallversicherung gleiche Fälle gleich zu behandeln. Hierzu gehört, dass sie den rechtserheblichen Sachverhalt mit denselben Rechtsmitteln auf dieselbe Weise in der gleichen Quantität und Qualität abzuklären und festzustellen haben.

[74] Dies ist heute in der obligatorischen Unfallversicherung nicht der Fall, weil die zentralen Punkte des Abklärungsverfahrens (Auswahl, Ernennung, Beeidigung, Rechte, Pflichten, Offenlegung der Interessensbindungen, Schweigepflicht, Kosten, Entschädigung, haftpflichtrechtliche Verantwortlichkeit, Strafbestimmungen) nicht normiert sind. Jedes Durchführungsorgan klärt den rechtserheblichen Sachverhalt nach seinen subjektiven Vorstellungen ab. Es besteht weder in der Qualität noch Quantität der medizinischen Sachverhaltsabklärung eine Übereinstimmung. So stammt beispielsweise bei der Suva der für die Abwicklung beigezogene medizinische Sachverständige im Umfang von 99.75 %⁷¹ vom eigenen medizinischen Dienst.⁷² Demgegenüber haben beispielsweise die AGV Aargauische Gebäudeversicherung, BASLER, GENERALI, HELVETIA, Sympany, Unfallversicherung der Stadt Zürich oder die ZÜRICH keine Ärzt*innen angestellt. Vielmehr arbeiten diese im Dauerauftrag mit beratenden Ärzt*innen zusammen oder holen externe Gutachten ein.⁷³ In welchem Umfang externe Sachverständige beigezogen werden, haben die Versicherer nach Art. 68 UVG mit Ausnahme der AGV Aargauische Gebäudeversicherung (3.3 %), Sympany (4.5 %) und Unfallversicherung der Stadt Zürich (ca. 7%) nicht offengelegt. Die AXA und VAUDOISE beziehen ihren medizinischen Sachverständigen sowohl von angestellten als auch beauftragten Ärzt*innen.⁷⁴

[75] Ebenso sind die gesamten Prozesse der Begutachtung (Auswahl, Ernennung, Kommunikation zwischen Durchführungsorgan und Sachverständigen, Begutachtung, Entschädigung etc.) nicht geregelt und dementsprechend intransparent und heterogen.

[76] Diese *Nicht*normierung des medizinischen Abklärungsverfahrens führt dazu, dass gleichgelagerte Fälle nicht gleich abgeklärt werden. Somit wird das UVG nicht auf alle Rechtsunterworfenen in gleicher Weise angewendet. Es besteht eine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 BV.

[77] Gemäss herrschender bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Gebot rechtsgleicher Anwendung des Rechts nur dann verletzt, wenn die *gleiche* Behörde *gleiche* Sachverhalte unterschiedlich beurteilt.⁷⁵ Diese Rechtsprechung wird seit Jahrzehnten kritisiert.⁷⁶ Dabei wird gefordert, dass Art. 8 Abs. 1 BV auch dann angerufen werden kann, wenn gleichgeordnete Verwal-

⁷¹ Siehe hinten, IV. C.

⁷² Schriftliche Auskunft der Suva vom 19. September 2019 (zur Einsichtnahme beim Autor) sowie hinten, III. C.

⁷³ Schriftliche Auskunft der AGV Aargauischen Gebäudeversicherung vom 10. Oktober 2019; schriftliche Auskunft der BASLER vom 24. Oktober 2019; schriftliche Auskunft der GENERALI vom 18. Oktober 2019; schriftliche Auskunft der HELVETIA vom 22. Oktober 2019; schriftliche Auskunft der Sympany vom 26. September 2019; schriftliche Auskunft der Unfallversicherung Stadt Zürich vom 14. Oktober 2019; schriftliche Auskunft der ZÜRICH vom 23. Oktober 2019 (je zur Einsichtnahme beim Autor).

⁷⁴ Schriftliche Auskunft der AXA vom 25. Oktober 2019; schriftliche Auskunft der VAUDOISE vom 15. Oktober 2019 (je zur Einsichtnahme beim Autor).

⁷⁵ BGE 138 I 321 Erw. 5.3.6 S. 329; 133 I 249 Erw. 3.4 S. 255; 125 I 173 Erw. 6c S. 179; GEORG MÜLLER, (Fn. 69), Rz. 36.

⁷⁶ Siehe SILVIO ARIOLI, Das Verbot der willkürlichen und rechtsungleichen Rechtsanwendung im Sinne von Art. 4 BV, Diss. Basel, Basel/Stuttgart 1968, S. 110 ff.; YVO HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band II: Grundrechte, Zürich 1982, S. 186; GEORG MÜLLER, (Fn. 69), Rz. 39 mit Hinweisen; JÖRG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2. Auflage, Bern 1991, S. 222 mit Hinweisen; WEBER-DÜRLER, (Fn. 69), Rz. 21 mit Hinweisen.

tungsbehörden, welche derselben Aufsicht unterstehen, gleiche Fälle ungleich behandeln.⁷⁷ In der obligatorischen Unfallversicherung ist dies der Fall, weil die Durchführungsorgane derselben Aufsicht, dem Bundesamt für Gesundheit (BAG), unterstehen. Hinzu kommt, dass die gesamten Prozesse des medizinischen Abklärungsverfahrens aktuell im Wesentlichen unreguliert sind. In einem solchen Fall geht es nicht an, dass die Durchführungsorgane das Regelungsvakuum nach ihren eigenen subjektiven Vorstellungen schliessen und dadurch gleiche Fälle ungleich behandeln. Vielmehr sind die Regelungslücken durch Bezug der Bundesverfassung und deren Prinzipien (Legalitätsprinzip, öffentliches Interesse, Treu und Glauben, Verhältnismässigkeitsprinzip, Fairnessgedanke, Waffengleichheit, Rechtsgleichheit, Grundrechte) zu schliessen⁷⁸, weshalb auch Art. 8 Abs. 1 BV zu beachten ist. Somit haben Durchführungsorgane gleiche Sachverhalte gleich abzuklären und festzustellen. Es besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Eine rechtsgleiche medizinische Abklärung kann durch eine monopolisierte medizinische Abklärung erzielt werden.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände ergibt sich das **Postulat Nr. 7:**

Die medizinische Abklärung hat rechtsgleich zu erfolgen, d.h. der rechtserhebliche Sachverhalt ist mit denselben Rechtsmitteln auf dieselbe Weise in der gleichen Quantität und Qualität abzuklären und festzustellen. Diese Rechtsgleichheit lässt sich dadurch erzielen, dass die medizinische Abklärung im nichtstreitigen und streitigen Verwaltungsverfahren monopolisiert wird.

E. Das Problem Nr. 5: Die Nichtzulassung der Sachverständigenfragen der versicherten Person

[78] Obwohl das Durchführungsorgan rechtsprechungsgemäss vor der Begutachtung der versicherten Person den Gutachterfragenkatalog zu unterbreiten und dieser gleichzeitig die Möglichkeit zu gewähren hat, Zusatzfragen zu stellen⁷⁹, ist aufgrund der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht sichergestellt, dass die versicherte Person ihre Fragen den Sachverständigen auch tatsächlich und unzensuriert unterbreiten kann.⁸⁰ Wenn das Durchführungsorgan seine Fragen den Sachverständigen zur Beantwortung unterbreiten darf, sich die versicherte Person im Gegenzug im Rahmen der Begutachtung bis auf die Unterhosen auszuziehen und den Sachverständigen dabei Red und Antwort zu stehen hat, ohne selber ihre eigenen Fragen den Sachverständigen unzensuriert zur Beantwortung unterbreiten zu dürfen, wird zweifelsohne die Menschenwürde der versicherten Person verletzt, weil die versicherte Person zum blossen Objekt herabgemindert und ihrer Subjektstellung beraubt wird. Sie wird im Rahmen einer solchen Begutachtung zu einem «fremdbestimmten Stück Fleisch degradiert», das herumgeschoben wird bzw. selber nichts darf, sondern nur muss. Eine solche Begutachtung verletzt den Kerngehalt des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) und die Menschenwürde (Art. 7 BV und Art. 3 EMRK) der betroffenen versicherten Person und die Waffengleichheit (Art. 6 Ziff. 1 EMRK).

⁷⁷ Siehe ARIOLI, (Fn. 76), S. 110 ff.; HANGARTNER, (Fn. 76), S. 186; GEORG MÜLLER, (Fn. 69), Rz. 39 mit Hinweisen; JÖRG PAUL MÜLLER, (Fn. 76), S. 222 mit Hinweisen.

⁷⁸ Siehe auch vorne, I. Rz. 3.

⁷⁹ BGE 141 V 335 Erw. 3.2; 137 V 258 f. Erw. 3.4.2.9.

⁸⁰ BGE 141 V 335 Erw. 4.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände ergibt sich das **Postulat Nr. 8:**
Die versicherte Person soll ihre Fragen dem Sachverständigen unzensuriert und ohne Kostenfolge für die versicherte Person unterbreiten dürfen.

III. Die Postulate

[79] Zusammenfassend sind im Wesentlichen die nachfolgenden acht Hauptpostulate zu erheben:

[80] *Postulat Nr. 1:* Die absolute Macht der Durchführungsorgane im Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung ist durch Einbau von sog. «Checks and Balances» ins Verwaltungsverfahren zu beschränken. Fairness und Waffengleichheit sind zu gewährleisten. (Echte) Mitwirkungsrechte für die versicherten Personen (und nicht blosse Konsultationsrechte) könnten einen gewissen Ausgleich bewirken.⁸¹

[81] *Postulat Nr. 2:* Die versicherte Person soll im Verwaltungsverfahren einen Anspruch auf ein (versicherungsexternes) Gutachten im Sinne von Art. 44 ATSG haben, wenn sie die intrabehördliche sachverständige Beurteilung beispielweise mittels Berichte der behandelnden Ärzt*innen oder mittels eines Privat- / Parteigutachtens bestreitet. Es sei denn die erkennende Behörde kann den (Gegen-)Beweis erbringen, dass die durch die versicherte Person erhobenen Behauptungen «mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit» nicht zutreffen.⁸²

[82] *Postulat Nr. 3:* Der Sachverständige soll ein echtes und faires Beweismittel sein. Daher muss der Sachverständige unabhängig, unparteilich und unbefangen sein.⁸³

[83] *Postulat Nr. 4:* Das Durchführungsorgan soll auf den Sachverständigen keinen unmittelbaren Einflussbereich mehr nehmen können, weshalb das Durchführungsorgan den Sachverständigen nicht mehr soll auswählen und ernennen dürfen.⁸⁴

[84] *Postulat Nr. 5:* Der Sachverständige soll seine Interessensbindungen offenlegen, vor jeder Begutachtung eine Interessenskollisionsabklärung durchführen und eine schriftliche Erklärung abgeben müssen, dass keine Sachverhalte vorliegen, welche eine Interessenskollision verursachen können, dass er das Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen und ohne Einflussnahme durch Dritten oder Vorgesetzte verfasst und sich der strengsten Unparteilichkeit befleissigt hat.⁸⁵

[85] *Postulat Nr. 6:* Die medizinische Abklärung hat rechtsgleich zu erfolgen, d.h. der rechtserhebliche Sachverhalt ist mit denselben Rechtsmitteln auf dieselbe Weise in der gleichen Quantität und Qualität abzuklären und festzustellen. Diese Rechtsgleichheit lässt sich dadurch erzielen, dass die medizinische Abklärung im nichtstreitigen und streitigen Verwaltungsverfahren monopolisiert wird.⁸⁶

⁸¹ Siehe vorne, II. A.

⁸² Siehe vorne, II. B.

⁸³ Siehe vorne, II. C.

⁸⁴ Siehe vorne, II. C.

⁸⁵ Siehe vorne, II. C.

⁸⁶ Siehe vorne, II. D.

[86] *Postulat Nr. 7*: Die versicherte Person soll ihre Fragen dem Sachverständigen unzensuriert und ohne Kostenfolge (für die versicherte Person) unterbreiten dürfen.⁸⁷

[87] *Postulat Nr. 8*: Das sozialversicherungsrechtliche Sachverständigenwesen (Auswahl, Ernennung, Beeidigung, Ablehnung / Ausstand, Rechte, Pflichten, Offenlegung der Interessensbindungen, Schweigepflicht, Beschaffung des Tatsachenstoffs für das Gutachten, Erstattung, Kosten, Entschädigung, haftpflichtrechtliche Verantwortlichkeit, Strafbestimmungen) sowie die Mitwirkungsrechte der versicherten Personen sollen rechtsstaatlich korrekt und fair normiert werden.⁸⁸

IV. Der Bedarf

A. Vorbemerkungen

[88] Bevor rechtsstaatliche Lösungen (siehe hinten, V.) für die aufgezeigten Probleme (siehe vorne, II.) und die daraus abgeleiteten acht Hauptpostulate (siehe vorne, III.) vorgeschlagen werden können, ist vorab zu analysieren, welche Arten an medizinischen Beurteilungen die Durchführungsorgane in welchem Umfang aktuell erstatten lassen.

[89] Zu diesem Zweck wurden die 25 Versicherer nach Art. 68 UVG sowie die SUVA um Beibringung ihrer Kennzahlen 2018 betreffend der Regulierung der gemeldeten UVG-Schadenfälle gebeten. Von den 25 Versicherern nach Art. 68 UVG antworteten 13 nicht und 11 unvollständig⁸⁹. Ein Versicherer nach Art. 68 UVG verweigerte explizit die Auskunft. Da die Versicherer nach Art. 68 UVG die gewünschten Angaben entweder nicht oder nur unvollständig beibrachten, ist es nicht möglich, eine vollständige und absolut präzise Analyse durchzuführen. Dies ist zwar bedauerlich, aber nicht weiter tragisch, weil die Suva⁹⁰, der mit Abstand grösste und erfahrenste UVG-Versicherer der Schweiz, mir sämtliche für die Analyse benötigten Informationen innerhalb weniger Tage zukommen liess. Des Weiteren konnte ich anlässlich der Besprechung vom 15. November 2019 offene Fragen mit Dr. med. CHRISTIAN LUDWIG, FMH Allgemeine Innere Me-

⁸⁷ Siehe vorne, II. E.

⁸⁸ Siehe vorne, II. C.

⁸⁹ Die Unvollständigkeit bezog sich auf Art und Umfang der eingeholten medizinischen Gutachten.

⁹⁰ Ende des 19. Jahrhunderts veränderten sich durch die Industrialisierung die Bedingungen und Unfallrisiken am Arbeitsplatz. Viele Menschen gerieten durch Arbeitsunfälle in Not. Mit Volksabstimmung vom 26. Oktober 1890 wurde Art. 34^{bis} der (*alten*) Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1897 angenommen. Dadurch erhielt der Bund den Verfassungsauftrag, ein Kranken- und Unfallversicherungsgesetz zu erlassen. In der Volksabstimmung vom 4. Februar 1912 wurde das Kranken- und Unfallversicherungsgesetz vom 13. Juni 1911 (KUVG) angenommen. Dieses sah die Einführung der obligatorischen Unfallversicherung für einen wesentlichen Teil der Arbeitnehmenden vor. Der Bund beauftragte die Suva mit der Durchführung der obligatorischen Unfallversicherung und mit der Aufsicht über die Arbeitssicherheit in den Betrieben. Die Suva nahm per 1. April 1918 den Betrieb auf. Per 1. Januar 1984 trat das Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (UVG; SR 832.20) in Kraft. Dadurch wurden das KUVG, das Bundesgesetz vom 18. Juni 1915 betreffend die Ergänzung des KUVG sowie das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1962 über Teuerungszulagen an Rentner der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt und des militärischen und zivilen Arbeitsdienstes sowie die kantonalen Erlasse über die obligatorische Unfallversicherung der Arbeitnehmenden aufgehoben (siehe Art. 116 UVG). Mit in Krafttreten des UVG wurde die obligatorische Unfallversicherung auf sämtliche Arbeitnehmende ab einem bestimmten Beschäftigungsgrad ausgedehnt und die Umsetzung des Versicherungsobligatoriums liberalisiert. Neu wurden auch kommerziell tätige Versicherungsunternehmen als Anbieter der obligatorischen Unfallversicherung zugelassen (siehe Art. 68 UVG). Dadurch verlor die Suva ihre bisherige Monopolstellung in der obligatorischen Unfallversicherung; allerdings ist die Suva nach wie vor ausschliesslich für die Branchen mit hohem Unfallrisiko zuständig (Art. 66 UVG). (siehe <https://www.geschichtedersozialversicherung.ch/institutionen/kassenwesen/schweizerische-unfallversicherungsanstalt-Suva/>).

dizin, Chefarzt Suva und Chefarzt Versicherungsmedizin, Dr. iur. PETER FRIEDRICH, Bereichsleiter Governance, THOMAS HOLZBERGER, Aktuar SAV / Aktuar DAV und Bereichsleiter Versicherungsmathematik, MATTHIAS BRECHBÜHLER, lic. rer. soc. und Controller, Versicherungsmedizin, sowie ANSELM FILLIGER, Rechtsanwalt und Compliance Officer Datenschutz, sowie Dr. iur. THOMAS FREI, Rechtsanwalt und Bereich Einsprachen, je am Suva-Hauptsitz, Luzern, klären.⁹¹

[90] Da 2018 56 % (474'068) sämtlicher UVG-Schadenmeldungen (855'140⁹²) auf die Suva entfielen, werden die Analysen und Berechnungen gestützt auf das durch die Suva erhobene und zur Verfügung gestellte Datenmaterial erfolgen und dieses Datenmaterial jeweils hochgerechnet. Dadurch sind die Berechnungen zwar nicht absolut präzise, aber doch sehr verlässlich.

B. Einleitung

[91] Die ständige Wohnbevölkerung der Schweiz betrug per 1. Januar 2018 8'484'130.⁹³ Davon waren 3'429'130 Nichterwerbspersonen⁹⁴ und 5'055'000 Erwerbspersonen⁹⁵.

[92] Die Erwerbspersonen setzen sich aus 375'000 *Selbständigerwerbenden*⁹⁶, 4'538'000 *Arbeitnehmenden*⁹⁷ und 197'000 registrierten *Stellensuchenden*⁹⁸ zusammen.

[93] Im 2018 wurden 565'017 Nichtberufsunfälle, 273'675 Berufsunfälle / -krankheiten und 16'448 Unfallversicherung für Arbeitslose den 29 *Durchführungsorganen*⁹⁹ der obligatorischen Unfallversicherung gemeldet.

[94] Diese im 2018 gemeldeten UVG-versicherten Fälle verteilten sich auf die Suva (474'068 = 56 %), die 22 privaten Versicherungseinrichtungen nach Art. 68 Abs. 1 lit. a UVG (361'226 = 42 %), die 2 öffentlichen Unfallversicherungskassen nach Art. 68 Abs. 1 lit. b UVG (8'945 = 1.0 %),

⁹¹ In diesem Zusammenhang bedanke ich mich bei CHRISTIAN LUDWIG, PETER FRIEDRICH, THOMAS HOLZBERGER, MATTHIAS BRECHBÜHLER, ANSELM FILLIGER und THOMAS FREI für die Beantwortung meiner Fragen.

⁹² Neu registrierte Fälle nach Versicherungsgruppe und Versicherungszweig, https://www.unfallstatistik.ch/d/neuza/neu_reg_faelle_2018.pdf.

⁹³ Bilanz der ständigen Wohnbevölkerung, 1861-2018, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/stand-entwicklung/bevoelkerung.assetdetail.9486043.html>.

⁹⁴ Kinder und Jugendliche unter 15 Jahren, Personen in Ausbildung, Rentner und Hausfrauen/-männer.

⁹⁵ Erwerbstätige Total (Inlandkonzept). Durchschnittliche Jahreswerte, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/erwerbstaetigkeit-arbeitszeit/erwerbstaetige/entwicklung-erwerbstaetigenzahlen.assetdetail.7206067.html>.

⁹⁶ Selbständigerwerbende können sich nach Art. 4 f. UVG freiwillig nach den Bestimmungen über die obligatorische Versicherung versichern lassen.

⁹⁷ Nach Art. 1a Abs. 1 lit. a UVG sind die in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmenden, einschliesslich der Heimarbeitenden, Lernenden, Praktikanten, Volontären sowie der in Lehr- oder Invalidenwerkstätten tätigen Personen obligatorisch nach den Bestimmungen über die obligatorische Versicherung versichert.

⁹⁸ Nach Art. 1a Abs. 1 lit. b UVG sind Personen, welche die Voraussetzungen nach Art. 8 AVIG erfüllen oder Entschädigungen nach Art. 29 AVIG beziehen (arbeitslose Personen), obligatorisch nach den Bestimmungen über die obligatorische Versicherung versichert.

⁹⁹ Seit 1. Januar 2019 gibt es noch 27 UVG-Durchführungsorgane: die Suva, 22 private Versicherungseinrichtungen nach Art. 68 Abs. 1 lit. a UVG, 2 öffentliche Unfallversicherungskassen nach Art. 68 Abs. 1 lit. b UVG, 1 anerkannte Krankenkasse nach Art. 68 Abs. 1 lit. c UVG und die Ersatzkasse UVG (siehe <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/unfallversicherung/uv-versicherer-aufsicht.html>).

die 3¹⁰⁰ anerkannten Krankenkassen nach Art. 68 Abs. 1 lit. c UVG (10'770 = 1.3 %) und die Ersatzkasse UVG nach Art. 72 UVG (131 = 0.0 %).¹⁰¹

C. Die UVG-Kennzahlen 2018 der Suva

[95] Die Kennzahlen 2018 der Suva betreffend der Regulierung der gemeldeten UVG-Schadenfälle sehen wie folgt aus:

Was	Anzahl
bei der Suva 2018 eingegangene Meldungen / Nichtbetriebsunfälle 2018	276'307
bei der Suva 2018 eingegangene Meldungen / Betriebsunfälle 2018	181'296
bei der Suva 2018 eingegangene Meldungen / Berufskrankheiten 2018	3'517
die durch die Suva formlos erledigten Fälle 2018	31'711
die durch die Suva erlassenen Endverfügungen 2018	21'215
Einspracheentscheide 2018	3'994
Suva-kreisärztliche Aktenbeurteilungen 2018 (Kreisärzte in den Agenturen)	99'988
Suva-kreisärztliche Beurteilungen mit Untersuchung 2018 (Kreisärzte in den Agenturen)	7'364
monodisziplinäre Beurteilungen der Suva-Versicherungsmedizin (Hauptsitz) 2018	4'492
bidisziplinäre Beurteilungen der Suva-Versicherungsmedizin (Hauptsitz) 2018	31
polydisziplinäre Beurteilungen der Suva-Versicherungsmedizin (Hauptsitz) 2018	5
(durch die Suva extern eingeholte) monodisziplinäre Beurteilungen 2018	174
(durch die Suva extern eingeholte) bidisziplinäre Beurteilungen 2018	24
(durch die Suva extern eingeholte) polydisziplinäre Beurteilungen 2018	78
(durchschnittlicher) Bestand 2018 in Personaleinheiten an Suva-Kreisarzt*innen	47.2
(durchschnittlicher) Bestand 2018 in Personaleinheiten an Facharzt*innen der Suva-Versicherungsmedizin am Hauptsitz	15.6
(durchschnittlicher) Bestand 2018 in Personaleinheiten an Unterstützungspersonal Suva-Versicherungsmedizin am Hauptsitz	6.0

¹⁰⁰ Seit 1. Januar 2019 ist die ÖKK Kranken- und Unfallversicherungen AG, Landquart, die einzige anerkannte Krankenkasse nach Art. 68 Abs. 1 lit. c UVG.

¹⁰¹ Neu registrierte Fälle nach Versicherungsgruppe und Versicherungszweig, https://www.unfallstatistik.ch/d/neuza/neu_reg_faelle_2018.pdf.

D. Die hochgerechneten UVG-Kennzahlen 2018

[96] Würden die übrigen Durchführungsorgane (die privaten Versicherungseinrichtungen nach Art. 68 Abs. 1 lit. a UVG, die öffentlichen Unfallversicherungskassen nach Art. 68 Abs. 1 lit. b UVG, die anerkannten Krankenkassen nach Art. 68 Abs. 1 lit. c UVG und die Ersatzkasse UVG) das UVG mit derselben Qualität und Quantität wie die Suva durchführen, so ergäben sich hochgerechnet mit dem Faktor «: 56 % x 100 %» die nachfolgenden «UVG Kennzahlen 2018 total»:

Was	Anzahl
Meldungen / Nichtbetriebsunfälle, Betriebsunfälle + Berufskrankheiten 2018 total	855'140¹⁰²
<i>hochgerechnete formlos erledigte Fälle 2018 total</i>	56'627
<i>hochgerechnete erlassene Endverfügungen 2018 total</i>	37'884
<i>hochgerechnete Einspracheentscheide 2018 total</i>	7'132
<i>hochgerechnete Suva-kreisärztliche Aktenbeurteilungen 2018 total</i>	178'550
<i>hochgerechnete Suva-kreisärztliche Beurteilungen mit Untersuchung 2018</i>	13'150
<i>hochgerechnete monodisziplinäre Beurteilungen (Suva-Versicherungsmedizin) 2018</i>	8'021
<i>hochgerechnete bidisziplinäre Beurteilungen (Suva-Versicherungsmedizin) 2018</i>	55
<i>hochgerechnete polydisziplinäre Beurteilungen (Suva-Versicherungsmedizin) 2018</i>	9
extern eingeholte monodisziplinäre Beurteilungen 2018 (hochgerechnet)	310
extern eingeholte bidisziplinäre Beurteilungen 2018 (hochgerechnet)	42
extern eingeholte polydisziplinäre Beurteilungen 2018 (hochgerechnet)	139
(durchschnittlicher) Bestand 2018 in Personaleinheiten an Suva-Kreisärzt*innen (hochgerechnet)	84.3
(durchschnittlicher) Bestand 2018 in Personaleinheiten an Fachärzt*innen der Suva-Versicherungsmedizin (hochgerechnet)	27.9
(durchschnittlicher) Bestand 2018 in Personaleinheiten an Unterstützungspersonal Suva-Versicherungsmedizin (hochgerechnet)	10.7

¹⁰² Neu registrierte Fälle nach Versicherungsgruppe und Versicherungszweig, https://www.unfallstatistik.ch/d/neuza/neu_reg_faelle_2018.pdf.

V. Die Lösungen de lege ferenda

A. Einleitung

[97] In der obligatorischen Unfallversicherung besteht ein hoher Bedarf an medizinischen Beurteilungen. So werden (hochgerechnet) rund 178'550 medizinische Aktenbeurteilungen, 13'150 medizinische Beurteilungen mit Untersuchungen, 8'331 mono-disziplinäre Begutachtungen, 97 bi-disziplinäre Begutachtungen und 148 poly-disziplinäre Begutachtungen erstattet.¹⁰³ Aufgrund des hohen Bedarfs an medizinischen Beurteilungen muss die Lösung der *aktuellen in der UVG-Begutachtung existierenden Probleme*¹⁰⁴ institutionalisiert und strukturiert sein. Die Suva verfügt mit den auf den Agenturen tätigen Suva-Kreisärzt*innen und den am Hauptsitz tätigen Fachärzt*innen der Suva-Versicherungsmedizin über einen medizinischen Dienst, welcher über eine 100jährige Erfahrung auf dem Gebiet der Unfallmedizin aufweist. Diese fachlichen Stärken werden *aktuell* durch die dem Arbeitgeber gegenüber geschuldete Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR) der Suva-Ärzt*innen und die dadurch resultierende Parteilichkeit und fehlende Unabhängigkeit der Suva-Ärzt*innen *an sich* rechtlich wertlos. So stellen die versicherungsinternen sachverständigen Beurteilungen der Suva-Ärzt*innen keine Beweismittel im Rechtssinne dar, weshalb der rechtserhebliche Sachverhalt mittels dieser sog. Behördenbehauptungen nicht rechtstaatlich korrekt festgestellt werden kann.¹⁰⁵ Da die *Lösung de lege ferenda strukturiert-institutionalisiert und rechtsgleich* sein soll, liegt es meines Erachtens auf der Hand, die Stärken des medizinischen Dienstes der Suva (Erfahrung und Fachkompetenz) zu erhalten und zusätzlich sämtlichen UVG-versicherten Personen nutzbar zu machen sowie die Schwächen (Parteilichkeit und fehlende Unabhängigkeit) entweder zu beseitigen¹⁰⁶ oder auszugleichen¹⁰⁷. Daher sind der medizinische Sachverstand und das *medizinische Abklärungsverfahren* im Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung zu *monopolisieren*.

[98] Die *Sachverständigen* sollen ihre Freiheit und Würde wiedererlangen. Sie müssen *unabhängig, unparteilich und unbefangen* sein, weil nur unabhängige, unparteiliche und unbefangene Sachverständige faire und damit gerechte Gutachten erstatten können. Die Sachverständigen müssen dem unmittelbaren Einflussbereich der Durchführungsorgane entzogen werden. Somit sollen die *Durchführungsorgane die Sachverständigen nicht mehr auswählen und ernennen* dürfen. Des Weiteren sollen die *Sachverständigen finanziell, institutionell-organisatorisch und fachlich unabhängig* werden.

[99] Das *gesamte medizinische Abklärungsverfahren* (Auswahl, Ernennung, Interessensbindungen, Kommunikation zwischen Durchführungsorgan und Sachverständigen, Begutachtung, Entschädigung etc.) soll *transparent* werden.

[100] Des Weiteren sollen in der gesamten medizinischen Abklärung die Verfassungsprinzipien Beachtung finden. Die *versicherte Person* soll *stets Subjekt bleiben* und *echte Mitwirkungsrechte* ausüben können. Durch die *Waffengleichheit* wird die Sachverhaltsabklärung nicht nur fair, sondern auch richtig, weil die versicherte Person ihre Argumente, Sicht, Beweismittel, Fragen etc. in die Abklärung einbringen konnte. Dies erhöht bei der betroffenen versicherten Person die Akzep-

¹⁰³ Diese Hochrechnung (siehe vorne, IV. D.) basiert auf den «UVG-Kennzahlen 2018» der Suva (siehe vorne, IV. C.).

¹⁰⁴ Siehe vorne, II.

¹⁰⁵ Siehe vorne, II. B.

¹⁰⁶ Im Reformmodell Nr. 1 (siehe hinten, V. B.).

¹⁰⁷ Im Reformmodell Nr. 2 (siehe hinten, V. B.).

tanz nicht nur des Abklärungsverfahrens, sondern letztlich des Leistungsentscheides, weshalb als Folge die Rechtsmittelverfahren massiv zurückgehen werden.

[101] Zur Verwirklichung dieser Ziele sehe ich im Wesentlichen die zwei nachfolgenden Reformmodelle:

B. Die Reformmodelle

1. Das Reformmodell Nr. 1

[102] Im *Reformmodell Nr. 1* wird der *gesamte medizinische Dienst der Suva*, d.h. die auf den Agenturen tätigen Suva-Kreisärzt*innen und die am Hauptsitz tätigen Fachärzt*innen der Suva-Versicherungsmedizin, *aus der Suva herausgelöst, verselbständigt und beispielsweise in eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt übergeführt* werden.

[103] Die Suva-Ärzt*innen werden zu sog. *Bundessachverständigen (BS)*. Der Suva-medizinische Dienst wird zur *Bundessachverständigenanstalt (BSA)*. Der Sitz der BSA könnte aufgrund der guten Anbindung an den ÖV und die Autobahn und der zentralen Lage in Olten sein. Je eine Zweigniederlassung könnte sich in der Romandie und im Tessin befinden.

[104] Im Reformmodell Nr. 1 soll die *BSA ausschliesslich¹⁰⁸ und für sämtliche UVG-Durchführungsorgane den gesamten* für die Fallabwicklung benötigten *medizinischen Sachverstand* (z.B. einfache medizinische Anfragen der Durchführungsorgane zum weiteren Vorgehen, Aktengutachten oder Begutachtungen) und die hierfür benötigten medizinischen Beurteilungen *zur Verfügung stellen*.

[105] Die BSA gemäss Reformmodell Nr. 1 müsste rund *182 Bundessachverständige* umfassen, falls die UVG-Fälle sämtlicher UVG-Durchführungsorgane auf die gleiche Art abgewickelt würden, wie dies die Suva heute tut.

[106] Diese 182 Bundessachverständigen ermitteln sich wie folgt:

[107] Die Suva-Kreisärzt*innen sind aktuell für die *nichtstreitigen* Sachverhaltsfeststellungen zuständig. Die Suva beschäftigt aktuell 47.2 Suva-Kreisärztinnen. Werden diese Suva-kreisärztlichen Tätigkeiten auf die gesamte obligatorische Unfallversicherung hochgerechnet, bedarf es rund *84 Bundessachverständige im nichtstreitigen* Verwaltungsverfahren.¹⁰⁹

[108] Da die Bundessachverständigen zukünftig in sämtlichen *strittigen* Fällen sämtliche Gutachten zu erstatten haben werden, werden rund *98 Bundessachverständige im streitigen* Verwaltungsverfahren tätig sein müssen. Dieser Bestand berechnet sich wie folgt: Die durch die Suva 2018 *extern eingeholten Gutachten schlüsseln* sich wie folgt auf: 63 % mono-disziplinäre, 9 % bi-disziplinäre und 28 % poly-disziplinäre Gutachten. Unter der Annahme, dass sich die durch die Bundessachverständigenanstalt zukünftig¹¹⁰ einzuholenden Gutachten analog aufschlüsseln werden und dass die Bundessachverständigenanstalt auch zukünftig rund 7'132¹¹¹ Gutachten wird erstatten müssen, werden zukünftig 4'493 (63 %) mono-disziplinäre, 642 (9 %) bi-disziplinäre und 1'997 (28 %) poly-disziplinäre Gutachten zu erstatten sein. Zur Erstattung dieser Gut-

¹⁰⁸ Es sei denn, ein Gericht ordnet eine Neubegutachtung oder ein Obergutachten an (siehe hierzu unten).

¹⁰⁹ Siehe vorne, IV. D.

¹¹⁰ Da der Disziplinenverteilungsschlüssel und die Anzahl der zu erstellenden Gutachten nicht statisch-erratisch, sondern veränderlich sind, können diese Zahlen ex ante stets nur geschätzt werden. Mit Berechnungsmodellen ist aber eine relativ verlässliche, wenn auch nicht exakte Schätzung möglich.

¹¹¹ Siehe vorne, IV. D.

achten werden die nachfolgenden sog. «Gutachteneinheiten (GE)» benötigt werden: 4'493 GE (für mono-disziplinäre Gutachten), 1'284 GE (2 x 642 für bi-disziplinäre Gutachten) und 5'991 GE (mindestens 3 x 1'997 für poly-disziplinäre Gutachten) bzw. total 11'768 Gutachteneinheiten (GE). Wenn davon ausgegangen wird, dass ein Bundessachverständiger durchschnittlich in der Regel rund 125 Gutachten mit Untersuchung / Jahr lege artis erstellen kann, so bedarf es 94 *ärztliche Bundessachverständige* (11'768 : 125). Hinzu kommen etwa 4 *neuropsychologische Bundessachverständige*.

[109] In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Anzahl der jährlich zu erstattenden Gutachten (auch zukünftig) Schwankungen unterliegen wird.

[110] Somit werden *im Reformmodell Nr. 1* etwa 84 *Bundessachverständige für das nichtstreitige* und etwa 98 *Bundessachverständige für das streitige Verwaltungsverfahren* bzw. total etwa 182 *Bundessachverständige* benötigt werden.

[111] Dies hat zur Folge, dass rund 37 (84.3 - 47.2)¹¹² *Bundessachverständige für das nichtstreitige* und rund 82 (98 - 15.6)¹¹³ *Bundessachverständige für das streitige Verwaltungsverfahren* bzw. total rund 119 *Bundessachverständige* zusätzlich zu evaluieren und neu anzustellen sind.

[112] Das Reformprojekt «Reorganisation der UVG-Begutachtung» soll gestaffelt über einen Zeitraum von drei Jahren umgesetzt werden. Die BSA wächst jedes Jahr um einen Drittel an *Bundessachverständigen* an. Jedes Jahr stellt rund ein Drittel der Versicherer auf das neue System um. Im 4. Jahr besteht in der BSA Vollbetrieb. Ebenso sind im 4. Jahr sämtliche UVG-Versicherer auf das neue Begutachtungssystem umgestellt.

[113] Die *Geschäftsverteilung* soll *mittels Zufallsprinzip* erfolgen.

2. Das Reformmodell Nr. 2

[114] Im Reformmodell Nr. 2 wird der gesamte medizinische Sachverstand im *nichtstreitigen* Verwaltungsverfahren durch die *Suva-Kreisärzt*innen* und im *streitigen* Verwaltungsverfahren durch die *BSA* erbracht.

[115] Zur Gewährleistung rechtsgleicher Beurteilungen im *nichtstreitigen* Verwaltungsverfahren sollen zukünftig im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren keine beratenden Ärzt*innen der Versicherer nach Art. 68 UVG und der Ersatzkasse UVG, sondern ausschliesslich *Suva-Ärzt*innen* als sachverständige Personen tätig sein.

[116] Erfahrene beratende Ärzt*innen, welche heute für die Versicherer nach Art. 68 UVG oder die Ersatzkasse UVG tätig sind, werden sich um eine Anstellung als *Suva-Ärzt*innen* oder als *Bundessachverständige* bewerben können.

[117] Im Reformmodell Nr. 2 werden nur die am Hauptsitz tätigen Fachärzt*innen der *Suva-Versicherungsmedizin* aus der *Suva* herausgelöst, verselbständigt und beispielsweise in eine öffentlich-rechtliche Anstalt übergeführt werden.

[118] Die *Suva-Kreisärzt*innen* verbleiben bei diesem Modell bei der *Suva*.¹¹⁴ Sie üben ihre Tätigkeit weiterhin in der bisherigen Art aus.

¹¹² Siehe vorne, IV. C. und D.

¹¹³ Siehe vorne, IV. C. und D.

¹¹⁴ Selbstverständlich können im Reformmodell Nr. 2 aber auch *Suva-Kreisärzt*innen* *Bundessachverständige* werden; allerdings nicht automatisch, sondern über das normale Bewerbungs- / Aufnahmeverfahren.

[119] Zusätzlich sollen die Suva-Kreisärzt*innen auch für die übrigen Durchführungsorgane der obligatorischen Unfallversicherung (Versicherer nach Art. 68 UVG und die Ersatzkasse UVG nach Art. 72 UVG) *zwingend* den *gesamten* benötigten medizinischen Sachverstand zur Verfügung stellen. Somit erfolgen im Reformmodell Nr. 2 *sämtliche* medizinischen Beurteilungen ausschliesslich durch die Suva-Kreisärzt*innen.

[120] Aufgrund dieser Aufgabenerweiterung müsste die Suva ihren medizinischen Dienst auf den Agenturen von (aktuell) 47.2 Suva-Kreisärzt*innen (Stand 2018) *auf rund 84 Suva-Kreisärzt*innen aufstocken*.

[121] Der den Versicherern nach Art. 68 UVG und der Ersatzkasse UVG durch die Suva-Kreisärzt*innen zur Verfügung gestellte medizinische Sachverstand wird aus Gründen der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) nicht zu externen Gutachten im Sinne von Art. 44 ATSG. Diese im *nichtstreitigen* Verwaltungsverfahren abgegebenen versicherungsinternen sachverständigen Beurteilungen werden (auch nach dem Reformmodell Nr. 2) weiterhin keine Beweismittel im Rechtssinne sein. Sie sollen aber solange rechtlich geduldet werden, bis die versicherte Person die *intrabehördliche* sachverständige Beurteilung beispielweise mittels Berichte der behandelnden Ärzt*innen oder mittels eines Privat- / Parteigutachtens bestreitet. Diesfalls besteht gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK ein Anspruch auf ein (versicherungsexternes) Gutachten im Sinne von Art. 44 ATSG. Es sei denn, die erkennende Behörde kann den (Gegen-)Beweis erbringen, dass die durch die versicherte Person erhobenen Behauptungen «mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit» nicht zutreffen.

[122] Da von den 461'112 2018 bei der Suva eingegangenen UVG-Schadenmeldungen lediglich 0.87 % strittig werden¹¹⁵, dürften auch beim Reformmodell Nr. 2 rund 95.7 % der Versicherungsfälle mittels Suva-kreisärztlicher Beurteilungen (ohne externe Beurteilungen) lege artis und zur vollen Zufriedenheit der Durchführungsorgane und der versicherten Personen erledigt werden.

[123] Da hochgerechnet lediglich 7'132 der Versicherungsfälle (0.87 %) strittig werden¹¹⁶, werden nur in diesen Fällen externe Gutachten im Sinne von Art. 44 ATSG notwendig werden. Diese Gutachten sollen grundsätzlich¹¹⁷ die Bundessachverständigen (BS) der Bundessachverständigenanstalt (BSA) erstatten.

[124] Da die Bundessachverständigen zukünftig in sämtlichen strittigen Fällen die Gutachten zu erstatten haben, werden *etwa 98 Bundessachverständige*¹¹⁸ für die BSA tätig sein müssen.

[125] Das Reformprojekt «Reorganisation der UVG-Begutachtung» soll gestaffelt über einen Zeitraum von drei Jahren umgesetzt werden. Die BSA sowie die Suva-Kreisärzt*innen wachsen jedes Jahr um einen Drittel an. Jedes Jahr stellt rund ein Drittel der Versicherer auf das neue System um. Im 4. Jahr besteht in der BSA / bei den Suva-Kreisärzt*innen Vollbetrieb. Ebenso sind im 4. Jahr sämtliche UVG-Versicherer auf das neue Begutachtungssystem umgestellt.

[126] Die *Geschäftsverteilung* soll sowohl bei den Suva-Kreisärzt*innen (nichtstrittiges Verwaltungsverfahren) als auch bei den Bundessachverständigen (streitiges Verwaltungsverfahren) *mittels Zufallsprinzip* erfolgen.

¹¹⁵ Siehe vorne, IV. C.

¹¹⁶ Siehe vorne, IV. D.

¹¹⁷ Ausnahmen siehe hinten, V. E.

¹¹⁸ Zur Berechnung siehe vorne Reformmodell Nr. 1.

C. Der Bundessachverständige

[127] Da der Sachverständige sein Gutachten entsprechend einem Richter unparteiisch, unvoreingenommen, unbefangen und ohne Einwirken sachfremder Umstände zu erstatten hat, für Sachverständige grundsätzlich die gleichen Ausstands- und Ablehnungsgründe wie für Richter gelten und die Tätigkeit der Sachverständigen ebenso wichtig wie die der Richter*innen ist, sollen *Bundessachverständige wie Bundesrichter*innen entlohnt*¹¹⁹ werden.

[128] Für die Akzeptanz der Bundessachverständigen wird entscheidend sein, ob sie durch die Betroffenen als integer, fair, unabhängig, unparteilich und kompetent wahrgenommen werden. Daher dürfen bei der Evaluation / Anstellung der Kandidat*innen keine Abstriche gemacht werden. Es sind die fähigsten Ärzt*innen als Bundessachverständige zu verpflichten. Ein medizinischer Bundessachverständiger sollte bei Amtsantritt in der Regel ca. 50 Jahre alt sein, über eine mindestens 20jährige Berufserfahrung, einen Facharztstitel, einen guten Leumund und ein blankes Strafregister verfügen. Die aus der Praxis sattsam bekannten sog. «Pinocchio-Gutachter» sollen in der neuen Struktur keinen Platz haben. Es darf kein «alter Wein in neue Schläuche» gefüllt werden. Es muss ein echter Neuanfang sein. Ohne «Altlasten», «Hypotheken» und / oder «Trojaner». Um dies zu gewährleisten und Fehlentscheide bei der Anstellung zu minimieren, sollten die Bewerber*innen durch eine ausgewogen zusammengesetzte (Findungs- und Vorschlags-)Kommission überprüft werden. Diese Kommission soll den Wahlvorschlag zu Händen des Bundesrates (Wahlorgan) erteilen. Eine Ernennung durch den Bundesrat setzt einen einstimmig gefällten (Wahlvorschlags-)Beschluss der Kommission voraus.

[129] Die Bundessachverständigen sollen ihre fachlichen Beurteilungen nach bestem Wissen und Gewissen abgeben und sich der strengsten Unparteilichkeit befleißigen. Sie sollen ihre Beurteilungen frei bzw. nicht weisungsgebunden abgeben. Daher sollen auch Vorgesetzte den Bundessachverständigen in den zu beurteilenden Fällen keine Weisungen erteilen dürfen. Der Bundessachverständige soll *seine Interessensbindungen offenlegen, vor jeder Begutachtung eine Interessenskollisionsabklärung durchführen und eine schriftliche Erklärung abgeben müssen*, dass keine Sachverhalte vorliegen, welche eine Interessenskollision verursachen können, und dass er das Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen und ohne Einflussnahme durch Dritte oder Vorgesetzte verfasst und sich der strengsten Unparteilichkeit befleißigt hat.

[130] Die Bundessachverständigen sollen auf der Webseite der BSA mit detailliertem Werdegang (Ausbildung, beruflicher Werdegang, Publikationen, Mitgliedschaften und weiteren Interessensbindungen) aufgeführt sein.

[131] *Befangenheits- / Ausstandsanträge oder andere Vorwürfe gegen Bundessachverständige* sollen durch unabhängige, erfahrene und integere Jurist*innen abgeklärt und mittels Dreierbeschluss mit Rechtsmittelweg ans Bundesverwaltungsgericht (erste Instanz) und Bundesgericht (zweite Instanz) entschieden werden. Diese *ständige Kommission* sollte sich aus ehemaligen Bundesrichter*innen und emeritierten Staatsrechtler*innen zusammensetzen. Durch die Entscheide dieser Kommission liesse sich rasch eine Sensibilisierung der Bundessachverständigen und eine Praxis in Fragen betreffend Interessenskollisionen und Ausstand / Befangenheit realisieren. Die Mitglie-

¹¹⁹ Siehe Art. 1a lit. b der Verordnung der Bundesversammlung über Besoldung und berufliche Vorsorge der Magistratspersonen vom 6. Oktober 1989 (SR 172.121.1) (<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19890211/index.html#fn2>). Somit würde ein Bundessachverständiger ca. CHF 325'000 / Jahr verdienen. Da der Bundesrat das Wahlorgan ist, könnte die Einstufung in die Lohnklasse 38 erfolgen (siehe Art. 36 der Bundespersonalverordnung [BPV; SR 172.220.1]).

der dieser ständigen Kommission sind nebenamtlich tätig. Sie sollen mit Fallpauschale entschädigt werden, welche je nach Schwierigkeit und Aufwand erhöht werden kann.

[132] Die zukünftigen Bundessachverständigen sind in einer *rund vierwöchigen sog. Bundessachverständigen-Schule (BSS)* auf ihre zukünftige Aufgabe vorzubereiten. Die Schulen sollen entsprechend der Projektumsetzung gestaffelt über drei Jahre mit einer¹²⁰ bzw. zwei¹²¹ Klassen / Jahr à rund 30 Aspirant*innen durchgeführt werden. Die BSS wird mit der «*Vereidigung*» abgeschlossen. Nach der Vereidigung sind die Bundessachverständigen dienstfähig.

D. Die Mitwirkungsrechte der versicherten Person

[133] Die versicherte Person soll aus Gründen der Waffengleichheit (1.) *ebenso viele Fragen* wie das Durchführungsorgan dem Sachverständigen (2.) *unzensuriert* und (3.) *ohne Kostenfolge für die versicherte Person* unterbreiten dürfen.

[134] Der versicherten Person soll nach Erstattung des Gutachtens die Möglichkeit eingeräumt werden, dem Sachverständigen unzensurierte Erläuterungs- und / oder Ergänzungsfragen ohne Kostenfolge für die versicherte Person zu unterbreiten.

[135] Die versicherte Person soll nach Erstattung des Gutachtens bzw. des Erläuterungs- / Ergänzungsgutachtens zwecks Qualitätskontrolle / -verbesserung die Begutachtung (Ablauf der Begutachtung, die Sachverständigen etc.) bewerten können.

E. Obergutachten oder Neubegutachtungen

[136] Da die Gerichte auch zukünftig Gutachten der BSA als nicht beweiskräftig beurteilen werden, fragt sich, wer und welche Stelle sog. *Obergutachten* oder *Neubegutachtungen* zukünftig erstatten sollen. Wenn der Fall lediglich mit einem Aktengutachten bzw. ohne Untersuchung durch die BSA abgeschlossen wurde, kann die Neubegutachtung durch die BSA erfolgen. Wenn aber eine Begutachtung mit Untersuchung erfolgt ist oder ein sog. Obergutachten erforderlich ist, wird diese Begutachtung durch eine andere Stelle durchgeführt werden müssen.

[137] Die Auswahl und Ernennung dieser sog. *Bundesobersachverständigen (BOS)* sollte ebenfalls institutionalisiert und strukturiert werden. Diese Stelle könnte beispielsweise den Namen «*Eidgenössisches Institut für medizinische Bundesobersachverständige (EIBOS)*» tragen. Es liegt in der Natur der Sache, dass die Tätigkeit als Obersachverständiger einen herausragenden Leistungsausweis als Facharzt voraussetzt. Die jeweils Besten eines Fachgebietes bzw. die sog. «*Fachpäpste*» sollten sich als Obersachverständige zur Verfügung stellen. Das EIBOS könnte beispielsweise dem ASIM Versicherungsmedizin des Universitätsspitals Basel angegliedert werden; allerdings wäre diesfalls erforderlich, dass sich im «*Pool*» an Obersachverständigen nicht nur Fachärzte des Universitätsspitals Basel, sondern sämtlicher Schweizer Universitätsspitäler, Schweizer Kliniken von universitärem Niveau oder selbständigerwerbende Ärzt*innen mit herausragenden Qualifikationen befinden. Die BOS sind im Hauptamt als Chefärzte / leitende Ärzte und Universitätsprofessoren oder in adäquater Stellung tätig. Sie üben die Obersachverständigentätigkeit

¹²⁰ Reformmodell Nr. 2.

¹²¹ Reformmodell Nr. 1.

nur nebenamtlich aus. Sie sollen mit Fallpauschale entschädigt werden, welche je nach Schwierigkeit und Aufwand erhöht werden kann.

[138] *Befangenheits- / Ausstandsanträge oder andere Vorwürfe gegen die BOS* sollen auch hier durch die aus ehemaligen Bundesrichter*innen und emeritierten Staatsrechtler*innen bestehende *ständige Dreier-Kommission* untersucht und entschieden werden. Der Dreierbeschluss der Kommission soll mit Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht und anschliessend ans Bundesgericht angefochten werden können.

F. Die Finanzierung

1. Die Finanzierung des Reformmodells Nr. 1

[139] *Variante-1*: Die Löhne der rund 182 Bundessachverständigen, welche wie Bundesrichter*innen zu entschädigen sind¹²², und die Löhne der rund 10 Kanzleimitarbeiter*innen werden *über den ordentlichen Bundeshaushalt finanziert*. Die Dienstleistungen werden den Durchführungsorganen ohne Kostenfolge zur Verfügung gestellt.

[140] *Variante-2*: Die BSA-Löhne werden *über die den Durchführungsorganen zur Verfügung gestellten Dienstleistungen finanziert*. Die Bundessachverständigenanstalt (BSA) macht *keinen Gewinn*. Damit eine ausgeglichener, kostendeckender Haushalt vorliegt, wird die BSA (mit rund 182 BS und rund 10 Kanzleimitarbeiter*innen) nach einer *ersten Grobschätzung* folgende Kosten für ihre Dienstleistungen in Rechnung stellen müssen: ca. CHF 350 (zzgl. Barauslagen + MWST) für einen einseitigen Bericht, ca. CHF 1'500 (zzgl. Barauslagen + MWST) für ein Aktengutachten sowie eine kleine Beurteilung mit Untersuchung sowie ca. CHF 3'000 (zzgl. Barauslagen + MWST) für ein Gutachten / Fachdisziplin. Diese Kosten wurden aufgrund der Grundparamter (durchschnittlicher Bundesrichterlohn, Auftragsvolumen gemäss IV. D. und GE / Jahr) provisorisch berechnet. Die Berechnung wird genauer und verlässlicher, wenn die Grundannahmen geklärt sind.

2. Die Finanzierung des Reformmodells Nr. 2

[141] Die rund 84 *Suva-Kreisärzte*innen* (medizinischer Sachverstand des *nichtstreitigen* Verwaltungsverfahren) werden *durch die Suva* nach den für die Suva geltenden Lohnbestimmungen *entlohnt*. Die Suva stellt den Durchführungsorganen *ihre Dienstleistungen in Rechnung*.

[142] Die Löhne der rund 98 Bundessachverständigen, welche den medizinischen Sachverstand im *streitigen* Verwaltungsverfahren abdecken und wie Bundesrichter zu entlohnen sind¹²³, und die Löhne der rund 10 Kanzleimitarbeiter*innen sind entweder *über den ordentlichen Bundeshaushalt* (Variante-1) *oder über die den Durchführungsorganen zur Verfügung gestellten Dienstleistungen* (Variante-2) zu *finanzieren*.

[143] Die Bundessachverständigenanstalt macht keinen Gewinn.

[144] Damit eine ausgeglichene, kostendeckende Rechnung erzielt werden kann, wird nach einer *ersten Grobschätzung* ein Gutachten der BSA ca. CHF 3'000 / Fachdisziplin kosten. Diese Kosten-

¹²² Siehe vorne, Fn. 119.

¹²³ Siehe vorne, Fn. 119.

schätzung ist provisorisch und beruht auf den provisorischen Grundparametern (durchschnittlicher Bundesrichterlohn und der GE / Jahr). Die Berechnung wird genauer und verlässlicher, wenn die Grundannahmen geklärt sind.

VI. Der nächste Schritt

[145] Am Beispiel der Überwachung von versicherten Personen (Art. 43a und 43b ATSG) zeigt sich, dass der Gesetzgebungsprozess sehr rasch verläuft, wenn die Versicherer einen Wunsch haben.

[146] Daher bin ich der Auffassung, dass vorab die Meinung der Durchführungsorgane der obligatorischen Unfallversicherung zur Frage einer Reform des Sachverständigenwesens in Erfahrung gebracht werden soll.

[147] Zu diesem Zweck soll das *Bundesamt für Gesundheit (BAG)* die *Durchführungsorgane* der obligatorischen Unfallversicherung im Rahmen einer Konsultativabstimmung *über die nachfolgende Frage abstimmen* lassen:

«Welches der nachfolgenden medizinischen Abklärungsmodelle soll in der obligatorischen Unfallversicherung zukünftig gelten?»

- 1) Es soll das durch Soluna Girón in Jusletter 16. September 2019 vorgeschlagene Abklärungsmodell vertiefter geprüft, allenfalls weiter entwickelt und allenfalls realisiert werden.*
- 2) Es soll das durch Roger Peter in Jusletter 16. Dezember 2019 vorgeschlagene Reformmodell Nr. 1 vertiefter geprüft, allenfalls weiter entwickelt und allenfalls realisiert werden.*
- 3) Es soll das durch Roger Peter in Jusletter 16. Dezember 2019 vorgeschlagene Reformmodell Nr. 2 vertiefter geprüft, allenfalls weiter entwickelt und allenfalls realisiert werden.*
- 4) Es soll ein anderes Abklärungsmodell entwickelt und realisiert werden. Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) soll mit Einbezug der Versicherer und Versichertenvertreter*innen ein entsprechendes Reformmodell ausarbeiten.*
- 5) Es soll in der obligatorischen Unfallversicherung weiterhin das heutige medizinische Abklärungsmodell ohne Änderungen gelten.*

Die Stimme kann nur einem der fünf erwähnten medizinischen Abklärungsmodellen gegeben werden.

Das Stimmrecht eines Durchführungsorgans entspricht der Anzahl der im Jahr vor der Abstimmung beim stimmberechtigten Durchführungsorgan UVG-versicherten Personen.»

[148] Die Ergebnisse der Konsultativabstimmung sind zu publizieren. Es soll aber nicht offengelegt werden, wie die einzelnen Durchführungsorgane abgestimmt haben (Wahrung des Stimmgeheimnisses).

[149] Nach dieser Konsultativabstimmung kann über das weitere Vorgehen entschieden werden; allerdings gehe ich davon aus, dass die oben empfohlene Konsultativabstimmung gar nie angesetzt werden wird, weil die Versicherer nach Art. 68 Abs. 1 lit. a UVG und deren Lobby eine Konsultativabstimmung verhindern werden. Die Versicherer nach Art. 68 Abs. 1 lit. a UVG wer-

den weiterhin das medizinische Gutachterwesen nach ihren subjektiven Vorstellungen als «Marionettentheater» betreiben wollen. Sie werden sich ihre absolute, uneingeschränkte Macht nicht widerstandslos nehmen lassen. Seit der Liberalisierung des UVG (1. Januar 1984) dürften die Versicherer nach Art. 68 Abs. 1 lit. a UVG den versicherten Personen aufgrund des installierten «Pinocciogutachtersystems»¹²⁴ schätzungsweise einen zwei- bis eher dreistelligen Millionen Betrag an Versicherungsleistungen *jährlich* vorenthalten. Dies ist nur deshalb möglich, weil das Bundesamt für Gesundheit seine Aufsichtsfunktion den Versicherern nach Art. 68 Abs. 1 lit. a UVG gegenüber nicht ausreichend wahrnimmt und wegschaut.

[150] Als wahrscheinlicher erachte ich, dass auf Kosten der Steuerzahler und / oder der sog. «Gemeinschaft der Versicherten» oder aus anderen Kassen «teure (Sandmännchen-)Studien» in Auftrag gegeben werden, welche ausschliesslich den Beweis (und nichts anderes) erbringen sollen, dass das aktuelle System «das beste aller Systeme» ist und dass dieses «zur Zufriedenheit aller» «wunderbar» funktioniert, weshalb kein Änderungs- und Regelungsbedarf bestehe.

[151] Es kann aber durchaus sein, dass überhaupt nichts unternommen und einfach abgewartet werden wird, was kommt. Dieses Szenario erachte ich als das Wahrscheinlichste, weil es der schweizerischen Selbstgenügsamkeit entspricht, auf Unangenehmes und Krisen zu reagieren.

[152] Die Grundkonzeption der medizinischen Begutachtung in der obligatorischen Unfallversicherung wird sich kaum verändern, weil sich die Systemprofiteure und die ganze Privatversicherungslobby mit Händen, Füssen und viel Geld für den Erhalt des heutigen asymmetrischen und unfairen Abklärungssystems einsetzen und ihre Interessen im Bundesrat, der SGK-NR und SGK-SR sowie im Parlament durchsetzen werden. Dies war bisher der Fall. Dies wird auch zukünftig der Fall sein.

VII. Fazit

[153] Die obligatorische Unfallversicherung ist eine kausale Versicherung. Dies hat zur Folge, dass der obligatorische Unfallversicherer nur sofern und solange leistungspflichtig ist, als eine Unfallkausalität besteht. Die Prüfung der Unfallkausalität erfordert medizinischen Sachverstand, welcher dem Rechtsanwender abgeht. Daher muss er Sachverständige beiziehen.¹²⁵

[154] Seit der Inkraftsetzung des UVG (1. Januar 1984) unterliess es der Gesetzgeber, das medizinische Sachverständigenwesen zu normieren.

[155] Da die obligatorischen Unfallversicherer aktuell in Personalunion die Sachverhaltsabklärungen / -untersuchungen durchführen, den rechtserheblichen Sachverhalt feststellen und die Versicherungsleistungen gewähren und darüber hinaus das Sachverständigenwesen in der obligatorischen Unfallversicherung nahezu unreguliert ist, haben die Versicherer im Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung die absolute, uneingeschränkte Macht. Sie beherrschen sämtliche Beteiligten (die eigenen Mitarbeiter*innen, die mit der Abklärung betrauten Sachverständigen und die versicherten Personen) sowie das gesamte Verwaltungsverfahren. Die Versicherer entscheiden alleine, wer, was, wann, wie zu tun hat. Daher ist der Ausgang des Verfahrens nicht mehr offen. Wirksame «Checks and Balances» sind inexistent. Dies verursacht

¹²⁴ Siehe vorne, II. C. 3.

¹²⁵ Siehe vorne, I.

einen Mangel an Fairness und Waffengleichheit; allerdings erkennen die Gerichte die systemimmanenten Asymmetrien nicht als Fairness- und Waffengleichheitswidrigkeit, sondern als durch den Gesetzgeber gesetzte und daher gewollte Sollensordnung.¹²⁶

[156] Die verfahrensbeherrschende Stellung der Durchführungsorgane führt dazu, dass sie in ihrem Einflussbereich ein «massgeschneidertes» Gutachterwesen nach ihren subjektiven Vorstellungen installiert haben, betreiben und zu ihrem Vorteil nutzen. Sie wählen die Sachverständigen aus und ernennen diese. Der gesamte Auswahl- und Ernennungsprozess ist intransparent. Interessenskollisionen werden weder offengelegt noch sanktioniert. Es findet weder eine Beeidigung der Sachverständigen noch eine transparente (nachvollzieh- und überprüfbare) Interessenkollisionsprüfung und -Erklärung statt. Da die Sachverständigen entweder gestützt auf Art. 321a Abs. 1 OR (als Arbeitnehmer*innen) dem Arbeitgeber (Durchführungsorgan) oder gestützt auf Art. 398 Abs. 2 OR (als Auftragnehmer*innen) dem Auftraggeber (Durchführungsorgan) zur Treue verpflichtet sind, besteht zwischen Sachverständigen und Durchführungsorgan ein Abhängigkeitsverhältnis, welches mit der verfassungsrechtlichen Pflicht des Sachverständigen zur Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Unbefangenheit nicht vereinbar ist. Ein Problem stellen insbesondere die kommerziell tätigen privaten Versicherungseinrichtungen nach Art. 68 Abs. 1 lit. a UVG dar. Sie arbeiten regelmässig stets mit den gleichen Sachverständigen zusammen. Es besteht eine «zweckgerichtete Symbiose». Der Sachverständige dient nicht mehr bloss als Beweismittel¹²⁷, sondern als «Werkzeug» des Versicherers zur Unterbrechung der Unfallkausalität¹²⁸, «Gesundschreibung» oder «Beschönigung der Leistungsfähigkeit» der Explorand*Innen und damit zur Befreiung / Herabsetzung der Leistungspflicht des Versicherers. Der Sachverständige verliert seine Unabhängigkeit, seine Unparteilichkeit und Unbefangenheit. Er wird zur Marionette des Durchführungsorgans.¹²⁹ Es liegt auf der Hand, dass Gutachten, welche unter solchen Bedingungen entstanden, an einem Rechtsmangel leiden und weder verwertbar noch beweistauglich sind.

[157] Da die Suva ihre Leistungsfälle zu 99.8 % durch versicherungsinterne Ärzt*innen abklärt¹³⁰, liegt diese Konstellation bei der Suva nicht vor; allerdings leiden die Beurteilungen der Suva-Ärzt*innen aufgrund der dem Arbeitgeber gegenüber geschuldeten Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR) und der daraus resultierenden Parteilichkeit und fehlenden Unabhängigkeit ebenfalls an einem Rechtsmangel, weshalb diese keine Beweismittel im Rechtssinne darstellen und der rechts-erhebliche Sachverhalt mittels dieser sog. Behördenbehauptungen nicht rechtstaatlich korrekt festgestellt werden kann.¹³¹

[158] Der Gesetzgeber sollte die durch das Regelungsvakuum entstandenen Verwerfungen¹³² beenden und das medizinische Sachverständigenwesen (Auswahl, Ernennung, Beeidigung, Ablehnung / Ausstand, Rechte, Pflichten, Offenlegung der Interessensbindungen, Schweigepflicht, Beschaffung des Tatsachenstoffs für das Gutachten, Erstattung, Kosten, Entschädigung, haftpflicht-

¹²⁶ Siehe vorne, II. A.

¹²⁷ Siehe Art. 12 VwVG sowie Art. 44 ATSG.

¹²⁸ Siehe vorne, I.

¹²⁹ Siehe vorne, II. C.

¹³⁰ Siehe vorne, II. B. 4.4 und IV. C.

¹³¹ Siehe vorne, II. B. 4.4 und IV. C.

¹³² Siehe vorne, II.

rechtliche Verantwortlichkeit, Strafbestimmungen) sowie die Mitwirkungsrechte der versicherten Personen rechtstaatlich korrekt und fair normieren.

[159] Die versicherten Personen sollen im Verwaltungsverfahren einen Anspruch auf ein (versicherungsexternes) Gutachten im Sinne von Art. 44 ATSG haben, wenn sie die intrabehördliche sachverständige Beurteilung beispielweise mittels Berichte der behandelnden Ärzt*innen oder mittels eines Privat- / Parteigutachtens bestreiten. Es sei denn die erkennende Behörde kann den (Gegen-)Beweis erbringen, dass die durch die versicherte Person erhobenen Behauptungen «mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit» nicht zutreffen.¹³³

[160] Die absolute, alles beherrschende Macht der Durchführungsorgane ist zu brechen. Die Sachverständigen sollen ihre Freiheit und Würde wiedererlangen. Die versicherten Personen sollen echte Mitwirkungsrechte erhalten. Die medizinischen Abklärungen sollen rechtsgleich und fair erfolgen.

[161] Aufgrund des *hohen Bedarfs an medizinischem Sachverstand*¹³⁴ in der obligatorischen Unfallversicherung drängt sich eine strukturiert-institutionalisierte Lösung auf. Die Durchführungsorgane sollen keinen unmittelbaren Einfluss auf die Auswahl, Ernennung und die Arbeit der Sachverständigen mehr nehmen können. Aus Gründen der Rechtsgleichheit und Fairness sollen der medizinische Sachverstand und das medizinische Abklärungsverfahren im nichtstreitigen und streitigen Verwaltungsverfahren monopolisiert werden. Hierfür drängen sich zwei Modelle auf.

[162] Im *Reformmodell Nr. 1*¹³⁵ kommt der *gesamte* im (nichtstreitigen und streitigen) Verwaltungsverfahren benötigte *medizinische Sachverstand* von *einer* von den Durchführungsorganen *personell und organisatorisch unabhängigen* «Stelle». Wie könnte diese «Stelle» personell-organisatorisch aussehen? Da die Suva über einen sehr erfahrenen medizinischen Dienst verfügt, könnte die Suva-Versicherungsmedizin mit ihren Kreisärzt*innen und Fachärzten aus der Suva herausgelöst und beispielsweise in eine nicht gewinnorientierte, kostenneutral arbeitende, selbständige öffentlich-rechtliche (Bundessachverständigen-)Anstalt übergeführt werden. Da die aktuell 47.2 Suva-Kreisärzt*innen und 15.6 Fachärzt*innen der Suva-Versicherungsmedizin den Bedarf an medizinischen Sachverstand alleine nicht werden abdecken können, werden zusätzlich rund 37 Bundessachverständige für das nichtstreitige Verwaltungsverfahren und rund 82 Bundessachverständige für das streitige Verwaltungsverfahren evaluiert und neu angestellt werden müssen.

[163] Im *Reformmodell Nr. 2*¹³⁶ findet ebenfalls eine Monopolisierung des medizinischen Sachverstandes und der medizinischen Abklärung statt; allerdings erfolgt hiernur die *streitige* medizinische Abklärung *durch* die *Bundessachverständigenanstalt*, welche rund 98 Bundessachverständige umfassen sollte. Die *gesamte* medizinische Abklärung des *nichtstreitigen* Verwaltungsverfahrens für sämtliche Durchführungsorgane wird *durch* die rund 84 *Suva-Kreisärzt*innen* (aktueller Bestand: 47.2 Suva-Kreisärzt*innen) gewährleistet werden.

[164] Erfahrene beratende Ärzt*innen, welche heute für die Versicherer nach Art. 68 UVG oder die Ersatzkasse UVG tätig sind, werden sich um eine Anstellung als Suva-Ärzt*innen oder als Bundessachverständige bewerben können.

¹³³ Siehe vorne, II. B.

¹³⁴ Siehe vorne, IV. D.

¹³⁵ Siehe vorne, V. B. 1.

¹³⁶ Siehe vorne, V. B. 2.

[165] Die aus der Praxis sattsam bekannten sog. «Pinocchiogutachter» sollen in der neuen Struktur keinen Platz haben. Um dies zu gewährleisten und Fehlentscheide bei der Anstellung zu minimieren, sollten die Bewerber*innen durch eine ausgewogen zusammengesetzte (Findungs- und Vorschlags-)Kommission überprüft werden. Eine Ernennung als Bundessachverständiger durch den Bundesrat soll einen einstimmig gefällten (Wahlvorschlags-)Beschluss der Kommission voraussetzen.

[166] Die Bundessachverständigenanstalt soll zukünftig in der obligatorischen Unfallversicherung eine unparteiliche, unabhängige, unbefangene und faire medizinische Begutachtung gewährleisten. Die Bundessachverständigenanstalt wird rund 182 Bundessachverständige (im Reformmodell Nr. 1) bzw. rund 98 Bundessachverständige (im Reformmodell Nr. 2) umfassen müssen. Die Geschäftsverteilung soll mittels Zufallsprinzip erfolgen.

[167] Obergutachten oder Neubegutachtungen sollen durch Bundesobersachverständige erstattet werden. Diese Bundesobersachverständigen werden im Hauptamt als Chefärzte / leitende Ärzte und Universitätsprofessoren oder in adäquater Stellung tätig sein. Sie werden die Obersachverständigentätigkeit nur nebenamtlich ausüben. Die Bundesobersachverständigen sollen dem zu gründenden «Eidgenössischen Institut für medizinische Bundesobersachverständige (EIBOS)» angehören. Dieses Institut könnte beispielsweise dem ASIM Versicherungsmedizin des Universitätsspitals Basel angegliedert werden.¹³⁷

[168] Das Reformprojekt «Reorganisation der UVG-Begutachtung» soll gestaffelt über einen Zeitraum von drei Jahren umgesetzt werden. Im 4. Jahr besteht in der BSA Vollbetrieb. Ebenso sind im 4. Jahr sämtliche UVG-Versicherer auf das neue Begutachtungssystem umgestellt.¹³⁸

[169] Da sich die Systemprofiteure und die ganze Privatversicherungslobby mit Händen, Füßen und viel Geld für den Erhalt des heutigen asymmetrischen und unfairen Abklärungssystems einsetzen und ihre Interessen im Bundesrat, der SGK-NR und SGK-SR sowie im Parlament durchsetzen werden, wird sich die Grundkonzeption der medizinischen Begutachtung in der obligatorischen Unfallversicherung voraussichtlich nichts verändern.¹³⁹

[170] Letztlich geht es um die Fragen, ob die Versicherer im Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung weiterhin die absolute, uneingeschränkte Macht haben sollen oder ob deren Macht durch Einbau wirksamer «Checks and Balances» zu beschränken ist. Die Antwort auf diese Frage beantwortet gleichzeitig die Frage, «wer das Sagen in der Schweiz hat».

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

¹³⁷ Siehe vorne, V. E.

¹³⁸ Siehe vorne, V. B.

¹³⁹ Siehe vorne, VI.