

## **Medizinische Begutachtung im IV-Verfahren; Anspruch auf Durchführung eines Einigungsversuchs – Art. 44 ATSG.**

*Bei zulässigen Einwendungen gegen den vorgesehenen Sachverständigen ist seitens der IV-Stelle bei allen Gutachten konsensorientiert vorzugehen. Erst wenn eine Einigung ausbleibt, ist eine Zwischenverfügung über die Beweisvorkehr an sich und die Person des Gutachters zu erlassen (E. 2.2).*

*Ob ein zulässiger Einwand aus Sicht der IV-Stelle begründet ist oder nicht, spielt für das Erfordernis der Konsenssuche grundsätzlich keine Rolle; anders zu entscheiden wäre bei offensichtlich missbräuchlicher oder querulatorischer Einwanderhebung (E. 4.2.2).*

OGE 63/2021/32 vom 8. Oktober 2021

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

### **Aus den Erwägungen**

**2.2.** Sofern zur Abklärung des Sachverhalts die Einholung eines Gutachtens angezeigt ist, kann die zu begutachtende Partei den vorgesehenen Gutachter aus triftigen Gründen ablehnen und Gegenvorschläge machen (Art. 44 ATSG). Das Bundesgericht hat mit BGE 137 V 210 und in der seitherigen Rechtsprechung das Bestreben um eine einvernehmliche Gutachtenseinholung vermehrt in den Vordergrund gestellt, weil damit einerseits vermeidbare Verfahrensweiterungen eher abgewendet und andererseits die Akzeptanz der Beweisergebnisse durch die betroffene versicherte Person erhöht werden kann (BGE 137 V 210 E. 3.4.2.6 S. 256). Ein konsensorientiertes Vorgehen liegt somit nicht nur in der Verantwortung, sondern klar auch im Interesse der IV-Stelle (BGE 138 V 271 E. 1.1 S. 275; 137 V 210 E. 3.4.2.6 S. 256). Die Partizipationsrechte tragen wesentlich zur Qualität des Gutachtens bei (vgl. BGer 8C\_207/2021 vom 25. August 2021 E. 4.1), was im Rahmen psychiatrischer Abklärungen, bei denen die Kooperation der zu explorierenden Person eine zentrale Rolle spielt, in besonderem Mass zutrifft. Eine in Missachtung der Beteiligungsrechte (BGE 137 V 210) erfolgte Anordnung eines Gutachtens hat sodann zur Folge, dass bereits relativ geringe Zweifel an der Zuverlässigkeit und Schlüssigkeit der Expertise eine neue Begutachtung erfordern (BGer 8C\_260/2017 vom 1. Dezember 2017 E. 4.2.2 mit Hinweisen). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei einem Dissens ein Einigungsversuch jedenfalls dann zwingend, wenn die IV-Stelle von einer Medas ein bi- oder monodisziplinäres Gutachten einholen will (BGE 142 V 551 E. 7.3.2.3 S. 551). Werden zulässige Einwendungen gegen den vorgesehenen Sachverständigen vorgebracht, ist indes bei allen Gutachten konsensorientiert vorzugehen (z.B. BGer 8C\_207/2021 vom 25. August 2021 E. 4.1 mit Hinweis auf BGE 139 V 349 E. 5.2.2.3 S. 356). Die Beachtung der

Verfahrensgarantien ist bei "freihändig" vergebenen mono- und bidisziplinären Expertisen sogar besonders wichtig (BGE 142 V 551 E. 7.3.2.3 S. 564 f.). Erst wenn eine Einigung ausbleibt, ist eine Zwischenverfügung über die Beweisvorkehr an sich (Notwendigkeit einer Begutachtung, Beschränkung auf ein oder zwei Fachdisziplinen, Bezeichnung der Disziplin) und die Person des Gutachters zu erlassen (BGE 139 V 349 E. 5.2.2.3 S. 356).

**2.3.** Das Bundesamt für Sozialversicherungen hat im Kreisschreiben über das Verfahren in der Invalidenversicherung (KSVI, Stand 1. Januar 2018) u.a. präzisiert, dass die versicherte Person als zulässige Einwände beispielsweise geltend machen kann, dass die begutachtende Person ein persönliches Interesse in der Sache hat oder aus anderen Gründen in der Sache befangen ist, es ihr an der nötigen Fachkompetenz fehlt oder ein Gutachten aus einer anderen medizinischen Fachrichtung notwendig ist (KSVI Rz. 2076 Ziff. 1–4). Wird ein zulässiger Einwand formeller (fallbezogenes formelles Ablehnungsbegehren) oder materieller (fachbezogener) Natur erhoben, muss eine Einigung gesucht werden (KSVI Rz. 2076 Ziff. 8 mit Hinweis auf BGer 9C\_560/2013 vom 6. September 2013 E. 2.3). Ein Einigungsversuch setzt voraus, dass ein (mündlicher oder schriftlicher) Austausch zwischen der IV-Stelle und der versicherten Person stattfindet. Dieser Austausch muss in den Akten hinterlegt sein. Wird keine Einigung gefunden, erlässt die IV-Stelle eine Zwischenverfügung (KSVI Rz. 2076 Ziff. 9 und 11). Kreisschreiben sind für die Verwaltung, nicht aber für das Gericht verbindlich. Ohne triftigen Grund weicht das Gericht jedoch nicht von Verwaltungsweisungen ab, insbesondere wenn diese – wie vorliegend – eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen (BGE 146 V 104 E. 7.1 S. 110; BGer 9C\_75/2020 vom 9. Februar 2021 E. 6.4.3).

**3.1.** Die IV-Stelle sah von einem Einigungsversuch ab. Ihre Zwischenverfügung vom 13. August 2021 begründete sie damit, dass kein schützenswerter Ausstands- oder Ablehnungsgrund gegen den Gutachter vorliege, welcher den Anschein der Befangenheit, der Voreingenommenheit oder der mangelnden Fachkompetenz zu begründen vermöge. Dr. med. A. sei Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, Facharzt für Psychosoziale und Psychosomatische Medizin und zertifizierter Gutachter. Er verfüge über die erforderlichen medizinischen Kompetenzen. Mangels triftiger IV-relevanter Einwendungen werde die Zwischenverfügung erlassen.

[...]

**4.2.1.** Die vom Beschwerdeführer geltend gemachte fehlende Fachkompetenz ist grundsätzlich ein zulässiger Einwand gegen einen vorgeschlagenen Gutachter (E. 2.3, KSVI Rz. 2076 Ziff. 4). Es steht fest, dass Dr. med. A. über eine Fachausbildung in Psychiatrie und Psychotherapie und ausserdem seit 2003 über eine Be-

rufsausübungsbewilligung für den Kanton Bern verfügt (vgl. Eintrag im Medizinalberuferegister des Bundesamts für Gesundheit; [www.medregom.admin.ch](http://www.medregom.admin.ch) [Webseite besucht am 30. September 2021]). Die Erfüllung der formalen fachlichen Anforderungen an einen Gutachter (BGE 137 210 E. 3.3.2 S. 246) stellt der Beschwerdeführer denn auch nicht in Abrede. Er macht aber im Wesentlichen geltend, Dr. med. A. vermöge nach den Erfahrungen seines Rechtsanwalts keine Gewähr zu bieten für eine ergebnisoffene Beurteilung. Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers ist beim Obergericht eine ungenügende Fachkompetenz von Dr. med. A. nicht notorisch. In dem vom Beschwerdeführer angeführten OGE 63/2018/51 vom 7. Juli 2020 wird zwar ein von Dr. med. A. erstelltes Gutachten als nicht hinreichend plausibel bezeichnet und nicht darauf abgestellt (E. 5.2), eine Gerichtsnotorietät, wonach Dr. med. A. für beinahe alle psychischen Krankheiten eine Dysthymie diagnostiziere, jedoch gerade verneint (E. 5.1). Ebenso wenig vermögen negative Einträge über Dr. med. A. in einem Internetforum oder der pauschale Verweis auf eigene anwaltliche Erfahrungen eine entsprechende Notorietät zu begründen. Dem Beschwerdeführer kann insoweit zwar zugestimmt werden, dass fehlende Fachkompetenz eines Gutachters von der versicherten Person in der Regel nur schwer zu belegen ist. Gleichwohl vermag lediglich allgemein gehaltene Kritik keinen Ablehnungsgrund zu begründen. Gleiches gilt für nicht näher substantiierte negative Erfahrungen, die aufgrund des einzigen Hinweises, die Diagnose (Dysthymie) stehe schon im Voraus fest, auch keine Einordnung erlauben, ob der Beschwerdeführer damit auf strukturelle Gründe (dazu gehört insbesondere eine vorgebrachte Versicherungsnähe bzw. -abhängigkeit) anspielt, welche für sich allein keine Ablehnung zu begründen vermöchten (BGE 138 V 271 E. 2.2.2 S. 277).

**4.2.2.** Ob die vom Beschwerdeführer erhobenen Einwände hinreichend begründet wurden, erscheint demnach zumindest fraglich. Das ändert indes nichts daran, dass fehlende Fachkompetenz wie dargelegt an sich unbestritten ein zulässiger Einwand ist, auf den hin die IV-Stelle konsensorientiert vorzugehen hat. Ob ein solcher Einwand aus Sicht der IV-Stelle begründet ist oder nicht, spielt für das Erfordernis einer Konsenssuche grundsätzlich keine Rolle (anders zu entscheiden wäre bei – hier nicht gegebener – offensichtlich missbräuchlicher oder querulatorischer Einwanderhebung). Dies erscheint auch deshalb sachgerecht, weil das konsensorientierte Vorgehen gemäss der in Rz. 2076 Ziff. 9 KSVI enthaltenen Konkretisierung auch bloss mündlich (mit entsprechender Hinterlegung in den Akten) erfolgen kann (vorangehende E. 2.3) und somit nicht mit erheblichem Aufwand verbunden sein muss, während die dadurch möglicherweise erzielbaren Vorteile wie dargelegt erheblich sein können (vgl. vorne E. 2.2). Mit der Vorgabe eines konsensorientierten Vorgehens unberührt bleibt das Recht der IV-Stelle, letztlich an dem von ihr vorgeschlagenen Gutachter festzuhalten, da der versicherten Person diesbezüglich kein "Vetorecht" zukommt (vgl. BGE 139 V 349 E. 5.2.1 S. 354).

**4.2.3.** Die IV-Stelle hat somit im konkreten Fall zu Unrecht gänzlich davon abgesehen, mit dem Beschwerdeführer einen Konsens zu suchen. Vielmehr hat sie, nachdem dieser am 6. August 2021 die Begutachtung durch Dr. med. A. mit der dargelegten Begründung abgelehnt und drei alternative Gutachter vorgeschlagen hatte, nach Eingang der Stellungnahme von RAD-Arzt Dr. med. B., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, vom 12. August 2021, am 13. August 2021 umgehend die angefochtene Verfügung erlassen.

**5.** Nach dem Gesagten ist die Zwischenverfügung vom 13. August 2021 aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines Einigungsversuchs an die IV-Stelle zurückzuweisen.