



AERZTEGESELLSCHAFT DES
KANTONS LUZERN

Der Luzerner Arzt

April 2018/2 Nr. 113

Informationsblatt
der Ärztesgesellschaften
der Kantone Luzern, Ob- und
Nidwalden, Schwyz, Uri, Zug



Straflose Aufzeichnung einer medizinischen Begutachtung in der Sozialversicherung?

von Lic. iur. Christian Haag, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Luzern, www.anwaltluzern.ch



Bestimmt wurden Ihre Patienten schon medizinisch begutachtet, z.B. von einer Medizinischen Abklärungsstelle (MEDAS) der IV. Ein solches Gutachten ist naturgemäss eine Momentaufnahme: Pro Gutachtensdisziplin werden meist 30 – 60 Minuten dafür verwendet, die Explorandin zu untersuchen. Danach schreibt der Gutachter ein schriftliches Gutachten. Naturgemäss entspricht das schriftliche Gutachten weder 1:1 der aktuellen Situation (weil zusammengefasst und verkürzt wird), noch wird jedes Detail korrekt abgebildet. Dies wäre an sich nicht weiter problematisch.

Der Patient/Klient erlebte es anders

In meiner Anwaltstätigkeit berichtet mir die Klientschaft aber immer wieder, *dies und jenes im Gutachten stimme überhaupt nicht, das hätte sie nicht gesagt oder das habe sich nicht so ereignet wie es im Gutachten steht*:

Beispielsweise schreibt der Gutachter, die Klientschaft habe nur zweimal pro Woche Kopfschmerzen – dabei hat sie dem Gutachter gesagt, Kopfschmerzen träten fast täglich auf.

In einem anderen Gutachten stand, die Klientschaft erledige den Haushalt selber, dabei sagte die Klientschaft dem Gutachter, sie habe kaum die Energie und Kraft, den Haushalt selber zu bewältigen, sondern benötige die Hilfe der 83-jährigen Mutter.

Eine weitere Klientin berichtete mir kürzlich, die neurologische Untersuchung habe wegen Ermüdung und Erschöpfung mehrfach unterbrochen werden müssen – davon schreibt der Gutachter kein Wort; stattdessen steht im Gutachten, sie hätte sich «ohne Leistungseinbruch über die ganze Untersuchungsdauer problemlos konzentrieren können» (womit er auf Arbeitsfähigkeit schliesst).

Nicht selten sind sodann gemäss Berichten versicherter Personen auch unangebrachte, provozierende Äusserungen von Gutachtern, so z.B. die versicherte Person «solle sich nicht so anstellen», sie übertreibe, gebe sich keine Mühe, müsse «halt nur durchbeissen», «simuliere», oder ähnliches – gelesen habe ich dies in einem Gutachten allerdings noch nie. All dies sind klare Fälle von unvollständigen, inhaltlich falschen Gutachten.

Aussage gegen Aussage

Doch wie beweist man dies als Patientin?

Gemäss Bundesgericht muss ein Gutachten den *Ablauf der Begutachtung korrekt und vollständig wiedergeben*, damit es beweiskräftig ist. Behauptete eine versicherte Person bislang, der im Gutachten dargestellte Ablauf der Begutachtung stimme nicht, sondern die Begutachtung habe sich anders ereignet oder sie habe dies nicht so gesagt, stand *Aussage gegen Aussage*:

Auf der einen Seite war die Aussage der versicherten Person, welche gemäss Bundesgericht als Partei mit eigenen Interessen gilt, und deren Aussage keine oder kaum Beweiskraft hat.

Auf der anderen Seite war der von der IV beauftragte Gutachter, der gemäss Bundesgericht als neutral, unabhängig und objektiv gilt – trotz eines jährlichen Volumens an IV-Gutachteraufträgen von fast 100 Mio. Franken. Finanzielle Abhängigkeit der Gutachter von der IV ändert daran laut Bundesgericht nichts, denn die IV gilt – wie auch die gesetzliche Unfallversicherung – als neutrale und objektive, der Wahrheit verpflichtete Verwaltung.

Entsprechend gelten auch Gutachten der MEDAS als neutral und unabhängig. Sie haben per se viel mehr Beweiswert, als die Einschätzung behandelnder Hausärzte und Fachärzte: Denn laut Bundesgericht würden Hausärzte eher zugunsten des Patienten urteilen, weil sie in einem auftragsrechtlichen Verhältnis zur versicherten Person stehen; sie würden im Zweifelsfall eher zugunsten der Pa-

tienten aussagen. Dasselbe gelte für den behandelnden Spezialarzt.

Von Gesetzes wegen neutral und unabhängig?

Dass Gutachter der IV in einem Auftragsverhältnis stehen und von der IV somit finanziell abhängig sind, sei irrelevant – denn die Sozialversicherung sei von Gesetzes wegen «neutral und unabhängig und der Wahrheit verpflichtet» – und mit ihr die beigezogenen Gutachter.

Aus Sicht eines Patientenanwalts ist dies häufig bloss gesetzliche Fiktion, die an der heutigen Realität versicherungsmedizinischer Begutachtung vorbei geht: Oft nehme ich Gutachter insbesondere der IV und der privatrechtlichen UVG-Versicherungen als knallhart, einseitig und extrem streng wahr bei der Beurteilung der Diagnose und Arbeitsfähigkeit; behandelnde Ärzte teilen regelmässig diese Einschätzung. Gleichwohl räumt insbesondere das Bundesgericht solchen Gutachten überragenden Beweiswert ein.

Einseitige Beweiswürdigung

Diese einseitige Beweiswürdigung zugunsten der IV/Unfallversicherung und ihrer Ärzte und Gutachter erweckt zuweilen den Eindruck, der Gang zu einer Gutachterstelle entspreche einer wunderheilenden Pilgerreise nach Lourdes: Plötzlich ist die mittlere depressive Episode nur noch leicht. Auf einmal besteht für körperlich angepasste, leichte, wechselbelastete Tätigkeit volle Arbeitsfähigkeit, mit max. 25 % Pausenbedarf. Beides schliesst in der Regel einen Anspruch auf eine IV-Rente aus.

Lag der Grund für die strenge gutachterliche Beurteilung in einer *falschen oder unvollständigen Wiedergabe des Ablaufs der Begutachtung*, so gelang es bisher sehr selten, einen Fehler im Gutachten oder eine unkorrekte Begutachtung nachzuweisen:

Den Gutachterpersonen droht Strafbarkeit für den Fall einer falschen Begutachtung. Zudem hat ein falsches Gutachten mögliche finanzielle Konsequenzen betreffend künftiger Aufträge. Die Gutachter geben daher gravierende Fehler praktisch nie zu, sondern bestreiten die Vorwürfe versicherter Personen regelmässig.

Laut Bundesgericht hat eine versicherte Person kein Recht, eine Begleitperson

an die Begutachtung mitzunehmen. Die Befragung einer neutralen Drittperson über den Ablauf der Begutachtung ist damit nicht möglich (ausser bei einem Dolmetscher).

Erlaubte heimliche Aufzeichnung

Nun hat die Staatsanwaltschaft Schwyz entschieden, dass sich eine versicherte Person nicht strafbar macht, wenn sie die Begutachtung einer Sozialversicherung (z.B. IV, gesetzliche Unfallversicherung) heimlich z.B. mit dem Smartphone oder einem Diktiergerät aufzeichnet:

Es liege kein strafbares, unbefugtes Aufnehmen eines privaten Gesprächs vor. Sondern die Begutachtung durch die IV erfolge aus öffentlich-rechtlicher Verpflichtung. Die Gutachter der IV seien Beamte; deren Begutachtung könne als öffentliches Gespräch geheim aufgezeichnet werden. Die Staatsanwaltschaft nahm daher das Strafverfahren gar nicht an die Hand, das die Gutachter durch eine Strafanzeige ausgelöst hatten, nachdem die heimliche Aufzeichnung der Begutachtung durch die Versicherte bekannt geworden war.

Eine weiterführende juristische Besprechung des Entscheids in der Zeitschrift plädoyer 1/18 finden Sie hier:

<http://bit.ly/2GMldXS>

Gleiche Rechte für beide Seiten!

Der Entscheid stärkt die Verfahrensfairness: Versicherte erhalten so ein Beweismittel um aufzuzeigen, wenn ein Gutachten klar falsch ist. Zudem fördert der Entscheid die Qualität von Gutachten: Gutachter wissen nun, dass sie kontrolliert werden können. Allein die präventive Wirkung dürfte zudem «schwarze Schafe» unter den Gutachtern abschrecken.

Ob und inwiefern eine solche heimliche Aufzeichnung einer Begutachtung strafrechtlich und im Sozialversicherungsverfahren verwertbar ist, wurde durch das Bundesgericht noch nicht entschieden. Meines Erachtens ist die Verwertbarkeit zu bejahen:

Gemäss Bundesgericht dürfen sogar die Ergebnisse *illegaler* IV-Observationen verwertet werden, wenn die Abwägung der Rechtsgüter (wie praktisch immer) zugunsten der IV ausfällt. Konsequenterweise sollte daher eine *legale*, geheime Aufzeichnung umso mehr verwertbar sein. Dies erfolgt erstens aus dem Anspruch der versicherten Person auf eine wirklich neutrale, objektive, korrekte Begutachtung. Zweitens spricht auch das Interesse der die Sozialhilfe finanzierenden Allgemeinheit dafür, dass ein Gutachten der IV korrekt ist und eine faire Beurteilung der IV-Ansprüche erlaubt.

Und das Bundesgericht?

Einzuschränken ist, dass der Entscheid betreffend Nichtstrafbarkeit einer solchen Aufzeichnung «lediglich» von einer Staatsanwaltschaft stammt. Wie ein Gericht dies beurteilen würde, steht noch nicht fest. Immerhin aber urteilte das Bundesgericht schon vor 35 Jahren, dass die Aufzeichnung einer polizeilichen Befragung straflos ist – mit derselben Begründung wie die Staatsanwaltschaft im hier besprochenen Fall.

Es bleibt zu hoffen

Es bleibt zu hoffen, dass diese Rechtsprechung die Beweislage zugunsten Patienten verbessert und für faire und korrekte medizinische Gutachten sorgt.

Noch sachgerechter wäre es allerdings, wenn Gutachten stets aufgezeichnet werden, wie dies heute in vielen anderen Rechtsgebieten z.B. für Gerichtsverhandlungen und Zeugenbefragungen Standard ist. Dies wäre echte Qualitätssicherung und würde im Streitfall eine objektive Überprüfung eines Gutachtens erlauben, und damit faire Beurteilungen sicherstellen.

*Lic. iur. Christian Haag
Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Luzern
www.anwaltschaft.ch*

Duofer®

Ohne Laktose,
Gluten, Gelatine und
künstliche Farbstoffe



Kassenpflichtig

Z: Eisen-Fumarat, Eisen-Glukonat, Vitamin C. **I:** Eisenmangelanämie, latenter Eisenmangel. **D:** 1–2 Filmtabletten täglich. **KI:** Eisenüberladung, Eisenverwertungsstörungen, Überempfindlichkeit gegenüber einem Inhaltsstoff, Anämie ohne gesicherten Eisenmangel, Unverträglichkeit, schwere Leber- und Nierenerkrankungen. **UW:** Gelegentlich gastrointestinale Beschwerden. **IA:** Gleichzeitige Einnahme von Tetracyclinen, Antacida, die Aluminium- oder Magnesiumsalze enthalten, Colestyramin, Penicillamin, Goldverbindungen, Biphosphonate. **P:** 40 und 100 Filmtabletten. Liste C. 10/2012.

Ausführliche Informationen finden Sie unter www.swissmedinfo.ch.

Andreabal AG, Binningerstrasse 95, 4123 Allschwil, Tel. 061 271 95 87, Fax 061 271 95 88, www.andreabal.ch