



Fall-Nr.: IV 2022/102
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: IV - Invalidenversicherung
Publikationsdatum: 28.02.2023
Entscheiddatum: 31.01.2023

Entscheid Versicherungsgericht, 31.01.2023

Art. 44 Abs. 6 und Art. 55 ATSG, Art. 7k ATSV und Art. 72bis IVV. Anordnung einer Zweitbegutachtung wegen fehlender Tonaufnahme der psychiatrischen Teilbegutachtung. Die versicherte Person hat nicht auf die Tonaufnahme verzichtet und macht geltend, dass sie sich vom Gutachter nicht ernst genommen, eingeschüchtert und unter Druck gesetzt gefühlt hat. Der psychiatrische Gutachter informierte die IV-Stelle nicht von sich aus, sondern versuchte die versicherte Person zur Behebung des unmittelbar nach der Exploration festgestellten Fehlers zu einem Zweittermin einzubestellen. Schon vor diesem Zweittermin wurde die Konsensbesprechung durchgeführt und das psychiatrische Teilgutachten ausgefertigt. Die von der IV-Stelle angeordnete neuerliche Begutachtung bei derselben Abklärungsstelle erscheint damit nicht mehr als ergebnisoffen. Die mangelhafte bidisziplinäre Begutachtung ist aus dem Recht zu weisen und eine neue Begutachtung bei nicht vorbefassten Gutachterpersonen in Auftrag zu geben (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 31. Januar 2023, IV 2022/102).

Entscheid vom 31. Januar 2023

Besetzung

Einzelrichterin Marie Löhner; Gerichtsschreiberin Felicia Sterren

Geschäftsnr.

IV 2022/102

Parteien

A.____,



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Holger Hügel, Schmid Herrmann Rechtsanwälte,
Lange Gasse 90, 4052 Basel,

gegen

IV-Stelle des Kantons St. Gallen, Postfach 368, 9016 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Begutachtung (Abklärungsstelle/Tonaufnahme)

Sachverhalt

A.

A.a. A.____ meldete sich am 27. Dezember 2017 aufgrund einer Verletzung der linken Schulter zum Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung an (vgl. IV-act. 1 und 14-3). Im Verlauf hielt der Hausarzt der Versicherten ein chronisches lumbovertebrales Schmerzsyndrom, Schultergürtelschmerzen bds. und eine Anpassungsstörung mit depressiver Episode fest (vgl. IV-act. 28 und 57-3 ff.). Die IV-Stelle sprach der Versicherten berufliche Massnahmen zu (vgl. IV-act. 23 ff. und 67). Per 19. Februar 2019 trat die Versicherte eine Festanstellung in einem 60%-Pensum mit Steigerungsmöglichkeit auf 80 % an (IV-act. 70; vgl. auch IV-act. 71). Am 10. Juli 2019 wies die IV-Stelle das Begehren um (weitere) berufliche Massnahmen und Rentenleistungen ab (IV-act. 74).

A.b. Am 8. Juni 2020 meldete die Versicherte sich erneut zum Bezug von Leistungen bei der Invalidenversicherung an (IV-act. 75). Neben den aus dem ersten Verfahren bekannten Einschränkungen wurde namentlich die ausgeprägte Femoropatellararthrose bds. von den Behandlern thematisiert (vgl. IV-act. 82 f.) und festgehalten, die Versicherte komme aufgrund ihrer Gelenkschmerzen (Schulter, Knie,



Rücken) stets an ihre Grenzen (IV-act. 102-3). Ihr Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis mit der Versicherten per 31. Dezember 2020 (vgl. IV-act. 168-5). Nach der Einholung von medizinischen Unterlagen (vgl. IV-act. 96 ff.), unter anderem über die psychotherapeutische Behandlung (vgl. beispielhaft IV-act. 125) sowie einen stationären Aufenthalt im Z.____ des Kantonsspitals St. Gallen (KSSG) vom 26. Oktober bis 17. November 2020 (vgl. IV-act. 131), und einer beruflichen Abklärung beim B.____ vom 22. Februar 2021 bis 30. April 2021 (vgl. IV-act. 147 und 166 f.), teilte die IV-Stelle der Versicherten am 24. Juni 2021 mit, es bestehe kein Anspruch auf (weitere) berufliche Massnahmen (IV-act. 172). Nach weiteren medizinischen Abklärungen (vgl. IV-act. 177 ff.) erachtete der RAD eine bidisziplinäre Begutachtung (Orthopädie/ Psychiatrie) für nötig (IV-act. 185 und 193).

A.c. Am 9. Dezember 2021 teilte die IV-Stelle der Versicherten mit, dass eine bidisziplinäre medizinische Untersuchung bei der Neuroinstitut St. Gallen GmbH, Interdisziplinäre Medizinische Expertisen (IME), durch Dr. med. C.____ (Orthopädie) und Prof. Dr. med. D.____ (Psychiatrie) durchgeführt werde (IV-act. 196). Mit einem ebenfalls auf den 9. Dezember 2021 datierten Schreiben informierte die IV-Stelle die Versicherte über die neue Bestimmung bezüglich Tonaufnahmen, wonach ab dem 1. Januar 2022 bei jeder versicherungsmedizinischen Begutachtung Tonaufnahmen bei jeder Untersuchung (Interview) erstellt werden müssten. Die Versicherte habe die Möglichkeit, auf eine oder mehrere Tonaufnahmen zu verzichten. Bei einem allfälligen Verzicht sei das entsprechende Formular spätestens 10 Tage vor dem Termin bei der IV-Stelle St. Gallen einzureichen (IV-act. 198).

A.d. Mit Schreiben vom 7. März 2022 teilte die Versicherte, nun vertreten durch Rechtsanwalt Holger Hügel, der IV-Stelle mit, Prof. D.____ habe sie für den 10. März 2022 erneut aufgeboten, weil die Tonaufnahme offenbar missglückt sei und auf der gefertigten Tonaufnahme nichts zu hören sein soll. Verwunderlich sei, dass Prof. D.____ sich deswegen nicht mit der IV-Stelle in Verbindung gesetzt habe. Aus ihrer Sicht sei der Mangel (fehlende Tonaufnahme) nicht heilbar, weil damit die gesetzlich intendierte Überprüfbarkeit des Gutachtens anhand der Tonaufnahme nicht mehr möglich sei. Sie werde deshalb am 10. März 2022 nicht bei Prof. D.____ erscheinen. Da die gesetzgeberisch bezweckte Überprüfbarkeit eines allfälligen Gutachtens von



Prof. D.____ nun nicht mehr gewährleistet sei, sei eine neue Begutachtung bei (einem) anderen, nicht vorbefassten Gutachter(n) aufzugleisen (IV-act. 211).

A.e. Mit auf den 18. Februar 2022 datiertem Schreiben, welches bei der IV-Stelle am 9. März 2022 eingegangen ist, führte Prof. D.____ aus, beziehend auf die Anfrage der IV-Stelle teile er mit, dass es bei der Abspeicherung der Tonaufnahme zu einem technischen Versagen gekommen sei. Als er die Tonaufnahme nach der Exploration habe abspeichern wollen, sei das Programm auf dem Computer abgestürzt und habe die Tonaufnahme vernichtet. Er habe daraufhin unverzüglich die Versicherte angerufen und ihr davon berichtet. Diese habe sehr verständnisvoll reagiert und sein Angebot angenommen, am 10. März 2022 die Untersuchung zu wiederholen. Prof. D.____ habe ihre Angaben vollumfänglich schriftlich dokumentiert und ihr erläutert, dass er diese mit ihr beim Zweittermin durchgehen könne und sie Gelegenheit hätte, seine Aufzeichnungen in der Ausformulierung mitzugestalten und gegebenenfalls zu ergänzen oder nötigenfalls zu korrigieren. Anbei übermittle er das fertiggestellte psychiatrische Gutachten. Er entschuldige sich für den technisch bedingten Fehler. Leider sei seine Bemühung, die "Scharte wieder auszumertzen" von der Versicherten nun abgelehnt worden, obwohl eine "zweizeitige" psychiatrische Begutachtung ihr nicht zum Nachteil gereicht hätte und auch nicht ungewöhnlich sei (IV-act. 212-2). Diesem Schreiben beigelegt war das ebenfalls auf den 18. Februar 2022 datierte psychiatrische Teilgutachten (IV-act. 212-3 bis 212-33), welchem zu entnehmen ist, dass die Untersuchung der Versicherten am 15. Februar 2022 stattgefunden habe und das psychiatrische Gutachten – nach bidisziplinärer Besprechung mit dem Orthopäden Dr. C.____ vom 15. Februar 2022 und Eingang der Laborbefunde – am 18. Februar 2022 fertiggestellt worden sei (IV-act. 212-5 f.). Prof. D.____ bestätigte im Teilgutachten die "ordnungsgemässe Übermittlung der Tonaufnahme entsprechend den Vorgaben der IV" (IV-act. 212-32).

A.f. Am 15. März 2022 ging die bidisziplinäre Gesamtbeurteilung des IME vom 12. März 2022 bei der IV-Stelle ein (IV-act. 214). Gemäss diesem Gutachten erfolgte die bidisziplinäre Konsensbesprechung der Gutachter, wie bereits im psychiatrischen Teilgutachten erwähnt, am 15. Februar 2022 (IV-act. 214-16).



St.Galler Gerichte

A.g. Mit Stellungnahme vom 13. April 2022 hielt die Rechtsabteilung der IV-Stelle fest, zwar sei Prof. D.____ nach Entdeckung der fehlerhaften Aufnahme nicht korrekt vorgegangen. Der Versicherten sei aber kein irreparabler Nachteil entstanden. Wenn es auch nicht erfreulich sein möge, sich erneut einer Begutachtung unterziehen zu müssen, sei dies weder unmöglich noch unverhältnismässig. Ein Ablehnungsgrund gegenüber Prof. D.____ bestehe nicht (IV-act. 216-2).

A.h. Mit Eingabe vom 9. Mai 2022 machte die Versicherte bei der IV-Stelle geltend, in Anbetracht seiner Vorbefasstheit und der Tatsache, dass er reichlich "hemdsärmelig" versucht habe, die gelöschte Tonaufzeichnung zu heilen und zu kaschieren, bestehe kein Vertrauen mehr darin, dass Prof. D.____ sein Gutachten unvoreingenommen abgeben könne. Bei einer neuerlichen Begutachtung durch Prof. D.____ sei davon auszugehen, dass dieser seine Befunde, Eindrücke und Notizen aus der ersten Exploration mit in sein Begutachtungsergebnis einfliessen lasse. Damit würde aber der Sinn und Zweck der Tonaufzeichnung, die umfassende Überprüfbarkeit, ausgehebelt. Zudem sei von einer Voreingenommenheit und möglicherweise einer negativen Grundhaltung des Gutachters gegen die Versicherte, welche seinen Fehler und den eigensinnigen Heilungsversuch offenbar gemacht habe, auszugehen. Sie habe ein äusserst ungutes Gefühl und werde sich Prof. D.____ bei einer neuerlichen Begutachtung kaum öffnen können, was aber gerade bei einer psychiatrischen Begutachtung unerlässlich sei. Die Entscheidung über ihre IV-Ansprüche sei auf Basis einer Abklärung des Sachverhalts zu fällen, die in rechtmässiger, rechtsgenügender und über jeglichen Zweifel erhabenen Form erfolgt sei. Dies sei bei einer neuerlichen Exploration durch Prof. D.____ nicht mehr zu erwarten. Für das Finden einer gemeinsamen Lösung zum weiteren Vorgehen stehe sie gerne zur Verfügung (IV-act. 218).

A.i. Mit Zwischenverfügung vom 24. Mai 2022 hielt die IV-Stelle an der Abklärung durch Prof. D.____ als psychiatrischen Gutachter fest. Es würden keine triftigen Gründe vorliegen, die Zweit-Begutachtung mit Tonbandaufzeichnung nicht erneut bei ihm vornehmen zu lassen (IV-act. 219).

B.



B.a. Gegen diese Zwischenverfügung richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 27. Juni 2022. Die Beschwerdeführerin beantragt, die Zwischenverfügung vom 24. Mai 2022 sei aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, mindestens die psychiatrische Exploration neu an eine andere unabhängige psychiatrisch begutachtende Person zur verwaltungsexternen Abklärung des medizinisch-psychiatrischen Sachverhalts (ausgewählt im Einvernehmen und mit Einigungsversuch mit der Beschwerdeführerin) zu vergeben sowie die Explorationsergebnisse von Prof. D. ___ aus seiner Exploration der Beschwerdeführerin am 15. Februar 2022 – sofern diese Eingang in die Akten gefunden hätten oder finden würden – als nicht verwertbar aus den Akten der Beschwerdegegnerin zu löschen. Eventualiter sei die Zwischenverfügung vom 24. Mai 2022 aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, zum einen den Auftrag für die bidisziplinäre verwaltungsexterne psychiatrisch-orthopädische Exploration der Beschwerdeführerin neu nach dem Zufallsprinzip zu vergeben und diesfalls zum anderen die Explorationsergebnisse von Prof. D. ___ und Dr. C. ___ – sofern diese Eingang in die Akten der Beschwerdegegnerin gefunden hätten oder finden würden – aus den Akten der Beschwerdegegnerin zu löschen. Unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Im Sinne eines Verfahrensantrags stellt die Beschwerdeführerin zudem den Antrag, einen zweiten Schriftenwechsel durchzuführen. Eventualiter sei in Nachachtung von Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen und es sei dabei die Beschwerdeführerin zu befragen. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, bereits im Rahmen des Interviews vom 15. Februar 2022 habe die Beschwerdeführerin sich von Prof. D. ___ nicht ernstgenommen gefühlt. Von Beginn weg habe eine negative Stimmung geherrscht, sodass sie sich dem Gutachter nicht habe öffnen können, sich von ihm eingeschüchtert gefühlt und den Eindruck gehabt habe, er "wolle ihr Böses". Prof. D. ___ habe der Beschwerdegegnerin die fehlende Aufzeichnung per Tonaufnahme verheimlicht und unter erheblicher Unterdrucksetzung der Beschwerdeführerin versucht, den unheilbaren Mangel in der Tonaufzeichnung zu heilen. Dass die Beschwerdeführerin dies nicht ermöglicht habe, habe sicherlich zusätzlichen Unwillen beim Gutachter hervorgerufen. Das Verhalten des Gutachters habe der Beschwerdeführerin jegliches Vertrauen in eine unvoreingenommene Exploration durch ihn genommen. Eine zweite Exploration bei



Prof. D.____, welcher sie schon bei der ersten Exploration schlecht behandelt habe, sei der Beschwerdeführerin nicht zumutbar. Sachverständigengutachten seien im Rechtsmittelverfahren aufgrund der fachfremden Materie nur beschränkt überprüfbar und es komme entscheidend darauf an, dass die qualitätsbezogenen Rahmenbedingungen von Beginn weg durchgesetzt würden. Prof. D.____ habe sich bei der ersten Exploration bereits Notizen gemacht und ein Urteil über die psychische Beeinträchtigung der Beschwerdeführerin gebildet, von dem er auch im Rahmen einer neuerlichen Exploration kaum noch abweichen dürfte, sodass die zweite Exploration nicht mehr unvoreingenommen durchgeführt werden könnte. Auch das bereits gefertigte Gutachten von Dr. C.____ sei mangels Konsensbesprechung für unverwertbar zu erachten, sodass eine neue bidisziplinäre Begutachtung anzuordnen sei. Der Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs habe zur Folge, dass die Beschwerdeführerin sich zu allen neuen Tatsachen, Beweismitteln und Rechtsgründen der Vorinstanz äussern können müsse, soweit sie nicht damit zu rechnen gehabt habe. Deshalb sei ihr das Replikrecht in jedem Fall zu gewähren. Wenn und soweit das Gericht den Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Ablauf der gutachterlichen Exploration oder zum Verhalten von Prof. D.____ im Nachgang dazu keinen Glauben schenke, sei eine öffentliche Verhandlung mit persönlicher Befragung der Beschwerdeführerin durchzuführen (act. G1).

B.b. Mit Beschwerdeantwort vom 29. August 2022 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Prof. D.____ habe die Untersuchung der Beschwerdeführerin durchgeführt und aufgrund seiner Notizen ein vollständiges Gutachten verfassen können. Einzig die Tonaufnahme habe wegen eines technischen Problems nicht aufgezeichnet werden können. Speziell sei vorliegend die Tatsache, dass es nicht um eine mangelhafte Tonaufzeichnung gehe, sondern dass gar keine vorliege. Dieser Mangel könne auf einfache Weise dadurch behoben werden, dass Prof. D.____ die Beschwerdeführerin gestützt auf die bereits erfolgte Untersuchung erneut begutachte und eine korrekte und vollständige Tonaufnahme erstelle. Dieses Vorgehen entspreche einer für die Beschwerdeführerin zumutbaren und verhältnismässigen Lösung. Mit Prof. D.____ könnten die Notizen durchgegangen und besprochen werden. Demgegenüber müsste die Beschwerdeführerin sich bei einem neuen Gutachter einer vollständigen Exploration unterziehen. Allein die Tatsache, dass



St.Galler Gerichte

die Beschwerdeführerin wegen des Verhaltens von Prof. D.____ nach der missglückten Tonaufnahme ein für sie unvorteilhaftes Gutachten befürchte, lasse diesen nicht als befangen erscheinen. Wesentlich sei, dass es sich um ein sachliches und korrektes Gutachten handle, was vorliegend zweifelsohne zutreffe (act. G3).

B.c. Mit Schreiben vom 2. September 2022 gab das hiesige Gericht der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Akteneinsicht (act. G4). Am 21. September 2022 ersuchte die Beschwerdeführerin um Akteneinsicht und Einräumung einer Frist zur Stellungnahme (act. G5).

B.d. Mit Stellungnahme vom 24. November 2022 führte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen an, das Schreiben von Prof. D.____ (IV-act. 212) datiere vom 18. Februar 2022. Denklogisch könne er aber die rechtfertigenden Ausführungen seines Aufzeichnungsfehlers erst später, nach dem 7. März 2022 hinzugefügt haben. Prof. D.____ bestätige im Teilgutachten unterschriftlich die ordnungsgemässe Übermittlung der Tonaufnahme, obwohl eben gerade keine Tonaufnahme übermittelt worden sei. Er gebe zu, mit der Terminierung eines "Zweitkontakts" am 10. März 2022 versucht zu haben, seine "Scharte wieder auszumerzen", wohlgermerkt ohne die Beschwerdegegnerin über den evidenten Mangel seines Gutachtens von sich aus informiert zu haben. Ferner ergebe sich aus dem psychiatrischen Teilgutachten, dass die bidisziplinäre Konsensbesprechung zwischen Prof. D.____ und Dr. C.____ bereits am 15. Februar 2022 stattgefunden habe. Damit stehe fest, dass das psychiatrische Teilgutachten von Prof. D.____ spätestens am 18. Februar 2022 erstellt worden sei und folglich auch dessen Beurteilung bereits an diesem Datum abschliessend festgestanden habe. Wie Prof. D.____ bei bereits feststehender Beurteilung des medizinischen Sachverhalts vom 18. Februar 2022 und erstelltem bidisziplinären Gutachten vom 12. März 2022 im Rahmen der von der Beschwerdegegnerin vorgesehenen "Zweitbegutachtung mit Tonaufzeichnung" unvoreingenommen und nicht vorbefasst ein beweisverwertbares Gutachten abgeben können solle, sei schlechterdings nicht vorstellbar. Dies umso weniger bei dieser Vorgeschichte mit "Verschleierungs-" bzw. Heilungsversuch durch Prof. D.____. Der Mangel der fehlenden Tonaufzeichnung könne nicht mit einem Zweitkontakt ausgemerzt werden, sondern führe zur fehlenden Beweiswertigkeit des Gutachtens (act. G9).



Erwägungen

1.

1.1. Zwischen den Parteien umstritten und nachfolgend zu prüfen ist die Rechtmässigkeit der von der Beschwerdegegnerin angeordneten neuerlichen Begutachtung der Beschwerdeführerin durch Prof. D.____ im Rahmen der bidisziplinären Begutachtung durch das IME bei Dr. C.____ (Orthopädie) und Prof. D.____ (Psychiatrie).

1.2. Bei der Anordnung eines Gutachtens handelt es sich um eine Zwischenverfügung (Art. 55 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG] in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 und Art. 46 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren [VwVG; SR 172.021]). Eine solche kann unter anderem dann angefochten werden, wenn ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. April 2010, B 2009/197, E. 2.5; vgl. auch BGE 138 V 271 E. 1.2.1).

1.3. Für die Beurteilung des nicht wiedergutzumachenden Nachteils im Kontext des sozialversicherungsrechtlichen Abklärungsverfahrens mit seinen spezifischen Gegebenheiten ist zu beachten, dass das medizinische Administrativgutachten in der Regel die wichtigste medizinische Entscheidungsgrundlage im Beschwerdeverfahren bildet. Die Mitwirkungsrechte der versicherten Personen müssen daher bereits vor der Begutachtung durchgesetzt werden können, bevor präjudizierende Effekte eintreten. Mit Blick auf das begrenzte Überprüfungsvermögen der rechtsanwendenden Behörden genügt es daher nicht, die Mitwirkungsrechte erst nachträglich, bei der Beweiswürdigung im Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren, einzuräumen (vgl. BGE 138 V 271 E. 1.2.2). Des Weiteren darf auch nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Anordnung medizinischer Untersuchungen an einer Person einen Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101]) darstellt (BGE 136 V 117 E. 4.2.2.1 mit Hinweisen). Als solcher muss die Anordnung einer Begutachtung die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllen, was im Bestreitungsfall gerichtlich überprüfbar sein muss.

1.4. Im Licht der vorstehenden Erwägungen droht der Beschwerdeführerin im Fall der Ungeeignetheit von Prof. D.____ als neuerlicher psychiatrischer Gutachter ein nicht wiedergutzumachender Nachteil, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist. Dies wird von den Parteien denn auch nicht bestritten.



2.

2.1. Die Beschwerdeführerin beantragt in verfahrensrechtlicher Hinsicht einen zweiten Schriftenwechsel, eventualiter eine öffentliche Verhandlung. Sie begründet dies damit, der Anspruch auf rechtliches Gehör habe zur Folge, dass sie sich zu allen neuen Tatsachen, Beweismitteln und Rechtsgründen der Beschwerdegegnerin äussern können müsse. Deshalb sei ihr ein Replikrecht zu gewähren. Wenn und soweit das Gericht ihren Ausführungen zum Ablauf der gutachterlichen Exploration oder zum Verhalten von Prof. D.____ im Nachgang dazu keinen Glauben schenke, sei eine öffentliche Verhandlung durchzuführen und sie sei persönlich zu befragen (act. G1).

2.2. Der Beschwerdeführerin wurde nach der Einreichung der Beschwerdeantwort Gelegenheit zur Akteneinsicht gewährt und sie hat zu den Akten und den Ausführungen der Beschwerdegegnerin noch einmal ausführlich Stellung nehmen können (vgl. act. G4 bis G9). Ihr Antrag auf einen zweiten Schriftenwechsel ist somit gegenstandslos.

2.3. Der Antrag auf eine öffentliche Verhandlung wurde formal eventualiter zum Antrag auf einen zweiten Schriftenwechsel gestellt und ist damit formellrechtlich ebenfalls gegenstandslos, nachdem die Beschwerdeführerin den Zweck, den sie mit dem Antrag auf einen zweiten Schriftenwechsel verfolgte, erreicht hat. Anzumerken bleibt, dass das Gericht von einer öffentlichen Verhandlung unter gewissen Umständen absehen kann, beispielsweise dann, wenn es auch ohne eine solche aufgrund der Akten zum Schluss gelangt, dass dem materiellen Rechtsbegehren der antragstellenden Person zu entsprechen ist (BGE 136 I 279 E. 1).

3.

3.1. Seit dem 1. Januar 2022 werden die Interviews in Form von Tonaufnahmen zwischen der versicherten Person und dem Sachverständigen erstellt und in die Akten des Versicherungsträgers aufgenommen, sofern die versicherte Person es nicht anders bestimmt (Art. 44 Abs. 6 ATSG).

3.2. Die Vorschrift der Tonaufnahme der Interviews wurde im Laufe des Projekts "Weiterentwicklung der IV" in die Gesetzgebung aufgenommen. Die Anpassung von Art. 44 ATSG in diesem Zusammenhang war vom Willen des Gesetzgebers geprägt, die Qualität der Gutachten und die Aufsicht gezielt zu verbessern. Hintergrund war unter anderem die in der Lehre und Politik geäusserte Kritik aufgrund von Qualitäts- und Fairnessbedenken bei der Begutachtung. Im Laufe der parlamentarischen Beratung standen drei Aufzeichnungsmöglichkeiten des Interviews zur Diskussion:



Protokollierung, Tonaufnahmen und Handnotizen (vgl. Christina Kämpf, Teil 3 Aufsätze – Die medizinische Begutachtung im Wandel, in: Ueli Kieser / Marc Hürzeler / Stefanie J. Heinrich [Hrsg.], JaSo 2021 - Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht, 2021, S. 215, S. 221 f. und S. 224). Aus den Materialien ergibt sich insbesondere, dass der Gesetzgeber der Qualität der medizinischen Gutachten, der Bedeutung der Unabhängigkeit der involvierten Fachpersonen und der Überprüfung bzw. Überprüfbarkeit der Qualität der Gutachten sowie der Transparenz grosse Bedeutung zumass und Art. 44 Abs. 6 ATSG als wichtigen Schritt zu einer Verbesserung bei den medizinischen Gutachten ansah (AB 2019 N 108). Diskutiert wurde unter anderem die Wichtigkeit des Vertrauens der Versicherten gegenüber den Gutachterpersonen. Langwierige Konflikte und Rechtsstreitigkeiten über die Frage, worüber bei der Begutachtung ganz genau gesprochen wurde, sollten durch Tonaufnahmen künftig vermieden und Klarheit sowie Schutz auf beiden Seiten geschaffen werden. Durch das Festhalten des Inhalts der Interviews sollte Transparenz und erhöhte Rechtssicherheit erreicht sowie die Nachvollziehbarkeit der Gutachten verbessert werden. Bei Streitigkeiten sollte künftig ein Zugriff auf das Gespräch ermöglicht werden. Die Tonaufnahme stelle eine Präventionsmassnahme dar, um Missbrauch vorzubeugen. Dabei wurde die Protokollierung durch eine zusätzliche Person aufgrund der damit verbundenen Anwesenheit einer weiteren Person während der Begutachtung und der hohen Kosten verworfen und die Tonaufnahme als geeignetes und kostengünstiges Mittel angesehen, durch welches im Konfliktfall sichergestellt werden kann, was im Gespräch zwischen der betroffenen Person und der Gutachterin oder dem Gutachter tatsächlich gesagt wurde (AB 2019 S 805 f. und AB 2019 N 2199). Ebenfalls diskutiert wurde mit Blick auf die Praktikabilität, ob statt einer Tonaufnahme Handnotizen zur Dokumentation des Gesprächsinhalts erstellt werden sollten, weil im ansonsten schriftlichen bzw. aktenlastigen Verfahren mehrere Stunden Tonaufnahmen schlecht integriert werden könnten. Diesbezüglich wurde in der Debatte jedoch auch festgehalten, handschriftliche Notizen anstelle einer Tonaufnahme würden die Probleme in einem Konfliktfall eben gerade nicht lösen, denn es lasse sich nicht kontrollieren, welche Eindrücke notiert würden und ob die Gutachtenden die relevanten Punkte und den tatsächlichen Verlauf eines Gesprächs festhielten (AB 2019 N 2199). Nach umfassender Debatte gab das Parlament schliesslich den Tonaufnahmen den Vorzug.

3.3. Das Interview nach Art. 44 Abs. 6 ATSG umfasst das gesamte Untersuchungsgespräch. Dieses besteht aus der Anamneseerhebung und der Beschwerdeschilderung durch die versicherte Person (Art. 7k Abs. 1 der Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSV; SR 830.11]). Die



versicherte Person kann mittels einer schriftlichen Erklärung gegenüber dem Durchführungsorgan vor der Begutachtung erklären, dass sie auf die Tonaufnahme verzichtet (Art. 7k Abs. 3 lit. a ATSV) oder bis 10 Tage nach dem Interview die Vernichtung der Tonaufnahme beantragen (Art. 7k Abs. 3 lit. b ATSV). Vor dem Interview kann die versicherte Person gegenüber dem Durchführungsorgan den Verzicht nach Art. 7k Abs. 3 lit. a ATSV widerrufen (Art. 7k Abs. 4 ATSV). Die Tonaufnahme ist von der oder dem Sachverständigen nach einfachen technischen Vorgaben zu erstellen. Die Versicherungsträger sorgen dafür, dass die technischen Vorgaben in den Aufträgen für ein Gutachten einheitlich sind. Die oder der Sachverständige hat sicherzustellen, dass die Aufnahme des Interviews technisch korrekt erfolgt (Art. 7k Abs. 5 ATSV). Die Sachverständigen und die Gutachterstellen übermitteln dem Versicherungsträger die Tonaufnahmen in gesicherter elektronischer Form zusammen mit dem Gutachten (Art. 7k Abs. 7 ATSV). Bestreitet die versicherte Person die Überprüfbarkeit des Gutachtens, nachdem sie die Tonaufnahme abgehört und technische Mängel festgestellt hat, so versuchen das Durchführungsorgan und die versicherte Person, sich über das weitere Vorgehen zu einigen (Art. 7k Abs. 8 ATSV; vgl. hierzu auch Kreisschreiben über das Verfahren in der Invalidenversicherung [KSVI], gültig ab 1. Januar 2022, Rz 3123 ff.). Können sich die versicherte Person und die IV-Stelle diesbezüglich nicht einigen, erlässt die IV-Stelle eine Zwischenverfügung (KSVI Rz 3127).

4.

4.1. Die Beschwerdegegnerin erläutert in der Beschwerdeantwort ausführlich, weshalb gegen Prof. D.____ keine Ausstandsgründe vorliegen würden. In erster Linie ist jedoch zu prüfen, was die rechtlichen Folgen davon sind, wenn nach einer ab dem 1. Januar 2022 erfolgten – und damit dem neuen Recht unterstehenden – Begutachtung keine Tonaufnahme des Interviews vorhanden ist.

4.2. Dadurch, dass keine Tonaufnahme des psychiatrischen Interviews im Recht liegt, entspricht das psychiatrische Teilgutachten von Prof. D.____ nicht den gesetzlichen Vorgaben, welche seit dem 1. Januar 2022 in Kraft sind. Das Gutachten ist damit formell mangelhaft. Dieser Mangel könnte dadurch behoben werden, dass die Beschwerdeführerin im Sinne einer einvernehmlichen Lösung mit der Beschwerdegegnerin (Art. 7k Abs. 8 ATSV) im Nachhinein auf die Tonaufnahme verzichtet, wie sie dies schon zum Vornherein bzw. innert Frist von 10 Tagen nach dem Interview hätte tun können (Art. 7k Abs. 3 ATSV). Ein Verzicht auf die Tonaufnahme steht jedoch mit Blick auf den Wortlaut von Gesetz und Verordnung im Belieben der versicherten Person und kann nicht gegen deren Willen einseitig von der IV-Stelle



angeordnet werden. Ebenso wenig muss die versicherte Person akzeptieren, dass statt einer Tonaufnahme bloss Handnotizen über das Interview in die Akten aufgenommen werden. Anlässlich der parlamentarischen Debatte wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass solche Handnotizen im Streitfall keine Klarheit darüber verschaffen können, welchen Gesprächsinhalt das Interview tatsächlich hatte (vgl. E. 3.2 vorstehend).

4.3. Zwar könnte, wie die Beschwerdegegnerin dies in ihrer Beschwerdeantwort vorschlägt (vgl. act. G3), die Beschwerdeführerin mit Prof. D.____ anlässlich eines zweiten Termins dessen Notizen durchgehen und dieses Gespräch bzw. eine Tonaufnahme davon samt Notizen anstelle der Tonaufnahme des ursprünglichen Interviews in die Akten aufgenommen werden. Das wäre für die Beschwerdeführerin, wie die Beschwerdegegnerin herausstreicht (act. G3), tatsächlich ein geringerer Aufwand als eine vollständige Exploration bei einer neuen psychiatrisch begutachtenden Person. Vorliegend erscheint ein solches Vorgehen jedoch nicht praktikabel. Die Beschwerdeführerin führt mehrfach aus, sie habe sich von Prof. D.____ nicht ernst genommen, eingeschüchtert und unter Druck gesetzt gefühlt, dieser habe sich flapsig ausgedrückt und sei "hemdsärmelig" vorgegangen. Unter dieser Prämisse ist absehbar, dass anlässlich eines Termins zur Besprechung der Notizen von Prof. D.____ keine Einigkeit zwischen ihm und der Beschwerdeführerin über den Inhalt des ersten Gesprächs erzielt werden könnte, ausser wenn die Beschwerdeführerin sich nicht trauen würde, dem psychiatrischen Gutachter zu widersprechen oder darauf hinzuweisen, dass die Notizen aus ihrer Sicht nicht vollständig seien. Sinn einer Einigung über das weitere Vorgehen (Art. 7k Abs. 8 ATSV) kann indes nicht sein, dass die versicherte Person dahingehend unter Druck gesetzt wird, dass sie im Endeffekt auf die Tonaufnahme des Interviews (unfreiwillig) verzichten und sich mit blossen Handnotizen (welche bei der parlamentarischen Debatte als ungenügend eingeordnet wurden, um das Ziel des Gesetzgebers zu erreichen) begnügen soll. Die Beschwerdeführerin ist bereit, sich erneut einer vollständigen psychiatrischen oder bidisziplinären Begutachtung zu unterziehen. Das Argument der Beschwerdegegnerin, ein Zweitermin bei Prof. D.____ sei für die Beschwerdeführerin weniger belastend, verfängt unter den erwähnten Voraussetzungen nicht.

4.4. Unter den gegebenen Umständen ist eine neue psychiatrische Begutachtung vorzunehmen, wovon offensichtlich auch die Beschwerdegegnerin in ihrer Zwischenverfügung ausgeht, spricht sie doch von einer "Zweitbegutachtung" (IV-act. 219).



5.

5.1. Die Beschwerdegegnerin erachtet eine neuerliche Begutachtung durch Prof. D.____ als zumutbar. Namentlich würden gegen diesen Gutachter keine Ausstands- und Ablehnungsgründe vorliegen.

5.2. Nach der Rechtsprechung gelten für medizinische Sachverständige grundsätzlich die gleichen Ausstands- und Ablehnungsgründe, wie sie für Richterinnen und Richter vorgesehen sind. Demnach ist Befangenheit anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit zu erwecken. Bei der Befangenheit handelt es sich um einen inneren Zustand, der nur schwer bewiesen werden kann. Daher braucht für die Ablehnung nicht nachgewiesen zu werden, dass die sachverständige Person befangen ist. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, welche den Anschein der Befangenheit und die Gefahr von Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Bei der Beurteilung des Anscheins der Befangenheit und der Gewichtung solcher Umstände kann jedoch nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden. Das Misstrauen muss vielmehr in objektiver Weise als begründet erscheinen. Mit Blick auf die zentrale Bedeutung, welche den Arztgutachten im Sozialversicherungsrecht zukommt, ist an die Unparteilichkeit der Gutachtenspersonen ein strenger Massstab anzusetzen (BGE 148 V 225 E. 3.4 und Urteil des Bundesgerichts vom 7. November 2022, 8C_150/2022, E. 8.2, je mit Hinweisen).

5.3. Vorliegend ist von Bedeutung, dass Prof. D.____ bereits die Konsensbesprechung mit Dr. C.____ durchgeführt und sein Teilgutachten schon am 18. Februar 2022 verfasst hatte, noch bevor die Beschwerdegegnerin überhaupt erfahren hat, dass die Tonaufnahme vernichtet bzw. gar nicht erstellt wurde, und noch bevor der von ihm geplante Zweittermin mit der Beschwerdeführerin zur Durchsicht seiner Handnotizen am 10. März 2022 hätte stattfinden sollen. Dies kann bei objektiver Betrachtung den Eindruck erwecken, dass Prof. D.____ seine Meinung vorgefasst hatte, unabhängig davon, was beim Zweittermin mit der Beschwerdeführerin besprochen worden wäre. Jedenfalls hat er sich durch das Verfassen des Teilgutachtens am 18. Februar 2022 schon ein Fachurteil gebildet, welches sich unter anderem auf das durchgeführte Interview stützt.

5.4. Die Beschwerdeführerin macht zu Recht geltend, dass es Prof. D.____ nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht möglich sein wird, seine Beurteilung gemäss bereits eingereichtem Teilgutachten auszublenden. Weil einer medizinischen Fachperson im Allgemeinen und einer psychiatrisch begutachtenden Person im Besonderen ein erheblicher Ermessens- und Interpretationsspielraum zukommt (vgl.



hierzu beispielhaft Urteil des Bundesgerichts vom 17. Dezember 2021, 8C_202/2021, E. 4.2.3), kann somit nicht sichergestellt werden, dass Prof. D.____, auch wenn er nach bestem Wissen und Gewissen vorgeht, bei einer neuen Begutachtung der Beschwerdeführerin unvoreingenommen wäre.

5.5. Diese Situation unterscheidet sich massgeblich von der Konstellation einer Verlaufsbegutachtung, bei welcher die sachverständige Person nicht schon deshalb als voreingenommen anzusehen ist, weil sie sich schon einmal mit der zu begutachtenden Person befasst hat (vgl. hierzu BGE 132 V 93 E. 7.2.2). Denn bei einer Verlaufsbegutachtung wird geprüft, ob sich der Gesundheitszustand der versicherten Person seit der Erstbegutachtung verändert hat (Entwicklung des Beschwerdebilds), sodass noch nicht vorbestimmt ist, zu welchen Schlussfolgerungen die Abklärungen der begutachtenden Person gelangen wird. Demgegenüber hätte Prof. D.____ vorliegend denselben Sachverhalt abzuklären, über welchen er bereits ein Gutachten erstellt und eingereicht hat. Selbst wenn er sich bemühen würde, seine auf das erste Interview gestützte Beurteilung komplett auszublenden, könnte zumindest der Anschein entstehen, dass er durch dieses weiterhin beeinflusst würde, wenn sein zweites psychiatrisches Teilgutachten die gleichen Ergebnisse enthalten würde.

5.6. Eine zweite Begutachtung durch Prof. D.____ erscheint deshalb nicht mehr ergebnisoffen und der Gutachter bei objektiver Betrachtung befangen (vgl. E. 5.2 vorstehend). Mit der neuen psychiatrischen Teilbegutachtung ist deshalb eine andere psychiatrische Fachperson zu beauftragen.

6.

6.1. Die Beschwerdeführerin beanstandet das orthopädische Teilgutachten von Dr. C.____ nicht. Naturgemäss ist dieses besser nachprüfbar als das psychiatrische Teilgutachten, weil es sich wesentlich auf somatische Befunde stützt. Indes fand die Konsensbesprechung zwischen Dr. C.____ und Prof. D.____ bereits statt und das bidisziplinäre IME-Gutachten wurde ausgefertigt. Die Ergebnisse aus einem medizinischen Fachgebiet können jene aus einem anderen beeinflussen. Wechselwirkungen können sich auf die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit auswirken. Deshalb ist bei bi- und polydisziplinären Begutachtungen eine Konsensbeurteilung erforderlich.

6.2. Da ein Administrativgutachten bei der Abklärung von Ansprüchen aus der Invalidenversicherung meist die wichtigste medizinische Entscheidungsgrundlage bildet (vgl. E. 1.3 vorstehend), ist von zentraler Bedeutung, dass es korrekt vergeben und gemäss dem geltenden Recht einwandfrei erstellt wurde sowie den Anforderungen



der Rechtsprechung an ein beweiskräftiges Gutachten entspricht. Dazu gehört auch, dass bei objektiver Betrachtung keine Gegebenheiten vorliegen, welche den Anschein der Befangenheit bzw. Voreingenommenheit der Gutachtenspersonen begründen (vgl. E. 5.2 vorstehend).

6.3. Dr. C.____ kennt die psychiatrische Einschätzung von Prof. D.____ und dessen fachärztliche Meinung, wonach die psychiatrischen Befunden den orthopädisch festgestellten Arbeitsunfähigkeitsgrad nicht weiter erhöhen sollen. Würde lediglich das psychiatrische Teilgutachten neu vergeben, so müsste anschliessend eine Konsensberatung mit Dr. C.____ stattfinden. Dabei könnte nicht ausgeschlossen werden, dass Dr. C.____ von seiner früheren Konsensbesprechung und den Ergebnissen der ersten psychiatrischen Begutachtung beeinflusst wäre. Auch wenn dies nicht der Fall wäre, so liegen doch bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vor, welche den Anschein einer möglichen Voreingenommenheit in der Sache begründen. Eine entsprechende Konsensbeurteilung erscheint somit nicht mehr hinlänglich ergebnisoffen. Ob Dr. C.____ tatsächlich befangen ist, ist unerheblich. Nachdem bei objektiver Betrachtung der Anschein einer Befangenheit nicht ausgeräumt werden kann, kann die orthopädische Begutachtung nicht mehr durch ihn abgegeben werden. Demnach sind sowohl das psychiatrische als auch das orthopädische IME-Teilgutachten aus dem Recht zu weisen und mit der bidisziplinären Begutachtung ist nebst einer neuen psychiatrischen Gutachtensperson auch eine neue orthopädische Gutachtensperson zu beauftragen.

7.

7.1. Nicht von Belang ist, ob das psychiatrische Teilgutachten bzw. das bidisziplinäre IME-Gutachten inhaltlich zu überzeugen vermag. Wenn die Beschwerdegegnerin vorbringt, es sei sachlich und korrekt (vgl. act. G3), nimmt sie damit eine inhaltliche Prüfung vor, welche angesichts dessen, dass die formalen Anforderungen an die Begutachtung nicht erfüllt worden sind, verfrüht ist.

7.2. Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist die Zwischenverfügung vom 24. Mai 2022 aufzuheben und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, das IME-Gutachten aus den Akten zu entfernen sowie eine neue bidisziplinäre Begutachtung zu veranlassen. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht, ist die bidisziplinäre Begutachtung neu nach dem Zufallsprinzip zu vergeben (Art. 72^{bis} der Verordnung über die Invalidenversicherung [IVV; SR 831.201] in der Fassung ab 1. Januar 2022).

7.3. Da es sich vorliegend nicht um eine Streitigkeit betreffend «IV-Leistungen» handelt, findet die Kostenregelung von Art. 69 Abs. 1^{bis} des Bundesgesetzes über die



Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) keine Anwendung und es sind keine Gerichtskosten zu erheben.

7.4. Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende beschwerdeführende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen. In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung (HonO; sGS 963.75) pauschal Fr. 1'500.-- bis Fr. 15'000.--. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin reichte keine Kostennote ein. Im hier zu beurteilenden Fall erscheint mit Blick auf die eingeschränkte Streitfrage eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

Entscheid

im Verfahren gemäss Art. 18 OrgR

1.

In Gutheissung der Beschwerde wird die Zwischenverfügung vom 24. Mai 2022 aufgehoben und die Beschwerdegegnerin im Sinne der Erwägungen verpflichtet, das IME-Gutachten aus den Akten zu entfernen sowie eine neue bidisziplinäre (psychiatrisch-orthopädische) Begutachtung nach dem Zufallsprinzip zu veranlassen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.